

Capítulo 9

Los impuestos de salida sobre personas jurídicas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva antielusión y la normativa española*

PABLO A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario,
Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS IMPUESTOS DE SALIDA Y SUS CATEGORÍAS. 1. *El concepto de impuesto de salida*. 2. *Las categorías de impuestos de salida*. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE IMPUESTOS DE SALIDA. 1. *El impacto de la jurisprudencia sobre traslado de sede social en los impuestos de salida impropios*. 2. *Los impuestos de salida propios y el rol del Tribunal de Justicia como legislador negativo*. 2.1. La existencia de restricción. 2.2. La justificación de los impuestos de salida: la atribución equilibrada de la potestad tributaria. 2.3. Adecuación y proporcionalidad: diferimiento, garantías e intereses. IV. EL IMPUESTO DE SALIDA EN LA DIRECTIVA ANTELUSIÓN. 1. *El ámbito material: operaciones incluidas y excluidas de impuestos de salida en la Directiva*. 1.1. El ámbito de aplicación de la Directiva. 1.2. Operaciones sujetas a imposición de salida. 2. *Aplazamiento, garantías e intereses*. 3. *Valoración y «step-up»*. 4. *Estándar mínimo*. V. BREVE EXCURSUS CRÍTICO SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y EL IMPUESTO DE SALIDA EN LA ATAD. VI. LOS IMPUESTOS DE SALIDA EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL Y SU COMPATIBILIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y LA DIRECTIVA ANTELUSIÓN. 1. *Los impuestos de salida sobre personas jurídicas residentes y no residentes*. 1.1. Los artículos 17.5 y 27 de la Ley 27/2014 como impuesto de salida impropio. 1.2. Los impuestos de salida propios en el Derecho tributario

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La fiscalidad internacional tras BEPS. ¿Son las nuevas reglas y propuestas adecuadas para todos los Estados?» (DER2017-85333-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. Juan Zornoza Pérez.

español: Los artículos 19.1, 77, 80.4 y 81.3 de la Ley 27/2014 y el artículo 18.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. A. Supuestos. B. Valoración y step-up. C. Aplazamiento de la deuda tributaria. D. Intereses y garantías. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales se denomina impuesto de salida al gravamen de las plusvalías no realizadas que se devenga por el traslado de la residencia del sujeto pasivo, o de activos, fuera de la jurisdicción correspondiente¹. En

1. Vid. K. CEJIE, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», *Intertax*, vol. 40, 7, 2012, p. 384; R. LYAL, «Taxation of Unrealized Profits on the Occasion of a Transfer of Company Seat or Assets», en Ana Paula Dourado (ed.) *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, Amsterdam, 2013; S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», *EC Tax Review*, vol. 26, 3, 2017, p. 122; H. SCHNEEWEISS, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», *Intertax*, vol. 37, 6/7, 2009, p. 363; D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», *Intertax*, vol. 39, 10, 2011, pp. 471-472. No obstante, una muy amplia parte de la doctrina define de forma limitada los impuestos de salida como los referidos al gravamen de las plusvalías latentes por traslado de residencia o establecimientos permanentes, sin referencia a las salidas de activos. Ello se debe probablemente a que la doctrina en esta materia ha ido a remolque de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia, centrada en impuestos de salida por cambios de residencia de personas físicas o jurídicas. Vid. en este sentido B. M. CARRAMASCHI, «Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», *Tax Notes International*, vol. 49, 3, 2008, p. 283; V. CHAND, «Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, 4-5, 2013; DE BROE, LUC, «Hard Times for Emigration Taxes in the EC», en H. P. A. M. Van Arendonk, Frank A. Engelen, Sjaak Jansen (eds.) *A Tax Globalist: The Search for the Borders of International Taxation: Essays in Honour of Maarten J. Ellis*, IBFD, Amsterdam, 2005, p. 210; F. DE MAN; T. ALBIN, «Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?», *Intertax*, vol. 39, 12, 2011, p. 615; P. HERRERA MOLINA, «Exit Taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», *Revista General de Derecho Europeo*, 29, 2013, pp. 3-4; IBFD, *International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam, 2005; D. J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, «De "Lasteyrie" a "Comisión c. España": ¿Hacia una mayor coordinación del diseño de los "exit taxes" de los Estados miembros?», *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, 47, 2013, p. 151; O. MARRES, «Exit Taxes on Companies», en Ana Paula Dourado (ed.) *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, Amsterdam, 2014, sec. 7.1; A. MARTÍN JIMÉNEZ; J. M. CALDERÓN CARRERO, «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, 125, 2007, p. 49; A. M. OTTOSEN; P. D. KAYSER, «Exit Taxation and Corporate Mobility in the EU», en Dennis Weber, Guglielmo Maisto (eds.) *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013 (EC and International Tax Law), p. 11.1; P. PISTONE; D. GERGELY SZABÓ; K. E. SØRENSEN, «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», en Ana Paula Dourado (ed.) *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, Amsterdam, 2014, p. 135; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 27; SOLER ROCH, MARÍA TERESA, «Chapter 27: Exit Tax: A

este sentido, los impuestos de salida traen causa de la colisión del principio de exoneración temporal de gravamen de las plusvalías no realizadas, o de gravamen de las plusvalías realizadas, y los principios de jurisdicción fiscal. Así, la pérdida de jurisdicción fiscal por el traslado cuando las plusvalías aún no han sido realizadas llevarían a la exoneración definitiva de tales ganancias, conculcando la coherencia del sistema tributario y permitiendo la fácil elusión del impuesto². Si a ello añadimos un enorme desarrollo de las libertades económicas, tenemos que los impuestos de salida son una reacción de defensa de la soberanía y jurisdicción fiscal a la libre circulación de que disfrutaban sujetos y activos en el orden económico liberal desarrollado en la segunda mitad del siglo XX³. Por ello, los impuestos de salida son frecuentes en la mayor parte de economías occidentales abiertas, con especial desarrollo en la Unión Europea por las libertades comunitarias y la implantación del mercado interior.

Sin embargo, su uso no ha estado exento de problemática. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, los impuestos de salida entran en colisión con las libertades fundamentales de la Unión, que precisamente originan el problema que esos gravámenes pretenden solucionar. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha analizado la cuestión en repetidas ocasiones, definiendo en un doble sentido el concepto de impuesto de salida en el contexto europeo⁴. Por un lado, en su papel de legislador negativo ha

Fair Balance?», en Heike Jochum, Peter Essers, Michael Lang, Norbert Winkeljohann, Bertil Wiman (eds.) *Practical Problems in European and International Tax Law – Essays in Honour of Manfred Mössner*, IBFD, Amsterdam, 2016, sec. 28.1.

2. L. DE BROE, «General Report», en *The Tax Treatment of Transfer of Residence by Individuals*, vol. 87B, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2002 (IFA Cahiers de Droit Fiscal International), p. 29; D. J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, «De “Lasteyrie” a “Comisión c. España”: ¿Hacia una mayor coordinación del diseño de los “exit taxes” de los Estados miembros?», cit., p. 155; W. SCHÖN, «Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in The European Union», *Tax Notes International*, vol. 34, 2, 2004, pp. 199-200; R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», *European Taxation*, vol. 52, 7, 2012, p. 346.
3. Vid. F. DE MAN; T. ALBIN, «Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?», cit., p. 613; E. C. C. M. KEMMEREN, «Netherlands: Exit Taxation of a Substantial Shareholder: Tax Treaty Override?», en Eric C. C. M. Kemmeren (ed.) *Tax Treaty Case Law around the Globe 2016*, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 321; R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., p. 346.
4. Entre la abundante jurisprudencia sobre la materia, lo que pone de relieve su importancia en el Derecho de la Unión, Vid. STJCE (Sala Quinta) de 11 de marzo de 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02; STJCE (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2006, *N c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, C-470/04; STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, C-371/10; STJUE (Sala Primera) de 12 de julio de 2012, *Comisión Europea c. Reino de España*, C-269/09; STJUE (Sala Cuarta) de 6 de septiembre de 2012, *Comisión Europea c. República Portuguesa*, C-38/10; STJUE (Sala Segunda) de 25 de abril de 2013, *Comisión Europea c. Reino de España*, C-64/11; STJUE (Sala Séptima) de 31 de enero de 2013, *Comisión Europea c. Reino de los Países Bajos*, C-301/11;

determinado cómo no deben ser los impuestos de salida⁵; por otro, al definir en qué supuestos los impuestos de salida son compatibles con el Derecho de la Unión, su actuación se ha acercado peligrosamente a la de un auténtico legislador⁶. Así, su poder de persuasión desembocó, en primer lugar, en la asunción por los Estados de los elementos definitorios de los impuestos de salida compatibles definidos por la jurisprudencia en esta materia⁷.

Por otra parte, en paralelo a este desarrollo jurisprudencial, en el plano global se han venido desarrollando desde 2008 medidas tendentes a prevenir la elusión fiscal internacional, entre las que destaca el conocido como Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (Plan BEPS)⁸. Sin embargo, los impuestos de salida no se encuentran entre las cuestiones debatidas y acordadas en el Plan BEPS de la OCDE, lo que no ha sido obstáculo para que la Unión Europea aprovechara la transposición al

STJUE (Sala Tercera) de 18 de julio de 2013, *Comisión Europea c. Reino de Dinamarca*, C-261/11; STJUE (Sala Primera) de 23 de enero de 2014, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH c. Finanzamt Hamburg-Mitte*, C-164/12; STJUE (Sala Tercera) de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec GmbH & Co. KG c. Finanzamt Hilden*, C-657/13; STJUE (Sala Cuarta) de 21 de diciembre de 2016, *Comisión Europea c. República Portuguesa*, C-503/14; STJUE (Sala Primera) de 14 de septiembre de 2017, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, C-646/15; STJUE (Sala Primera) de 15 de marzo de 2018, *Christian Picart c. Ministre des Finances et des Comptes publics*, C-355/16. En el Tribunal del Acuerdo Europeo de Libre Comercio, *Vid. STEFTA de 3 de octubre de 2012, Arcade Drilling AS c. The Norwegian State-Tax Region West*, E-15/11. *Vid.* la alerta temprana de los académicos y asesores al respecto en L. DE BROE, «General Report», cit., p. 71 y ss.

5. *Vid.*, en particular, Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 58; y Sentencia *N*, C-470/04, cit., párr. 55.
6. *Vid.*, en particular, Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 86; Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párr. 64; y Sentencia *Verder LabTec*, C-657/13, cit., párr. 52.
7. *Vid.* F. P. G. PÖTGENS Y OTROS, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 1», *Intertax*, vol. 44, 1, 2016; F. P. G. PÖTGENS Y OTROS, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 2», *Intertax*, vol. 44, 2, 2016; F. P. G. PÖTGENS Y OTROS, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 3», *Intertax*, vol. 44, 3, 2016; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 97 y ss., 215 y ss.
8. *Vid.* OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013; *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013. *Vid.* también la numerosa documentación derivada en OECD, «BEPS Actions», *OECD Centre for Tax Policy and Administration*, fecha de consulta 20 marzo 2018, en <http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>. En la doctrina, podemos encontrar análisis completos del Plan, i.a., en J. M. ALMUDÍ CID; J. A. FERRERAS GUTIÉRREZ; P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA (EDS.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2017; R. DANON (ED.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Schulthess, Zürich, 2016; M. LANG (ED.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde, Viena, 2016.

ordenamiento europeo de las esas medidas con la Directiva antielusión para introducir y armonizar el impuesto de salida en determinados supuestos⁹. Así, se aprovecha el *momentum* político de facilidad de aprobación de Directivas en este marco de prevención de la elusión para armonizar unos impuestos de salida que presentaban unas disparidades notables entre los distintos Estados miembros, causando graves distorsiones en el mercado interior¹⁰.

En el presente capítulo analizaremos el contenido, alcance y limitaciones de los impuestos de salida en el estado actual de las cosas, así como su encaje y relación en los distintos sistemas jurídicos, con especial referencia al ordenamiento español. La estrecha relación entre las libertades comunitarias, la jurisdicción fiscal y la concepción de estos tributos hace que sea imposible entender los últimos sin ese marco. Por ello, en la primera parte abordaremos el concepto de impuestos de salida y su tipología; en segundo lugar, analizaremos su relación con las libertades comunitarias y la jurisdicción fiscal y el perfil que el Tribunal de Justicia ha ido delineando sobre los mismos; a continuación, abordaremos el impuesto de salida contenido en la Directiva antielusión como codificación de la jurisprudencia del Tribunal, así como su compatibilidad con el Derecho primario y; por último, estudiaremos los impuestos de salida en el ordenamiento tributario español y su correlación con la jurisprudencia del Tribunal y la Directiva.

En sentido negativo, quedan fuera de nuestro análisis los impuestos de salida sobre personas físicas al no estar incluidos dentro del ámbito de la Directiva, si bien el presente análisis puede servir, *mutatis mutandis*, al análisis de aquellos¹¹. Por otra parte, también dejamos fuera de nuestro análisis la relación entre convenios de doble imposición e impuestos de salida, pues si bien

9. Vid. considerando 5 y 10 y art. 5 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (ATAD), en relación con el Plan de Acción señalado *ut supra*. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 123; A. RIBES RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», *Crónica Tributaria*, 159, 2016, pp. 168-170.
10. Vid. la comparativa de impuestos de salida en distintos países europeos en D. GUTTMAN ET AL., «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *European Taxation*, vol. 57, 1, 2017, donde destaca Polonia, que carece de impuesto de salida, frente a otros muchos países con configuraciones dispares. Vid. también el análisis de varias jurisdicciones en A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., p. 215 y ss.
11. SANZ GADEA apunta a la utilidad del impuesto de salida previsto en la ATAD para ayudar a configurar también los impuestos de salida de las personas físicas. E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», *Revista de Contabilidad y Tributación-CEF*, 421, 2018, pp. 49, 74-75. No obstante, como señalaremos en este trabajo, consideramos que el análisis de proporcionalidad aconseja dar un tratamiento diferente cuando sea necesario y/o más proporcionado. Por ejemplo, en la elección entre diferimiento o aplazamiento parece razonable atender a la posibilidad de regreso, que puede ser distinta según se trate de personas físicas o jurídicas.

es una cuestión de extraordinaria importancia para este tipo de impuestos, excedería la encomienda de este título extendiendo un ya de por sí amplio análisis¹².

II. EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS IMPUESTOS DE SALIDA Y SUS CATEGORÍAS

1. EL CONCEPTO DE IMPUESTO DE SALIDA

Como hemos señalado, el concepto de impuesto de salida se refiere al gravamen de plusvalías no realizadas como consecuencia de traslados de residencia o activos al extranjero. Pues bien, para entender los elementos definitorios de este concepto debemos referirnos a dos principios básicos de la fiscalidad moderna: el concepto de renta global y los principios de la jurisdicción fiscal internacionalmente aceptados.

En primer lugar, es sobradamente conocido que los sistemas modernos de gravamen sobre la renta se basan en conceptos globales o extensivos de renta que tienden a no excluir de gravamen ningún tipo de renta, de acuerdo con los trabajos desarrollados por VON SCHANZ, y de HAIG y SIMONS¹³. Así, a priori, dentro de esas rentas se encontrarían los incrementos de valor de los activos del sujeto con independencia de que estos se hayan realizado o no, de forma que no existiría el problema de los impuestos de salida pues a la emigración se habría gravado la totalidad de la renta generada bajo esa

12. Vid. sobre estas cuestiones, *i.a.*, B. M. CARRAMASCHI, «Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», cit.; V. CHAND, «Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis», cit.; J. W. J. DE KORT, «Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder: An Infringement of Article 13 of the OECD Model Convention?», *Intertax*, vol. 31, 3; F. DE MAN; T. ALBIN, «Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?», cit.; E. C. C. M. KEMMEREN, «Netherlands: Exit Taxation of a Substantial Shareholder: Tax Treaty Override?», cit.; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., p. 257 y ss.; «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., pp. 179-180; E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 76 y ss.
13. En este sentido, para VON SCHANZ, renta gravable sería el *incremento de capacidad económica de una persona determinada durante un período determinado o los medios de los que puede disponer una persona que, durante el período en cuestión, no minoren su capital o le hagan incurrir en deudas*. En parecido sentido, para HAIG, la renta gravable sería «el valor monetario del incremento neto del poder económico de un sujeto entre dos momentos temporales». Para SIMONS, por su parte, debe definirse como «la suma algebraica de (1) el valor de mercado de los derechos ejercidos en el consumo y (2) el cambio en el valor de los derechos de propiedad entre el principio y el fin del período correspondiente». R. M. HAIG (ED.), *Federal Income Taxation*, Columbia University Press, New York, 1921, p. 27; H. C. SIMONS, *Personal Income Taxation*, The University of Chicago Press, Chicago, 1938, p. 125; G. VON SCHANZ, «Der Einkommensbegriff und Die Einkommens-teuergesetze», *FinanzArchiv / Public Finance Analysis*, vol. 13, 1, 1896, p. 17.

jurisdicción¹⁴. Sin embargo, los problemas de liquidez y cuantificación que ese tratamiento conllevaría han llevado a complementar el principio de renta global con el principio de renta realizada, difiriendo el gravamen a la enajenación del activo¹⁵.

En segundo lugar, tenemos los dos principios en los que se fundamenta la jurisdicción fiscal de los sistemas fiscales actuales: la sujeción real y la sujeción personal¹⁶. Siguiendo esos principios, cuando un sujeto o bien sale del territorio de un Estado –o renuncia a la nacionalidad–, esa jurisdicción perdería, a falta de otras reglas como la jurisdicción por nacionalidad, la potestad de gravar los incrementos de valor o rentas relacionadas con esos sujetos o bienes.

Con esto, vemos que la interacción de ambos principios lleva a una quiebra del principio de renta global, pues si los activos o el sujeto salen de la jurisdicción y posteriormente se enajena el activo con la plusvalía latente, la jurisdicción en donde la plusvalía se generó de forma latente pierde el derecho a gravarla, no de forma temporal como justifica el diferimiento, sino definitiva. Si a ello unimos el enorme desarrollo de las libertades de movimiento de personas, activos y capitales de las últimas décadas, el problema se acrecienta. Teniendo esto en cuenta, la pérdida de jurisdicción fiscal desemboca en múltiples inconvenientes que pueden resumirse en cuatro.

En primer lugar, se pone en entredicho el carácter comprensivo o extensivo del impuesto en el sentido expuesto de gravar todo tipo de renta¹⁷. Esto violaría además la neutralidad impositiva en tanto habría una categoría

14. Aunque algunos autores han señalado que no existe renta, parece más consistente considerar que sí hay renta, aunque por motivos técnicos y administrativos se difiera su gravamen al momento de la realización. Vid. R. A. MUSGRAVE, «In Defense of an Income Concept», *Harvard Law Review*, vol. 81, 1, 1967, p. 49; H. C. SIMONS, *Personal Income Taxation*, cit., p. 100.
15. Vid. W. ANDREWS, «A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax», *Harvard Law Review*, vol. 87, 6, 1974, pp. 1141-1143; M. L. FELLOWS, «A Comprehensive Attack on Tax Deferral», *Michigan Law Review*, vol. 88, 4, 1990, p. 724; H. C. SIMONS, *Personal Income Taxation*, cit., p. 56. No obstante, algunos autores apuntan que el problema de liquidez es una falacia en tanto el problema de liquidez causado por el impuesto no tiene por qué ser insalvable, de forma que resuelven a favor de gravar las ganancias no realizadas. Vid. M. L. FELLOWS, «A Comprehensive Attack on Tax Deferral», cit., p. 724; E. C. C. M. KEMMEREN, «A Global Framework for Capital Gains Taxes», *Intertax*, vol. 46, 4, 2018, p. 272; D. SHAKOW, «Taxation without Realization: a Proposal for Accrual Taxation», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 134, 5, 1986, pp. 1167-1176.
16. El principio de gravamen a título personal determina la sujeción a gravamen de la renta –o capital– de un sujeto conectado a la jurisdicción fiscal correspondiente, bien sea a través de la residencia o nacionalidad. Por su parte, el principio de gravamen por conexión real determina la posibilidad de gravar una renta –o bien– a partir de la relación del objeto con la jurisdicción, con independencia de dónde se encuentre el sujeto titular o la relación que este tenga con esa jurisdicción. Vid. R. S. AVI-JONAH, «International Tax as International Law», *Tax Law Review*, vol. 57, 4, 2004, pp. 484-491.
17. Vid. nota 12 *ut supra*.

de rentas –las ganancias de capital no realizadas– que resultaría no gravada si se da un traslado. Este problema puede ponerse en relación con la coherencia del sistema tributario que el TJUE ha reconocido¹⁸. En nuestra opinión, sin perjuicio de ser opinión minoritaria, desde el punto de vista de la neutralidad lo acertado sería el gravamen de las plusvalías no realizadas configurado de manera que no perjudique a la generación de riqueza, de forma que se eliminaría el diferente tratamiento y no habría discriminación alguna¹⁹. En segundo lugar, esos dos principios permiten a los contribuyentes eludir la carga fiscal mediante el traslado de su residencia o sus activos a una jurisdicción con tipos impositivos más bajos o donde la normativa tributaria resulte en la desimposición del incremento de valor producido, de forma que el impuesto de salida actuaría como norma antielusión²⁰. En tercer lugar, los impuestos de salida persiguen garantizar la atribución adecuada de la potestad tributaria, de forma que el gravamen de las plusvalías –o minusvalías– sean el correlato del incremento –o disminución– del valor del activo o patrimonio acontecido durante la permanencia de los mismos en una jurisdicción tributaria, aunque no se hayan realizado aún²¹. Por último, los impuestos de salida garantizan que el Estado que ejerce la potestad tributaria en traslados al exterior pueda cobrar de forma efectiva el impuesto que se corresponde con esas plusvalías latentes²². Estos fundamentos resultan de extraordinaria importancia pues en ellos se basan, como veremos posteriormente, las causas esgrimidas por los Estados ante el Tribunal de Justicia para justificar las restricciones a que dan origen los impuestos de salida.

18. Vid. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 33; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 79. No obstante, algunos autores confunden la coherencia del sistema tributario con una relación entre deducciones e imputación de rentas cuando, en nuestra opinión, el concepto debe entenderse en un sentido más extensivo de forma que garantice el juego de inclusiones, exclusiones, diferimientos y neutralidad del sistema correspondiente.
19. Vid. W. ANDREWS, «A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax», cit.; M. L. FELLOWS, «A Comprehensive Attack on Tax Deferral», cit.
20. Vid. B. M. CARRAMASCHI, «Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», cit., p. 283; DE BROE, LUC, «Hard Times for Emigration Taxes in the EC», cit., p. 213; J. W. J. DE KORT, «Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder: An Infringement of Article 13 of the OECD Model Convention?», cit., p. 102. La inclusión en la Directiva antielusión también confirma el carácter antiabuso de estas normas. No obstante, el TJUE parece no apreciar este extremo, aunque no es claro si por la particular configuración de las normas que ha analizado o por considerar que su carácter de normas que preservan el reparto adecuado de la potestad tributaria opaca su impronta antiabuso. Vid., en este sentido, entre la abundante jurisprudencia, Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 24; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 83 y 84; así como, en parecido sentido, párrafos correspondientes del resto de sentencias señaladas *ut supra*.
21. Esta es la posición sostenida por el TJUE como causa de justificación a partir de la Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 48. Vid. también, en parecido sentido, párrafos concordantes del resto de sentencias señaladas *ut supra*.
22. Vid. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 25; así como, en parecido sentido, párrafos correspondientes del resto de sentencias señaladas *ut supra*.

Así las cosas, como es sabido, los Estados han reaccionado a estos problemas derivados de los traslados gravando las plusvalías latentes de los activos del sujeto o bienes que se trasladan al extranjero²³. En definitiva, los impuestos de salida se caracterizan por suponer una excepción al principio de diferimiento del gravamen de las plusvalías no realizadas al momento de la transmisión, excepción que se justifica con el objeto de preservar el principio de gravamen de la totalidad de la renta en sentido comprensivo, y por causa de la extinción de la jurisdicción derivada del traslado del sujeto o el activo.

Por ello, podemos excluir *in limine* de la problemática que estudiamos numerosos gravámenes considerados como impuestos de salida que no deberían ser categorizados como tal, sino que constituyen extralimitaciones del legislador tributario que, en su caso, deben ser expurgados del ordenamiento. Nos referimos aquí a supuestos de gravamen sobre plusvalías no realizadas cuando no se pierde la jurisdicción sobre los activos o el sujeto correspondiente²⁴. Cosa distinta es la posibilidad de establecer mecanismos de control proporcionados, en función de si el traslado es hacia la Unión o terceros países, para seguir el rastro del activo y comprobar su venta, de forma que en ese momento se pueda liquidar el impuesto correspondiente.

2. LAS CATEGORÍAS DE IMPUESTOS DE SALIDA

La doctrina ha establecido diversas categorías y distinciones entre los impuestos de salida²⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, la mayoría de estas categorizaciones resulta deficiente porque, por un lado, emplean un concepto

23. Sobre las reacciones de los distintos Estados, tipología y características *Vid.* L. DE BROE, «General Report», cit.; D. GUTTMAN ET AL., «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit.; F. P. G. PÓTGENS Y OTROS, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 1», cit.; «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 2», cit.; «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 3», cit.; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 40-53, 97-142, 215-256.

24. *Vid.*, e.g., el supuesto del impuesto de salida francés en el caso *Lasteyrie*. Sobre este extremo, DE BROE señala que el gravamen se exigía con independencia de que efectivamente se perdiera la jurisdicción. DE BROE, LUC, «Hard Times for Emigration Taxes in the EC», cit., p. 221.

25. *Vid.* B. M. CARRAMASCHI, «Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», cit., p. 283; K. CEJIE, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», cit., pp. 383-384; V. CHAND, «Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis», cit., p. 1; L. DE BROE, «General Report», cit., p. 23; P. HERRERA MOLINA, «Exit Taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», cit., pp. 3-4; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 27-29.

de impuesto de salida extensivo que incluye tributos con problemática dispar, y por otro, porque realizan distinciones arbitrarias que sólo inducen a confusión. Esto lleva a que se apliquen soluciones semejantes a casos dispares y soluciones distintas a problemas idénticos²⁶. Es por ello por lo que, partiendo de la definición señalada, ofrecemos la siguiente categorización a de acuerdo con las consecuencias jurídicas o presupuesto de los distintos tipos, particularmente, el impacto de las distintas doctrinas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En primer lugar, podemos distinguir entre impuestos de salida por traslado de residencia y los impuestos de salida por traslado de activos²⁷. Esta cuestión será relevante a efectos de analizar, en función del tipo de traslado, las reglas de jurisdicción implicadas que llevarían a la quiebra del principio jurisdiccional correspondiente y, en consecuencia, la exigencia del impuesto²⁸. En segundo lugar, entre los impuestos de salida por traslado de personas podemos distinguir entre impuestos de salida de personas físicas y personas jurídicas, cuya distinción resulta evidente²⁹. Esta distinción, si bien ha ido perdiendo virtualidad en el Derecho de la Unión a medida que el Alto Tribunal ha ido aproximando la jurisprudencia de ambas, es relevante, junto a la primera distinción, posiblemente contra el criterio actual del TJUE, a efectos de realizar el análisis de proporcionalidad³⁰.

26. Por ejemplo, CEJIE aplica la lógica del Caso *N* a los *trailing taxes* o extensión de la jurisdicción, cuando es claro que en estos supuestos no existe restricción ni discriminación inmediata a la libertad de establecimiento. Por el contrario, los únicos problemas que deben analizarse aquí, como CEJIE también hace, son la legalidad de la jurisdicción, compatibilidad con los Convenios y eliminación de la doble imposición. *Vid.* K. CEJIE, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», cit., p. 396. *Vid.* también el caso *Lasteyrie*, en que la norma podía aplicarse a supuestos en que no se extinguía la jurisdicción en nota 24 *ut supra*.
27. *E.g.* arts. 5.1.a) [de activos] y 5.1.c) [de residencia] de la ATAD. También art. 19.1 [de residencia] de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) [de residencia; y 18.5.b) [de activos] del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR).
28. A efectos convencionales, por ejemplo, nos deberemos referir al art. 4 del Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE) para determinar la residencia, y a la dispersa normativa sobre la fuente (5, 6, 7, 13... MC OCDE), en casos de traslado de activos.
29. El impuesto de salida de personas físicas en España se encuentra en el art. 95 bis 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. Por el contrario, sería impuesto sobre personas jurídicas el art. 19.1 de la LIS. En el ámbito comunitario no existe impuesto de salida de personas físicas armonizado, como sí existe para personas jurídicas en la ATAD. *Vid.* ejemplos de ambos tipos de impuestos en los distintos países en A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 97-142; 215-256.
30. Cf. Sentencia *Comisión c. Portugal*, C-503/14, cit.; y Sentencia *NGI*, C-371/10, cit. *Vid.*, sobre la ausencia de distinción en la jurisprudencia a partir de la sentencia contra Portugal

En tercer lugar, y también de particular relevancia para nuestro análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está la distinción entre impuestos de salida propios e impuestos de salida impropios. Impuestos de salida propios son aquellos que anudan de forma directa el devengo de la obligación tributaria sobre la plusvalía latente al supuesto fáctico del traslado de residencia o del activo. Los impuestos de salida impropios, por su parte, son aquellos impuestos de este tipo en los que la obligación de gravamen se determina con referencia a un cambio en la situación mercantil o tributaria del sujeto que coincide con el traslado del sujeto, su sucesor, o los activos, fuera de la jurisdicción³¹. Este sería el caso de una disolución simple, una disolución a causa de una fusión, escisión u otra reorganización.

Sobre esta última cuestión es reseñable que numerosos autores analizan de forma conjunta la jurisprudencia del Tribunal referida al traslado internacional del domicilio social y la referida a impuestos impropios³². Sin embargo, el razonamiento del Tribunal en ambas categorías, aunque imbricado, responde a principios distintos, de forma que su análisis conjunto resulta en numerosos equívocos y dificulta la comprensión de la jurisprudencia sobre impuestos de salida³³. Por ello, a efectos de nuestro análisis separaremos ambos grupos de

señalada S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 128.

31. VAN DER BROEK y MARRES los categorizan en sentido amplio como impuesto de salida. SANZ GADEA, por su parte, habla de efectos equivalentes. O. MARRES, «Exit Taxes on Companies», cit., sec. 7.3; E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., pp. 53-54; H. J. VAN DER BROEK, «EU Mergers and Exit Taxes», en Karin E. M. Beck, Christine Osterloh-Konrad (eds.) *Unternehmensnachfolge*, Springer, Berlin, 2009 (MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law), pp. 135-136. En nuestra opinión, dentro de este tipo de impuestos de salida también podríamos encontrar la autorización previa para traslado de la sede social, aunque gran parte de la doctrina ve en esta situación un auténtico impuesto de salida propio. Vid. al respecto STJCE de 27 de septiembre de 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, C- 81/87. Vid. R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., p. 348.
32. De esta forma, no distinguen sobre si la fusión puede estar protegida por el derecho de establecimiento o no, incurriendo en el error de determinar el traslado de sede y toda fusión como equivalentes a impuestos de salida. Vid., i.a. O. MARRES, «Exit Taxes on Companies», cit., sec. 7.3; A. M. OTTOSEN; P. D. KAYSER, «Exit Taxation and Corporate Mobility in the EU», cit., sec. 11.5.3; R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., p. 349.
33. Vid. varios ejemplos de análisis conjuntos que, si bien acertados en la mayor parte de los casos en los problemas y la solución y por tanto implícitamente aceptan la distinción, pero no sistematizan el problema. DOURADO, ANA PAULA; PISTONE, PASQUALE, «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», *Intertax*, vol. 37, 6-7, 2009; O. MARRES, «Exit Taxes on Companies», cit.; C. H. PANAYI, «Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, 10, 2010; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 146-205; H. SCHNEEWEISS, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact

casos, pues este deslinde permite descubrir una jurisprudencia de cierta consistencia, si bien no exenta de crítica.

Además, entre estos impuestos impropios hay que hacer una precisión en relación con gravámenes de plusvalías latentes en casos en los que se mezcla una reorganización empresarial y traslados transfronterizos. En estos supuestos hay que separar la exigencia de gravamen sobre la plusvalía realizada como consecuencia de la operación de reorganización –y el diferimiento que resulta de aplicar el régimen especial–; del gravamen de la plusvalía no realizada resultante de un traslado al extranjero³⁴. Mientras en el primer supuesto existe una plusvalía realizada cuyo gravamen puede, en algunos supuestos, diferirse por razones de política económica y fiscal para favorecer las concentraciones y la eficiencia empresarial, en el segundo supuesto no existe plusvalía realizada. Así, los principios a aplicar en uno y otro supuestos serán distintos, siendo la problemática fundamental deslindar la situación y la cuantificación.

Por último, debemos separar los anteriores de otros supuestos que, aunque los autores denominan impuestos de salida, no encajan en estas categorías. Entre estos se encuentran la extensión o mantenimiento de la jurisdicción fiscal a sujetos y activos que han sido trasladados al extranjero, también denominados *trailing taxes*, o la autorización previa al traslado por parte de la autoridad mercantil o fiscal³⁵. En nuestra opinión, estos supuestos no constituyen impuestos de salida en la concepción que defendemos pues falta una de las notas características, esto es, la eliminación del diferimiento o la pérdida de jurisdicción, y por tanto no encajan ni deberían incluirse dentro de estas categorías³⁶.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE IMPUESTOS DE SALIDA

Sentadas las bases conceptuales y categorías de nuestro análisis, pasaremos a analizar la jurisprudencia del Tribunal de justicia sobre impuestos de salida. Esta se ha caracterizado por su aparente inconsistencia e imprecisión. Así, tanto la jurisprudencia sobre traslado de domicilio, con impacto en los

on Taxing Migrating Companies», cit., p. 363. Sentencia *NGI*, C-371/10; y STJUE (Sala Primera) de 22 de marzo de 2018, *Marc Jacob c. Ministre des Finances et des Comptes publics* y *Ministre des Finances et des Comptes publics c. Marc Lassus*, Asuntos acumulados C-327/16 y C-421/16.

34. Vid. R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., p. 348. Vid. también, señalando la diferencia entre un traslado internacional de domicilio y una fusión, y por tanto, reconociendo la distinción entre impuestos propios e impropios, J. VAN DAELE, «Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law», *European Taxation*, vol. 51, 5, 2011, p. 193.

35. Vid. nota 26 *ut supra*.

36. Vid. nota 27 *ut supra*.

impuestos de salida impropios, como la jurisprudencia de impuestos de salida directos, han provocado un debate muy activo de académicos tributaristas y mercantilistas, autoridades tributarias y mercantiles, y tribunales³⁷. En lo que se refiere a la jurisprudencia en materia fiscal, esas contradicciones e imprecisiones posiblemente derivan de la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia en materia fiscal que, en un primer momento, parece otorgar preferencia a las libertades comunitarias, así como realizar un análisis más casuístico, frente a la jurisprudencia más reciente que atempera esa visión ponderando las libertades con el interés de los Estados en distintas vertientes, así como ofrece soluciones más generales que provean de mayor seguridad jurídica³⁸.

37. Entre la doctrina en materia de impuestos de salida, y mencionando únicamente aquellos que se centran en analizar la jurisprudencia K. CEJIE, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», cit.; L. CERIONI, «Cross-Border Mobility of Companies in the European Union: Tax Competition and Increased Scope for the CCCTB following Cartesio», *Bulletin for International Taxation*, vol. 64, 12, 2010; P. HERRERA MOLINA, «Exit Taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», cit.; R. KOK, «Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus», *EC Tax Review*, vol. 21, 4, 2012; J. LEVER, «Case 81/87, The Queen v H.M. Treasury ex parte Daily Mail and General Trust plc (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 CMLR 713)», *Common Market Law Review*, 1989; J. F. P. NOGUEIRA, «L'exit tax sulle società in Portogallo», 2011; H. SCHNEEWEISS, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», cit.; M. TELL, «Exit Taxation within the European Union/ European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)», *European Taxation*, vol. 54, 2-3, 2014; B. ZUIJDENDORP, «The N Case: the European Court of Justice Sheds Further Light on the Admissibility of Exit Taxes but Still Leaves Some Questions Unanswered», *EC Tax Review*, vol. 16, 5, 2007; P. PISTONE Y OTROS, «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», cit.; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit.; T. TASSANI, «Exit Tax e libertà di stabilimento delle imprese in Europa», *Piccola Impresa / Small Business*, 1, 2013; ALMUDÍ CID, JOSÉ MANUEL, «Spain», en Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer, Alfred Storck (eds.) *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2011*, Linde, Viena, 2012 (Series on International Tax Law). En materia de traslado internacional de domicilio social y/o de ley aplicable *Vid.* W. F. EBKE, «The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond», *The International Lawyer*, vol. 38, 3, 2004; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria: comentario a la STJUE as. Vale Épitési kft», *Diario La ley*, 7992, 2012; A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, «Centros Ltd: A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 3, 2000; V. PETRONELLA, «The Cross-Border Transfer of the Seat after Cartesio and the Non-Portable Nationality of the Company», *European Business Law Review*, vol. 21, 2, 2010; W.-H. ROTH, «From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 1, 2003.
38. *Vid.* Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., y compárese con Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., y Sentencia *Comisión c. Portugal*, C-503/14, cit. Si bien no hay una inconsistencia absoluta, pues parece que en el caso *Lasteyrie* lo que se juzgó contrario al Derecho de la Unión era el carácter absoluto y automático de la medida, la interpretación mayoritaria era que con esa base era improbable que un impuesto de salida fuera compatible con el Derecho de la Unión.

1. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DE SEDE SOCIAL EN LOS IMPUESTOS DE SALIDA IMPROPIOS

Nos encontramos ante un impuesto de salida impropio, por ejemplo, cuando una entidad es disuelta con ocasión de su traslado al extranjero, y como consecuencia se cierra el período impositivo y se exige un gravamen por las plusvalías latentes³⁹. Pues bien, en relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre los supuestos de traslado de domicilio y/o cambio de la *lex societatis* a otro Estado miembro⁴⁰. En estos casos, es posible que el Estado de origen determine la disolución con o sin liquidación de la sociedad, así como que el Estado de destino no reconozca la existencia de la sociedad o pueda exigir su reconstitución, obstáculos que el TJUE pone en relación con la libertad de establecimiento⁴¹. La cuestión estriba en que la compatibilidad o no de la disolución con o sin liquidación, del reconocimiento o de la exigencia de la reconstitución puede determinar también, de forma indirecta, la validez del impuesto que pueda exigirse por las plusvalías latentes a causa de la extinción de la entidad. Si no cabe la extinción de la entidad, no puede darse el supuesto de hecho sobre el que opera este impuesto de salida indirecto y, por tanto, no puede exigirse el gravamen impropio, sin perjuicio de la posible exigencia de gravamen propio siguiendo la jurisprudencia correspondiente. Por ello, antes de entrar a analizar los supuestos de impuestos de salida impropios que podemos encontrar, debemos analizar brevemente la mencionada jurisprudencia de traslado de domicilio o cambio de *lex societatis*.

Pero antes, debemos advertir de una cuestión que frecuentemente conduce a confusión en la doctrina, como es que el traslado de sede social, sede de dirección o el cambio de ley aplicable no necesariamente altera la sujeción tributaria, que deberá ser analizada de acuerdo con la normativa interna correspondiente y los convenios aplicables, con las consecuencias

Sin embargo, aunque no existe una oposición absoluta, si se comparan las primeras sentencias *Lasteyrie o N* con *NGI*, con *Comisión c. España*, *Comisión c. Portugal*, o con *Trustees of the P. Panayi Accumulation*, se aprecia que el Tribunal pasa de un análisis casuístico a una regla general para todos los impuestos sobre emigración. Vid. análisis sobre la duda en torno a la evolución de la doctrina, P. HERRERA MOLINA, «Exit Taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», cit., pp. 29-32.

39. Vid., e.g. art. 17.5 LIS.

40. Vid. Sentencia *Daily Mail*, C-81/87, cit.; STJCE de 9 de marzo de 1999, Sentencia *Centros*, C-212/97, cit.; STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00; STJCE (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005, *Sevic Systems AG*, C-411/03; STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06; STJUE (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, *Vale Építési kft*, C-378/10; STJUE (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, C-106/16.

41. Vid., por ejemplo, en supuesto de traslado de la entidad o cambio de *lex societatis*, Sentencia *Cartesio*, C-210/06, cit., o Sentencia *Vale*, C-378/10, cit. En caso de transformaciones, Vid. Sentencia *Sevic*, C-411/03, cit.

correspondientes en lo que a impuestos de salida se refiere en función de la pérdida de jurisdicción⁴².

La primera de las conclusiones del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión deriva de la competencia sobre la materia de los Estados miembros: como la existencia y continuidad de una sociedad es una cuestión de Derecho doméstico, la disolución de la sociedad con motivo de traslado al extranjero de su domicilio o sujeción a normativa extranjera también es una cuestión sometida a la competencia del Estado miembro y ajena, en primera instancia, al Derecho de la Unión⁴³. Con todo, debe tenerse en cuenta también que es doctrina aceptada y pacífica que los Estados miembros deben ejercer tales competencias de forma consistente con el Derecho primario y, particularmente, las libertades de la Unión⁴⁴.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia ha respondido en numerosas ocasiones que imponer la disolución de una sociedad que traslada su sede a otro Estado miembro no viola, *per se*, la libertad de establecimiento⁴⁵. El fundamento del Tribunal para alcanzar tal conclusión se basa en dos argumentos. En primer lugar, aunque controvertido, el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) no contempla expresamente el traslado de una entidad mercantil dentro de los supuestos protegidos por la Libertad

42. *Vid.* a este respecto, ALMUDÍ CID, JOSÉ MANUEL, «Los sujetos pasivos de Impuesto sobre Sociedades», en Javier Galán Ruíz, Manuel Gutiérrez Lousa, José Antonio Rodríguez Ondarza (eds.) *El impuesto sobre sociedades y su reforma para 2007*, Civitas, Madrid, 2006. *Vid.*, reconociendo la distinción al referirse a la posibilidad de trasladar la sede de dirección efectiva sin modificar la residencia a efectos societarios, DOURADO, ANA PAULA; PISTONE, PASQUALE, «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», cit., p. 344. En todo caso, la distinción entre la teoría de la sede real y de la ley de constitución no es determinante en relación con la residencia fiscal en el estado actual de las cosas donde el formalismo del Derecho mercantil lleva a que la presunta sede mercantil no necesariamente coincida con el lugar de la actividad principal, el lugar donde se toman las decisiones relevantes o este esté disperso. La relevancia en el Estado actual de la jurisprudencia mercantil se referirá a la posibilidad de aplicar las libertades y en consecuencia, obtener la protección frente al impuesto de salida. *Vid.* al respecto el argumento de la EFTA Surveillance Authority, en la Sentencia *Überseering*, C-208/00, cit., párr. 51. *Vid.* también Sentencia *Polbud*, C-106/16, cit., párr. 42.
43. *Vid.* Sentencia *Daily Mail*, C-81/87, cit., párr. 19-21; Sentencia *Überseering*, C-208/00, párr. 70; Sentencia *Cartesio*, C-210/06, cit., párr. 110; Sentencia *Vale*, C-378/10, cit., párr. 29; Sentencia *Polbud*, C-106/16, cit., párr. 34.
44. *Vid.*, *i.a.*, STJCE de 14 de febrero de 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Schumacker*, 14 de febrero de 1995, C-279/93, párr. 21; Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 44.
45. En el sentido de que en el estado actual de las cosas los Estados miembros retienen la potestad para condicionar el mantenimiento del estatus de sociedad, *Vid.* Sentencia *Daily Mail*, C-81/87, cit., párr. 19-21; Sentencia *Überseering*, C-208/00, cit., párr. 70; Sentencia *Cartesio*, C-210/06, cit., párr. 110; Sentencia *Vale*, C-378/10, cit., párr. 29; Sentencia *Polbud*, C-106/16, cit., párr. 34.

de Establecimiento⁴⁶; y en segundo lugar, también controvertido y en relación con el anterior, si la normativa de un Estado miembro a través de la cual una entidad existe y funciona impone la disolución en el momento del traslado, no existe en el momento del traslado sujeto sobre el que opere tal libertad o, al menos, esta no es «nacional» de un Estado miembro⁴⁷. Ahora bien, esta posición maximalista sobre compatibilidad de la disolución de entidades por traslado de la sede social o sujeción a normativa extranjera con la libertad de establecimiento, y por ende de eficacia de los impuestos de salida impropios, ha sido poco a poco matizada por el Tribunal de Justicia.

Así, como segunda nota definitoria del régimen de traslados societarios entre Estados miembros, el TJUE reconoció en el asunto *Cartesio* que la imposición de la disolución y liquidación de una entidad que traslada su domicilio al extranjero con cambio del derecho aplicable al del nuevo Estado al que se traslada por parte del Estado de origen es contrario a la libertad de establecimiento si el Estado de destino reconoce la sucesión de la entidad por otra sujeta a su Derecho⁴⁸. El razonamiento del Tribunal parece derivarse del hecho de que, si la entidad es reconocida por el Estado al que se traslada, este reconocimiento debe entenderse que ha tenido lugar inmediatamente a

46. No obstante, este argumento resulta controvertido toda vez que una lectura conjunta del art. 54 y 49 del TFUE lleva a concluir que las entidades mercantiles disfrutan de la libertad de establecimiento en condiciones parecidas a las de las personas físicas. La lectura del Tribunal, sin duda compatible con este razonamiento aunque controvertida, es que la libertad es aplicable en la medida en que exista sujeta sobre el que predicarla, de forma que si la entidad se extingue no puede reivindicarla. *Vid.* al respecto L. CERIONI, «The Überseering Ruling: The Eve of a Revolution for the Possibilities of Companies Migration throughout the European Community», *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2003, pp. 118-119; J. LEVER, «Case 81/87, The Queen v H.M. Treasury exparte Daily Mail and General Trust plc (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 CMLR 713)», cit.; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., p. 144.
47. *Vid.* sentencias en nota 46 *ut supra*, particularmente *Cartesio*. CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE, «Opinion Statement of the CFE ECJ Task Force on the Judgment in the Case of *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (Case C-210/06) Judgment of 16 December 2008», *European Taxation*, vol. 49, 7, 2009. De esa forma, parece que el Tribunal no se inclina en la tradicional discusión por dar validez absoluta a ninguno de los dos modelos tradicionalmente aceptados de sede real o ley aplicable, valorando que los arts. 49 y 54 no entran a esa valoración y la dejan en manos de los Estados, si bien con matices e inclinándose progresivamente por la teoría de la constitución, sin llegar a vedar la teoría de la sede real. *Vid.* al respecto N. K. ERK, «The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine», *European Business Law Review*, vol. 21, 3, 2010, pp. 433-438; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria: comentario a la STJUE as. Vale Építési kft», cit., pp. 45-46.
48. Ello, sin perjuicio de que el Estado de destino pueda imponer las condiciones correspondientes al igual que a toda sociedad, como capital, número de socios, etc.; y sin perjuicio de que la restricción del Estado de origen pueda tener causa de justificación por razón imperiosa de interés general. *Vid.* Sentencia *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, cit., párrs. 111-113.

continuación del cese de su reconocimiento bajo el Estado miembro de origen sin solución de continuidad⁴⁹. Así, al contrario que en los supuestos de cambio de sede social sin cambio de normativa aplicable en los que el Estado de origen determina su disolución y, por tanto, en el momento del traslado no existe sujeto que pueda reclamar el derecho de establecimiento; si la entidad no cesa en su existencia por el reconocimiento del nuevo Estado, existe un sujeto que puede reclamar la aplicación de la libertad de establecimiento en el momento del cambio.

Como tercera nota encontramos que los Estados miembros están obligados a reconocer la transformación de una sociedad extranjera en sociedad nacional, o al menos como sucesora, de acuerdo con los requisitos correspondientes, si se reconoce tal facultad para transformaciones domésticas⁵⁰. En parecido sentido, en supuesto de otras modificaciones estructurales transfronterizas, si se reconoce la sucesión para tales operaciones en el Derecho interno, también debe reconocerse a nivel transfronterizo⁵¹. En estos supuestos, como el Estado de destino está obligado a reconocer como sucesora a la entidad constituida al amparo de su Derecho, el Estado de origen no podría imponer la disolución y liquidación.

Por último, debemos añadir el principio de limitación de los principios anteriores en casos de abuso o traslado artificioso. En el caso *Polbud*, el Tribunal de Justicia analizó si puede imponerse la liquidación en supuestos de traslado de sede social y ley aplicable sin traslado real de la sede efectiva⁵². En este supuesto, el Tribunal reconoció la posibilidad de que el ejercicio abusivo del derecho de establecimiento justifique limitaciones a libertad de establecimiento, si bien concluyó que la normativa analizada resultaba desproporcionada⁵³. En nuestra opinión, este asunto puede suponer una revolución en materia de impuestos de salida pues supone la introducción en los impuestos de salida, por la puerta de atrás, de la jurisprudencia anti-abuso del TJUE⁵⁴. Como veremos, los impuestos de salida pronto escaparon al análisis de los mismos como normas antiabuso al centrarse su análisis en su carácter de normas de distribución de la potestad tributaria⁵⁵. Sin

49. Vid. Sentencia *Cartesio*, C-210/06, cit., párr. 112.

50. Vid. Sentencia *Vale*, C-378/10, cit., párr. 35; Sentencia *Polbud*, C-106/16, cit., párr. 43. Sobre el tipo de transformaciones que estarían cubiertas P. PISTONE Y OTROS, «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», cit., sec. 6.2.2.2.1.

51. Vid. Sentencia *Sevic*, C-411/03, cit., párr. 22-23.

52. Vid. Sentencia *Polbud*, C-106/16, cit., párrs. 18 y 26.

53. Vid. Sentencia *Polbud*, C-106/16, cit., párrs. 52-59.

54. Vid. en este sentido, que parece que sigue la jurisprudencia *Polbud*, el artículo 86 quater, 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (COM(2018) 241 final).

55. En el Caso NGI se menciona que la norma no puede fundamentar una presunción general de fraude ni ir en detrimento de una libertad garantizada por el tratado. Sin embargo, no

embargo, el estudio elaborado por *Polbud* lleva nos lleva a preguntarnos si sería posible que el Tribunal de Justicia determine que la limitación al traslado de sede social en supuestos abusivos no esté protegido por el derecho de establecimiento, y por el contrario, el mismo supuesto sí se encuentre protegido por la libertad de establecimiento en cuanto a impuestos de salida. Desde nuestro punto de vista, una muestra de la inconsistencia de la jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida al haber abandonado el Tribunal el análisis de su vis antiabuso.

Así las cosas, podemos resumir el Estado de la cuestión en (i) la imposición de la disolución y liquidación de una entidad por la normativa de un Estado miembro no es contraria, a priori, al derecho de establecimiento, de suerte que el traslado de sede sin cambio de ley aplicable no está en principio protegido por la libertad de establecimiento; (ii) si el Estado de destino reconoce la transformación de una sociedad bajo su Derecho por traslado de la sede y sujeción a su Derecho, el Estado de origen no puede imponer la disolución y liquidación; (iii) si un Estado miembro reconoce la sucesión de entidades en situaciones de transformaciones domésticas, también debe reconocer la sucesión en transformaciones transfronterizas, sea esta de una sociedad extranjera en sociedad doméstica, o derivada de una operación de fusión, escisión u otra modificación estructural; y (iv) la restricción a la libertad de establecimiento en traslados internacionales de domicilio y/o ley aplicable puede justificarse en la prevención de situaciones abusivas. En particular los puntos dos y tres son de extraordinaria importancia porque en la medida en que la mayor parte de Estados reconoce las transformaciones y sucesión en su Derecho doméstico para determinados tipos de entidades, la conjunción de ambas doctrinas debería desembocar progresivamente en un reconocimiento generalizado del traslado internacional del domicilio transfronterizo y la transformación de entidades entre Estados de la Unión Europea⁵⁶.

Pasando al plano fiscal, podemos extraer dos conclusiones en relación con la primera de las aseveraciones señaladas que entroncan directamente con los argumentos empleados para justificar ese primer razonamiento. En primer lugar, los supuestos en que el traslado de sede se encuentre

hace referencia a la posibilidad de que una norma de este tipo, con cláusula de escape basada en el propósito principal, motivos económicos válidos o artificiosidad, pudiera estar justificada *Vid.* la referencia a la no posible justificación en la Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 84; en relación con la omisión de la cuestión en Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., y posteriores; y en relación con la jurisprudencia de normas antiabuso de la STJCE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes plc* y *Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04.

56. *Vid.*, afirmando que la teoría del sitio tarde o temprano será declarada incompatible de forma absoluta con el Derecho de la Unión N. K. ERK, «The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine», cit., pp. 437-438.

protegido por el derecho de establecimiento y se sometan a impuestos de salida propios, estos deberán respetar la jurisprudencia sobre impuestos de salida⁵⁷. En parecido sentido, si una operación mercantil de reorganización o traslado de domicilio se encuentra protegida por el derecho de establecimiento y, sin embargo, se somete –indebidamente– a un impuesto de salida impropio, este también deberá respetar, en nuestra opinión, la jurisprudencia de impuestos de salida⁵⁸. En segundo lugar, si en el momento de la salida no existe sujeto sobre el que proclamar la libertad de establecimiento no podría oponerse tal derecho de establecimiento a los impuestos de salida impropios⁵⁹. De esa forma, si tenemos una reorganización transfronteriza no protegida ni por la Directiva de fusiones ni por el derecho de establecimiento, cabe la duda de si puede exigirse un gravamen sobre plusvalías latentes sin necesidad de conformar con la jurisprudencia comunitaria de impuestos de salida⁶⁰. Al no existir la entidad en el traslado, sino cesar en su existencia con carácter previo, y no haber protección de la libertad de establecimiento, nada impide al Estado exigir el gravamen sobre las plusvalías latentes porque este no constituye una restricción⁶¹. En parecido sentido, también parece que podría exigirse gravamen de salida sin sujeción a libertad de establecimiento si se traslada la sede sin cambio de ley aplicable⁶². En nuestra opinión, esta lectura, si bien correcta desde un punto de vista formal, resulta deficiente desde un punto de vista económico pues permite

57. P. PISTONE Y OTROS, «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», cit., sec. 6.3.1.
58. A. M. OTTOSEN; P. D. KAYSER, «Exit Taxation and Corporate Mobility in the EU», cit., sec. 11.5.3.
59. *Vid.* P. PISTONE Y OTROS, «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», cit., sec. 6.3.1; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., p. 172; E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 53; R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., p. 347.
60. Planteando el problema y, en el caso de MARRES, PISTONE Y DOURADO, claramente abogando en contra DOURADO, ANA PAULA; PISTONE, PASQUALE, «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», cit., p. 344; O. MARRES, «Exit Taxes on Companies», cit., sec. 7.3; A. M. OTTOSEN; P. D. KAYSER, «Exit Taxation and Corporate Mobility in the EU», cit., sec. 11.5.3. En contra, O. MARRES, «Exit Taxes on Companies», cit., p. 7.3. *Vid.* también referencias en 64.
61. Ello, siempre y cuando en una situación doméstica idéntica, esto es, cuando se produzca la disolución y liquidación de la entidad y los activos permanezcan en el territorio, sea gravada de idéntica manera.
62. Siguiendo la sentencia *Daily Mail* parece que esta operación no estaría protegida por el derecho de establecimiento y, en consecuencia, podría exigirse el impuesto de salida. *Vid.* C. H. PANAYI, «Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes», cit., p. 472; A. RIBES RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., p. 194; J. VAN DAELE, «Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law», cit., p. 194; R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit.

establecer un gravamen de salida mediante el subterfugio de modificar la normativa mercantil de forma que no se reconozca la continuidad de la sociedad en los casos en los que la jurisprudencia del TJUE lo permite⁶³. Sin embargo, aunque motivos de política legislativa aconsejarían equiparar el tratamiento de estos supuestos a la jurisprudencia sobre impuestos de salida propios, de acuerdo con la jurisprudencia no encontramos fundamento jurídico que lleve a esa conclusión, lo que deja la cuestión en el campo de una deseable armonización positiva. En todo caso la lectura conjunta antes mencionada sobre la jurisprudencia *Cartesio* y *Vale*, así como *SEVIC*, debería llevar a una progresiva extinción de los impuestos de salida impropios en estos supuestos en la medida en que tales disoluciones y liquidaciones devendrían en contrarias a la libertad de establecimiento⁶⁴.

Finalmente, el tratamiento de estos impuestos en relación con terceros Estados puede ser diferente en tanto la libertad de establecimiento no se aplica a esos supuestos. Como consecuencia, pueden exigirse impuestos de salida sin límite en disoluciones, fusiones, escisión, transformaciones y cualquier otra sucesión de entidades con terceros Estados⁶⁵. Sin embargo, en casos de sucesiones parecería razonable otorgar un tratamiento similar a las transformaciones intra-UE por imperativos de neutralidad e igualdad, sin perjuicio de la posibilidad de exigir garantías o de la existencia de mecanismos de cooperación. Más aún, podría plantearse que la aplicación de libre circulación de capitales limite la acción de estos impuestos de salida, aunque parece que hay pocas opciones de que el TJUE tome esta perspectiva en tanto el Tribunal es renuente a aplicar la libertad en ausencia de otras libertades, y las causas de justificación son tomadas en consideración de forma menos estricta en relación con terceros Estados⁶⁶.

63. *Vid.* distintas perspectivas sobre la cuestión DOURADO, ANA PAULA; PISTONE, PASQUALE, «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», cit., p. 344; O. MARRÉS, «Exit Taxes on Companies», cit., sec. 7.3; A. M. OTTOSEN; P. D. KAYSER, «Exit Taxation and Corporate Mobility in the EU», cit., sec. 11.5.3; P. PISTONE Y OTROS, «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», cit., sec. 6.3.4; J. VAN DAELE, «Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law», cit., pp. 197-198; R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., pp. 348-349.
64. *Vid.* R. VILAGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», cit., p. 348.
65. *Vid.* Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – Exit Taxation and the Need for Coordination (COM/2006/0825 final), European Commission, Brussels, 2006, p. 9.
66. *Vid.* D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., pp. 479-480.

2. LOS IMPUESTOS DE SALIDA PROPIOS Y EL ROL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO LEGISLADOR NEGATIVO

La jurisprudencia del TJUE en materia de impuestos de salida propios ha sufrido una evolución significativa desde el primer caso que lo aborda en profundidad, *De Lasteyrie du Saillant* en 2004, hasta el caso donde se consolida la jurisprudencia aplicable en la actualidad, la sentencia *National Grid Indus (NGI)* de 2011⁶⁷. La principal distinción entre ambos casos se refiere al hecho de que en el primero de los casos se rechaza de forma más rotunda la compatibilidad de los impuestos de salida con la libertad de establecimiento, sin que pueda justificarse la restricción o, al menos, parece apreciarse que los impuestos de salida no pueden ser una medida proporcionada en el marco de una justificación en relación con tal restricción⁶⁸; mientras en *NGI* se defiende la justificación del impuesto de salida siempre y cuando el contribuyente pueda diferir su pago de forma automática con la mera solicitud y el establecimiento de garantías adecuadas al riesgo de impago⁶⁹. Esto, unido al hecho de que el primer caso, así como posteriores sentencias que reiteraron esta posición, se refiera a personas físicas, y el segundo a personas jurídicas, hicieron que parte de la doctrina defendiera una distinción entre la jurisprudencia de impuestos de salida referidos a ambos tipos de personas⁷⁰.

Este debate vino a cerrarse con la sentencia en el Asunto de la *Comisión contra Portugal* del año 2016, en donde se sienta que los principios del Caso *NGI* son plenamente aplicables a los impuestos de salida sobre personas físicas, aun cuando difieren de la doctrina anterior de los casos *Lasteyrie* o *N*, entre otros⁷¹. En nuestra opinión, esta tendencia unificadora es reflejo de la tendencia expuesta *ut supra* de priorizar la seguridad jurídica y tratamiento uniforme frente al previo tratamiento más casuístico y, en nuestra opinión, más acertado, de la proporcionalidad. Además, esa uniformidad jurisprudencial del caso *NGI* y posteriores, definiendo los impuestos de salida prohibidos y permitidos, han definido el modelo tipo de impuesto de salida que ha sido seguido por la mayor parte de los Estados miembros y, más recientemente, la Directiva

67. *Vid.* nota 5 *ut supra*.

68. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit. párrs. 48, 52, 54-58, 69.

69. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 41, 64, 73.

70. Más aún, autores como CEJIE justificaron el distinto tratamiento en la mayor protección de las personas físicas por la libre circulación de personas, de la que carecen las personas jurídicas, así como por la omisión de estas últimas en el artículo 49 TFUE, aun cuando parece que el Tribunal nunca tuvo esta perspectiva en mente para justificar un trato diferente. *Vid.* K. CEJIE, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», cit., p. 395; P. HERRERA MOLINA, «Exit Taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», cit., pp. 25-26; D. J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, «De “Lasteyrie” a “Comisión c. España”: ¿Hacia una mayor coordinación del diseño de los “exit taxes” de los Estados miembros?», cit., p. 182; R. LYAL, «Taxation of Unrealized Profits on the Occasion of a Transfer of Company Seat or Assets», cit., sec. 8.6.3; A. RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., p. 176.

71. Sentencia *Comisión c. República Portuguesa*, C-503/14, cit. párrs. 53-56.

antielusión⁷². De esta forma, el rol del Tribunal de Justicia se ha acercado más que nunca al papel de legislador.

2.1. La existencia de restricción

El Tribunal de Justicia pone los impuestos de salida en relación con la aplicación de la libertad de establecimiento en lo que se refiere a personas jurídicas. Por ello, el Tribunal trae a colación en *NGI* la jurisprudencia general sobre traslado internacional de domicilio. En este sentido, la aplicación de la jurisprudencia *Daily Mail*, *Überseering* y *Cartesio* lleva al Tribunal a concluir que el hecho de que la normativa de los Países Bajos mantenga la vigencia y validez de la entidad pese al traslado de su sede de dirección efectiva a Reino Unido hace que esta pueda invocar la libertad de establecimiento de acuerdo con los arts. 49 y 54 TFUE⁷³. De forma similar, en relación con personas físicas analiza la libre circulación de personas, y en relación con accionistas la libre circulación de capitales⁷⁴.

Sentada la aplicabilidad de la libertad, el Tribunal analiza y determina que el gravamen de plusvalías latentes al trasladar la sede de dirección efectiva, la residencia o en un canje de acciones con componente transfronterizo era una restricción contraria a las libertades en tanto la entidad que obra así tiene una desventaja de tesorería con respecto a una entidad que no traslada su sede al extranjero y permanece en territorio neerlandés, pues la primera debe abonar inmediatamente el gravamen aun cuando no ha enajenado los bienes mientras la segunda resultará gravada cuando efectivamente enajene el activo⁷⁵. Este razonamiento hace pensar en la lógica de las discriminaciones de suerte que el propio Tribunal señala que no existe razón objetiva que justifique esa diferencia de trato⁷⁶.

72. Vid. art. 5 de la Directiva antielusión. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 128; F. P. G. PÖTGENS Y OTROS, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 3», cit., pp. 262-263; A. RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 172.

73. Vid., *i.a.*, Sentencia *NGI*, C-371/10, cit. párrs. 22-33; Sentencia *Verder LabTec*, C-657/13, cit., párrs. 32-35.

74. En el caso *NGI*, al tratarse de personas jurídicas, el Tribunal se refiere a la libertad de establecimiento, mientras en otros supuestos de personas físicas se refiere a la libre circulación de personas. Vid. en relación con la libre circulación de personas Sentencia *Comisión c. Portugal*, C-503/14, cit., párrs. 35-36. Vid., sobre la restricción de libre circulación de capitales e impuestos de salida, sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párrs. 27-38. Sobre la libre circulación de capitales en relación con países terceros, Vid. D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., pp. 479-480.

75. Vid. *i.a.*, Sentencia *NGI*, C-371/10, cit. párrs. 22-33; Sentencia *Verder LabTec*, C-657/13, cit., párrs. 36-39; Sentencia *Comisión c. Portugal*, C-503/14, cit., párrs. 37-47; Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párrs. 39-43.

76. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit. párr. 41 y concordantes en el resto de sentencias señaladas *ut supra*. Vid. E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 41.



9. Los impuestos de salida sobre personas...

Sin embargo, en nuestra opinión, el razonamiento es deficiente desde un punto de vista técnico, aunque el resultado sea el adecuado, porque el Tribunal compara dos situaciones que objetivamente no son comparables⁷⁷. En un caso la entidad deja de estar sujeta al impuesto sobre sociedades neerlandés, mientras la sociedad que no traslada su sede de dirección efectiva mantiene su sujeción al impuesto de ese país. Lo relevante es que la pérdida de sujeción trae causa de una modificación mercantil con componente transfronterizo a la que la normativa tributaria correlaciona la pérdida del derecho de diferimiento de plusvalías latentes. Y aunque aparentemente el resultado de concluir la restricción sería idéntico, en otros supuestos la lógica del Tribunal puede plantear inconvenientes.

Así, en un supuesto de transformación en sociedad extranjera, si aplicamos el razonamiento del Tribunal, no existiría en numerosos países diferencia de tratamiento con respecto a una transformación doméstica en una forma societaria que determina la no sujeción a impuesto sobre sociedades porque, en ambos casos, a priori, no resulta de un tratamiento distinto en el ejercicio de la libertad⁷⁸. De ahí la discrepancia entre impuestos de salida propios e impropios. En nuestra opinión lo determinante es que la normativa tributaria anuda la excepción al diferimiento de plusvalías latentes a una modificación mercantil con componente transfronterizo. El traslado de la sociedad al extranjero determina en estos supuestos la necesidad de transformarse en sociedad extranjera y, la transformación obliga a pagar el gravamen sobre todas las plusvalías latentes⁷⁹. En otras palabras, el gravamen de las plusvalías latentes es consecuencia del ejercicio de la libertad y, por tanto, una restricción⁸⁰.

Por último, antes de pasar a la justificación, hay que señalar que el traslado de otro tipo de entidades híbridas, como los *trusts*, es susceptible también de recaer bajo por la esfera de protección de libertad de establecimiento, por lo que los impuestos de salida sobre los mismos deben cumplir con la jurisprudencia que aquí analizamos. El razonamiento del Tribunal en el caso *Trustees of the P Panayi Accumulation*, determina que un *trust*, a pesar de no ser una entidad mercantil o persona jurídica, entra dentro de la cláusula de cierre otras «personas jurídicas de Derecho público o privado», a las que el artículo 54 del TFUE reconoce la libertad de establecimiento⁸¹. En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia *Cartesio* o *Vale*, en la medida que un *trust* exista al amparo de la normativa de un Estado miembro y ese Estado reconozca su traslado –y

77. Vid. B. TERRA; P. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, Deventer, 2005, pp. 53-65.

78. Vid. notas 61 y 62 *ut supra*.

79. De esta forma se garantiza que los impuestos de salida impropios también se someten a la jurisprudencia sobre impuestos de salida. Vid. nota 64 *ut supra*.

80. Vid., haciendo esta afirmación aunque sin anudarlo al análisis de discriminación, DURADO, ANA PAULA; PISTONE, PASQUALE, «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», cit., p. 344.

81. Vid. Sentencia *Trustees of the P Panayi Accumulation*, C-646/15, cit., párrs. 24-35.



dudosamente si el Estado de destino reconoce su transformación–, queda protegido por la libertad de establecimiento⁸².

2.2. La justificación de los impuestos de salida: la atribución equilibrada de la potestad tributaria

Una vez sentada la existencia de restricción/discriminación, el Tribunal analiza si esta puede estar justificada en una razón imperiosa de interés general. Aunque el Tribunal centra la atención en el Caso *NGI* en la atribución equilibrada de la potestad tributaria, en casos anteriores sobre impuestos de salida había analizado otras razones esgrimidas por los Estados miembros como la pérdida de ingresos tributarios, la eficacia del control tributario, la prevención de la elusión o la coherencia del sistema tributario⁸³.

Sobre la pérdida de ingresos tributarios, el Tribunal lo despachó rápidamente en el caso *Lasteryie* argumentando, con base en consistente jurisprudencia previa, que tal razón no es una causa imperiosa de interés general que justifique una restricción a las libertades fundamentales⁸⁴.

El segundo de los argumentos, basado en la eficacia del control tributario, no es analizado por el Tribunal en el caso *Lasteryie*, posiblemente porque este se vincula en la argumentación del Gobierno francés a la prevención de la elusión, subsumiendo aquel en el análisis de este que sí analiza el Tribunal⁸⁵. No obstante, cabe destacar que desde nuestra perspectiva, ese motivo no está indisolublemente unido a la elusión fiscal, sino que es la cara procedimental de la prevención de la elusión y distinta de esta, por lo que debería haberse abordado su implicación⁸⁶. Tal análisis podría haber justificado también la liquidación del impuesto, no así el cobro resultante de la misma, pues la exigencia de este resulta a todas luces desproporcionado con el objetivo de control administrativo de las ganancias –o pérdidas– que pudieran haberse realizado, que podría hacerse a través de mecanismos de cooperación administrativa.

Sobre la prevención de la elusión, el Tribunal ha reiterado en la jurisprudencia sobre impuestos de salida que la configuración de estos impuestos –se entiende que en la forma analizada por el Tribunal– no tiene por objeto específico denegar una ventaja fiscal a traslados o reorganizaciones que persiguen

82. *Vid.* Sentencia *Trustees of the P Panayi Accumulation*, C-646/15, cit., párrs. 32, en relación con la jurisprudencia señalada.

83. *Vid.*, *i.a.*, Sentencia *NGI*, C-371/10, cit. párrs. 42-48; y cf. con Sentencia *Lasteryie*, C-9/02, párrs. 49-69; Sentencia *N*, C-470/04, párrs. 40-47.

84. *Vid.* Sentencia *Lasteryie*, C-9/02, párr. 60.

85. *Vid.* Sentencia *Lasteryie*, C-9/02, párr. 25.

86. *Vid.* STJCE de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations SA y Singer c. Administration des contributions*, C-250/95, párrs. 17 y 31, en donde el Tribunal habla de la contabilidad como medio de prueba, y del derecho de comprobar las bases imponibles, circunscribiendo el análisis a la cuestión formal.

eludir el pago del impuesto⁸⁷. Así, el Tribunal ha señalado que la restricción a las libertades que comportan los impuestos de salida no puede fundamentarse en la prevención de la elusión cuando establecen una presunción general de existencia de abuso, y en consecuencia de pago del impuesto presuntamente eludido, por el mero traslado al extranjero⁸⁸. En el particular caso *Lasteyrie* se señalaba que la norma establecía la exacción también en supuestos en los que se trasladaba la residencia al extranjero y no se vendían los títulos, permaneciendo en ese otro país, o cuando se volvía al país de origen, de forma que el gravamen recaía también sobre supuestos en que era claro que el traslado no buscaba la elusión del impuesto francés⁸⁹.

En lo que se refiere a la coherencia del sistema tributario, este debe ser puesto en relación con la adecuada distribución de la potestad tributaria. En este sentido, algunos autores han defendido que en realidad se trata del mismo principio⁹⁰. Por otra parte, el TJUE se ha debatido entre considerarlos como conceptos similares o deslindar ambas justificaciones⁹¹. En nuestra opinión, posiblemente se trata del mismo concepto referido al ejercicio de la potestad tributaria y su consistencia aunque en distintas vertientes, de forma que la adecuada distribución de las potestades tributarias sería el aspecto externo; y la coherencia del sistema impositivo se referiría a su aspecto interno⁹². En *Lasteyrie*, el TJUE rechaza ambos conceptos como justificación de la restricción aunque de forma separada. En el caso de la coherencia del sistema tributario porque la Corte advierte que el gravamen pretende evitar la elusión del pago del gravamen mediante el traslado de residencia, y no busca gravar

87. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 50; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 84.

88. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 51; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 84.

89. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 53-54.

90. Vid. B. TERRA; P. WATTEL, *European Tax Law*, cit., p. 131.

91. Vid. STJCE (Sala Quinta) de 18 de septiembre de 2003, *Bosal Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën*, C-168/01, párrs. 36, 38-39; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 80.

92. En este sentido, aunque Terra y Wattel dicen que el TJUE se refiere al mismo concepto en *Bosal* por usar el mismo argumento para rechazar ambas justificaciones, esto es, el vínculo entre ingresos y costes con el mismo contribuyente, lo cierto es que en el supuesto de la coherencia del sistema tributario se refieren a la relación de ingresos y gastos con el mismo contribuyente en el marco del mismo impuesto, sin tener en cuenta el elemento territorial; mientras en el análisis del reparto adecuado de la potestad tributaria se refiere a la relación entre ingresos y gastos con el contribuyente, en relación con el lugar donde se han generado. Esto parece reforzarse en la opinión del Abogado General en *NGI*, párr. 99, en donde señala que las exigencias de la coherencia del sistema y el reparto de la potestad tributaria coinciden en este caso porque la salida hace perder la jurisdicción, de forma que la imposición coherente y la territorialidad coinciden. Pero como parece que señala la Abogada General, coinciden en ese sentido, y no en cualquier sentido. Esto se ve en el caso de impuestos de salida, en donde el propio impuesto de salida quiebra la coherencia del sistema tributario al gravar plusvalías provisionales y antes de su realización, pero se hace en aras de garantizar el ejercicio adecuado de la potestad tributaria. Vid. B. TERRA; P. WATTEL, *European Tax Law*, cit., p. 131. Sentencia *Bosal*, C-168/01, cit., párrs. 36, 38-39; y opinión de la Abogada General en *NGI*, párrs. 98-100.

efectivamente la parte de las rentas que se generan en Francia⁹³. La distribución adecuada de las potestades tributarias, por su parte, es rechazada como causa de justificación con el argumento tautológico de que el litigio no versa sobre la distribución de la potestad tributaria o la capacidad para gravar las plusvalías latentes. Esto se ha atribuido al razonamiento de la contestación del Gobierno alemán, que desconocemos, y, según el Abogado General, por el carácter absoluto del gravamen de salida, lo que en nuestra opinión resulta más que cuestionable⁹⁴.

Sin embargo, resulta sorprendente que el Tribunal dará posteriormente un giro en el caso *Ny* reconocerá esta justificación, aunque entremezclada con la eliminación de la doble imposición, como causa de limitación de la libertad de establecimiento y determinará que los impuestos de salida son una medida adecuada para tal justificación⁹⁵. Esto es remarcado con mayor claridad en el caso *NGI*, donde se consolida este argumento como base de la compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho de la Unión⁹⁶. Con todo, sigue sin deslindarse propiamente la cuestión de la eliminación de la doble imposición del argumento del reparto de la potestad tributaria⁹⁷. Aunque el Tribunal justifica el gravamen en el principio de territorialidad, y hace hincapié en que esto permite que las plusvalías generadas con posterioridad sólo queden gravadas en el Estado de destino evitando la doble imposición, posteriormente parece contradecirse al dejar abierto que el Estado de destino desconozca los valores determinados en el traslado y/o las minusvalías posteriores⁹⁸.

El principio de territorialidad tiene una vertiente espacial y otra temporal, así como una vertiente positiva y otra negativa. En este caso el Tribunal viene a reconocer la territorialidad espacial y temporal positiva, referida a la atribución de la jurisdicción, y la negativa en el Estado de origen; aunque no reconoce de forma clara la negativa en el Estado de destino, que llevaría a la exclusión del gravamen de la parte no generada durante la permanencia en

93. Para tal argumentación el Tribunal se basa especialmente en el hecho de que en caso de que Francia permite la deducción del gravamen pagado en el extranjero, de forma que, si una persona se trasladara a un Estado con un gravamen idéntico al francés, perdería toda la recaudación a causa del crédito, aunque una parte del gravamen se corresponda con la renta generada durante la permanencia en territorio francés. En definitiva, la norma se dirige a disuadir el traslado de residencia a Estados con tipos impositivos inferiores o regímenes más favorables para enajenar los activos una vez residenciado en este. *Vid.* Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 63-67.

94. *Vid.* Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 68; y opinión del Abogado General en el mismo caso, párr. 83.

95. El razonamiento del Tribunal mezcla esta justificación con la eliminación de la doble imposición en tanto la argumentación del Gobierno de los Países Bajos incidía en ambas cuestiones. *Vid.* Sentencia *N*, C-470/04, cit., párr. 46; y Opinión del Abogado General en el mismo caso, párrs. 96 y 97.

96. *Vid.* Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 48.

97. *Vid.* Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 59

98. *Vid.* Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 59 y 61.

ese territorio⁹⁹. En ese sentido, la posible eliminación de la doble imposición de la plusvalía generada en el Estado de destino es consecuencia de la aplicación del principio jurisdiccional, pero no justificación de este como quiebra de la libertad de establecimiento, como sí lo es en el Estado de origen. En nuestra opinión, la justificación debe basarse meramente en el respeto a los principios jurisdiccionales admitidos, mientras que la eliminación de la doble imposición no juega aquí un papel determinante en la admisibilidad de la restricción. Así, el ejercicio de la potestad tributaria del Estado de destino no supone una restricción justificada en el reparto de la potestad, sino mera consecuencia de su ejercicio en tanto no existe tal restricción.

2.3. Adecuación y proporcionalidad: diferimiento, garantías e intereses

Una vez el caso *N* determinó la posibilidad de justificar los impuestos de salida en la atribución adecuada de la potestad tributaria, tanto esa sentencia como las de posteriores casos se han centrado en determinar la proporcionalidad de la configuración de distintos impuestos de salida¹⁰⁰.

Tal y como se ha consolidado la jurisprudencia el análisis de proporcionalidad en impuestos de salida distingue entre dos fases distintas de la exacción del impuesto: la liquidación de la deuda tributaria y el cobro efectivo del gravamen. Esto, si bien parece ya apreciarse desde el Caso *N*, se hace explícito en el caso *NGI*¹⁰¹. Sobre la liquidación del impuesto, el Tribunal ha consolidado que la liquidación del impuesto al momento del traslado al extranjero es adecuada y proporcionada al fin de asegurar un reparto adecuado de la potestad tributaria¹⁰². A ello cabría añadir que sólo será proporcionada cuando se pierda la potestad o jurisdicción tributaria¹⁰³.

La cuestión conflictiva estriba en si la liquidación del impuesto debe tener en cuenta minusvalías posteriores acaecidas una vez radicado en el Estado de destino. En este apartado, el Tribunal ha sido consistente a partir de la sentencia *NGI* en determinar que la liquidación definitiva del impuesto a la salida es proporcionada aun cuando el Estado de origen no tiene en cuenta minusvalías posteriores¹⁰⁴. El razonamiento, ciertamente oscuro, se basa en que las

99. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 58 y 61.

100. Vid., *i.a.*, Sentencia *N*, C-470/04, cit., párrs. 48-54; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 51-85; Sentencia *Comisión c. España*, C-269/09, cit., párrs. 89-90; Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párrs. 60-69; Sentencia *Verder LabTec*, C-657/13, cit., párrs. 48-52; Sentencia *Comisión c. Portugal*, C-503/14, cit., párrs. 58-60; Sentencia *Trustees of the P Panayi Accumulation*, C-646/15, cit., párrs. 57-60.

101. Vid. Sentencia *N*, C-470/04, cit., párrs. 49 y 54; Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 51.

102. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 64; y argumentaciones concordantes en jurisprudencia posterior.

103. Vid. Sentencia *Comisión c. España*, C-269/09, cit., párrs. 79-82; Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párrs. 56-58. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., pp. 127-128.

104. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 64, y concordantes en posteriores.

modificaciones en el valor de los activos están entroncadas con el beneficio del negocio y este, una vez trasladado al país de destino, será gravado en sus ganancias y pérdidas por este último¹⁰⁵. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal no siempre fue de esta opinión. En el caso *N* el Tribunal determinó la desproporción, y por tanto no adecuación al Derecho de la Unión Europea, de las normas de impuestos de salida que no tuvieran en cuenta minusvalías posteriores, lo que alimentó esa consideración que señalamos anteriormente de que los impuestos de salida de personas físicas y jurídicas tenían justificaciones y análisis de proporcionalidad distintos, además de considerar una cierta diferencia entre variaciones de valor por fluctuaciones de monedas y activos¹⁰⁶.

Con todo, el razonamiento de *NGI* parece coherente con la propia justificación de la adecuada distribución de la potestad tributaria y el principio de gravamen territorial. Lo contrario habría sido obligar a los Estados a someter su sistema tributario al principio de tributación por renta mundial y con extensión temporal de la jurisdicción a un momento posterior en que la renta se encuentra desconectada de los espectros jurisdiccionales del país de origen, en contra de la propia territorialidad y la distribución del poder tributario. Como consecuencia, esta situación provocaba escenarios de doble imposición o desimposición que hasta la Directiva antielusión sólo encontraba solución en la recomendación del ECOFIN de 2 de diciembre de 2008, con efecto jurídico más que limitado¹⁰⁷.

Dado lo anterior, podría entenderse que esta jurisprudencia se opone en apariencia a la reciente decisión del TJUE en el caso *Lassus*, donde el Tribunal reconoce la incompatibilidad con el artículo 49 del TFUE con el desconocimiento de las minusvalías en una transmisión posterior, ya fuera del Estado de origen, de títulos recibidos en un canje de valores, cuando tales minusvalías sí son tenidas en cuenta en idéntico caso para un sujeto que permanece dentro de la jurisdicción del Estado de origen¹⁰⁸. Pero aquí la identidad con el supuesto *NGI* es sólo aparente, pues en *Lassus* nos encontramos ante la aplicación del régimen de diferimiento por causa de reorganizaciones empresariales, y no del régimen de impuestos de salida. En este caso, las minusvalías tienen lugar entre un canje de valores y su venta definitiva¹⁰⁹. El problema es

105. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 58-59.

106. Vid. nota 70 *ut supra*. LYAL defiende que la regla es tener en cuenta minusvalías posteriores y que *NGI* es una excepción por tratarse de divisas. Sin embargo, la jurisprudencia posterior no parece dar soporte a esa interpretación. Vid. R. LYAL, «Taxation of Unrealized Profits on the Occasion of a Transfer of Company Seat or Assets», cit., p. 8.7. y Sentencia *Verder LabTec*, C-657/13, cit., párr. 48, que implícitamente reconoce el valor definitivo de la liquidación siguiendo la línea *NGI*. En parecido sentido D. J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, «De “Lasteyrie” a “Comisión c. España”: ¿Hacia una mayor coordinación del diseño de los “exit taxes” de los Estados miembros?», cit., p. 179.

107. Vid. Council Resolution on Coordinating Exit Taxation, 2.12.2008 (2008/C 323/01).

108. Vid. Sentencia *Marc Jacob*, Asuntos acumulados C-327/16 y C-421/16, cit., párrs. 83-84.

109. Vid. Opinión del Abogado General en el caso *Lassus*, párrs. 90-92.

que se mezcla el régimen de la Directiva de fusiones con la salida, de forma que parece darse validez al cómputo de minusvalías posteriores por causa de la emigración. En realidad, el cómputo de las minusvalías responde a la aplicación del diferimiento derivado de la Directiva, que suspende la aplicación del gravamen de forma que cuando efectivamente se enajenan y el gravamen recobra vida, estas han tenido lugar dentro del período de diferimiento y, por tanto, deben tenerse en cuenta¹¹⁰.

Sentada la adecuación de la liquidación definitiva, se analiza la proporcionalidad del cobro del gravamen de forma inmediata tras el traslado. En relación con el caso NGI, la Comisión argumentaba que una declaración anual permitiría controlar los activos y, por tanto, posponer el cobro de forma efectiva a su enajenación a terceros¹¹¹. De esa forma la sentencia valora que se garantiza la exacción sin la carga financiera que comporta el pago inmediato del impuesto al tener que detraer el impuesto de otras fuentes de liquidez o incluso tener que pedir un préstamo¹¹². Los Estados miembros, por el contrario, argumentaban que trazar y controlar todos los activos era una carga administrativa excesiva para las autoridades y las propias entidades¹¹³.

Así las cosas, el Tribunal concluye en primer lugar que es cierto que en algunos casos la declaración periódica y seguimiento de los activos hasta su efectiva enajenación puede suponer una carga administrativa considerable para los contribuyentes, que incluso podría ser más lesiva que el propio pago¹¹⁴. Sin embargo, el Tribunal sienta que esa apreciación debe hacerse por el propio contribuyente y a este debe atribuírsele la potestad de elegir en su situación particular cuál de las situaciones es más proporcionada: el pago inmediato del impuesto o el diferimiento, de lo que se deriva un necesario análisis casuístico de la proporcionalidad¹¹⁵. En sentido contrario, el Tribunal señala que cuando el contribuyente considera que tal carga no es excesiva o desproporcionada tampoco lo puede ser para la administración¹¹⁶. La justificación, en gran medida, se basa en que la lógica del contribuyente también es aplicable a la administración, pero también a que las medidas de cooperación entre autoridades tributarias que la administración puede ejercer con respecto a los activos facilitan el control de la transmisión posterior¹¹⁷. Este último punto resulta relevante en relación con los Estados del Espacio Económico Europeo, pues con estos las medidas sólo serán desproporcionadas en la

110. Vid. notas 59, 60, 61, 62 y 63 *ut supra* y texto concordante.

111. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 66.

112. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 68.

113. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 67.

114. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 70-71.

115. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 73. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit.

116. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 77.

117. Vid. Sentencia NGI, C-371/10, cit., párr. 78.

medida en que existan medidas de cooperación administrativas análogas a las existentes en la UE¹¹⁸.

Como contrapartida a ese diferimiento, el Tribunal reconoce la posibilidad de que, en función del riesgo de impago, y de forma proporcionada, se puedan exigir garantías del pago de la deuda¹¹⁹. Este razonamiento parece desarrollar las conclusiones del Caso *N*, donde el Tribunal dictaminó que la exigencia obligatoria de garantías para obtener el diferimiento no era proporcionada aun cuando posteriormente se podía obtener la devolución y resarcimiento, sin que el TJUE determine la causa de esta diferencia¹²⁰. Pero la jurisprudencia reciente consolida que se considera que la exigencia de que el diferimiento debe darse de forma automática a opción del contribuyente, y que el análisis de la exigencia de garantías debe ponderarse al caso y riesgo concreto, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una restricción a la libertad de establecimiento, justificada en la distribución de las potestades tributarias, pero desproporcionada¹²¹.

Con posterioridad, en los casos *DMC* y *Verder Labtec*, el Tribunal señala que además del diferimiento del pago al momento de la enajenación, los impuestos de salida pueden, alternativamente, exigir el pago aplazado que, en los supuestos analizados, alcanzaban las cinco y diez anualidades respectivamente¹²². A juicio del Tribunal, el paso del tiempo determina una mayor probabilidad de impago, por lo que la exigencia en anualidades permite atenuar los problemas financieros que comporta el pago inmediato al tiempo que garantiza que se cobra el impuesto liquidado¹²³.

Las afirmaciones realizadas, particularmente las englobadas en el Caso *NGI*, sorprenden por varios motivos.

En primer lugar, porque aparentemente se apartan de la doctrina sentada en *Lasteyrie* que negaba la posibilidad de que el aplazamiento del pago y la exigencia de garantías pudieran ser proporcionados¹²⁴. Es aquí donde, como señalamos, algunos autores quisieron ver una diferenciación entre impuestos de salida sobre personas físicas y sobre personas jurídicas¹²⁵. Sin embargo,

118. Vid. Sentencia *Comisión c. España*, C-269/09, cit., párrs. 94-100.

119. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 74.

120. Vid. Sentencia *N*, C-470/04, cit., párrs. 55-57. Vid. A. LINN; O. THÖMMES, «Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», *Intertax*, vol. 40, 8/9, 2012, p. 492.

121. *Ibid.*, pp. 492-493.

122. Vid. Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párr. 64; Sentencia *Verder LabTec* C-657/13, cit., párrs. 52-53.

123. Vid. Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párr. 62.

124. Vid. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 47.

125. Vid. R. KOK, «Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus», cit., p. 204; A. RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 180-183; H. VAN DER BROEK, «National Grid Indus Case: Rethinking Exit Taxation», *European Taxation*, vol. 52, 4, 2012, p. 195.

desde nuestro punto de vista, no vemos que la doctrina de *NGI* difiera de la del caso *Lasteyrie*, pues lo que se determinó en este último es la incompatibilidad de la norma cuando el diferimiento no es automático¹²⁶. Así, parece claro de la lectura conjunta de ambas sentencias que el diferimiento sujeto a la discrecionalidad o actividad de la administración no es proporcional y es incompatible con la libertad de establecimiento, mientras el diferimiento objetivo y automático, aunque contemple algunos requisitos como la garantía, resultaría proporcionado y compatible con el Derecho de la Unión¹²⁷.

En segundo lugar, de extraordinaria importancia desde el punto de vista de política fiscal, en el caso *NGI* no se limita a analizar la compatibilidad de la norma analizada con las libertades comunitarias, como hace en los casos previos. En *NGI* el Tribunal entra a analizar alternativas de política legislativa no contempladas en la norma, estableciendo una guía que ha servido desde entonces a los Estados miembros para la configuración de los impuestos de salida¹²⁸. Y ello encuentra su máximo exponente en la codificación de esa jurisprudencia en el impuesto de salida de la Directiva antielusión¹²⁹.

En tercer lugar, porque posteriormente el caso *Comisión c. Dinamarca* dictaminó que el razonamiento de *NGI* sólo era razonable si posteriormente se iban a enajenar los activos, si bien no quedaba claro qué sucedía con traslados en los que nunca se iba a enajenar y qué medidas podían tomar los Estados a este respecto¹³⁰. Sin embargo, los posteriores casos *DMC* y *Labtec*, como señalamos, parecen haber resuelto el problema al ponderar los intereses en juego del contribuyente con el interés del Estado, de forma que se permite gravar de forma definitiva, aunque aplazada, sin tener que esperar a la venta efectiva¹³¹. Con todo, en esta posición parece reflejar la reciente tendencia del TJUE de ponderar el interés de los Estados en materia fiscal, y el del contribuyente, frente a la jurisprudencia más antigua en la que parecía predominar un

126. Vid. Sentencia *Lasteyrie*, C-9/02, cit., párr. 47.

127. Vid. A. LINN; O. THÖMMES, «Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», cit., pp. 492-493.

128. Cf. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párrs. 64, 73; Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párr. 64; Sentencia *Verder LabTec*, C-657/13, cit., párrs. 52-53, así como estado de la cuestión en F. P. G. PÖTGENS Y OTROS, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 3», cit.

129. Vid. art. 5 de la ATAD y S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 128; A. RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 172.

130. Vid. Sentencia *Comisión c. Dinamarca*, C-261/11, cit., párrs. 35-37. Vid. en este sentido S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., pp. 125-126; M. TELL, «Exit Taxation within the European Union/ European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)», cit., pp. 49-50.

131. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., pp. 125-126.

entendimiento de las libertades comunitarias orientado a la protección de los agentes económicos.

Por último, debemos destacar que la jurisprudencia *NGI* y posterior contempla la posibilidad de exigir intereses de existir aplazamiento si también se exigen intereses en circunstancias similares de supuestos domésticos¹³². Ello resulta criticable porque los intereses son precisamente la valuación en el tiempo del impuesto que debía haberse pagado. Y si se consideraba que el pago inmediato comportaba un obstáculo financiero desproporcionado, el interés conlleva bien la congelación de esos activos financieros para obtener su valuación de forma segura, o detraer recursos financieros de otro origen para el pago de los intereses. En definitiva, el interés reconduce el pago, en términos financieros, al momento del traslado de residencia, lo que en nuestra opinión resulta desproporcionado¹³³. Además, el TJUE no aborda la cantidad, fecha de inicio del cómputo o características de los intereses a pagar, de forma que en algunos casos la normativa doméstica pueda prever el pago de intereses que no sólo consideren el coste del capital que el Estado ha dejado de ingresar, sino también el riesgo de impago¹³⁴. Ello, unido a los costes de las garantías, pueden hacer que el traslado efectivamente se vea desincentivado de forma desproporcionada por el impuesto de salida¹³⁵.

Finalmente, en relación con terceros Estados, recordamos que en principio sólo la libre circulación de capitales resulta aplicable¹³⁶. De esta forma, el traslado de sede y/o ley aplicable no estaría cubierto y se podría exigir impuesto de salida con todas las consecuencias¹³⁷. Por el contrario, el grava-

132. Vid. Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 73; y concordantes en la jurisprudencia posterior.

133. Vid. A. LINN; O. THÖMMES, «Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», cit., pp. 489-492; S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 126; O. SENDETSKA, «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», *EC Tax Review*, vol. 23, 4, 2014, pp. 234-236; M. TELL, «Exit Taxation within the European Union/ European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)», cit., pp. 52-53.

134. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 126; A. RIBES, *Los impuestos de salida*, cit., pp. 183-184; M. TELL, «Exit Taxation within the European Union/ European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)», cit., pp. 52-53.

135. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 127.

136. Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros (COM(2006) 825 final), Comisión Europea, Bruselas, 2006, p. 11; D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., p. 479.

137. Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros (COM(2006) 825 final), p. 11; D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., p. 479.



men de traslado de activos, aunque dudoso, podría comportar una violación del Derecho de la Unión¹³⁸. Esto puede ser inconsistente, pues un accionista residente en un Estado miembro se verá protegido de un impuesto de salida por el traslado de la entidad en la que participa, aunque la entidad en sí misma sí pueda ser gravada por el cambio de residencia¹³⁹. Con todo, hay que recordar que las justificaciones en relación con Estados terceros son más laxas, de forma que los Estados podrían justificar este tipo de impuestos en relación con Estados terceros de forma más fácil¹⁴⁰.

IV. EL IMPUESTO DE SALIDA EN LA DIRECTIVA ANTIELUSIÓN

1. EL ÁMBITO MATERIAL: OPERACIONES INCLUIDAS Y EXCLUIDAS DE IMPUESTOS DE SALIDA EN LA DIRECTIVA

1.1. El ámbito de aplicación de la Directiva

El impuesto de salida de la Directiva antielusión de 2016 está limitado desde un principio por el propio ámbito objetivo de la Directiva, que sólo es aplicable a entidades sujetas al impuesto sobre sociedades de un Estado miembro, o a Establecimientos Permanentes sujetos a imposición en un Estado miembro de sociedades residentes en otro Estado miembro o en un tercer Estado¹⁴¹.

Por ello, el Impuesto de Salida de la Directiva no cubre numerosos casos entre los que se encuentran: (i) traslado de residencia de personas físicas; (ii) traslado de Establecimientos Permanentes de sociedades apátridas; (iii) traslado de entidades híbridas no sujetas a impuesto sobre sociedades o en régimen de transparencia; (iv) Establecimientos Permanentes de personas físicas no sometidos a gravamen sobre sociedades; (v) traslado de activos de personas físicas, de EPs de sociedad apátridas o de entidades híbridas no sujetas a IS de un Estado miembro.

138. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros (COM(2006) 825 final), p. 11; E. PINETZ; E. SCHAFFER, «Exit Taxation in Third-Country Situations», *European Taxation*, vol. 54, 10, 2014, p. 438; D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., p. 480.

139. D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., p. 480.

140. E. PINETZ, «Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse», en Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer (eds.) *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde, Vienna, 2016, pp. 437-438.

141. *Vid.* art. 1 de la Directiva antielusión (ATAD). Hay que tener en cuenta que en casos de doble residencia se estará a lo determinado por los convenios aplicables. *Vid.* a este respecto art. 4 del MC OCDE en sus versiones anteriores a 2017 y en la posterior. De la nueva redacción, que conduce la cuestión a procedimientos de mutuo acuerdo, se desprende que la Directiva puede ser aplicable hasta la conclusión del MAP y, posteriormente, habrá que ver si deberán retrotraerse actuaciones.



Esto se debe complementar por el artículo 3 de la Directiva antielusión, que señala que la normativa contemplada en ella establece un estándar mínimo que no limita la posibilidad de que los Estados miembros establezcan medidas domésticas o convencionales más restrictivas con el objetivo de salvaguardar las bases imponibles¹⁴². Así, los Estados pueden ampliar el ámbito de aplicación a más supuestos de hecho y sujetos en algunos casos, y reforzar las consecuencias jurídicas¹⁴³. En este sentido, parece razonable que los Estados extiendan esta configuración a todos los supuestos en los que la solución de la Directiva responda adecuadamente en términos de objeto y fin, reglas de jurisdicción implicadas, riesgos, etc., de acuerdo con un análisis particular de cada norma que desarrollaremos posteriormente.

1.2. Operaciones sujetas a imposición de salida

El impuesto de salida de la Directiva se refiere a cuatro tipos de operaciones, todas transfronterizas: (i) el traslado de activos desde la sede central de una entidad en un Estado miembro a un Establecimiento Permanente (EP) en otro Estado miembro o en un Tercer Estado; (ii) el traslado de activos desde un EP en un Estado miembro a la sede central de la entidad u otro EP en otro Estado miembro o un Estado Tercero; (iii) el traslado de la residencia fiscal de un Estado miembro a otro Estado miembro o a un Estado tercero; (iv) el traslado de un EP a otro Estado miembro o a un Estado tercero¹⁴⁴.

En estos cuatro supuestos se señala expresamente que no cabe el impuesto de salida si el Estado de origen retiene la potestad tributaria sobre los activos correspondientes¹⁴⁵. Empero, el tercer supuesto es confuso en este aspecto, pues señala que se establece el impuesto de salida salvo que los activos queden afectos a un EP en el Estado de origen. Así, si los activos quedan bajo jurisdicción del Estado de origen, pero no afectos a un EP, parece que cabría el impuesto de salida, lo que en nuestra opinión resulta incorrecto técnicamente si no hay pérdida de jurisdicción, necesaria para establecer este tipo de gravámenes. Además, dependiendo del tipo de activo, podría considerarse desproporcionado a la luz de la jurisprudencia del TJUE ya que si el activo queda dentro de la jurisdicción podrían establecerse otras medidas de control

142. *Vid.* art. 3 de la Directiva antielusión.

143. Aunque en este sentido este artículo 3 sería irrelevante, pues es claro que los Estados miembros retienen la potestad normativa tributaria en aquellos aspectos no regulados por normativa comunitaria, y los supuestos fuera de la Directiva lo serían, aunque sin perjuicio del necesario respeto al Derecho primario.

144. Aunque la Directiva se aplicaría a supuestos domésticos de acuerdo con su ámbito de aplicación, es claro que estos casos escapan. *Vid.* Art. 5.1 de la Directiva antielusión. *Vid.* D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 2.

145. *Vid.* S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 129.

de su enajenación, liquidación y exigencia del impuesto¹⁴⁶. No obstante, este supuesto puede considerarse excepcional pues sólo acontecerá en relación con bienes inmuebles que no constituyan un EP o no estén afectos a un EP, o en el supuesto de que no concurra un convenio tributario que atribuya la jurisdicción sobre las plusvalías de los bienes muebles al Estado de residencia una vez se traslade el activo y/o la residencia correspondiente.

Una puntualización merece la relación entre el supuesto del traslado de activos desde un EP a la sede central u otro EP, y el supuesto de traslado de EP. En este sentido, el segundo podría entenderse subsumido en el primero. No obstante, la posibilidad de considerar que el traslado definitivo del EP no se trata de traslado de activos «desde un EP», determinan que la solución de la Directiva es más adecuada para clarificar su sujeción.

En general, se puede puntualizar que todos tienen en consideración el traslado o la pérdida de jurisdicción desde el punto de vista del Estado de salida, siendo irrelevante la adquisición de residencia o jurisdicción del nuevo Estado, si bien la pérdida puede derivarse de la interacción de ambas normas y el convenio correspondiente¹⁴⁷. Así, algunos supuestos –aparte de los que están fuera del ámbito de la Directiva– pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del impuesto de salida por acción de la interacción de esas reglas de jurisdicción. Queda sin embargo la duda de si España podría establecer impuesto de salida idéntico en esos supuestos como medida más restrictiva y de acuerdo con el artículo 3, cuya respuesta, en mi opinión, debe ser afirmativa, siempre respetando la jurisprudencia correspondiente.

En sentido negativo se entienden excluidas de forma implícita las transferencias de activos y efectivo entre entidades asociadas, pues estas deben estar sujetas al régimen general y atender a los propios negocios que regulen esas transferencias¹⁴⁸.

En lo que se refiere a exclusiones expresas, la Directiva final contiene un régimen de exclusiones más restrictivo que la propuesta original, que no exigía el tributo cuando existía una expectativa de regreso que algunos autores han echado en falta¹⁴⁹. En cualquier caso, el control de traslado de activos muebles no registrados puede resultar altamente complicado y puede convertirse en una *lex imperfecta* si no se adoptan medidas de declaración y control.

146. Vid. Sentencia *Comisión c. España*, C-269/09, cit., párrs. 79-82; Sentencia *DMC*, C-164/12, cit., párrs. 56-58. *Ibid.*, pp. 127-128.

147. Vid. E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 50.

148. Vid. considerando 10 de la Exposición de Motivos de la Directiva antielusión.

149. Vid. art. 5.7 de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior (COM(2016) 26 final). En este sentido, Sanz Gadea estima que se echa en falta en la Directiva finalmente aprobada un régimen para traslados temporales. Vid. E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 54.

Dicho esto, las exclusiones contenidas en la versión final se refieren a financiaciones de valores, activos entregados en garantía o para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez, a condición de que se prevea que los activos vuelvan al Estado de origen en 12 meses¹⁵⁰.

De la redacción surgen varias dudas. La primera, si el límite de doce meses se aplica tanto a operaciones de garantía como a operaciones de liquidez o de requisitos prudenciales. Y en segundo lugar, qué sucede si la previsión finalmente no se cumple y debe extenderse la garantía –o la disposición de la liquidez–, esto es, si deberá abonarse entonces el impuesto de salida o no. En nuestra opinión, sería cuestionable que se graven las transferencias para cumplir requisitos de liquidez en cualquier caso, por lo que no debe operar el requisito de doce meses¹⁵¹. Lo contrario supondría imponer una significativa traba fiscal a requisitos regulatorios de los que el contribuyente no puede ni debe liberarse. En lo que se refiere a qué sucede superados los doce meses, parece razonable que deba abonarse el gravamen pues de lo contrario supondría una ventaja no admisible frente a otras operaciones.

2. APLAZAMIENTO, GARANTÍAS E INTERESES

La Directiva determina el pago del impuesto de forma distinta en dos supuestos. Si el traslado tiene por destino un país tercero, el gravamen resulta automáticamente exigible¹⁵². Esto podría parecer adecuado toda vez que la protección de la libertad de establecimiento no alcanza a esos Estados, y la libre circulación de capitales, relevante a efectos del traslado de activos, no es aplicable con la misma intensidad que con Estados miembros, además de por la falta de herramientas de cooperación administrativa tan intensas como las existentes dentro de la Unión. No obstante, como han apuntado algunos autores, posiblemente se podrían articular mecanismos más proporcionados que la exigencia directa del gravamen que constituye un obstáculo directo e insalvable a las inversiones transfronterizas hacia fuera de la Unión¹⁵³.

Por otra parte, si el traslado tiene por destino un Estado miembro de la UE o un Estado del EEE con el que exista acuerdo de asistencia mutua en la recaudación análogo a los mecanismos de la UE, los contribuyentes tienen la opción del pago del impuesto de forma inmediata, o de abonarlo en cinco

150. Vid. art. 5.7 de la Directiva antielusión. Nótese que existe un error de traducción en la versión española al referirse a «financiación de garantías», frente a *financing of securities*.

151. En contra, S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 132.

152. Vid. art. 5.2. de la Directiva antielusión, en relación con el art. 5.1. y sensu contrario.

153. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 130; E. PINETZ; E. SCHAFFER, «Exit Taxation in Third-Country Situations», cit., pp. 436-438; P. SCHWARZ; L. PARADA; A. NAVARRO, «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, 3, 2016, p. 120.

anualidades¹⁵⁴. Esta opción es imperativa, sin que la legislación doméstica pueda imponer otros requisitos más allá de las garantías e intereses contempladas en la propia Directiva, como se apuntaba en *NGI*. De esta forma el legislador europeo opta por la configuración del impuesto analizada en los casos *DMC* y *Verder Labtec*, orillando la posibilidad de diferir el pago del impuesto en el momento de efectiva realización de la ganancia¹⁵⁵.

Esta opción del contribuyente, que determina como única opción el aplazamiento automático en cinco años para todos los supuestos, nos parece ciertamente conflictiva con el concepto de proporcionalidad tal y como es encendida por el TJUE¹⁵⁶. Como ejemplo, en el supuesto previsto en la Directiva de traslado de un activo desde la casa central a un EP en el extranjero dentro de la Unión, nada obsta –y resulta más proporcionado– que se pueda exigir el impuesto sobre la plusvalía una vez enajenado el activo en el extranjero si la casa central mantiene activos dentro del país de origen, o se mantiene la residencia, aunque pierda la jurisdicción sobre el activo. Además, se podrá informar de tal enajenación a través de los mecanismos de cooperación comunitarios o exigiéndolo a la casa central, si esta sigue dentro de su jurisdicción. Lo mismo puede predicarse, con diferente intensidad en cada supuesto, de supuestos de traslado de activos desde un EP en el país de origen que mantiene la actividad, a la casa central en el extranjero en supuestos en que se pierda la jurisdicción sobre la plusvalía del activo, el traslado de la residencia a otro país de la Unión, o el traslado de un EP al extranjero, si aunque se pierda la jurisdicción se puede garantizar el cobro a través de otros activos, negocios, u otra entidad del grupo que permanezca sometida a la jurisdicción de origen¹⁵⁷. En este sentido, la exigencia por la Directiva del impuesto de salida en estos casos nos parece desproporcionada, pues aún con el aplazamiento va más allá de lo necesario para garantizar el pago del impuesto, y puede ser discriminatorio comparado con supuestos internos que permitan el mero diferimiento¹⁵⁸. Además, aun el caso de reconocer como válido el aplazamiento para todo supuesto, el hecho de que se trate de un mínimo de cinco años también

154. *Vid.* art. 5.2. de la Directiva antielusión

155. *Vid.* S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 131.

156. *Vid.* refiriéndose a idéntica norma contemplada en la propuesta de Base Imponible Común Consolidada, y cuestionando así la proporcionalidad de exigir en todo caso el aplazamiento en un mínimo de cinco años M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de Directiva de BICIS 2016 a la luz de nuestro impuesto sobre sociedades», *Quincena Fiscal*, 7, 2017.

157. En relación con supuestos similares en España *Vid.* A. RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., pp. 177-178; VEGA BORREGO, FÉLIX, «Análisis de las modificaciones introducidas en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes por la Ley 26/2014», *Revista de Contabilidad y Tributación-CEF*, 383, 2015, p. 70.

158. Aunque no reconoce la discrepancia, Sanz Gadea insinúa la existencia de discriminación. E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 58.

parece desproporcionado toda vez que podría ser más adecuado habilitar a los Estados para que pudieran modular los plazos en distintos escenarios¹⁵⁹.

En este sentido, pareciera que habría sido más aconsejable adoptar el criterio del diferimiento, cuyo riesgo se hubiera visto compensado por la exigencia de garantías, además de que si el sujeto no tiene intención de vender no mantendría la garantía congelada a perpetuidad. Alternativamente, podrían haberse establecido ambas opciones como alternativas, o incluso prever la posibilidad de ponderar estas a la luz de una regla de propósito principal o test de artificiosidad, de forma que además se alinearía la regla con la jurisprudencia antielusión, en consonancia con el carácter antielusión que subyace a la regla¹⁶⁰. Además, el aplazamiento, desde un punto de vista técnico, casa mal con el principio de plusvalías realizadas, de forma que el diferimiento hubiera respetado con mayor acierto la coherencia del sistema tributario en este aspecto. En este sentido, ese carácter homogeneizador de la jurisprudencia parece haber inducido al legislador comunitario a también introducir una solución universal que consideramos no encaja bien con el Derecho primario. Al contrario, deberían haberse estructurado impuestos de salida que analicen los distintos factores implicados con precisión para conducir al resultado proporcionado.

Por otra parte, la normativa contempla la posibilidad de exigir intereses en los supuestos en los que el contribuyente opte por el diferimiento, tal y como sentó el Tribunal en *NGI*¹⁶¹. Esta posibilidad está condicionada a que se prevea en la normativa doméstica y se aplique tanto a situaciones domésticas como transfronterizas¹⁶². El problema fundamental estriba en que la Directiva no especifica el tipo de intereses que se han de satisfacer, pudiendo estar referidos a la valoración de la deuda en el tiempo, compensación del riesgo, y otros conceptos y, por tanto, variar de un Estado a otro¹⁶³. Más aún, si exceden del interés de mercado podrían ser contrarios al principio de proporcionalidad y, por tanto, incompatibles con el Derecho primario¹⁶⁴.

En lo que se refiere a las garantías, la norma condiciona la posibilidad de exigir las a que exista un riesgo real y demostrable de impago¹⁶⁵. Sin embargo,

159. Vid. M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de Directiva de BICIS 2016 a la luz de nuestro impuesto sobre sociedades», cit.

160. Vid. A. RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 173.

161. Vid. art. 5.3 de la Directiva antielusión.

162. Si bien el artículo no precisa que debe aplicarse también a supuestos domésticos, se entiende en estos supuestos que los intereses deben exigirse tanto para supuestos de diferimiento puramente domésticos, como transfronterizos, pues de lo contrario podría devenir en discriminación o restricción prohibida.

163. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., pp. 130-131.

164. *Ibid.*, p. 131.

165. Vid. párrafo segundo del art. 5.3 de la Directiva antielusión.

se limita esta posibilidad si la normativa doméstica permite el cobro del impuesto a través de otro contribuyente del grupo¹⁶⁶.

No resulta claro que esto exija un mínimo de solvencia por parte de esa otra sociedad o EP que se sigue manteniendo dentro de la jurisdicción. En nuestra opinión, de tener dudas sobre la solvencia deberán poder exigirse garantías, pues lo que requiere la norma es que, de forma proporcionada, se garantice el pago. Ello, sin perjuicio de que la administración deba demostrar el riesgo o probabilidad de impago de la sociedad o EP que quedaría en posición de garante. Además, tampoco es claro si se debe excluir la exigencia de garantías cuando se pueda cobrar a través de otro Establecimiento Permanente o actividad que permanece, u otra entidad que no sea contribuyente, en tanto no califica en sentido propio como «otro contribuyente».

Sobre el tipo de garantías, la Directiva no hace ninguna indicación, por lo que parece que los Estados podrán exigir la garantía que consideren oportuna que, en nuestra opinión, deberá ser proporcionada de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE¹⁶⁷. Por último, sobre la cuantía de las garantías, no resulta claro si esta debe cubrir el principal y los intereses o sólo el principal. Es nuestra posición que debe cubrir ambas cantidades. En todo caso, las garantías sólo deben exigirse en caso de que exista ese riesgo real y demostrable y de forma proporcionada.

Por último, cabe destacar que este diferimiento se suspendería y cabría cobrar la deuda tributaria restante si (i) se enajenan los activos o el negocio del EP a terceros; (ii) los activos se trasladan posteriormente a un tercer Estado no miembro de la Unión o del EEE con el que haya acuerdo de cooperación análogo; (iii) la residencia fiscal o el negocio del EP es trasladado posteriormente a un tercer Estado no miembro de la Unión o del EEE con el que haya acuerdo de cooperación análogo; (iv) el contribuyente entra en concurso o liquidación; (v) el contribuyente no cumple con sus obligaciones y no corrige su impago en un período que no puede exceder de 12 meses¹⁶⁸.

Sobre el incumplimiento, no queda claro si el período tiene que ser razonable, al criterio de la administración tributaria y en todo caso inferior a doce meses, o si se trata de un período estricto y esa disposición habilita a establecer un período inferior en la normativa doméstica. Además, no establece un período mínimo, lo que podría suponer que un Estado miembro pueda imponer el cobro de toda la deuda al día siguiente de un vencimiento si no se cumple con cada vencimiento, aunque caben dudas de la proporcionalidad de esta medida. Y en relación con la quiebra o liquidación se podrían suscitar

166. *Vid.* párrafo tercero del art. 5.3 de la Directiva antielusión.

167. En este sentido, algunos autores hablan de garantía bancaria únicamente, cosa que no dice la Directiva ni la jurisprudencia. *Vid.* D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 6.

168. *Vid.* art. 5.4 de la Directiva antielusión

numerosos problemas si traslada la residencia y posteriormente resulta aplicable la normativa concursal del otro Estado, de forma que habría que analizar en qué posición quedarían la deuda tributaria y las garantías correspondientes de acuerdo con esa normativa. Así, el Estado de salida debería analizar el riesgo en relación con las normas del país al que se traslada para determinar el requisito de garantías.

3. VALORACIÓN Y «STEP-UP»

La norma de la Directiva impone que el impuesto de salida deba calcularse sobre el valor de mercado minorado en el valor fiscal correspondiente¹⁶⁹. La propia Directiva define valor de mercado como el importe por el que *puede intercambiarse un activo o por el que pueden liquidarse las obligaciones recíprocas entre compradores y vendedores interesados independientes en una transacción directa*¹⁷⁰.

El problema que se puede suscitar está en el método de cálculo de esa valoración, como comportan todas las normas que se basan en el valor de mercado en transacciones no realizadas entre partes independientes o, como en este caso, cuando ni siquiera existe una transmisión. Las asimetrías en la aplicación del valor de mercado entre unos Estados y otros puede también ser significativa por un doble motivo. Por un lado, por las disparidades entre mercados, porque en el propio traslado el activo puede tener un valor de mercado a la salida de un país, y otro distinto en la propia llegada al otro país. En nuestra opinión, la valoración del país de salida debe ser a la fecha y lugar de la salida del país de origen. El segundo, por la indefinición de las normas a utilizar en la valoración, de forma que incluso usando el mismo contexto puede llevar a dos resultados distintos¹⁷¹. Aquí algunos autores han señalado que pueden ser útiles las guías de precios de transferencia, referencias objetivas de mercados y, por supuesto, en el caso de valores o activos cotizados en mercados organizados, los valores correspondientes¹⁷². La propia definición de valor de mercado hace pensar que las guías pudieran ser de relevancia al basarse en definiciones similares, si bien estas resultan problemáticas, su base normativa en estos supuestos controvertida y, los conceptos de activos, funciones y riesgos, de escasa utilidad en estos casos. Además, como se deriva de otros escenarios en los que se emplea, su litigiosidad es considerable. En todo caso podría ser razonable que la normativa doméstica se remitiera a ellas para garantizar la legalidad.

Por último, en lo que se refiere a los valores objeto de gravamen, cabe la duda de si plusvalías latentes que estarían exentas de enajenarse a terceros

169. Vid. art. 5.1. de la Directiva antielusión.

170. Art. 5.6. de la Directiva antielusión.

171. Esto se ve en la normativa de valoración de acciones de entidades no cotizadas –piénsese en la española–, que de emplearse no necesariamente tienen que coincidir con la de otros países.

172. Vid. E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., pp. 54-55.

deben someterse a gravamen bajo el régimen de impuesto de salida¹⁷³. Así parece predicarse de la dicción literal de la Directiva, que no permite otras exclusiones y se establece como régimen mínimo. Sin embargo, la aplicación del Derecho primario podría dictaminar como discriminatorio un régimen en el que la enajenación interna esté sometida a exención, mientras el traslado al extranjero conlleve gravamen. Sin embargo, este razonamiento privaría de efectividad a la Directiva en numerosos supuestos, lo que nos hace preguntarnos qué respondería el TJUE ante una pregunta como esta. En nuestra opinión, la respuesta sólo puede ser afirmativa en el sentido de que las plusvalías que de realizarse estarían exentas también deberán estar exentas en el impuesto de salida previsto en la Directiva.

Además de esta regla de valoración de la plusvalía que se ha de gravar, la normativa contempla la regla conocida como *step up*¹⁷⁴. La Directiva determina que si el traslado tiene por destino otro Estado miembro, este Estado de destino deberá aceptar el precio de mercado propuesto por el Estado de origen¹⁷⁵. Esta regla supone una auténtica novedad en la regulación de los impuestos de salida, pues resuelve el problema que, como recordamos, generó el TJUE en *NGI* al determinar que no había obligación del Estado de destino de reconocer el valor otorgado a la salida por el país de origen, pudiendo dar origen a doble imposición¹⁷⁶.

No obstante, esta regla se complementa permitiendo al Estado de destino apartarse de la valoración de mercado del Estado de origen si el valor que este establece no se considera acorde a condiciones de mercado¹⁷⁷. Aunque a priori la regla pudiera parecer absurda, en nuestra opinión debe entenderse como referida a imputar la carga de la prueba al Estado de destino en los supuestos en que este quiera apartarse del valor determinado por el Estado de origen¹⁷⁸. El problema es que tal regla puede desembocar en situaciones de doble imposición y, por ende, en una considerable conflictividad. Esto puede darse particularmente a causa de la diferencia de valores de mercado del mismo activo en el Estado de origen, antes de la salida, y en el Estado de destino, a la llegada, llevando a cada Estado a asumir aquel del que tiene un mejor conocimiento. Además, en tanto estos supuestos no encajan en el ámbito objetivo de la Directiva de arbitraje parece que no quedará más remedio que ventilar los

173. En relación con el art. 21 español de exención de dividendos procedentes de participaciones de cartera. *Ibid.*, p. 55.

174. *Vid.* art. 5.5 de la Directiva antielusión.

175. Cuestión esta que ya había sido contemplada con anterioridad por el Consejo, *Vid.* Council Resolution on Coordinating Exit Taxation, 2.12.2008 (2008/C 323/01) apartado C.

176. *Vid.* Sentencia *NGI*, C-371/10, cit., párr. 61-62.

177. *Vid.* art. 5.5 de la Directiva antielusión, *in fine*.

178. *Vid.* S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., pp. 131-132.

conflictos de este tipo en procedimientos de mutuo acuerdo, con los problemas que comportan¹⁷⁹.

Por otra parte, esta regla no resulta de aplicación a Estados terceros, lo que irremediamente lleva a problemas de doble imposición o desimposición en traslados a estos destinos¹⁸⁰.

Además, cabe señalar que el *step-up* no parece configurar un estándar mínimo, como se predica en general de la Directiva, sino una regla absoluta que se determina para evitar la doble imposición y de la que los Estados no se pueden desviar¹⁸¹.

Por último, tal y como apunta RIBES, cabe preguntarse por qué no se ha incluido una previsión similar con respecto al Estado de origen para cuando existe un cambio de residencia, se gravan determinados activos que permanecen sujetos a la jurisdicción de origen, y posteriormente se enajena el activo con sujeción a gravamen en condición de no residente, o cuando se regresa al Estado de origen después de un traslado¹⁸². Si bien lo ideal es que este supuesto hubiera quedado fuera del ámbito de aplicación de los impuestos de salida, una interpretación consistente debe llevar al mismo resultado.

En relación con el tipo impositivo, nada señala la Directiva, por lo que podría gravarse al tipo que decida el Estado correspondiente. Con todo, de distinguir el tipo del tipo ordinario aplicable a ganancias de capital, podría considerarse discriminatorio en casos de incremento; o ayudas de Estado en caso de tipos inferiores.

179. *Vid.* considerando 10 de la Directiva. En sentido contrario, pregonando la posibilidad de aplicar la Directiva de arbitraje, *vid. Ibid.*, p. 132; E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 56. El problema estriba en que la Directiva de arbitraje tiene por ámbito de aplicación los litigios sobre los Convenios de Doble Imposición, de suerte que la Directiva antielusión no es un Convenio. En este sentido, aunque algunos autores hacen una interpretación más extensiva del ámbito de aplicación nos parece que la Directiva sólo se aplica a litigios sobre Convenios pues, los litigios sobre Directivas ya tienen otros mecanismos de impugnación, fundamentalmente las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Vid.* art. 1 de la Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea.

180. *Vid.* RIBES RIBES, AURORA, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 181; E. SANZ GADEA, «La Directiva antiabuso (IV). La tributación de salida», cit., pp. 56-57.

181. *Vid.* S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 132; WORKING PARTY ON TAX QUESTIONS – DIRECT TAXATION, *Note on the Application of the «Minimum Level of Protection»*. Room Document # 4, DG TAXUD, Brussels, p. 20, 18.3.2016.

182. *Vid.* A. RIBES RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 176.

4. ESTÁNDAR MÍNIMO

Señaladas las cuestiones principales, cabe preguntarse qué aspectos del impuesto de salida pueden modificar los Estados miembros para configurar un régimen más estricto que el previsto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva¹⁸³. En primer lugar, hay que señalar que cualquier incremento de la rigidez frente a la salida de activos debe ser compatible con el Derecho primario, por lo que dado el origen de la norma de la ATAD en la jurisprudencia, parece que queda un estrecho margen a incrementar las condiciones de la misma¹⁸⁴.

Así, parece que sólo cabe plantearse extender el impuesto de salida a otros supuestos, como hemos señalado con anterioridad, y la reducción del plazo de diferimiento¹⁸⁵. Cualquier otra modificación, como el endurecimiento de las garantías exigiéndolas en todo caso, o la eliminación del carácter automático del pago a plazos, violaría la Directiva y/o sería incompatible con la jurisprudencia del TJUE¹⁸⁶. Queda la duda de si la reducción del período de diferimiento, por ejemplo, de cinco a dos años, sería compatible con el Derecho primario, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia¹⁸⁷.

Por último, en lo que se refiere a impuestos de salida con respecto a Estados terceros, parecería que no podría otorgarse un diferimiento o aplazamiento, pues el carácter de régimen mínimo impediría atemperarlo¹⁸⁸. No

183. Vid. sobre la imprecisión de la norma D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., pp. 19-20; P. SCHWARZ Y OTROS, «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», cit., p. 121.

184. Al implementar la Directiva hay que respetar el Derecho primario aunque se pueda llevar a un estándar más estricto que el previsto en la misma. De esa forma la configuración precisa de las normativas nacionales debe estar en el rango entre el mínimo de la ATAD y los límites derivados de las libertades del Derecho Primario. Vid., sobre la posibilidad de respetar el Derecho primario, D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 19.

185. En opinión de la Dirección General de Fiscalidad sería posible. WORKING PARTY ON TAX QUESTIONS – DIRECT TAXATION, *Note on the Application of the «Minimum Level of Protection»*. Room Document # 4, cit., 18.3.2016.

186. Refiriéndose al régimen de garantías, de forma que exigir las en todo caso, frente a exigir garantías sólo en caso de riesgo real de impago previsto en la Directiva, puede ir contra el Derecho primario, P. SCHWARZ Y OTROS, «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», cit.; WORKING PARTY ON TAX QUESTIONS – DIRECT TAXATION, *Note on the Application of the «Minimum Level of Protection»*. Room Document # 4, cit., p. 2, 18.3.2016. Vid. al respecto S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 124.

187. Sobre la CCTB, señalando que imponer un mínimo de 5 años puede ser desproporcionado, M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de Directiva de BICCIS 2016 a la luz de nuestro impuesto sobre sociedades», cit. Vid. también WORKING PARTY ON TAX QUESTIONS – DIRECT TAXATION, *Note on the Application of the «Minimum Level of Protection»*. Room Document # 4, cit., p. 2, 18.3.2016.

188. Vid. S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., p. 130.

obstante, en nuestra opinión, el principio de proporcionalidad de la jurisprudencia del TJUE debería permitir adoptar estas medidas cuando con Estados terceros existan medidas que garanticen el cobro del impuesto de salida¹⁸⁹. De no adoptar esta interpretación y al exigir la Directiva el pago inmediato, parece difícil que el régimen pueda ser más estricto¹⁹⁰.

V. BREVE EXCURSUS CRÍTICO SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y EL IMPUESTO DE SALIDA EN LA ATAD

Tras este repaso de la jurisprudencia del Tribunal y la regulación de la Directiva, la pregunta que se plantea es si esta acomoda acertadamente el objeto y fin de los distintos tipos y configuraciones de impuestos de salida con los imperativos de las libertades comunitarias.

En primer lugar, es más que cuestionable que todo tipo de impuesto de salida, con múltiples configuraciones posibles, deba analizarse siempre y de forma única en el adecuado reparto de la potestad tributaria, tal y como acomete el Tribunal desde el caso *N*, y se justifique por esa causa¹⁹¹. Así, en este punto nos planteamos si el Tribunal acierta ofreciendo el mismo análisis, justificación y análisis de proporcionalidad para todo –o casi todo– tipo de impuesto de salida. Además, no nos acaba de persuadir la idea de que los impuestos de salida tienen como finalidad principal la distribución adecuada de la potestad tributaria, al menos en la mayor parte de los supuestos. En este sentido, es indudable que en un origen estos impuestos tenían un fin esencialmente antiabuso, lo que nos lleva a afirmar que la justificación actual no es correcta o, al menos, no completamente correcta. Esta idea se ve reforzada en la inclusión del impuesto de salida en la Directiva antielusión, y puede ser aún más claro en el caso de los impuestos de salida sobre personas físicas¹⁹².

Posiblemente la deriva errónea por la que ha desfilado el Tribunal se deba a que uno de los primeros casos no se trataba de un auténtico impuesto de salida, pues incluso cubría en algunos casos supuestos en los que no había pérdida de jurisdicción, lo que llevó a concluir su inadecuación como norma antiabuso, argumento que se ha arrastrado en la jurisprudencia posterior¹⁹³.

A ello se une que los supuestos de impuestos de salida impropios, derivados de salidas que se mezclan con una reorganización empresarial o con

189. *Vid.*, sobre la posible incompatibilidad del pago automático en algunos casos con terceros Estados, P. SCHWARZ Y OTROS, «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», cit., p. 120.

190. WORKING PARTY ON TAX QUESTIONS – DIRECT TAXATION, *Note on the Application of the «Minimum Level of Protection»*. Room Document # 4, cit., p. 2, 18.3.2016.

191. *Vid.* Sentencia *N*, C-470/04, cit., párrs. 40 y 47 y concordantes en jurisprudencia posterior.

192. *Vid.* considerandos 1, 3 y 5 de la ATAD.

193. *Vid.* DE BROE, LUC, «Hard Times for Emigration Taxes in the EC», cit., pp. 218-224.



9. Los impuestos de salida sobre personas...

una disolución y liquidación, no son consistentes, desvirtuando el ejercicio de libertades dentro del mercado interior¹⁹⁴.

En lo que se refiere a la Directiva, esta adopta una posición uniforme en torno a la posibilidad de aplazar en cinco pagos anuales, siguiendo esa tendencia unificadora del Tribunal. Del mismo modo que hemos señalado, consideramos que esta debería haber adoptado una postura más flexible, o establecer distintos supuestos, atendiendo a los distintos tipos de traslado.

Por lo anterior, en primer lugar defendemos, como hemos dicho con anterioridad, que el régimen de diferimiento de plusvalías no realizadas hasta su realización constituye una anomalía que debería ser eliminada en general del ordenamiento. Con esto, se solucionaría el problema de los impuestos de salida. No obstante, en el estado actual de las cosas y siendo conscientes de la escasa aceptación de ese punto de vista, consideramos que la deriva de la jurisprudencia y la Directiva de analizar y ahormar los impuestos de salida con un único modelo resulta incorrecta.

Al contrario, deberían analizarse a la luz del Derecho de la Unión –y por tanto configurarse–, ponderando adecuadamente en cada caso el propósito final y/o el carácter artificioso del traslado de los activos o la residencia, la continuidad de activos o actividad en el Estado de origen, las reglas de jurisdicción aplicables y los convenios implicados y los mecanismos de cooperación particulares de los Estados –dentro de la Unión o a Estados terceros–. Así, debería calibrarse el pago inmediato, el diferimiento o el aplazamiento –que podrían incluso combinarse como opción– así como determinarse la exigencia de garantías o intereses en función de las distintas variables señaladas, en relación con las distintas causas de justificación que puedan ser aplicables. En este sentido, como ejemplos, para una salida definitiva podrían darse las tres opciones. Para salidas con posible regreso, la cuantificación con garantías y extinción de la deuda al regreso. Y para salidas con ánimo elusivo que potencialmente incluyan reestructuraciones: garantías y, en su caso, análisis de artificiosidad de la reestructuración. Como opción alternativa y más sencilla, podrían otorgarse al contribuyente las tres opciones de pago inmediato, pago en anualidades o pago al momento de la venta.

De esa forma, las normas de impuestos de salida encontrarían acomodo acertado en la justificación de la prevención de la elusión, el control fiscal efectivo o en la distribución de la potestad tributaria, según los supuestos y el tipo de norma, y el análisis sobre su proporcionalidad que siguiera a ese análisis sería más adecuado con el auténtico objeto de cada norma. En este sentido, la introducción por un Estado de un impuesto de salida condicionado a un test de artificiosidad y/o propósito principal no podría, en principio, ser

194. *Vid., mutatis mutandis*, J. VAN DAELE, «Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law», cit., p. 196.



considerado contrario al Derecho de la Unión¹⁹⁵. Además, con esta aproximación se acomodaría mejor la situación con Estados terceros. Por otra parte, en supuestos en los que se retiene la jurisdicción, en lugar de un impuesto de salida deberían articularse medidas de control proporcionadas –de acuerdo con la justificación de la efectiva supervisión fiscal– que permitan trazar los activos hasta su enajenación y, entonces, calcular el impuesto correspondiente de acuerdo con el valor correspondiente en relación con las fechas de salida Correspondientes.

VI. LOS IMPUESTOS DE SALIDA EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL Y SU COMPATIBILIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y LA DIRECTIVA ANTIELUSIÓN

1. LOS IMPUESTOS DE SALIDA SOBRE PERSONAS JURÍDICAS RESIDENTES Y NO RESIDENTES

En España, los impuestos de salida sobre personas jurídicas se encuentran en los arts. 17 y 27 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (LIS), como impuesto impropio; y en el artículo 19.1 de la LIS y el 18.5 de la Ley sobre el Impuestos de los No Residentes, como impuesto propio. A ello se añaden los arts. 77, 80.4 y 81.3 de la LIS que regulan supuestos específicos de salida que siguen a una reestructuración empresarial.

1.1. Los artículos 17.5 y 27 de la Ley 27/2014 como impuesto de salida impropio

Los artículos 17.5 y 19.1 de la LIS, en relación con el art. 27, contemplan el gravamen por la diferencia entre valor de mercado y valor fiscal para la extinción de la entidad, el traslado de residencia al extranjero, y la transformación de la sociedad que determine la no sujeción al impuesto¹⁹⁶. Entre estos supuestos se incluirían el caso de traslado de una entidad al extranjero cuando se imponga la extinción de la entidad de forma compatible con el Derecho de la Unión, o el supuesto de traslado de sede efectiva con mantenimiento de la *lex societatis* española, sin disolución, y siempre que exista convenio tributario con tal país¹⁹⁷.

También entrarían dentro de este supuesto las transformaciones de sociedades españolas en sociedades extranjeras con cambio de sede social y efectiva,

195. En el sentido de la Sentencia *Cadbury Schweppes*, C-196/04, cit. *Vid. 22 ut supra*. También D. ZERNOVA, «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», cit., p. 487.

196. *Vid.* art. 17.5, 19.1 y 27 LIS.

197. *Vid.* arts. 9 y 10 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y arts. 92 y 93 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

si bien este último supuesto también podría comprenderse en el epígrafe c) en tanto también constituye una transformación de sociedad¹⁹⁸. El problema estriba en que ambas llevan a consecuencias diferentes. El traslado de residencia al extranjero se conduce al impuesto de salida propio contenido en el artículo 19.1 LIS, mientras el supuesto de transformación lleva a la aplicación del artículo 17.5. Así, la primera de las consecuencias está en línea con la jurisprudencia del Derecho de la Unión en materia de impuestos de salida, mientras la segunda no contempla diferimiento o aplazamiento automático, aunque las normas generales de la Ley General Tributaria permitan el diferimiento, si bien supeditado a solicitud y aprobación por la Administración. No cabe duda, por tanto, de que una interpretación razonable y por efecto indirecto, debe conducir a la aplicación preferente de la norma de traslado de residencia, pues la contraria sería incompatible con el Derecho de la Unión. Además, parece lógico entender que el supuesto c) de transformación de sociedades estaba dirigido por el legislador a transformaciones de sociedades en otras formas mercantiles o civiles nacionales sin traslado de residencia. Posponemos por tanto el estudio de las consecuencias previstas para el impuesto de salida por traslado de residencia y transformación de la entidad al estudio conjunto con el impuesto de salida por traslado de residencia sin transformación.

Con todo, es posible que pueda aplicarse la norma prevista en la letra c) a un supuesto internacional de transformación y traslado de sede, aunque ciertamente infrecuente. Este sería el caso de la transformación en sociedad extranjera cuando no sea posible precisar la residencia fiscal o la sede de dirección efectiva sea conflictiva –sociedades apátridas–. En estos casos la norma debería distinguir entre supuestos en los que la entidad queda bajo jurisdicción fiscal de un Estado miembro por aplicación de la *lex societatis*, y de supuestos en los que quede bajo jurisdicción fiscal de un tercer Estado por aplicación de una norma subsidiaria, o sin jurisdicción fiscal. Así, en los primeros casos debería adaptarse la norma del artículo 17.5 a la jurisprudencia del TJUE, mientras en los segundos podría exigirse el impuesto de salida con todas las consecuencias. Empero, el caso de extinción de la entidad podrá derivar en exigencia del gravamen correspondiente sin necesidad, en tanto gravamen impropio no protegido, de cumplir la jurisprudencia del Derecho de la Unión, sin perjuicio de la crítica que señalamos¹⁹⁹.

Por otra parte, debemos referirnos a la interacción de impuestos de salida y los supuestos de reorganizaciones previstos en la normativa española. Uno de estos casos de impuesto de salida impropio derivado de una reorganización es la regla prevista en el artículo 77 LIS, que parece imponer un gravamen de salida para aquellos supuestos en los que una fusión, escisión, canje de valores, aportaciones de ramas de actividad y aportaciones no dinerarias determine el

198. Un supuesto similar: *vid.* Consulta DGT V2477/2012. También E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 59.

199. *Vid.* nota 61 *ut supra*.

traslado fuera de España de bienes o derechos situados en España; o la desafectación de activos afectos a un EP en España²⁰⁰. En este supuesto, por mucho que los activos se trasladan al extranjero, no existe excepción al principio de diferimiento de plusvalías hasta que estas se realizan, pues precisamente la reorganización comporta una transmisión²⁰¹.

De esa forma, de un análisis superficial podría parecer que no existe restricción o discriminación en tanto una operación de ese tipo doméstica estaría también gravada²⁰². Sin embargo, ahondando en el análisis, sí que podría existir en esta norma una discriminación contraria al Derecho de la Unión.

La mencionada norma prevé en sus epígrafes 1.a) y 1.d) que las plusvalías puestas de manifiesto por las transmisiones de bienes y derechos situados en España realizadas por entidades residentes en España en el marco de las modificaciones estructurales protegidas se vean diferidas al momento de enajenación a terceros²⁰³. Sin embargo, excepciona de este régimen de diferimiento –insistimos, que nada tiene que ver con el de plusvalías no realizadas pues aquí se encuentran realizadas– para supuestos en los que los activos transmitidos no queden afectos a un Establecimiento Permanente radicado en España²⁰⁴. Esta exclusión determina un doble régimen en función de que la adquirente sea o no residente en territorio español²⁰⁵.

Si en la modificación estructural el adquirente es residente en España, es irrelevante que el activo quede afecto a la actividad, se mantenga en España desafecto, o se transmita al extranjero. Por el contrario, si el adquirente no es residente en España, se requiere que el activo se mantenga en España afecto a un Establecimiento Permanente, siendo que en los supuestos de desafectación o transferencia al extranjero en el seno de la modificación estructural la plusvalía latente se somete a gravamen²⁰⁶. En este sentido, de tratarse la adquirente de una entidad residente en otro Estado de la Unión Europea

200. Junto a estos aparecen otros supuestos en los que no se exige impuesto de salida al considerarse que no existe salida de bienes o desafectación de Derechos como, entre otros, supuestos de transmisión de EPs situados en Estados de la Unión Europea por entidades residentes en España a favor de entidades residentes en Estados de la Unión y que cumplan unas características, transmisión de EPs de estados no miembros de la UE por entidades españolas a favor de entidades residentes en España; transmisiones de EPs en España por entidades no residentes en España cuando los activos queden afectos a un EP situado en España; o transmisión de participaciones en entidades residentes en España a favor de entidades residentes en su mismo país o en UE siempre que cumplan ciertos requisitos.. *Vid.* al respecto art. 77 de la LIS.

201. *Vid.* E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 74.

202. Sin perjuicio de la aplicación del régimen especial que puede aplicarse tanto a transacciones transfronterizas como domésticas, con sus respectivos requisitos.

203. *Vid.* arts. 77.1 a) y d).

204. *Vid.*, en relación con la Directiva ATAD, E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 52.

205. *Vid. Ibid.*

206. *Vid.* párrafo segundo del art. 77.1 a) LIS.



9. Los impuestos de salida sobre personas...

este doble tratamiento de una situación comparable podría ser considerado discriminatorio²⁰⁷. Además, el régimen de diferimiento automático previsto en el párrafo cuarto del art. 77.1 a) y en el párrafo cuarto del art. 77.1 d), que analizaremos posteriormente, no resultaría aplicable a estos supuestos, pues se refiere al supuesto de transmisión posterior del activo que queda afecto al EP en España. Es por ello por lo que consideramos que este régimen podría ser contrario al Derecho de la Unión²⁰⁸.

Empero, parece sencillo diferir el gravamen derivado de la plusvalía que se pone de manifiesto en una modificación estructural en la que los bienes o derechos se quieren mantener en España si existe Establecimiento Permanente, manteniendo en primer lugar su afectación al EP, y posteriormente desafectándolo²⁰⁹.

Con todo, hay que tener en cuenta que estos regímenes derivan de la Directiva, y esta no requiere la aplicación a estos supuestos²¹⁰. Ello no obsta para que de un análisis superficial podamos dudar de su compatibilidad con el Derecho Primario en términos de discriminación, aunque no necesariamente exista protección bajo el razonamiento actual de los impuestos de salida²¹¹.

Por último, cabe apuntar al régimen de gravamen previsto en los párrafos tercero y cuarto de los epígrafes a y d del artículo 77.1. Este se refiere al gravamen de la transferencia de activos al extranjero que sigue a una operación de modificación estructural acogida al régimen de neutralidad fiscal y que permanecieron en un primer momento afectos a un Establecimiento Permanente²¹². Parecida redacción, aunque referida a la pérdida de residencia de un socio que sigue a una reorganización, encontramos en los arts. 80.4 y 81.3 LIS.

207. Sanz Gadea habla de restricción, y señala la solución de algunos de estos supuestos con la Directiva de fusiones y la Directiva ATAD E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 53.

208. Parecido razonamiento podría predicarse respecto del artículo 19.1 cuando se transfiere la residencia al extranjero y los bienes se mantienen en España sin estar afectos a un Establecimiento Permanente, o en el gravamen de las rentas en sede del socio derivadas de las aportaciones no dinerarias, en las fusiones y escisiones y canjes de valores en tanto el régimen de neutralidad únicamente se aplica cuando la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español, mientras que si es residente en otro país se encontraría gravada la plusvalía.

209. Vid. párrafos 3 y 4 de los arts. 77.1 a) y d). LIS.

210. Vid. Directiva 133/2009/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, 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.

211. Vid., *mutatis mutandis*, H. SCHNEEWEISS, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», cit., p. 198; J. VAN DAELE, «Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law», cit., p. 198.

212. Vid. párrafos 3 y 4 de los arts. 77.1 a) y d). LIS.



Sin embargo, estos supuestos no se tratan de impuestos de salida propios sino de auténticos impuestos de salida propios en tanto es el traslado al extranjero posterior a la modificación lo que desata el gravamen y no la modificación estructural, que precede al traslado. Por ello, habría que separar en esos supuestos el gravamen de la plusvalía derivada de la reorganización, generada desde la adquisición de los activos hasta la reorganización, ganancias realizadas diferidas por el régimen de reorganización; de la aplicación de un gravamen de salida, que incluiría las plusvalías desde la reorganización hasta la salida, no realizadas, siendo que estos últimos, al tratarse de impuestos de salida propios, deberán seguir los mismos principios generales del TJUE y de la Directiva, en su caso, lo que estudiaremos a continuación²¹³. Sin embargo, la opción de la norma para salvar la compatibilidad con el Derecho comunitario es someter toda la plusvalía, la previa a la reorganización y la posterior, a diferimiento, en línea con mi opinión, de que lo ideal sería someter a la jurisprudencia de impuestos de salida tanto los impuestos de salida propios como impropios.

1.2. Los impuestos de salida propios en el Derecho tributario español: Los artículos 19.1, 77, 80.4 y 81.3 de la Ley 27/2014 y el artículo 18.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes

A. Supuestos

La normativa española tributaria contempla impuestos de salida propios sobre entidades jurídicas en los siguientes supuestos: (i) el traslado de residencia al extranjero, contenido en el artículo 19.1 LIS; (ii) la transmisión al extranjero de elementos patrimoniales afectos a un EP situado en España, de acuerdo con el art. 18.5 LIRNR; y (iii) la pérdida de residencia de un socio con posterioridad a un canje de valores, a una fusión o escisión protegida de acuerdo con los artículos 80.4 y 81.3 de la LIS; (iv) la transmisión o traslado al extranjero de activos o derechos que quedaron afectos a un EP en España después de una modificación estructural protegida, con posterioridad a la misma, de acuerdo con el art. 77.1 de la LIS, que analizamos anteriormente.

En los dos primeros casos, el impuesto de salida se determina por la pérdida de jurisdicción fiscal, jurisdicción personal en el caso de traslado de residencia, y real en el caso de traslado de elementos patrimoniales de un EP. Los supuestos de los artículos 77.1, 80.4 y 81.3 LIS, por su parte, contienen un hecho imponible similar a los que acabamos de mencionar, pero de carácter especial²¹⁴. Así, son casos sustancialmente idénticos en los que se traslada la residencia o un activo al extranjero, respectivamente, pero que siguen a una operación sujeta al régimen especial de reorganizaciones.

213. Vid. E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 53.

214. Vid. *Ibid.*, p. 75.

En relación con la jurisprudencia del TJUE sobre impuestos de salida, no cabe duda de la identidad de estos supuestos con los supuestos analizados en los asuntos que siguen las líneas de *Lasteryie* y *NGI*, por lo que estos deben respetar los principios de adecuación y proporcionalidad señalados por el Alto Tribunal Europeo, como veremos a continuación.

En lo que se refiere a la relación con la Directiva antielusión, estos gravámenes de salida españoles que acabamos de analizar cubren la mayor parte de supuestos contemplados en la Directiva²¹⁵. En este sentido, relacionando los supuestos de ambas normas podemos encontrar siete supuestos principales: i) el traslado de elementos patrimoniales individualizados desde el EP reafectándolos a un EP o la casa central en el extranjero; ii) el traslado de los elementos patrimoniales de un EP que cesa su actividad al extranjero reafectándolos a un EP o la casa central en el extranjero; iii) el traslado del negocio al extranjero continuando la actividad allí; iv) el traslado de elementos patrimoniales desde la casa central al extranjero; v) el cese del negocio de un EP; vi) el traslado de la residencia al extranjero; vii) el traslado de residencia al extranjero afectando activos a un EP que permanece en España.

Teniendo en cuenta estos supuestos comprobamos que el primero de los supuestos se encontraría cubierto por el art. 5.1 a) de la Directiva y el art. 18.5 b) de la LIRNR, en lo que se refiere al traslado de un activo afecto a un EP en España y su reafectación a un EP o casa central en el extranjero. Sin embargo, el art. 18.5 b) LIRNR va más allá del supuesto de la Directiva al contemplar también el gravamen del traslado de activos que no comporten reafectación a la casa central o al EP. El segundo, por su parte, se encontraría cubierto por el art. 18.5 a) y el art. 5.1 a) de la Directiva en los mismos términos del supuesto primero en lo que se refiere a la reafectación.

Sin embargo, el tercero de los supuestos que hemos señalado, el traslado del negocio al extranjero, con independencia de que se continúe parte de esa actividad u otra en el país de origen, al que se refiere el art. 5.1 c) de la Directiva, no encuentra referencia explícita en la normativa española²¹⁶. Así, una opción sería entender que el supuesto se encuentra comprendido dentro del supuesto de traslado de elementos patrimoniales del EP contenido en el art. 18.5 a) de la LIRNR en tanto el traslado del EP conlleva el cese de su actividad en España; o entender que se encuentra contemplado dentro del art. 18.5 b), en tanto el traslado del negocio contempla la transferencia al extranjero de los elementos patrimoniales del EP. Ambas opciones nos parecen desacertadas por varios motivos. En primer lugar, por que

215. Vid. D. GUTTMAN ET AL., «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 9; A. RIBES RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., pp. 176-178.

216. Vid. A. RIBES RIBES, «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», *Intertax*, vol. 40, 11, 2012, p. 177.

la LIRNR se refiere a los elementos patrimoniales de forma individualizada, y no al negocio en su conjunto, de forma que la valoración del traslado de un negocio o sus elementos patrimoniales no tienen por qué coincidir; y en segundo lugar, porque la distinción que la Directiva realiza entre traslado de elementos patrimoniales y del negocio en su conjunto carecería de sentido, además de que porque la Directiva se refiere a la actividad de un EP, no al EP de forma completa, de forma que el traslado de una de las actividades también quedaría comprendido en ese supuesto y distinguido del traslado de elementos aislados.

El cuarto supuesto, por su parte, de traslado de elementos patrimoniales de la casa central-sede de dirección efectiva a un EP en el extranjero, se encuentra en la Directiva y no encuentra concordancia en nuestra normativa doméstica²¹⁷. Esto posiblemente se debe al hecho de que aun cuando el bien se encuentre en el extranjero, la residencia española de la entidad permitirá gravar la plusvalía latente cuando el bien se enajene. Así, podría parecer que la normativa española no plantea problemática en tanto la Directiva exige el gravamen de salida siempre y cuando no se pierda la jurisdicción fiscal.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que existe la posibilidad de que se pierda la jurisdicción por la plusvalía latente por razón de la aplicación del convenio tributario correspondiente. En este sentido, algunos autores han defendido este caso, en el supuesto de entidades extranjeras con casa central en España, entraría dentro del supuesto del art. 18.5 b)²¹⁸. En nuestra opinión se trata de una interpretación forzada que no cabe en un supuesto de determinación del hecho imponible y habría que incluir este supuesto en nuestra normativa de IRNR con la correspondiente reserva relativa a la exclusión del impuesto de salida si se retiene la jurisdicción fiscal.

En lo que se refiere al cese definitivo del EP sin traslado de los activos al extranjero, este supuesto se encuentra contemplado en nuestro art. 18.5 a) LIRNR, sin encontrar correspondencia en la Directiva. Por último, los dos últimos supuestos de traslado de residencia se encuentran contenidos en nuestro art. 19.1 LIS y en el art. 5.1 c) de la ATAD.

En resumen, en lo que se refiere a supuestos de hecho nuestra normativa contempla la mayor parte de supuestos de la Directiva, si bien debería incorporar el supuesto de traslado de negocio al extranjero sin cese de EP, o sustituir el actual traslado por cese de EP por uno más amplio que cubra ambos; e incluir el de traslado de elementos patrimoniales desde la casa central a EPs en el extranjero para cumplir con la Directiva. Por otra parte,

217. Vid. D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 9.

218. Vid. *Ibid.*; A. RIBES RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 177.

nuestra normativa contempla supuestos que no se encuentran en la Directiva. Sobre estos, parece que no habría incompatibilidad con la Directiva en tanto el art. 3 de la Directiva permite ir más allá de lo establecido en la misma y, en nuestra opinión, esto incluiría establecer supuestos no expresamente determinados en la Directiva, si bien en todo caso estas normas deberán cumplir con la jurisprudencia del TJUE. Este podría ser el caso del cese de establecimiento permanente, que el TJUE declaró compatible al no diferenciarse del cese de actividad y/o liquidación en una situación doméstica²¹⁹.

Por último, debemos hacer referencia a los supuestos excluidos de gravamen en la Directiva. Por un lado, tenemos que la Directiva excluye el gravamen de salida en los cuatro supuestos que señala cuando el Estado de origen retiene jurisdicción tributaria sobre el elemento patrimonial, no se pueda exigir gravamen de salida²²⁰. En este sentido, los supuestos ya contemplados en la normativa española deberán adaptarse a esa exigencia que no contienen²²¹. Empero, cabe la duda de si podría imponerse ese límite a otros supuestos que no encajan exactamente en los supuestos de la Directiva. Ello, porque la Directiva sólo lo exige con respecto a esos supuestos y el resto de supuestos caerían dentro de la libertad normativa del Estado, siempre con respecto al Derecho Primario.

Este sería, por ejemplo, el supuesto de traslado de activos afectos a un EP que no tengan por destino la afectación a otro EP o la casa central. En nuestra opinión, consideramos que deberían también excluirse los supuestos en los que se transfiera el activo fuera, pero, por otra regla, se retenga la jurisdicción fiscal. Ello, particularmente porque la no exclusión violaría el sentido de los impuestos de salida de defender la jurisdicción frente a la pérdida de conexión con el sujeto o el objeto a que se refiere la renta, o incluso podría conducir a desigualdades no admisibles.

Por otra parte, de acuerdo con la Directiva, habría que incluir en la normativa española las exclusiones sobre financiaciones de valores, activos entregados en garantía, a condición de que se prevea que los activos vuelvan al Estado de origen en doce meses, o para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez, estos últimos en todo caso –como defendimos anteriormente–²²². En este sentido, la superación de los doce meses en operaciones de garantía o financiación de títulos o activos debe determinar la exigibilidad del gravamen²²³.

219. Vid. Sentencia *Comisión c. España*, C-64/11, cit., párr. 30.

220. Vid. art. 5.1 de la ATAD.

221. Vid. arts. 19.1, 77.1, 80.4 y 81.3 LIS, y 18.5 LIRNR.

222. Vid. D. GUTTMAN ET AL., «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 9.

223. Vid. 5.7 de la ATAD.

B. Valoración y *step-up*

En lo que se refiere a base imponible, el art. 19.1 a) determina el gravamen por la diferencia entre el valor fiscal y el valor de mercado en el momento de la pérdida de la jurisdicción fiscal; mientras el artículo 18.5 LIRNR se refiere a la diferencia entre valor de mercado y valor contable.

Sobre el primer supuesto, el problema deriva de que no existe una definición precisa del valor fiscal, aunque cabe interpretarse rápidamente que se define por referencia a la aplicación al valor contable de los ajustes fiscales que hayan procedido²²⁴.

En parecido sentido, SANZ GADEA apunta al problema que surge en tanto la norma española del impuesto de salida gravaría las plusvalías latentes de participaciones en entidades que cumplan los requisitos del artículo 21, que en caso de enajenación a terceros no estarían gravadas. Estos supuestos, en su opinión, deben resolverse interpretando en sentido contextual ambas reglas²²⁵.

Sobre el segundo supuesto de la Ley de IRNR, resulta llamativo que este no sigue la redacción del resto de impuestos de salida, refiriéndose al valor contable en lugar del valor fiscal como valor a descontar. Así, la dicción literal de la norma puede llevar a gravar un valor que no se corresponda con el incremento fiscal del patrimonio²²⁶. Por ejemplo, en el caso de aplicación de libertad de amortización a un elemento afecto al EP, la aplicación literal del artículo 18.5 lleva a gravar una cantidad menor de la que correspondería en tanto el valor contable a restar es superior al valor fiscal²²⁷. En sentido contrario, si el valor de fiscal es mayor que el contable, se gravaría una capacidad económica superior a la real. Esta diferencia parece responder a que las normas sobre gravamen de plusvalías latentes en la Ley de 1995 y el Texto Refundido de 2004 se referían al valor contable aunque se interpretaba en el sentido del valor fiscal, mientras en las posteriores reformas del IS se cambió la referencia al valor fiscal para aclarar la aplicabilidad de tal valor, siendo que aún no se ha corregido en el IRNR, manteniendo la redacción primitiva de estas normas²²⁸. Así, aunque de una interpretación integradora deberíamos tener en cuenta el valor fiscal en este supuesto, tenemos dudas razonables del valor de esta redacción que pueden llevar a sostener una interpretación apegada al sentido ordinario que refleja.

Los supuestos de los artículos 77.1, 80.4 y 81.3 LIS, por su parte, se diferencian de los anteriores en que su base imponible se calcula por la diferencia entre

224. Sanz Gadea, en parecido sentido apunta a la suma de la diferencia entre el valor fiscal y el valor contable, y la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable. *Vid.* E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., p. 60.

225. *Ibid.*, p. 61.

226. *Ibid.*, p. 68.

227. *Vid.* arts. 12.3 y 102 de la LIS.

228. *Vid.* art. 17.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

el valor de mercado y el valor fiscal, pero siendo este último el valor previo a la operación de reorganización. Así, se captura tanto la variación de valor experimentada entre la fecha de adquisición por el transmitente original y la operación de reorganización, y la variación entre la operación de reorganización y el traslado de residencia o la transmisión del bien al extranjero. En este aspecto, cabe resaltar la discrepancia entre operaciones de reestructuración sometidas al régimen especial y las no sometidas; pues en las primeras el traslado permitirá el diferimiento del gravamen sobre la totalidad de la plusvalía, mientras en las segundas habrá que pagar de forma inmediata el impuesto sobre la plusvalía generada entre la adquisición y la reorganización, y sólo se diferirá el gravamen sobre la plusvalía generada entre la reorganización y la salida.

Con todo, en ambos grupos de normas, parece que la normativa española cumple con la Directiva en lo que a valoración se refiere, si bien sería aconsejable ajustar el art. 18.5 LIRNR para dotarlo de mayor seguridad jurídica.

Por último, en lo que se refiere al *step-up*, esta regla no está prevista en la norma española, por lo que debería incorporarse como regla especial de valoración²²⁹. Además, sería aconsejable adoptar una regla de *step-up* para supuestos de retorno posterior o gravamen de un activo por pérdida de residencia que posteriormente pueda ser gravado en el IRNR²³⁰.

C. Aplazamiento de la deuda tributaria

Las reglas contenidas en los arts. 19.1, 77.1, 80.4 y 81.3 LIS, y 18.5 LIRNR fueron objeto de reforma en 2014 como consecuencia de la sentencia del caso *Comisión c. España*, dando a los contribuyentes la opción de diferir el pago del impuesto en casos de traslado a la Unión Europea, con las garantías e intereses previstos en la Ley General Tributaria. Así, parece que la normativa está en línea con la jurisprudencia del TJUE vigente²³¹.

En lo que se refiere a la justificación y proporcionalidad de la medida, al optar por el diferimiento, es claro que la medida resulta adecuada y proporcional de acuerdo con la jurisprudencia *NGI*. Pero cabe preguntarse por qué

229. Vid. D. GUTTMAN ET AL., «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 9; E. SANZ GADEA, «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», cit., pp. 66-67.

230. Vid. A. RIBES RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 176.

231. La actual redacción de los arts. 19.1, 77.1, 80.4 y 81.3, así como 18.5, sigue la redacción de las normas que las precedían como el art. 17.1 y concordantes del antiguo Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, pero modificados para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión que condenó a España por incompatibilidad de esas normas originales de impuestos de salida con la libertad de establecimiento. Vid. al respecto Sentencia Comisión c. España, C-64/11, cit., y arts. 67 y 69 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

el legislador español optó por esta opción y no el aplazamiento autorizado en sentencias como *DMC* o *Verder LabTec*. Esto se debe a que el art. 17.1 de la LIS fue modificado antes de que la sentencia *DMC* dictaminara la compatibilidad de la exigencia del pago en anualidades, cuando únicamente se había declarado la compatibilidad del diferimiento a opción del contribuyente²³². Aun así, la reforma de noviembre de 2014 se realizó cuando la sentencia del Asunto *DMC* ya era pública, por lo que se pudo haber cambiado de criterio y haber adoptado el pago en anualidades, pero se mantuvo el régimen de diferimiento a la fecha de transmisión a terceros.

Sin embargo, la promulgación de la Directiva ATAD cambia el panorama en lo que se refiere a la compatibilidad de la normativa española con el Derecho de la Unión. En tanto la Directiva determina como estándar mínimo el pago de la deuda tributaria en cinco anualidades, los artículos 19.1, 77.1, 80.4 y 81.3 LIS y 18.5 b) LIRNR deberán sustituir la regla de opción por aplazamiento a la fecha de enajenación a terceros por la opción del pago del gravamen en cinco anualidades, y los supuestos que se deben introducir deberán incorporar de inicio tal opción²³³. No obstante, en los supuestos no cubiertos por la Directiva, cabe mantener el régimen de diferimiento, posiblemente más proporcionado, o darles el mismo tratamiento previsto en la Directiva por razones de equidad, simplificación y consistencia del sistema fiscal.

Por otra parte, en lo que se refiere a la interrupción del aplazamiento, la normativa española deberá hacer algunas modificaciones para adaptarse a la Directiva, esto es, incluir como supuesto de extinción del aplazamiento el subsiguiente traslado a Estados terceros o la entrada en concurso de acreedores, de los que la normativa actual carece; y corregirse la suspensión del aplazamiento y consiguiente exigencia del gravamen, en supuestos de incumplimiento de los pagos del aplazamiento²³⁴.

D. Intereses y garantías

Nuestras normas de impuestos de salida remiten el aplazamiento de los impuestos de salida a las reglas contenidas en la LGT, salvo en lo dispuesto para la concesión del aplazamiento, que como hemos visto es casi automático²³⁵.

232. La sentencia *DMC* es de fecha 23 de enero de 2014, y la primera reforma de estos supuestos es de 23 de diciembre de 2013.

233. Vid. D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 9.

234. Vid. M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de Directiva de BICCIS 2016 a la luz de nuestro impuesto sobre sociedades», cit.; D. GUTTMAN ET AL, «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», cit., p. 9; A. RIBES RIBES, «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», cit., p. 178.

235. Vid. párrafo 2 del art. 19.1 y párrafo 4 de los arts. 77.1, 80.4 y 81.3 de la LIS, y párrafo 3 del art. 18.5 de la LIRNR.

Así, las reglas del aplazamiento de la LGT determinan la exigencia de intereses en general, incluyendo por tanto ab initio supuestos de impuesto de salida²³⁶. Pero en lo que se refiere a la cuantificación, los intereses de demora o legales que exige la normativa española podrían en algunos casos ser superiores a los de mercado, de forma que podría cuestionarse su compatibilidad con la jurisprudencia de impuestos de salida del TJUE²³⁷. Si, como hemos señalado, la exigencia de intereses por el impuesto de salida aplazado es controvertida al restaurar financieramente la restricción a la libertad, creemos que el uso de tipos de interés más elevados, como comporta en algunos supuestos el interés de demora de la LGT, puede ser considerado desproporcionado²³⁸. En este sentido cabe traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que ha señalado que los intereses de demora no sólo cumplen una función resarcitoria, sino que también tienen un componente disuasorio²³⁹.

Por ello, en nuestra opinión, el interés de demora por aplazamiento tal y como está configurado en la LGT puede ser contrario al Derecho de la Unión y deberían modificarse en lo atinente al aplazamiento de impuestos de salida de forma que se cuantifiquen atendiendo a valores de mercado.

En lo que se refiere a garantías, por su parte, las reglas sobre los gravámenes que estudiamos en la normativa española se remiten igualmente a la LGT²⁴⁰. Esta, por su parte, dispone que la administración puede requerir aval o certificado de seguro de caución, o hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que se estime suficiente, de acuerdo con ciertos requisitos²⁴¹.

Sobre esta regla, la primera pregunta es el alcance de la discrecionalidad de la Administración para requerir las garantías. De una lectura conjunta

236. Vid. arts. 26 y 65.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en relación con el párrafo 2 del art. 19.1 y párrafo 4 de los arts. 77.1, 80.4 y 81.3 de la LIS, y párrafo 3 del art. 18.5 de la LIRNR.

237. Para el año 2017, por ejemplo, el tipo medio de coste de préstamos del Banco Central Europeo se refiere a un 1,82%, mientras el interés legal en España se situó en un 3%. Bien es cierto que el interés de cada préstamo varía, pero no cabe duda de que la posibilidad de que este esté por encima de valores de mercado es plausible. Vid. DIRECTORATE GENERAL COMMUNICATIONS, *Euro area bank interest rate statistics: April 2017*, European Central Bank, Frankfurt am Main, 2.6.2017, y Disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

238. Vid. A. LINN; O. THÖMMES, «Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», cit., pp. 489-490; S. PEETERS, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», cit., pp. 130-131.

239. Vid. STC de 26 de Abril de 1990, n° 76/1990. Vid. también M. VEGA HERRERO; J. L. MUÑOZ DEL CASTILLO, «Tributos y obligaciones tributarias», en José Manuel Tejerizo López (coord.); Rafael Calvo Ortega (dir.) *La nueva Ley General Tributaria*, Civitas, Madrid, 2004, p. 121.

240. Vid. párrafo 2 del art. 19.1 y párrafo 4 de los arts. 77.1, 80.4 y 81.3 de la LIS, y párrafo 3 del art. 18.5 de la LIRNR.

241. Vid. arts. 65 y 82 de la Ley General Tributaria, y 48 del Reglamento General de Recaudación.

de las disposiciones sobre garantías parece desprenderse que la exigencia de garantías no es potestad discrecional y libre de la Administración sino que, como regla general, debe exigirse la garantía y sólo podrá excluirse en supuestos en los que concurren las circunstancias de dispensa²⁴². Cuestión distinta es que, entre los distintos tipos de garantías, deba comprobar los presupuestos que establece el artículo 82 y requerir la garantía correspondiente o, en caso de concurrencia de los hechos que determinan la dispensa, proceda no requerirla²⁴³.

El problema que nos encontramos en relación con los impuestos de salida es que la Directiva y la jurisprudencia al respecto requieren que las garantías se soliciten en el supuesto de riesgo de impago, lo que no casa del todo con nuestra normativa, que sólo contempla la situación patrimonial o el futuro económico del sujeto pasivo como elemento de modulación de la exigencia de garantías²⁴⁴. Bien es cierto que el futuro económico o la situación patrimonial puede estar en relación con el riesgo, pero se trata de un elemento más en la determinación del riesgo concreto de impago y no del único o de condiciones absolutamente dependientes.

A ello se añade el hecho de que la Agencia Tributaria viene determinando el rechazo automático de numerosos tipos de garantías, lo que como medida automática y en relación con los impuestos de salida podría ser contrario al Derecho de la Unión²⁴⁵. La solución pasa, por tanto, por tres opciones. La primera, interpretar nuestras reglas de garantías de conformidad con la Directiva atendiendo al principio de efecto indirecto, de forma que se analice el futuro de la empresa en relación con el riesgo de impago como criterio para la exigencia de garantías y, en su caso, su dispensa. En este

242. *Vid.* arts. 65.3 y 82 LGT y 48 del Reglamento General de Recaudación. *Vid.* F. ROMERO GARCÍA, «El instituto jurídico de los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias», *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, 141, 2009; A. J. SÁNCHEZ PINO, «Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión», *Quincena Fiscal*, 8, 2016.

243. Así, se requerirá con carácter general el aval bancario o certificado de seguro de caución; se solicitará uno de los derechos reales de garantía, o fianzas personales o solidarias establecidos en caso de que no se pueda obtenerse el aval o el mencionado certificado; medidas cautelares en el caso de que la constitución de avales o derechos reales y personales sea demasiado gravosa; y podrá eximirse la garantía cuando las deudas tributarias sean de escasa cuantía, cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública, en la forma prevista reglamentariamente, y en otros supuestos normativos. *Vid.* Art. 82.1 y 82.2 de la Ley General Tributaria.

244. *Vid.* art. 82.1 de la Ley General Tributaria en relación con el art. 5. 3 de la Directiva.

245. *Vid.*, *e.g.*, punto 6.1.4 de la parte quinta de Instrucción 1/2017, de 18 de enero, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago, así como otros numerosos supuestos contemplados en esa instrucción.

sentido, podría entenderse que la referencia del artículo 82.1 c), que establece la posibilidad de dispensa en «los demás casos que establezca la normativa tributaria», comprenda la apreciación de un riesgo de impago bajo o la inexistencia de riesgo impago, entendiendo la norma de la Directiva como otra «normativa tributaria». En segundo lugar, podría entenderse que el sistema español es más restrictivo en el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 3 de la ATAD. Sin embargo, esta opción puede ser controvertida en tanto la exigencia casi absoluta de garantías podría ser contraria al test de proporcionalidad y, por tanto, hacer el impuesto de salida contrario a las libertades comunitarias²⁴⁶. En último lugar, y posiblemente la solución más adecuada en términos de seguridad jurídica, podría modificarse la normativa en lo que se refiere a impuestos de salida e incluir este elemento en el juicio de la exigencia de garantías. Sin embargo, ello crearía una asimetría de tratamiento. Además, hemos de tener en cuenta que la exigencia de garantías en función del futuro de la empresa puede precisamente poner mayor presión financiera sobre la empresa, incrementando el riesgo de impago, lo que a todas luces va en contra del espíritu de la Directiva y de la propia función de las garantías. Por ello, sería interesante estudiar la inclusión del riesgo de impago como criterio de evaluación y ponderación de la exigencia de garantías para todos los supuestos de aplazamiento.

Por último, sobre la regla de exclusión de garantías en caso de posibilidad de cobro a través de otra entidad del grupo, debería incluirse de forma expresa en nuestra normativa nacional²⁴⁷. Si bien de una interpretación integradora de las normas sobre responsabilidad de la Ley General Tributaria y el requisito de riesgo que debe ser analizado según la Directiva podría derivarse el mismo resultado en algunos supuestos, lo cierto es que su inclusión expresa atemperaría una más que probable litigiosidad al respecto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Almudí Cid, J. M.; Ferreras Gutiérrez, J. A.; Hernández González-Barreda, P. A. (eds.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Almudí Cid, José Manuel, «Los sujetos pasivos de Impuesto sobre Sociedades», en Javier Galán Ruiz, Manuel Gutiérrez Lousa, José Antonio Rodríguez Ondarza (eds.) *El impuesto sobre sociedades y su reforma para 2007*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 63-84.

246. Vid. nota 181 *ut supra*.

247. Vid. M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de Directiva de BICIS 2016 a la luz de nuestro impuesto sobre sociedades», cit.

- Almudí Cid, José Manuel, «Spain», en Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer, Alfred Storck (eds.) *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2011*, Linde, Vienna, 2012 (Series on International Tax Law).
- Andrews, W., «A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax», *Harvard Law Review*, vol. 87, n.º 6, 1974, pp. 1113-1188.
- Avi-Jonah, R. S., «International Tax as International Law», *Tax Law Review*, vol. 57, n.º 4, 2004, pp. 483-502.
- Carramaschi, B. M., «Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», *Tax Notes International*, vol. 49, n.º 3, 2008, pp. 283-293.
- Cejie, K., «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», *Intertax*, vol. 40, n.º 7, 2012, pp. 382-399.
- Cerioni, L., «Cross-Border Mobility of Companies in the European Union: Tax Competition and Increased Scope for the CCCTB following Cartesio», *Bulletin for International Taxation*, vol. 64, n.º 12, 2010, pp. 636-648.
- Cerioni, L., «The Überseering Ruling: The Eve of a Revolution for the Possibilities of Companies Migration throughout the European Community», *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2003, pp. 117-137.
- Chand, V., «Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, n.º 4-5, 2013, pp. 1-31.
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – Exit Taxation and the Need for Coordination (COM/2006/0825 final)*, European Commission, Brussels, 2006.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros (COM(2006) 825 final)*, Comisión Europea, Bruselas, 2006.
- Confédération Fiscale Européenne, «Opinion Statement of the CFE ECJ Task Force on the Judgment in the Case of Cartesio Oktató és Szolgáltató bt (Case C-210/06) Judgment of 16 December 2008», *European Taxation*, vol. 49, n.º 7, 2009, pp. 379-380.
- Danon, R. (ed.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Schulthess, Zürich, 2016.
- De Broe, L., «General Report», en *The Tax Treatment of Transfer of Residence by Individuals*, vol. 87B, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2002 (IFA Cahiers de Droit Fiscal International).
- De Broe, Luc, «Hard Times for Emigration Taxes in the EC», en H. P. A. M. Van Arendonk, Frank A. Engelen, Sjaak Jansen (eds.) *A Tax Globalist: The*



9. Los impuestos de salida sobre personas...

Search for the Borders of International Taxation: Essays in Honour of Maarten J. Ellis, IBFD, Amsterdam, 2005, pp. 210-236.

De Kort, J. W. J., «Levy upon Emigration of a Substantial Participation Holder: An Infringement of Article 13 of the OECD Model Convention?», *Intertax*, vol. 31, n.º 3, pp. 102-106.

De Man, F.; Albin, T., «Contradicting Views of Exit Taxation under OECD MC and TFEU: Are Exit Taxes Still Allowed in Europe?», *Intertax*, vol. 39, n.º 12, 2011, pp. 613-625.

Directorate General Communications, *Euro area bank interest rate statistics: April 2017*, European Central Bank, Frankfurt am Main.

Dourado, Ana Paula; Pistone, Pasquale, «Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities», *Intertax*, vol. 37, n.º 6-7, 2009, pp. 342-345.

Ebke, W. F., «The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseeing, Inspire Art and Beyond», *The International Lawyer*, vol. 38, n.º 3, 2004, pp. 813-853.

Erk, N. K., «The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine», *European Business Law Review*, vol. 21, n.º 3, 2010, pp. 413-450.

Fellows, M. L., «A Comprehensive Attack on Tax Deferral», *Michigan Law Review*, vol. 88, n.º 4, 1990, pp. 722-813.

García-Torres Fernández, M. J., «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de Directiva de BICCIS 2016 a la luz de nuestro impuesto sobre sociedades», *Quincena Fiscal*, n.º 7, 2017, pp. 19-42.

Garcimartín Alférez, F. J., «El cambio de lex societatis: una forma especial de transformación societaria: comentario a la STJUE as. Vale Épitési kft», *Diario La ley*, n.º 7992, 2012, pp. 39-46.

Guttman et al, D., «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *European Taxation*, vol. 57, n.º 1, 2017, pp. 2-20.

Haig, R. M. (ed.), *Federal Income Taxation*, Columbia University Press, New York, 1921.

Herrera Molina, P., «Exit Taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 29, 2013, pp. 1-32.

IBFD, *International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam, 2005-2018.

Jiménez-Valladolid De L'Hotellerie-Fallois, D. J., «De “Lasteyrie” a “Comisión c. España”»: ¿Hacia una mayor coordinación del diseño de los “exit taxes”



- de los Estados miembros?», *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 47, 2013, pp. 149-184.
- Kemmeren, E. C. C. M., «A Global Framework for Capital Gains Taxes», *Intertax*, vol. 46, n.º 4, 2018, pp. 268-277.
- Kemmeren, E. C. C. M., «Netherlands: Exit Taxation of a Substantial Shareholder: Tax Treaty Override?», en Eric C. C. M. Kemmeren (ed.) *Tax Treaty Case Law around the Globe 2016*, IBFD, Amsterdam, 2017, pp. 321-354.
- Kok, R., «Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus», *EC Tax Review*, vol. 21, n.º 4, 2012, pp. 200-206.
- Lang, M. (ed.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde, Vienna, 2016.
- Lever, J., «Case 81/87, The Queen v H.M. Treasury ex parte Daily Mail and General Trust plc (Judgment of 27 September 1988 [1988] 3 CMLR 713)», *Common Market Law Review*, 1989, pp. 327-334.
- Linn, A.; Thömmes, O., «Deferral of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?», *Intertax*, vol. 40, n.º 8/9, 2012, pp. 485-493.
- Looijestijn-Clearie, A., «Centros Ltd: A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies?», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n.º 3, 2000, pp. 621-642.
- Lyal, R., «Taxation of Unrealized Profits on the Occasion of a Transfer of Company Seat or Assets», en Ana Paula Dourado (ed.) *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, Amsterdam, 2013, pp. 189-202.
- Marres, O., «Exit Taxes on Companies», en Ana Paula Dourado (ed.) *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, Amsterdam, 2014, pp. 171-188.
- Martín Jiménez, A.; Calderón Carrero, J. M., «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, n.º 125, 2007, pp. 49-76.
- Musgrave, R. A., «In Defense of an Income Concept», *Harvard Law Review*, vol. 81, n.º 1, 1967, pp. 44-62.
- Nogueira, J. F. P., «L'exit tax sulle società in Portogallo», 2011.
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013.
- OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013.
- OECD, «BEPS Actions», *OECD Centre for Tax Policy and Administration*, fecha de consulta 20 marzo 2018, en <http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>.



9. Los impuestos de salida sobre personas...

- Ottosen, A. M.; Kayser, P. D., «Exit Taxation and Corporate Mobility in the EU», en Dennis Weber, Guglielmo Maisto (eds.) *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, IBFD, Amsterdam, 2013 (EC and International Tax Law), pp. 227-246.
- Panayi, C. H., «Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, n.º 10, 2010, pp. 459-473.
- Peeters, S., «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», *EC Tax Review*, vol. 26, n.º 3, 2017, pp. 122-132.
- Petronella, V., «The Cross-Border Transfer of the Seat after Cartesio and the Non-Portable Nationality of the Company», *European Business Law Review*, vol. 21, n.º 2, 2010, pp. 245-265.
- Pinetz, E., «Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse», en Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer (eds.) *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde, Vienna, 2016.
- Pinetz, E.; Schaffer, E., «Exit Taxation in Third-Country Situations», *European Taxation*, vol. 54, n.º 10, 2014, pp. 432-438.
- Pistone, P.; Gergely Szabó, D.; Sørensen, K. E., «Mobility of Companies in the European Union: A Jigsaw of Company Law and Tax Law, Case Law and Secondary Law Falls into Place?», en Ana Paula Dourado (ed.) *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, Amsterdam, 2014, pp. 135-170.
- Pötgens, F. P. G.; Van Os, P.; Durand, P. H.; Turgot, A.-R.-J.; Dony, A.; Scheifele, M.; y otros, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 1», *Intertax*, vol. 44, n.º 1, 2016, pp. 40-62.
- Pötgens, F. P. G.; Van Os, P.; Durand, P. H.; Turgot, A.-R.-J.; Dony, A.; Scheifele, M.; y otros, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 2», *Intertax*, vol. 44, n.º 2, 2016, pp. 163-179.
- Pötgens, F. P. G.; Van Os, P.; Durand, P. H.; Turgot, A.-R.-J.; Dony, A.; Scheifele, M.; y otros, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 3», *Intertax*, vol. 44, n.º 3, 2016, pp. 247-265.
- Ribes Ribes, A., «La cláusula Exit Taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal», *Crónica Tributaria*, n.º 159, 2016, pp. 165-182.



Ribes Ribes, A., *Los impuestos de salida*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

Ribes Ribes, A., «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», *Intertax*, vol. 40, n.º 11, 2012, pp. 606-615.

Romero García, F., «El instituto jurídico de los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias», *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 141, 2009, pp. 165-230.

Roth, W.-H., «From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n.º 1, 2003, pp. 177-208.

Sánchez Pino, A. J., «Deudas tributarias susceptibles de aplazamiento o fraccionamiento y presupuesto para su concesión.», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2016, pp. 21-52.

Sanz Gadea, E., «La Directiva anti-abuso (IV). La tributación de salida», *Revista de Contabilidad y Tributación-CEF*, n.º 421, 2018, pp. 35-84.

Schneeweiss, H., «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», *Intertax*, vol. 37, n.º 6/7, 2009, pp. 363-374.

Schön, W., «Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in The European Union», *Tax Notes International*, vol. 34, n.º 2, 2004, pp. 197-204.

Schwarz, P.; Parada, L.; Navarro, A., «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, n.º 3, 2016, pp. 117-131.

Sendetska, O., «ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?», *EC Tax Review*, vol. 23, n.º 4, 2014, pp. 230-237.

Shakow, D., «Taxation without Realization: a Proposal for Accrual Taxation», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 134, n.º 5, 1986, pp. 1111-1205.

Simons, H. C., *Personal Income Taxation*, The University of Chicago Press, Chicago, 1938.

Soler Roch, María Teresa, «Chapter 27: Exit Tax: A Fair Balance?», en Heike Jochum, Peter Essers, Michael Lang, Norbert Winkeljohann, Bertil Wiman (eds.) *Practical Problems in European and International Tax Law – Essays in Honour of Manfred Mössner*, IBFD, Amsterdam, 2016, pp. 483-498.

Tassani, T., «Exit Tax e libertà di stabilimento delle imprese in Europa», *Piccola Impresa / Small Business*, n.º 1, 2013.

- Tell, M., «Exit Taxation within the European Union/ European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11)», *European Taxation*, vol. 54, n.º 2-3, 2014, pp. 47-55.
- Terra, B.; Wattel, P., *European Tax Law*, Kluwer, Deventer, 2005.
- Van Daele, J., «Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law», *European Taxation*, vol. 51, n.º 5, 2011, pp. 190-200.
- Van der Broek, H., «National Grid Indus Case: Rethinking Exit Taxation», *European Taxation*, vol. 52, n.º 4, 2012, pp. 190-196.
- Van der Broek, H. J., «EU Mergers and Exit Taxes», en Karin E. M. Beck, Christine Osterloh-Konrad (eds.) *Unternehmensnachfolge*, Springer, Berlin, 2009 (MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law).
- Vega Borrego, Félix, «Análisis de las modificaciones introducidas en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes por la Ley 26/2014», *Revista de Contabilidad y Tributación-CEF*, n.º 383, 2015, pp. 63-88.
- Vega Herrero, M.; Muñoz del Castillo, J. L., «Tributos y obligaciones tributarias», en José Manuel Tejerizo López (coord.), Rafael Calvo Ortega (dir.) *La nueva Ley General Tributaria*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 75-132.
- Vilagi, R., «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», *European Taxation*, vol. 52, n.º 7, 2012, pp. 346-352.
- Von Schanz, G., «Der Einkommensbegriff und Die Einkommensteuergesetze», *FinanzArchiv / Public Finance Analysis*, vol. 13, n.º 1, 1896, pp. 1-87.
- Working Party on Tax Questions – Direct Taxation, *Note on the Application of the «Minimum Level of Protection»*. Room Document # 4, DG TAXUD, Brussels.
- Zernova, D., «Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market», *Intertax*, vol. 39, n.º 10, 2011, pp. 471-493.
- Zuijdendorp, B., «The N Case: the European Court of Justice Sheds Further Light on the Admissibility of Exit Taxes but Still Leaves Some Questions Unanswered», *EC Tax Review*, vol. 16, n.º 5, 2007, pp. 5-12.