

El *exit tax* en el Derecho español: una perspectiva comunitaria

Jorge De Juan Casadevall (*)

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La jurisprudencia comunitaria sobre el *exit tax*.
- III. La imposición de salida en nuestro sistema tributario.
- IV. Conclusión.

RESUMEN:

El autor analiza, a raíz de la incoación de un procedimiento contra el Reino de España por la posible violación de la libertad de establecimiento, el efecto potencial de la jurisprudencia comunitaria sobre el exit tax en nuestro sistema tributario, distinguiendo entre la imposición personal sobre la renta de las personas físicas y sobre la tributación societaria. Desde la perspectiva comunitaria, el exit tax se configura como una restricción fiscal de salida que obstruye o dificulta la libertad de establecimiento, y existen algunas normas tributarias internas que parecen acoger esta anómala imposición de salida.

I — INTRODUCCIÓN

Recientemente se hizo pública la Decisión de la Comisión Europea —de la que por cierto apenas se hizo eco la prensa especializada— de demandar al Reino de España a propósito de su legislación fiscal relativa a lo que podríamos llamar el *impuesto de salida*, es decir, el devengo anticipado de plusvalías latentes por cambio de residencia fiscal del sujeto pasivo (1). Según el Ejecutivo comunitario, en este ámbito nuestra normativa tributaria interna —que, por cierto, se acomoda escrupulosamente a las exigencias del Modelo de Convenio de Doble imposición de la OCDE—, infringe los artículos 18, 39 y 43 del Tratado de Roma. Es la crónica de un *infringement* anunciado y que, según la información parcial de que disponemos al no poder tener acceso a los autos, parece referirse exclusivamente a las personas físicas. En efecto, los preceden-

Texto correspondiente al artículo publicado en la *Revista de la Asociación de Abogados del Estado*.

(*) *Abogado del Estado.*

(1) *Nuestra única referencia informativa a este procedimiento, muy precaria y parcial, es la nota de prensa encontrada en internet (Press releases rapid) bajo el título Direct taxation: the European Commission refers Spain to the European Court of Justice over restrictive tax provisions for individuals.*

tes hasta ahora existentes, *Lasteyrie du Saillant* y *N*, esmaltaban el camino hacia un nuevo caso de armonización jurisprudencial, provocando un nuevo desajuste entre el *soft law* de la OCDE y nuestro Derecho interno, por un lado, y el Derecho comunitario por otro.

En este breve estudio nos proponemos analizar el efecto potencial de la jurisprudencia comunitaria sobre el *exit tax* en nuestro sistema tributario, y no sólo sobre la imposición de personas físicas sino también sobre la tributación societaria. Para ello, debemos arrancar de la doctrina consolidada del Tribunal de Luxemburgo.

II — LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL EXIT TAX

La jurisprudencia comunitaria sobre el ejercicio de la libertad de establecimiento de personas físicas frente al Estado de residencia (*home country*) se refiere básicamente a la problemática que suscita el llamado impuesto de salida (*exit tax*), que se configura técnicamente como una restricción fiscal de salida que obstruye o dificulta el libre movimiento de factores productivos.

El primer pronunciamiento interesante en este ámbito es *Lasteyrie du Saillant* (STJCE de 11 de marzo de 2004, *asunto* C-9/02). El Sr. Lasteyrie, al abandonar Francia para instalarse en Bélgica, debía satisfacer el impuesto de salida por las plusvalías latentes de las acciones que poseía en una sociedad francesa (2). El impuesto de salida, con la finalidad de prevenir el riesgo de evasión fiscal de las plusvalías generadas en Francia, sometía a tributación las plusvalías latentes de las acciones o participaciones en sociedades francesas cuando el contribuyente que cambiara de domicilio fiscal hubiera residido al menos seis de los últimos diez años en territorio francés, y siempre que tuviera derecho a participar en al menos el 25% de los beneficios de la entidad. El *Conseil d'État* planteó la posible incompatibilidad del impuesto con la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 43 TCE y la Corte de Luxemburgo concluyó que la normativa fiscal cuestionada infringía este precepto convencional.

El TJCE infiere el efecto restrictivo a la libertad de establecimiento de una doble circunstancia: la exacción del impuesto que se anuda al simple cambio de residencia y la exigencia de garantías para aplazar su pago. Según el Tribunal de Justicia:

«(...) Estas garantías producen, por sí solas, un efecto restrictivo en la medida en que privan al contribuyente del disfrute del patrimonio ofrecido en garantía.

De las consideraciones anteriores resulta que la medida controvertida en el litigio principal puede restringir la libertad de establecimiento.»

(2) IGLESIAS CASAIS, No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 217, se plantea si cabía invocar formalmente la libertad de establecimiento, en relación a la penalización fiscal por la simple migración de residencia fiscal de la persona física, cuando todavía se desconoce si va a desarrollar una futura actividad económica, y por tanto, si nos hallamos ante un ejercicio de la libertad de establecimiento del art. 43 TCE, o ante la más genérica libertad de circulación del art. 18 TCE. El autor llega a una conclusión positiva, porque de lo contrario «quedaría prácticamente excluida la posibilidad de invocar la libertad de establecimiento frente a las medidas restrictivas impuestas en caso de traslado». Y la Abogada General Kokott, en *N*, advertirá que «la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 43 TCE no es aplicable por el mero hecho de que una persona física, socio único de una sociedad de capital, traslade su domicilio particular de un Estado miembro a otro. Sin embargo, un nacional de un Estado miembro puede invocar el artículo 43 TCE frente a su Estado miembro de origen si abandona dicho Estado, y en el momento en que invoca esta libertad fundamental, existen elementos concretos que indican que empezará a ejercer una actividad económica por cuenta propia en otro Estado miembro.»

Recordando su doctrina *X e Y II*, rechazó que concurriera alguna exigencia imperativa de interés general, como la prevención del fraude fiscal, y consideró que la medida era desproporcionada en relación al objetivo perseguido. Según el Alto Tribunal, la medida fiscal:

«(...) no tiene por objeto específico denegar la aplicación de una ventaja fiscal a los montajes puramente artificiales cuya finalidad sea eludir la normativa tributaria francesa, sino que se aplica, de manera general, a cualquier situación en la que un contribuyente que posee un porcentaje considerable de participaciones en una sociedad sujeta al impuesto de sociedades traslada, “por cualquier razón”, su domicilio fiscal fuera de Francia.

Pues bien, el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro, ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. pág. I-7587, apartado 45, y X e Y, antes citada, apartado 62).

En consecuencia, el artículo 167 bis no puede atribuir la intención de eludir la normativa tributaria francesa a todos los contribuyentes que trasladen su domicilio fuera de Francia sin exceder considerablemente lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo que persigue.»

En cuanto a esa falta de proporcionalidad de la medida fiscal controvertida señalaba que:

«Por otra parte, el objetivo previsto, que es evitar que el deudor del impuesto traslade temporalmente su domicilio fiscal antes de transmitir títulos mobiliarios con el único fin de eludir el pago del impuesto de las plusvalías devengado en Francia puede alcanzarse con medidas menos coercitivas o menos restrictivas de la libertad de establecimiento, que contemplan específicamente el riesgo de dicho traslado temporal. Como ha señalado el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, las autoridades francesas podrían, en particular, someter a gravamen al contribuyente que, tras un período relativamente breve en otro Estado miembro, vuelva a Francia una vez realizadas sus plusvalías, lo que evitaría que resultase afectada la situación de los contribuyentes cuyo único propósito sea ejercitar de buena fe su libertad de establecimiento en otro Estado miembro.»

Y en cuanto a la pérdida de ingresos fiscales como causa imperativa de interés general afirma:

«A este respecto, basta recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, la disminución de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (sentencias ICI, antes citada, apartado 28, y de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. pág. I-1727, apartado 59). En consecuencia, la mera pérdida de ingresos sufrida por un Estado miembro a causa del traslado del domicilio fiscal de un contribuyente a otro Estado miembro en el que la normativa tributa-

Existen diversas figuras impositivas diseminadas en nuestro ordenamiento tributario que, pese a presentar una singularidad propia, no totalmente asimilable al exit tax que conoce el Derecho comparado, suscitan dudas de legalidad comunitaria

ria es distinta, y más beneficiosa para el contribuyente, no puede, por sí misma, justificar una restricción al derecho de establecimiento» (3).

También sobre la misma materia, la compatibilidad de la imposición de salida con la libertad de establecimiento, se pronunció la Corte de Luxemburgo en el caso N (STJCE de 7 de septiembre de 2006, *asunto C-470/04*), aunque en esta ocasión el sentido del fallo fue diferente, bien porque el enfoque del impuesto de salida enjuiciado era distinto, bien porque simplemente se produce un repliegue, por el ineluctable movimiento pendular que en ocasiones aqueja a la jurisprudencia comunitaria, de la doctrina *Lasteyrie*. En efecto, y a diferencia de *Lasteyrie*, el TJCE viene a admitir la compatibilidad del impuesto de salida con el Derecho comunitario, si bien condiciona su legalidad comunitaria al cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones. A diferencia de *Lasteyrie*, la Sala admite que la restricción fiscal denunciada obedece a un objetivo de interés general que, según el Tribunal de Arnhem, era garantizar el principio de territorialidad en la distribución de la potestad impositiva sobre las plusvalías de los derechos sociales, o según el gobierno holandés, evitar la doble imposición. Otra cosa es que ese objetivo de interés general —o «exigencia imperativa de interés general», en la terminología comunitaria—, sea manifiestamente desproporcionada. En efecto, la medida fiscal holandesa no resiste el *test* de proporcionalidad, porque «va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia de tal régimen tributario basado en el principio de territorialidad fiscal» (pars. 48 a 53).

El relato fáctico es el siguiente: el Sr. N, residente holandés y socio único de tres sociedades de responsabilidad limitada, traslada su domicilio al Reino Unido, por lo que quedaba sometido al *exit tax* neerlandés por las plusvalías latentes derivadas de la tenencia de una participación sustancial en una sociedad (más del 5%), que se devengaba en caso de traslado de domicilio fiscal a otro Estado miembro. Al igual que en el impuesto de salida francés, su eventual aplazamiento se condicionaba a la constitución de garantías, que en este caso concreto fueron liberadas *ex post* por la autoridades fiscales holandesas al conocerse la sentencia *Lasteyrie*. El Sr. N alegó que el impuesto holandés, y la exigencia de constitución de garantía para la obtención de un aplazamiento, conculcaban su libertad de establecimiento.

El TJCE consideró que el impuesto holandés tenía un efecto restrictivo de la libertad de establecimiento, porque establecía un trato desfavorable respecto a los contribuyentes que seguían residiendo en Países Bajos, sometía a gravamen una plusvalía no realizada por el mero traslado de domicilio, sin considerar las posibles minusvalías reales en el momento de su efectiva enajenación, y porque la exigencia de garantías produce de suyo un efecto restrictivo. Sentada esta premisa mayor, el TJCE examina la posible concurrencia de un objetivo de interés general que justifique la exacción de un *exit tax*, para concluir que esta medida restrictiva se ampara en la necesaria coordinación del poder tributario, y es adecuada al fin objetivo de la territorialidad fiscal. El reparto del poder tributario entre los Estados se considera un objetivo legítimo, reconocido a nivel comunitario (*Marks & Spencer*). En un escenario de falta de armonización, es razonable que los Estados miembros, de forma unilateral o bilateral, coordinen su poder tributa-

(3) Como han señalado CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., «La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades básicas comunitarias», en la obra colectiva dirigida por CORDÓN EZQUERRO, T., *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, 3.^a ed., Madrid, 2007, pág. 1943, se consagraba así, como ya se había insinuado en X e Y, «un auténtico derecho del contribuyente a la planificación fiscal mediante el ejercicio de los derechos que el ordenamiento comunitario le confiere a través de las cuatro libertades consagradas en el Tratado CE.»

rio para evitar la doble imposición y, en particular, se acomodan a la práctica internacional, o al *soft law* internacional, representado aquí por el artículo 13.5 del Modelo de Convenio de la OCDE para eliminar la doble imposición, que atribuye al Estado de residencia la competencia sobre imposición de plusvalías generadas en su propia jurisdicción fiscal. De esta forma, el TJCE subraya el principio de territorialidad fiscal al someter a gravamen las plusvalías de las participaciones sociales, cuyo período de generación se ha producido en Países Bajos hasta que el contribuyente cambia su residencia fiscal. Según el TJCE:

«Procede recordar, por una parte, que la preservación del reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la sentencia Marks & Spencer, antes citada, apartado 45). Por otra parte, con arreglo al artículo 293, los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad.

Se gravan plusvalías ficticias sin considerar las posibles pérdidas producidas con posterioridad a la desconexión con la jurisdicción fiscal española (doctrina N)

No obstante, abstracción hecha del convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DO 1990, L 225, pág. 10), no se ha adoptado ninguna medida de unificación ni de armonización a escala comunitaria encaminada a suprimir la doble imposición ni los Estados miembros han firmado, en virtud del artículo 293 CE, ningún convenio multilateral para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de mayo de 1998, Gilly, C-336/96, Rec. pág. I-2793, apartado 23, y D., antes citada, apartado 50).

En este contexto es en el que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su poder tributario con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición (sentencias Gilly, antes citada, apartados 24 y 30; de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Rec. pág. I-6161, apartado 57; de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, Rec. pág. I-11819, apartado 93, y de 23 de febrero de 2006, van Hilten-van der Heijden, C-513/03, Rec. pág. I-0000, apartados 47 y 48).

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

En conclusión, el TJCE, apartándose del precedente *Lasteyrie*, falló la legitimidad comunitaria del impuesto de salida neerlandés, salvo en la preceptiva exigencia de constitución de ga-

rantías para obtener el aplazamiento o en el aspecto concreto de no admitir la consideración de eventuales minusvalías posteriores al traslado de residencia fiscal del contribuyente. El razonamiento extractado de la sentencia es el siguiente:

«En cambio, en relación con la obligación de constituir garantías, necesaria para la concesión de un aplazamiento de pago del impuesto que se adeude normalmente, aunque facilita, sin duda alguna, la percepción de dicho impuesto de un residente extranjero, va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia de tal régimen tributario basado en el principio de territorialidad fiscal. En efecto, existen algunos motivos menos restrictivos en lo que a las libertades fundamentales se refiere.

(...)

En algunos casos tributa no sólo la renta diferida sino también la generada con posterioridad o aflora la generada con anterioridad a la entrada en España (traslado de dirección efectiva a España que posteriormente migra a otro Estado miembro)

En definitiva, sólo podría considerarse proporcionado, en este contexto, con respecto al objetivo perseguido, un sistema de recaudación del impuesto sobre la renta de los títulos mobiliarios que tuviera íntegramente en cuenta las minusvalías susceptibles de producirse con posterioridad al traslado del domicilio del contribuyente interesado, excepto si ya se hubieran tenido en cuenta tales minusvalías en el Estado miembro de acogida.

(...)

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

La preceptiva constitución de garantías para aplazar el pago se consideró contraria a la libertad de establecimiento, al existir medidas menos restrictivas, que consistirían básicamente en la aplicación de los mecanismos de cooperación inter-administrativa, previstos en las Directivas de asistencia administrativa mutua en materia de intercambio de información y recaudación tributaria (Directivas 77/799/CEE y 76/308/CEE).

En definitiva, desde la perspectiva del principio de territorialidad de las ganancias patrimoniales, impuesta por los Estados con carácter unilateral o bilateral en el ejercicio de su competencia de distribución de la potestad tributaria, no es incompatible con el ordenamiento comunitario primario el gravamen de las plusvalías latentes no realizadas. Por el contrario, no es admisible dicho gravamen cuando somete a tributación plusvalías ficticias, por ejemplo, porque no se consideran las posibles minusvalías, o cuando el eventual aplazamiento de su exacción se condiciona a la prestación de garantías.

Por último, la Corte entiende que la liberación con carácter retroactivo de las garantías de aplazamiento previamente exigidas, acordadas en el supuesto enjuiciado, no excluye la respon-

sabilidad patrimonial, que habrá de dirimirse por el cauce procesal preestablecido en el ordenamiento interno, siempre que concurren los requisitos exigidos por una reiterada jurisprudencia comunitaria, que sintetiza en los siguientes términos:

«Por lo que respecta a los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que son tres, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados. La apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación (sentencias de 5 de marzo de 1996 , Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. pág. I-1029, apartado 51; de 8 de octubre de 1996 , Dillenkofer y otros, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. pág. I-4845, apartado 21, y de 4 de julio de 2000 , Haim, C-424/97, Rec. pg. I-5123, apartado 36).»

Se condiciona el aplazamiento de la deuda tributaria devengada a la constitución de garantías (Lasterye y N)

Toda esta jurisprudencia sobre impuestos de salida dio lugar a la adopción de una norma de *soft law*, la Comunicación sobre *Exit taxation and the need for coordination of Member States' tax policies*, COM (2006) 825 de 19 de diciembre de 2006, que resume la posición de la Comisión en relación a *Lasteyrie y N* (4), y que puede sintetizarse en tres reglas básicas:

La imposición inmediata de las plusvalías latentes por migración de residencia fiscal es constitutivo de una restricción fiscal contraria a la libertad de establecimiento.

Reconocimiento al Estado de la residencia de origen de la potestad de liquidación de la deuda tributaria devengada, y de medidas de aseguramiento de la misma, siempre que no supongan la exacción inmediata.

Obligación del Estado de la residencia de origen de conceder un aplazamiento incondicional de la deuda tributaria en tanto que no se produzca la efectiva realización de la plusvalía.

III — LA IMPOSICIÓN DE SALIDA EN NUESTRO SISTEMA TRIBUTARIO

Esta jurisprudencia comunitaria, iluminada por la citada Comunicación de la Comisión, puede desplegar su función armonizadora en nuestro Derecho fiscal interno, en el que existen diversas figuras impositivas, tanto en lo relativo a personas físicas como jurídicas, en las que puede impactar esta doctrina restrictiva de los impuestos de salida.

(4) *Se trata de una manifestación del soft law comunitario atípico que, en puridad, no pretende la armonización, sino la coordinación de los sistemas fiscales nacionales para evitar fricciones entre sí y con el Derecho comunitario. La propia Comunicación reconoce que «se marca como objetivo coordinar y mejorar el funcionamiento de los sistemas nacionales de imposición directa no armonizado. El objetivo de la coordinación no es reemplazar los sistemas fiscales nacionales en vigor por un régimen comunitario uniforme, sino asegurar que estos sistemas nacionales puedan operar conjuntamente sin fricciones.»*

1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En la imposición sobre la renta de las personas físicas no se contempla con carácter general la tributación de plusvalías latentes no realizadas por cambio de residencia fiscal, pero sí que se regulan situaciones concomitantes a las que sería de aplicación *Lasteyrie y N* (5). La primera de

La jurisprudencia comunitaria, la Comunicación de la Comisión y los procedimientos de infracción ya incoados pueden contribuir a extirpar de nuestro sistema fiscal la exacción anticipada de plusvalías latentes por mudanza de domicilio fiscal

ellas es la que se contenía en el artículo 14.3 de la Ley 35/2006 del IRPF (6), que consiste en la anticipación del devengo del impuesto por cambio de residencia fiscal. En rigor, no estamos ante un impuesto de salida, no se establece la exacción inmediata del impuesto, sino una regla especial de imputación que difiere de las reglas generales contenidas en el propio artículo 14 LIRPF, aunque sus efectos prácticos son muy similares (7).

La segunda de estas situaciones fronterizas con el *exit tax* podría ser la *extended unlimited tax liability* del artículo 8.2 de la Ley 35/2006 del IRPF (8) que, como norma antievasión, penaliza los cambios de residencia fiscal a países calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. Sin embargo, no podemos obviar que en la lista española de paraísos fiscales incorporada al Real Decreto 1080/1991, se incluyen Estados miembros (Chipre) o Estados parte del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (Liechtenstein). La norma, desconociendo la jurisprudencia comunitaria comentada, sienta una presunción absoluta de evasión fiscal, que se aplicaría no sólo a montajes abusivos o artificiales, sino también a aquellos traslados que obedezcan a motivos económicos válidos.

- (5) Sobre los efectos jurídicos de la doctrina *Lasteyrie y N* en nuestro Derecho fiscal interno véase MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO, «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, núm. 125/2007, pág. 49 y ss.
- (6) El art. 14.3 LIRPF establece una regla especial de imputación del siguiente tenor literal: «En el supuesto de que el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último período impositivo que deba declararse por este impuesto, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno.»
- (7) El efecto típico del *exit tax* es la anticipación de la imposición a un momento anterior a la realización de la plusvalía. El art. 14.3 LIRPF supone la integración de rentas pendientes de imputación temporal de acuerdo con los criterios del art. 14.1 y 2 LIRPF, la presentación de la correspondiente autoliquidación ordinaria o complementaria en el plazo de tres meses desde el cambio de residencia (art. 63 RIRPF), y pago de la deuda tributaria resultante de la imputación de las rentas pendientes de imputación. Sobre el particular, véase SANZ CLAVIJO: «¿Constituye el artículo 14.3 LIRPF (y concordantes) una medida de imposición de salida? A propósito del procedimiento de infracción de la Comisión Europea», *Impuestos*, tomo I/09, pág. 339 y ss.
- (8) El art. 8.2 LIRPF prevé que: «No perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Esta regla se aplicará en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro períodos impositivos siguientes». Como advierten MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO, «Los impuestos de salida...», pág. 53, si bien no estamos técnicamente ante un *exit tax* que determine el devengo de un tributo sobre el incremento de valor de los activos no realizados, sino ante una simple prolongación de la residencia fiscal, no es menos cierto que se configura como una norma antiabusos «susceptible de generar restricciones al ejercicio de libertades fundamentales del TCE (v. gr., libertad de establecimiento, libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios) y su compatibilidad con la jurisprudencia del TJCE en materia de medidas nacionales antievasión fiscal es más que dudosa» en la medida en que se aplique a traslados de residencia al territorio de Estados miembros, de Estados parte del Acuerdo de Espacio Económico Europeo, calificados como paraíso fiscal.

Por último, el artículo 88.3 del TRLIS (9) regula la integración en la base imponible del socio que pierde la residencia en territorio español, de la diferencia entre el valor de las acciones o participaciones recibidas en una operación de reestructuración empresarial y el valor que tengan a efectos fiscales corregido con el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducidas. El precepto excepciona la regla general de diferimiento de tributación de las plusvalías obtenidas por el socio persona física, afloradas en una operación de reestructuración empresarial (fusión, absorción y escisión) protegida por el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS (10). De acuerdo con la doctrina *Lasteyrie y N*, ni la pérdida de ingresos fiscales, ni el control fiscal o el riesgo de evasión fiscal, pueden justificar esta anticipación no ya de la renta diferida, sino también de la generada con posterioridad a la reestructuración, en caso de migración del socio persona física en territorio comunitario.

2. Impuesto sobre Sociedades

En cuanto a las personas jurídicas, la legislación española de imposición sobre sociedades regula claramente los impuestos de salida. En primer lugar, el artículo 26.2 TRLIS prevé la extinción del período impositivo de las sociedades residentes (11) que trasladen su residencia fiscal al extranjero y el artículo 17.1 a) TRLIS (12) obliga a integrar en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales de la entidad residente que traslada su domicilio fiscal, salvo cuando estos queden afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español. Por tanto, en nuestro ordenamiento interno hay una penalización fiscal a la migración de sociedades por territorio comunitario y el traslado de la sede social o estatutaria a otro Estado miembro determina el gravamen de la plusvalía ficticia, de una forma incompatible con la doctrina *Lasteyrie y N* (13).

- (9) Según el art. 88.3 TRLIS: «En caso de que el socio pierda la cualidad de residente en el territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles.»
- (10) Puntualizan MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO, «Los impuestos de salida...», pág. 55 y ss., que en este caso no sólo tributa la renta diferida, sino también la generada con posterioridad a la reestructuración empresarial, lo cual no encaja exactamente con lo previsto en el art. 14.3 LIRPF. Precisamente por ello, y por la circunstancia no menor de que estamos ante una reestructuración empresarial amparada en la existencia de motivos económicos válidos, impide, según estos autores, buscar su justificación en la cláusula antiabuso del art. 11 de la Directiva de Fusiones.
- (11) En el Derecho comparado existen dos grandes modelos para la determinación del domicilio social, habiéndose discutido la filiación jurídica de nuestro propio sistema societario, toda vez que mientras los arts. 28 CC y 15 CCom. parecen inclinarse por la teoría de la constitución o incorporación, los arts. 5.1 LSA y 6.1 LSRL siguen la teoría de la sede real. El art. 8.1 TRLIS, de una forma abierta y flexible, conjuga todos los posibles puntos de conexión y considera residentes en el territorio español a las entidades que se hubieran constituido con arreglo a las leyes españolas, o tengan su domicilio social o la sede de dirección efectiva en territorio español. Por tanto, el traslado de domicilio social o estatutario no implica necesariamente pérdida de la residencia fiscal si la sede de dirección efectiva de la empresa permanece en territorio español.
- (12) El art. 17.1 a) TRLIS dispone que «Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los siguientes elementos patrimoniales: a) Los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad...»
- (13) Según MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO, «Los impuestos de salida...», pág. 68, la única excepción se produce cuando con el nuevo Estado de residencia efectiva existe un CDI, que acoge para resolver el conflicto de doble residencia, la regla del art. 4.3 MC OCDE, en cuyo caso la entidad se considerará residente en el territorio donde tenga su residencia efectiva. En cuanto al significado de la locución «sede de dirección efectiva», a efectos domésticos, la DGT, siguiendo los Comentarios al MC OCDE, la identifica como toma efectiva de decisiones en el territorio español (DGT RR 6 de junio de 2001, V0043-01 y 23 de septiembre de 2004, V0128-04).

Una variante que habría que considerar es la de la entidad constituida en España que tenga la sede de dirección efectiva en territorio español, cuyo traslado fuera del territorio español determinarían el cierre del período impositivo y el devengo de las plusvalías latentes no realizadas. En realidad, en este caso se podría producir incluso una imposición de «entrada», en la medida en que al no producirse una revalorización fiscal de activos en ese momento, podría aflorar una plusvalía generada con anterioridad al traslado de la dirección efectiva a la jurisdicción fiscal española, que se sometería a tributación con el cierre del período impositivo que el artículo 17.1 a) TRLIS anudaría al nuevo traslado de la sede de dirección efectiva a otro Estado miembro (14).

En segundo lugar, la aplicación singular de la regla general del artículo 17.1 a) TRLIS en el ámbito de las operaciones de reestructuración empresarial, con específica previsión de decaimiento de la neutralidad fiscal que hasta el momento habían disfrutado, se produce con los artículos 88.3 y 87.4 TRLIS, que suscitan no sólo un problema de compatibilidad con la libertad de establecimiento del artículo 43 TCE, sino también una anómala excepción al régimen de neutralidad fiscal diseñado por la Directiva de Fusiones.

En efecto, debe considerarse también junto al supuesto ya apuntado del artículo 88.3 TRLIS, el artículo 87.4 TRLIS (15) que prevé que, a efectos del IS, y para las operaciones de reestructuración empresarial protegidas para el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, la pérdida de la condición de residente fiscal determinará la preceptiva integración en la base imponible del correspondiente período impositivo, de la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y participaciones y el valor contable, salvo aplazamiento de la plusvalía de salida devengada hasta la efectiva transmisión de los valores, con la debida prestación de garantías.

IV — CONCLUSIÓN

Existen diversas figuras impositivas diseminadas en nuestro ordenamiento tributario que, pese a presentar una singularidad propia, no totalmente asimilable al *exit tax* que conoce el Derecho comparado, suscitan dudas de legalidad comunitaria.

En todos estos casos, se detecta una fricción jurídica entre nuestro Derecho interno y la jurisprudencia comunitaria, por las siguientes razones: i) se gravan plusvalías ficticias, sin considerar las posibles pérdidas producidas con posterioridad a la desconexión con la jurisdicción fiscal española (doctrina *N*); incluso, en algunos casos, tributa no sólo la renta diferida sino también la generada con posterioridad, o aflora la generada con anterioridad a la entrada en España (traslado de dirección efectiva a España que posteriormente migra a otro Estado miembro); ii) se condiciona el aplazamiento de la deuda tributaria devengada a la constitución de garantías (*Lasterye* y *N*). La jurisprudencia comunitaria, y la Comunicación de la Comisión, y los procedimientos de infracción ya incoados, pueden contribuir a extirpar de nuestro sistema fiscal la exacción anticipada de plusvalías latentes por mudanza de domicilio fiscal, integrando un nuevo caso de lo que se ha dado en llamar la *armonización negativa*.

(14) Como advierten MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO, «Los impuestos de salida...», pág. 70, «la ausencia de set-up o revalorización en España podría plantear problemas de Derecho comunitario, en la medida en que restringiría el traslado de la residencia a España de sociedades de otros Estados miembros o el posterior traslado de residencia desde España a otro Estado miembro y no se estaría eliminando la doble imposición». Estamos ante una barrera fiscal a la migración de empresas en territorio comunitario que puede funcionar como un impuesto de «entrada.»

(15) El art. 87.4 TRLIS establece que: «En el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido físicamente deducibles.»