
LA PROBLEMÁTICA DE LOS *EXIT TAXES* EN LA UNIÓN EUROPEA

AURORA RIBES RIBES
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA IMPOSICIÓN DE SALIDA. 1.1. Concepto y modalidades de impuestos a la emigración. 1.2. Fundamento de la imposición de salida. 2. LOS *EXIT TAXES* SOBRE PERSONAS FÍSICAS EN EL MARCO EUROPEO. 2.1. Criterios jurisprudenciales aplicables (*de Lasteyrie, N, Comisión contra Bélgica y Comisión contra el Reino de España*). 2.2. La Comunicación de la Comisión europea de 2006 y la Resolución del Consejo ECOFIN de 2008. 2.3. Juicio crítico. 3. LOS *EXIT TAXES* SOBRE PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO EUROPEO. 3.1. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *versus* las directrices de la Comisión y el Consejo europeos. 3.1.1. *Consideraciones generales*. 3.1.2. *Implicaciones de la jurisprudencia del TJUE sobre la imposición de salida*. 3.1.3. *Posición de la Comisión y del Consejo Europeos*. 3.2. *Status quo* en los Estados miembros: entre la reformulación y las condenas por infracción. 4. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO: CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA IMPOSICIÓN DE SALIDA

1.1. CONCEPTO Y MODALIDADES DE IMPUESTOS A LA EMIGRACIÓN

La emigración de personas físicas y jurídicas de un Estado a otro representa una constante a lo largo de la Historia. En las últimas décadas, las motivaciones económicas y la internacionalización de los negocios han propiciado también dicha movilidad, que antes respondía mayormente a razones étnicas, religiosas, bélicas, etc. En la actualidad, no es extraño que los empresarios desarrollen actividades económicas en el extranjero, o que determinados sujetos acepten puestos de trabajo en Estados distintos al de su residencia. Tampoco es infrecuente que las sociedades trasladen su domicilio social a otra jurisdicción donde las condiciones fiscales resultan más ventajosas; así como que las personas jubiladas se desplacen a otros territorios de clima más benigno, a fin de disfrutar de sus años de jubilación.

La expresión «impuestos a la emigración» –que en este trabajo utilizaremos como sinónimo de «impuestos de salida» (*exit taxes*) en sentido amplio–, engloba todos aquellos gravámenes susceptibles de ser aplicados por un Estado cuando se abandona la residencia (y se renuncia a la nacionalidad, como en Estados Unidos¹) en su

¹ CHAND (2013), p. 2.

territorio. Lógicamente, en los casos en los que una persona física o jurídica se traslada de una jurisdicción a otra, el Estado de la antigua residencia puede ver mermodos sus ingresos tributarios, lo que explica que sean numerosas las legislaciones nacionales en las que se han establecido estos gravámenes, como medida de protección de sus fuentes de ingresos.

La imposición a la emigración presenta, no obstante, una variada tipología², siendo posible distinguir, desde un punto de vista sistemático, las siguientes figuras:

A. Impuestos de salida (*exit taxes*) en sentido estricto: aplicados sobre las plusvalías latentes cuando se abandona la residencia (*one-time levies*). Se trata de una imposición inmediata, como consecuencia del traslado de residencia a otro Estado, de rentas ya devengadas pero pendientes de imputar³.

A su vez, dentro de esta categoría cabe diferenciar entre los impuestos de salida generales (*general exit taxes*) y los impuestos de salida limitados (*limited exit taxes*). Mientras los primeros recaen sobre las plusvalías devengadas, pero todavía no obtenidas, derivadas de todo tipo de bienes, incluso en aquellos supuestos de titularidad privada de los mismos, sin que éstos formen parte de un negocio o actividad empresarial, los impuestos de salida limitados recaen únicamente sobre los incrementos derivados de determinados tipos de bienes. Como regla general, los *limited exit taxes* se aplican por parte de aquellos Estados que sólo someten a tributación las ganancias patrimoniales resultantes de ciertos bienes; en contraste con los *general exit taxes*, que suelen exaccionarse por los países que cuentan con un impuesto omnicompreensivo sobre los incrementos de patrimonio realizados.

B. *Trailing taxes* (literalmente, «impuesto perseguidor» o «que va detrás»⁴): hace referencia a los impuestos cuya finalidad es gravar la renta futura y, a diferencia de los *exit taxes*, se aplican exclusivamente después del cambio de residencia del contribuyente. Nótese, además, que frente a la exacción única del *exit tax* en el momento de abandonar la residencia, los *trailing taxes* se conciben para ser aplicados en múltiples ocasiones futuras, bajo la ficción de considerar que, durante un cierto período de tiempo, el emigrante continúa siendo residente del territorio en cuestión. Por otro lado, aparte de operarse una extensión del concepto de residencia, estas fórmulas conllevan un efectivo gravamen cuando la renta se obtiene de manera cierta; el fundamento de los *exit taxes*, en cambio, radica en el mero hecho del cambio de residencia.

Los *trailing taxes* pueden aplicarse en un doble orden de situaciones, en función de que el ordenamiento jurídico estatal prevea el criterio de la «residencia extendida ilimitada» (*unlimited extended tax liability*), o el de la «residencia extendida limitada» (*limited extended tax liability*). En el primer caso se produce la sujeción al impuesto por la renta

² BETTEN (1998), pp. 11-37.

³ TERRA y WATTEL (2008), p. 392. Por su parte, GUERRA REGUERA (2010), p. 158, define el *exit tax* o impuesto de salida como «el escollo que los Estados colocan a modo de peaje en el punto de partida para evitar que el cambio de residencia fiscal de una persona física o jurídica a otro Estado miembro pueda traducirse en la inmunidad de las ganancias de capital acumuladas en su patrimonio».

⁴ FALCÓN y TELLA y PULIDO GUERRA (2010), p. 375.

mundial, durante los años inmediatamente siguientes al traslado de la residencia a un paraíso fiscal o a otra jurisdicción; en la segunda hipótesis el gravamen se exige en los mismos supuestos, si bien sólo sobre determinadas rentas de fuente extranjera.

C. Métodos de recuperación (*recapture or clawback of tax deductions*): se adoptan cuando un contribuyente que disfrutó de determinadas deducciones u otros beneficios fiscales en relación con un supuesto de diferimiento (por ejemplo, planes de pensiones o planes de seguros de vida) mientras era residente en un Estado, debe proceder a la devolución de tales ventajas a resultas de la emigración, en la medida en que el Estado donde adquiere la nueva residencia estará normalmente legitimado para gravar dichas rentas diferidas, a la luz de lo dispuesto en el convenio de doble imposición internacional (CDI) suscrito entre ambos Estados.

1.2. FUNDAMENTO DE LA IMPOSICIÓN DE SALIDA

Teniendo en cuenta los negativos efectos fiscales que para los Estados supone la emigración, no es de extrañar que los legisladores hayan reaccionado generalizadamente en orden al establecimiento de impuestos de salida, concebidos bien como medidas protectoras (*protective measures*), bien como instrumentos para prevenir la evasión fiscal (*anti-avoidance measures*). La calificación del impuesto de salida como medida de uno u otro tipo dependerá de sus características esenciales y, en particular, si el Estado de la emigración posibilita al contribuyente la solicitud de un crédito contra el impuesto de salida como consecuencia del tributo satisfecho por el mismo objeto en el Estado de la inmigración, el impuesto de salida nunca podrá caracterizarse como medida de protección de la base imponible del primer Estado⁵.

En definitiva, la naturaleza y finalidad de los impuestos a la emigración los convierten en un instrumento de último recurso (*last-chance measure*), dirigido a preservar el ejercicio de la potestad tributaria de los Estados sobre fuentes de ingresos que, en caso contrario, pasarían a ser gravadas por el Estado de la inmigración como resultado del cambio de residencia del contribuyente.

Por lo que concierne a su ámbito de aplicación, los impuestos de salida en sentido estricto se proyectan generalmente sobre las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, tales como las acciones⁶. Los métodos de recuperación (*recaptures or clawbacks*) encuentran acomodo en los sistemas fiscales de algunos Estados miembros, con el fin de mantener la soberanía fiscal del Estado de origen, sobre todo cuando nos encontramos ante planes de pensiones y planes asegurados de vida.

Ahora bien, los problemas generados por la exacción de estos gravámenes desde la perspectiva de los contribuyentes comunitarios, que han de tributar por rentas aún no

⁵ Éste es el caso de Países Bajos, Francia y Dinamarca. DE BROE (2005), p. 213.

⁶ Algún Estado miembro, como por ejemplo Suecia, ha introducido impuestos a la emigración sobre las *stock options*. En los ordenamientos jurídicos en los que las *stock options* sólo se gravarían al ejercitarse, cuando el contribuyente traslada su residencia al extranjero se entiende que aquéllas podían haberse ejercitado antes de dicha circunstancia. MALMER (2002), p. 82.

obtenidas⁷ (posible problema de liquidez), con el riesgo adicional de incurrir en una situación de doble imposición internacional, pueden traducirse en potenciales vulneraciones del derecho a la libertad de movimiento consagrado en el artículo 49 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); todo lo cual impone un detenido examen de la admisibilidad o no de estas figuras desde la óptica del Derecho Comunitario.

2. LOS EXIT TAXES SOBRE PERSONAS FÍSICAS EN EL MARCO EUROPEO

2.1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES APLICABLES (DE LASTEYRIE, N, COMISIÓN CONTRA BÉLGICA Y COMISIÓN CONTRA EL REINO DE ESPAÑA)

Dada la ausencia de armonización de la imposición directa en el seno de la UE, la regulación sobre tal materia compete de manera exclusiva a los Estados miembros, si bien no es menos cierto, como ha precisado el TJUE en reiteradas ocasiones, que éstos han de ejercitar su poder tributario con pleno respeto a los principios y libertades del Derecho Comunitario. Así las cosas, aunque los ordenamientos nacionales puedan gravar las ganancias patrimoniales devengadas en su territorio, deben asegurarse de que con ello no restringen el ejercicio de la libertad de movimiento de los individuos, a través de la imposición de cargas adicionales sobre aquéllos que cambian su residencia a otro Estado miembro, en comparación con los que permanecen en su territorio.

El pronunciamiento del TJUE en *de Lasteyrie*⁸ declaró el *exit tax* francés incompatible con la libertad de establecimiento contenida en el artículo 49 TFUE, confirmando esencialmente las Conclusiones del Abogado General, Jean Mischo, formuladas el 13 de marzo de 2003. Resulta constatable que la regulación del impuesto de salida francés no sólo resta atractivo, sino que introduce una diferencia de trato contraria al artículo 49 TFUE. Y ello es así, desde el momento en el que no se imprime carácter automático al aplazamiento y, además, se condiciona la concesión del mismo a la necesidad de cursar una solicitud, designar un representante fiscal y presentar una declaración sobre la no disposición de los títulos, conduciendo el mero retraso en el cumplimiento de dichas obligaciones a la pérdida del aplazamiento indicado.

Nótese, ya en este primer pronunciamiento, que el TJUE no prohíbe los impuestos a la emigración en general, sino que matiza su aplicación que, en todo caso, deberá circunscribirse a determinadas situaciones y sujetarse a reglas que resulten proporcionadas al fin que persiguen. Se declara, pues, la compatibilidad de los *exit taxes* con el Dere-

⁷ Asimismo, desde la perspectiva constitucional, creemos que la exigencia de un gravamen sobre una ganancia futura –e incierta– plantea serias dudas de compatibilidad con el principio de capacidad económica, por atentar contra el criterio de tributación de la renta disponible.

⁸ STJCE de 11-marzo-2004, Asunto C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

cho Comunitario, siempre y cuando la restricción a la libertad de establecimiento que los mismos comportan se halle justificada y las medidas desarrolladas para su consecución se adecuen al principio de proporcionalidad. La amplitud con la que se diseñó la cláusula anti-abuso del impuesto de salida francés, así como el carácter no automático del aplazamiento de pago, impidieron al TJUE considerar el citado impuesto admisible desde la perspectiva comunitaria. Sin embargo, ello no significa que exista una prohibición general en cuanto al establecimiento de *exit taxes* por parte de los Estados miembros como vía para combatir el fraude fiscal. Buena prueba de ello es que lejos de limitarse a rebatir los argumentos ya citados, el TJUE apuntó también posibles soluciones legítimas.

Una primera opción en este sentido, y también en consonancia con la propuesta sugerida por el Abogado General⁹, estriba en la posibilidad de prevenir la evasión fiscal a través de medidas menos restrictivas como, por ejemplo, la «*re-entry charge*» aplicada con posterioridad a una breve estancia en el extranjero durante la cual se hubieran enajenado las participaciones. Tal solución parece estar inspirada en el artículo 10A de la *Taxation of Chargeable Gains Act* de 1992 del Reino Unido, en virtud de la cual las ganancias patrimoniales obtenidas por el emigrante que permanece menos de cinco años en otro Estado, se consideran susceptibles de gravamen en el Estado de origen cuando el mismo retorna a su territorio¹⁰. La intención del Alto Tribunal es poner de relieve la existencia de medidas alternativas, tendentes a otorgar idéntica o similar protección que la pretendida por los Estados miembros y que, a mayor abundamiento, no provocan una interferencia desproporcionada en el ejercicio de la libertad contemplada en el artículo 49 TFUE. La segunda opción que se sugiere alternativamente por el Tribunal en el parágrafo 54 de la Sentencia¹¹, consiste en acudir a los diversos instrumentos de cooperación entre Administraciones Tributarias y, en especial, a las Directivas comunitarias sobre intercambio de información y asistencia mutua recaudatoria.

Por lo que concierne al Asunto N¹², el TJUE concluyó el carácter contrario del impuesto de salida neerlandés respecto a la libertad de establecimiento, ante la desproporción de las medidas articuladas para su exacción. En este orden de cosas, declaró que el sistema conllevaba un trato menos ventajoso para los contribuyentes que desearan trasladar su residencia fuera de los Países Bajos, en comparación con los que permanecían en su territorio, pues mientras los primeros resultaban gravados por el simple hecho de la emigración, cuando todavía no habían dispuesto de las participaciones y, en consecuencia, el posible incremento de patrimonio no se había producido, los segundos, en cambio, sólo tributaban cuando la ganancia patrimonial se hacía realmente efectiva¹³. En opinión del

⁹ Conclusiones formuladas por el Abogado General Jean Mischo, parágrafo 64.

¹⁰ Esta medida, aplicada en Reino Unido desde 1998, puede encontrarse también en la legislación sueca, tal y como indica el TJUE en el parágrafo 37 de la Sentencia *de Lasteyrie*.

¹¹ Tal alusión se recoge asimismo, aunque implícitamente, en los párrafos 52 y 53 de la Sentencia dictada en el Caso N.

¹² STJCE de 7-septiembre-2006, Asunto C-470/04, *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*.

¹³ Estos aspectos de la normativa neerlandesa sobre el *exit tax* debían ser, en consecuencia, objeto de modificación con vistas a la proporcionalidad que el TJUE exige. DOUMA (2006), pp. 522 y 530.

Alto Tribunal, tal diferencia de trato fiscal desincentivaba a los contribuyentes de cara a trasladar su residencia a otro Estado miembro.

Ciertamente, salvo en lo que respecta al período de diez años durante el cual se aplaza el impuesto, que en el *exit tax* francés era de cinco, son numerosas las similitudes que se aprecian entre el Caso *de Lasteyrie* y el Caso *N*. No debe extrañar, por ello, que el Tribunal llegue a la misma conclusión de incompatibilidad del impuesto de salida neerlandés con el Derecho Comunitario, aunque sí sorprende algún razonamiento del Tribunal en este supuesto, así como el hecho de que omita la resolución de algunos interrogantes de notable trascendencia en este ámbito.

Por lo que concierne al primer punto, resulta destacable como, a diferencia de la negativa¹⁴ ofrecida en el Caso *de Lasteyrie*, el Tribunal de Luxemburgo acepta en esta ocasión como válido el argumento sustentado por el Gobierno de Países Bajos sobre la necesidad de exigir el impuesto de salida para salvaguardar el reparto de poder tributario entre los Estados soberanos, e incluso acepta que éste se halle respaldado por el principio de territorialidad tributaria. Son varias las perplejidades que nos suscita este planteamiento. De un lado, cabe significar que el Alto Tribunal aplica el citado principio¹⁵, tanto en el presente asunto como en su reciente jurisprudencia, de manera poco clara, en relación con el criterio de la coherencia, o bien con el de reparto del poder impositivo, hasta el punto de que los tres conceptos, utilizados en la reelaboración de una única causa de justificación, son difícilmente distinguibles.

La interpretación más plausible, como apunta DE PIETRO (2009), es aquélla según la cual la territorialidad, entendida como criterio que permite sustraer las rentas obtenidas en la fuente al poder impositivo, basado en la renta mundial, del Estado de residencia, se convierta en el corolario de un reparto equilibrado del poder tributario. De ahí que en el Caso *N*, más que en la Sentencia *de Lasteyrie*, el TJUE valore la necesidad de tutelar la potestad impositiva del Estado de origen, como «Estado en el que la renta se ha producido»¹⁶.

De otro lado, resulta llamativo, tal y como subraya DE BROE (2010), que el TJUE convierta la cuestión de la compatibilidad entre la disposición interna neerlandesa y el Derecho Comunitario, en una cuestión de interpretación convencional en relación con la cual no está habilitado. Contrariamente a lo que sostiene el Tribunal, el artículo 13(5) CM OCDE no establece un elemento temporal que permita a cada Estado contratante gravar la parte de la ganancia patrimonial devengada cuando el contribuyente residía en su territorio sino que, antes al contrario, dicha cláusula convencional restringe la potestad tributaria de los Estados en los que el contribuyente hubiera resi-

¹⁴ VAN DEN HURK y KORVING (2007), p. 153.

¹⁵ La tesis de garantizar el reparto del poder tributario entre los Estados miembros, en base al principio de territorialidad, ha adquirido un notable protagonismo en recientes pronunciamientos del TJUE, hasta el punto de erigirse en una causa imperativa de interés general.

¹⁶ Como afirma MARTÍN RODRÍGUEZ (2012), p. 36, «el TJUE introduce una concepción más respetuosa con la soberanía impositiva del Estado de origen al aceptar como razón imperiosa de interés general el reparto equilibrado de la potestad tributaria».

dido, a excepción del Estado en el que tiene su residencia cuando se realiza el valor de las acciones.

Desde una óptica diferente, CALDERÓN CARRERO (2007) considera que el citado pronunciamiento aporta un entendimiento más cabal del principio de territorialidad, ahora más entroncado con los criterios de reparto de poder tributario establecidos por los Estados. Así las cosas, allí donde un impuesto se ajuste a los principios internacionales de reparto de poder tributario y articule una regla lógica de territorialidad impositiva, lo normal será que tal medida resulte justificada desde la perspectiva comunitaria, sin perjuicio del análisis de proporcionalidad. Estaríamos ante la justificación de impuestos restrictivos de las libertades fundamentales por la vía de su anclaje en el sistema de reparto de poder tributario siguiendo la práctica internacional.

Al margen de ello, lo que interesa destacar es el mensaje que implícitamente subyace a esta interpretación (más o menos certera) del TJUE, que se traduce en que los *exit taxes* exigidos a causa de los cambios de residencia en el seno de la UE no contravienen los convenios de doble imposición que observan el artículo 13(5) CM OCDE y, por consiguiente, su previsión es admisible siempre y cuando resulten proporcionados. Incluso aun cuando los mismos provocaran un conflicto, aceptaría el TJUE que la inobservancia del acuerdo bilateral es conforme al Derecho Comunitario, si sus posibles efectos restrictivos pudieran justificarse en base a razones de interés público ligadas a su «*rule of reason doctrine*»¹⁷.

Por otro lado, el TJUE deja pendiente la importante cuestión de cómo resolver la posible situación de doble imposición internacional generada si, una vez enajenadas las participaciones, el nuevo Estado de residencia del contribuyente también somete a tributación dicha ganancia patrimonial¹⁸. De manera algo ingenua, el Tribunal parece asumir que el Estado de la inmigración evitará dicha indeseable situación por la vía de gravar únicamente la revalorización experimentada, al dar por presupuesto el Tribunal, conforme a su interpretación del principio de territorialidad combinado con el elemento temporal de residencia, que todos los Estados miembros donde el contribuyente hubiera tenido su residencia gravarán dicha ganancia patrimonial atendiendo proporcionalmente al valor que las mismas tienen en el momento en el que el contribuyente es residente en su territorio¹⁹. Como nuevamente indica DE BROE (2010), no exis-

¹⁷ DE BROE (2010), pp. 122 y 123.

¹⁸ Pese a que la supresión de la doble imposición internacional constituía un objetivo proclamado en el antiguo artículo 293 del Tratado de la Comunidad europea, la existencia de una obligación comunitaria de eliminación de la misma deviene controvertida. De hecho, aunque en un primer momento la doctrina del TJUE pareció consagrar un auténtico derecho a la eliminación de la doble imposición en sede comunitaria, recientemente se ha operado un giro jurisprudencial (Asuntos *Nygaard*, C-234/99 y *Kerckhaert-Morres*, C-513/04) al señalarse que el Derecho Comunitario no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la UE, de manera que es a los Estados miembros a quienes corresponde adoptar las medidas necesarias para ello. El TJUE alude específicamente a los CDI como instrumentos de reparto de poder tributario y de supresión de la doble imposición, lo que supone renovar la convalidación comunitaria de estos tratados y asignarles la doble función mencionada. CALDERÓN CARRERO (2007), p. 116.

¹⁹ Conforme a lo declarado por el TJUE, el impuesto de salida debe configurarse de forma que tenga en cuenta las minusvalías susceptibles de producirse con posterioridad al traslado de la residencia del contri-

te cláusula alguna en el CDI entre Países Bajos y Reino Unido que apoye tal argumento. Y aún más, tampoco se prevé una medida interna relativa a la revalorización mencionada cuando Reino Unido actúa como país de la inmigración. Se evidencia, de este modo, el carácter erróneo del razonamiento del TJUE, sobre todo si se tiene en cuenta que la incorrección no sólo se circunscribe al caso en cuestión, sino que, antes bien, presenta carácter general, desde el momento en que se constata que sólo una minoría (Países Bajos, por ejemplo) de los Estados miembros contemplan en la actualidad dicha revalorización (*step-up in basis*), y menos aún la reflejan en el articulado de sus convenios de doble imposición. Lógicamente, dado que no existe obligación para los Estados miembros desde la perspectiva del Derecho Comunitario de eliminar o paliar la doble imposición internacional, tales mecanismos deberán diseñarse ya unilateralmente en la legislación doméstica, ya preferentemente a nivel de los convenios bilaterales.

En cualquier caso, la sentencia analizada presenta un indudable valor, pues, de una parte, coadyuva a reforzar la ‘comunitarización’²⁰ del *soft-law* de la OCDE –señaladamente su CM– y, de otra parte, enfatiza cómo las Directivas de asistencia mutua tanto en el intercambio de información cuanto en la recaudación tributaria son empleadas por el TJUE como ‘canon de proporcionalidad’ de las medidas nacionales de control o supervisión fiscal, o de aseguramiento del gravamen²¹.

La jurisprudencia del TJUE sobre los impuestos a la emigración aplicables a las personas físicas avanza un paso más con la Sentencia de 5 de julio de 2007, recaída en el Asunto *Comisión contra Bélgica*²²; en la que pese a concluir idéntico resultado, el Alto Tribunal varía el signo de sus argumentaciones, sin observar plenamente los criterios pre-

buyente, excepto en los casos en que tales pérdidas se hubieran ya tomado en consideración en el Estado miembro de acogida. Sólo de este modo resulta plenamente respetado, en opinión del Alto Tribunal, el principio de territorialidad. De Pietro denuncia en este punto un déficit en la pretendida construcción de la causa de justificación basada en el reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados miembros, a saber: si bien el citado principio, que se fundamenta en el artículo 13(5) CM OCDE, legitima al Estado de origen para efectuar el denominado *preserving assessment*, permitiendo el aplazamiento de la imposición hasta el momento de la efectiva realización de la plusvalía; dicho principio no admite, en contra de lo sostenido por el TJUE en el Caso N, que el Estado de salida tenga en cuenta, en el momento de la recaudación del impuesto, las minusvalías generadas posteriormente al traslado, y que pasan a ser competencia del Estado de destino. DE PIETRO (2009), p. 8.

En opinión de la Abogada General Kokott (puntos 119 y siguientes de sus Conclusiones), a la que se suma CALDERÓN CARRERO, lo más correcto sería que la liquidación provisional dictada en el Estado de origen con motivo del desplazamiento fuera revisada en todo caso, si posteriormente se genera una pérdida patrimonial cuando se enajenan las acciones, por ser ésta la única fórmula que se ajusta al principio de no discriminación. CALDERÓN CARRERO (2007), p. 117.

²⁰ CALDERÓN CARRERO (2007), p. 113, donde señala que: «Tal ‘comunitarización’ de los principios consolidados de fiscalidad internacional, sin duda, posee una relevancia de primer orden al suponer en cierta forma una convalidación comunitaria de la estructura y modelo de impuestos sobre la renta y patrimonio vigentes en los países miembros de la OCDE, así como de la fórmula para encauzar las relaciones fiscales internacionales».

²¹ CALDERÓN CARRERO (2007), p. 114, donde cita otros pronunciamientos en la misma línea, tales como las Sentencias del TJUE en los Asuntos *Stauffer*, C-386/04; *Scorpio*, C-290/04; *Comisión contra Bélgica*, C-433/04; y *Turpeinen*, C-520/04.

²² STJCE de 5-julio-2007, Asunto C-522/04, *Commission v. Belgium*.

viamente mantenidos tanto en *de Lasteyrie* como en *N*. El caso hace referencia a la imposición del *exit tax* belga sobre pensiones generadas en Bélgica, pero satisfechas a antiguos residentes, y la exacción correspondiente sobre la refinanciación de derechos pasivos de fondos de pensiones belgas a fondos de pensiones extranjeros, como consecuencia del traslado de la residencia del contribuyente.

A diferencia de los anteriores casos analizados, tales impuestos de salida belgas eran efectivamente exigidos en el momento en el que se operaba el traslado de residencia al extranjero. Atendidas sus notas características, el TJUE declaró tales gravámenes no acordes con los artículos 21, 45 y 49 TFUE, así como con los correspondientes preceptos del Tratado del Área Económica Europea.

Como pone de manifiesto DE BROE (2010), no se entiende bien por qué el TJUE no mantuvo en la resolución de este asunto el mismo planteamiento que en el Caso *N*, decidido apenas un año antes. Siguiendo aquel razonamiento, la potestad tributaria debería compartirse entre los diferentes Estados miembros de manera proporcionada al tiempo en que tales derechos de pensiones se devengaron mientras el contribuyente residió en dichos Estados. Realmente, para superar el test de la proporcionalidad, el Estado de la emigración debería suspender de modo automático e incondicional el gravamen sobre los derechos de pensiones devengados, hasta el momento en el que la pensión, o en su caso el capital sustitutivo, fuera efectivamente obtenido por el pensionista. En este sentido, el hecho de que el artículo 18 CM OCDE confiera exclusivamente el poder de imposición sobre tales derechos al Estado de la residencia del pensionista, así como que el CM OCDE reconozca en sus Comentarios la disparidad provocada por el cambio de residencia, entre el Estado que otorgó incentivos fiscales para la realización de tales contribuciones y el Estado que monopoliza el gravamen sobre los derechos cuando se cobra la pensión, no tendrían, de acuerdo con las aseveraciones del Tribunal en el Caso *N*, ninguna relevancia. Sin embargo, no fue esto lo que el Tribunal argumentó a la hora de dilucidar, en el Caso *Comisión contra Bélgica*, si los impuestos de salida sobre las pensiones concordaban o no con las libertades comunitarias²³.

El giro operado por el TJUE motiva que destacados estudiosos²⁴ de la materia se interroguen acerca de la explicación de este cambio de criterio jurisprudencial y traten de discernir, al mismo tiempo, si ello se debió al hecho de que en este caso no existiera pre-liquidación, sino imposición inmediata, o simplemente a la ausencia de argumentos de justificación por parte de Bélgica. Precisamente en relación con este último punto, es de lamentar que el Estado belga no arguyera sobre la base de la equitativa distribución de poder tributario, reconocida por el TJUE como justificación válida de interés público, e incluso resulta desafortunado que el propio Tribunal carezca de capacidad para formular de oficio posibles razones de justificación lo que, en opinión de DE BROE (2010) a la que nos sumamos, contribuiría a avanzar en la consecución de una doctrina jurisprudencial más coherente.

²³ Véase, más ampliamente: KAVELAARS (2007), pp. 86 y 89; DE BROE y NEYT (2009), pp. 92 y 93.

²⁴ DE BROE (2010), p. 126.

Con fecha 12 de julio de 2012, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la demanda interpuesta contra España²⁵ por parte de la Comisión europea, y ha declarado contrario al ordenamiento europeo –pero no al Acuerdo EEE– el artículo 14.3 LIRPF, culminando así en condena el procedimiento de infracción en materia de imposición de salida sobre personas físicas en el que estábamos incurso. Si tenemos presentes los razonamientos del TJUE en los Asuntos *de Lasteyrie, N* y *Comisión contra Bélgica*, llegamos pronto a la conclusión de que el artículo 14.3 LIRPF, mediante la anticipación del pago de impuestos a causa del cambio de residencia operado, no impide el ejercicio de la libertad de circulación pero puede disuadir o restringir el ejercicio de dicha libertad comunitaria en el ámbito de la UE y del AEE, con independencia de que el Estado de la inmigración sea considerado como paraíso fiscal. Dicha tributación inmediata se traduce en un tratamiento dispar en comparación con los contribuyentes, incurso en una situación comparable, que mantienen su residencia en territorio español, dado que éstos continuarán beneficiándose del diferimiento de pago sin necesidad de constituir garantía alguna.

2.2. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 2006 Y LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO ECOFIN DE 2008

Una prueba indiscutible de la notable importancia adquirida por los impuestos a la emigración en el seno de la UE, reside en la creciente atención prestada tanto por la Comisión como por el Consejo ECOFIN (Consejo de Asuntos Económicos y Financieros) sobre esta materia. En efecto, la falta de iniciativa de la Comisión europea en esta sede se vio paliada con la adopción, poco después de la Sentencia del TJUE en el Caso *N*, de la «Comunicación sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros», el 19 de diciembre de 2006.

La finalidad de la Comisión, partiendo de las premisas establecidas en la doctrina del Tribunal de Justicia, es mostrar cómo pueden los Estados miembros hacer compatibles sus normativas sobre impuestos de salida con el Derecho europeo. De este modo, tras recordar que aspectos tales como la exigencia de prestar garantía como requisito para aplazar el pago, o la exacción del impuesto con carácter previo a la efectiva obtención de las ganancias patrimoniales, se reputan contrarios al ejercicio de la libertad recogida en el artículo 49 TFUE, apunta posibles soluciones que permitan a los legisladores nacionales reconducir sus respectivas normativas, evitando o reduciendo asimismo las situaciones de doble imposición internacional.

En la misma línea, la Comisión europea destaca poderosamente la relevancia que cabe otorgar a los mecanismos de cooperación entre Administraciones fiscales, que califica de «clave» en orden a asegurar el éxito de tales medidas. Declara ser consciente de la dificultad para los Estados miembros de proteger sus bases imponibles de forma compatible con las libertades fundamentales del TFUE; además, con frecuencia dichas medidas no están coordinadas con las adoptadas por otros Estados miembros, lo que puede ocasionar supuestos de doble imposición involuntaria. Por todo ello, señala que

²⁵ STJUE de 25 de abril de 2013, Asunto C-64/11, *Comisión europea contra el Reino de España*.

la imposición de salida constituye un ámbito en el que los Estados miembros podrían beneficiarse de la coordinación²⁶ a nivel comunitario.

El planteamiento de la Comisión implica –como primera solución propuesta– que cuando dos Estados miembros decidan ejercer su potestad impositiva sobre la misma renta, tendrán que garantizar que ello no redunde en una doble imposición. Ello comportaría la necesaria previsión, por parte del Estado de destino, de un crédito de impuesto por el importe satisfecho anteriormente por dichos bienes con ocasión de la salida²⁷. Otra posibilidad sugerida a los Estados miembros para eliminar las asimetrías existentes –como segunda propuesta de solución–, radicaría en ponerse de acuerdo para repartir los derechos de imposición sobre las plusvalías, distribuyéndoselos, por ejemplo, en función del período de tiempo que el sujeto haya residido en sus respectivos territorios. Lógicamente, esta solución puede requerir cambios en los convenios bilaterales en vigor, a fin de reflejar dicha modificación en el reparto del poder tributario.

Este último extremo ha sido criticado por DI PIETRO (2009), que afirma que la propuesta de la Comisión de regirse por acuerdos bilaterales es jurídicamente inadecuada. En su opinión, dichos instrumentos carecen del fundamento y de la eficacia comunitaria que les permitiría imponerse en todo caso sobre los ordenamientos nacionales en nombre de la primacía del ordenamiento europeo. Es más, según este autor, «considerar tales soluciones como resolutivas, como hace la misma Comisión, no significa obtener un resultado jurídicamente innovador en el plano comunitario». Antes al contrario, se traslada al plano político una solución que no parece definida en el jurídico.

Por descontado, cualquiera de las soluciones aplicadas debería tener en cuenta la eventual depreciación del valor de los títulos entre el momento de la salida/entrada y su transmisión efectiva. El hecho de que un contribuyente haya ejercido su derecho a la libre circulación, no debe comportar una imposición sobre unas plusvalías superiores²⁸ a las que hubieran sido objeto de gravamen de no haber cambiado de residencia, o haberse operado el traslado dentro del mismo Estado.

A nuestro juicio, pese a que las soluciones ofrecidas por la Comisión se reputan óptimas, imponen un elevado grado de cooperación administrativa interestatal para

²⁶ La Comisión europea evacuó también, el 19 de diciembre de 2006, la Comunicación sobre «la coordinación de los sistemas de fiscalidad directa de los Estados miembros en el Mercado interior», COM (2006) 823 final. El propósito de la Comisión es alcanzar una cierta coordinación, no una armonización, en materia de imposición directa entre los Estados miembros. Huelga afirmar el carácter idóneo que presentaría un proceso de armonización en esta sede, si bien ello compartía una cesión de soberanía que, en el actual contexto de creciente competencia fiscal desleal, se reputa considerablemente compleja.

²⁷ MARTÍN RODRÍGUEZ alerta en este punto sobre la incorrecta traducción realizada en la versión española que, frente a la interpretación que predicamos –derivada de la versión inglesa–, nos conduciría al absurdo de deducir el impuesto percibido por el nuevo Estado de residencia, cuando su cuantía es seguramente mayor que la del primer gravamen exigido en origen. MARTÍN RODRÍGUEZ (2012), p. 37.

²⁸ El cálculo de la ganancia gravable debería realizarse cuando ésta se hubiera materializado, ya que si el Estado de salida determinara la plusvalía en la fecha del traslado, se corre el riesgo de que el contribuyente deba tributar por unas rentas que eran ganancias en el momento del traslado, pero que acabaron siendo pérdidas cuando se hicieron efectivas. De no ser así, estaríamos ante una actuación contraria a los principios de justicia tributaria.

hacer posible su aplicación práctica. El Estado de origen sólo podrá ejercer sus derechos de imposición en el momento de la transmisión si tiene conocimiento de la misma; y únicamente estará en disposición de calcular la ganancia en este momento si cuenta con el apoyo de medios e información suministrados por el Estado de destino, todo lo cual evidencia que la viabilidad de la solución propuesta exige una cooperación entre las Administraciones Tributarias de los Estados miembros extraordinariamente eficaz.

En ausencia de dicho nivel de interacción (al que no estamos acostumbrados, aunque se haya avanzado mucho en los últimos años) no es posible exigir al Estado de salida que no calcule en el momento mismo del traslado la plusvalía gravable. Asimismo, si el emigrante rechazara posteriormente el pago debido al Estado de salida, éste deberá confiar en el nuevo Estado de la residencia para que proceda a la recaudación del impuesto en su nombre, dado que las posibilidades de actuación de una Administración nacional más allá de sus fronteras son prácticamente nulas²⁹.

La idoneidad teórica de la solución ofrecida por la Comisión, queda difuminada ante el escepticismo acerca de su viabilidad en el terreno práctico. De hecho, la dificultad que entraña alcanzar el exigente nivel de cooperación entre los Estados miembros, al que queda condicionada la virtualidad práctica de dicha solución, ha motivado propuestas doctrinales alternativas, entre las que destaca la del gravamen exclusivo en el Estado de destino³⁰.

Por otra parte, resulta criticable la falta de concreción de la Comisión europea en lo que concierne a los *exit taxes* respecto a terceros Estados, con independencia de que formen o no parte del EEE. En principio, la ausencia de instrumentos adecuados relativos al intercambio de información se convertiría, incluso para la Comisión, en un factor determinante en la admisibilidad de instrumentos de tutela de la pretensión tributaria estatal desde la óptica europea. Ahora bien, no se aclara en la Comunicación si el único intercambio de información que se considera adecuado es el asegurado mediante instrumentos comunitarios, o puede articularse también a través de cauces de diverso tipo, por ejemplo, convencional, sobre la base de la experiencia adquirida en este sentido por el CM OCDE y los CDI inspirados en él. Desde nuestra perspectiva, es evidente que se trata de supuestos diversos, a los que debería otorgarse soluciones igualmente diversas.

La Resolución dictada por el Consejo de la Unión Europea el 2 de diciembre de 2008³¹, sobre coordinación de los impuestos de salida, se muestra favorable a la aplicación de estos impuestos por parte de los Estados miembros sobre empresarios o personas jurídicas a causa de la emigración.

En esta línea, se invita a los Estados miembros a adoptar los siguientes principios rectores: «A. Se entenderá por transferencia de actividades económicas toda operación

²⁹ GUERRA REGUERA (2010), p. 162.

³⁰ GUERRA REGUERA (2010), p. 162.

³¹ Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2008, sobre la coordinación en materia de imposición de salida (2008/C 323/01). Diario Oficial de la Unión Europea, C-323/01, de 18 de diciembre de 2008.

en la que un contribuyente sujeto al impuesto de sociedades o una persona física dedicada a una actividad empresarial: 1) Cese de estar sujeto a los impuestos sobre sociedades o al impuesto sobre la renta de las personas físicas en un Estado miembro (el Estado de salida) y pase, al mismo tiempo, a estar sujeto a los impuestos sobre sociedades o al impuesto sobre la renta de las personas físicas de otro Estado (el Estado de acogida); 2) O transfiera una rama de actividad —a saber, el activo y el pasivo de una entidad capaz de funcionar por sus propios medios— de una empresa matriz o un establecimiento permanente en el Estado de salida a un establecimiento permanente o a una empresa matriz en el Estado de acogida.

B. Cuando, en una transferencia de actividades económicas, el Estado de salida se reserve el derecho a gravar las reservas (beneficios realizados pero todavía no tomados en consideración fiscalmente) y a recuperar, total o parcialmente, las provisiones constituidas (gastos aún por efectuar pero ya tenidos en cuenta fiscalmente), el Estado de acogida podrá prever la constitución de reservas o provisiones por importes idénticos o diferentes, según las normas sobre bases imponibles aplicables en dicho Estado, y permitir su deducción del resultado imponible con arreglo al ejercicio de su constitución.

C. Cuando, en una transferencia de actividades económicas, el Estado de salida se reserve el derecho a gravar las plusvalías latentes correspondientes a los elementos de activo en posesión del contribuyente, calculadas como diferencia entre el valor venal de dichos elementos en la fecha de la transferencia y su valor contable, el Estado de acogida tomará dicho valor venal en la fecha de la transferencia en que calcule la plusvalía posterior en caso de cesión.

D. En caso de desacuerdo entre el Estado de acogida y el Estado de salida sobre el valor venal de los elementos en la fecha de la transferencia; ambos Estados resolverán su litigio mediante los procedimientos adecuados.

E. El Estado de acogida podrá pedir al contribuyente que participe en una transferencia de actividades económicas que facilite la prueba de que el Estado de salida ha ejercido o ejercerá sus derechos en las condiciones arriba mencionadas, así como los elementos que certifican el valor venal adjudicado por la Administración del Estado de salida.

F. Las disposiciones establecidas a nivel comunitario sobre asistencia mutua proporcionan el marco para que el Estado de acogida preste asistencia al Estado de salida, en particular para determinar la fecha de la cesión».

En este sentido, se insta a los Estados a adecuar sus normativas domésticas a los criterios esbozados en la Resolución que, sin embargo, difieren de manera significativa respecto de los enunciados por la Comisión³², lo cual explica en parte que países como España o Portugal se hayan mostrado reticentes a modificar sus disposiciones de con-

³² Tal divergencia resulta cuanto menos sorprendente, máxime si se tiene en cuenta que la Resolución toma como punto de partida, según se dispone expresamente en el texto, las Comunicaciones de 19 de diciembre de 2006 de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social europeo sobre la coordinación de los sistemas de fiscalidad directa de los Estados miembros en el Mercado Interior (COM(2006) 823 final) y sobre la imposición de salida (COM(2006) 825 final).

formidad con lo indicado por la Comisión Europea. Si bien, *a priori*, la adopción de la Resolución por el Consejo se entendió como un importante paso adelante en la eliminación de los obstáculos fiscales para un adecuado funcionamiento del Mercado Único, prueba de que puede progresarse en el ámbito de la imposición directa a través de la coordinación; lo cierto es que, en contraste con lo dispuesto en la Comunicación, el Consejo guarda silencio sobre una cuestión fundamental relativa al tratamiento fiscal de los activos transferidos coherente con las obligaciones que el TFUE impone a los Estados miembros, a saber: en qué momento son exigibles los *exit taxes*.

Es más, la literalidad del apartado E de la Resolución permite colegir la admisibilidad del gravamen inmediato por parte del Estado de salida, solicitando solamente, por parte del Estado de destino, el reconocimiento de los valores veniales en el momento del cambio, para consentir una continuidad de tales valores y, de este modo, evitar posibles fenómenos de doble imposición. Tal planteamiento contradice abiertamente lo declarado por la Comisión Europea, así como la doctrina reiterada del Tribunal de Justicia en este punto y genera, como es obvio, un notable malestar entre los operadores económicos. Como afirma CARINCI (2009), «gravar la riqueza en el momento del cambio, faltando su realización efectiva, parece irracional (...). En el Estado de origen, por tanto, puede ser gravado sólo si y en cuanto sea realizado». Nótese, además, que el modelo de impuesto de salida basado en el cambio de residencia debe ser común a ambos Estados, el *outbound* y el *inbound*, a fin de evitar situaciones de ausencia de gravamen o de doble imposición, lo que nos lleva de nuevo al problema/necesidad de la coordinación.

Ante esta disparidad y falta de unicidad de criterio en los más altos niveles comunitarios, podríamos preguntarnos cuál es el valor jurídico que cabe atribuir a cada norma, como cauce válido a fin de determinar a qué patrón de actuación deben atenerse los Estados miembros en este ámbito. Teniendo en cuenta que la Comunicación puede calificarse como *soft law*, y que la Comisión europea no goza de competencia exclusiva en este campo, cabría conferir a la misma una importancia menor; en contraste con la Resolución del Consejo que, aun cuando tampoco presenta carácter vinculante³³, fue adoptada por unanimidad y, desde ese punto de vista, podría considerarse que encierra mayor valor jurídico que la Comunicación³⁴. A ello se añade, por otro lado, que si los ordenamientos nacionales se reestructuran de acuerdo con los parámetros indicados en la citada Resolución, se soslayarán notablemente las situaciones de doble imposición internacional generadas hasta la fecha, erradicándose así la principal problemática tributaria que afecta a empresarios y sociedades en el contexto de la emigración.

Con independencia de todo ello, lo que es bien cierto es que todavía no existe suficiente claridad en torno a la aplicación de los *exit taxes* en consonancia con el Derecho

³³ La Resolución no constituye un instrumento jurídicamente vinculante, sino un compromiso político y, por tanto, no crea derechos ni obligaciones jurídicas para los Estados miembros, tal y como se declara expresamente en los antecedentes del propio texto de la Resolución.

³⁴ VAN ARENDONK (2010), p. 61.

Comunitario. Las divergencias mantenidas en esta órbita entre el Consejo y la Comisión, no contribuyen precisamente a avanzar por el buen camino, lo que demanda, a nuestro juicio, un pronunciamiento expreso del TJUE, que zanje las recientes discordancias institucionales e imponga un único criterio diáfano e incuestionable, devolviendo no sólo a los Estados miembros, sino también a los contribuyentes, sean éstos personas físicas o jurídicas, la seguridad jurídica que merecen en relación con el ejercicio de las libertades de circulación y establecimiento proclamadas en el TFUE.

2.3. JUICIO CRÍTICO

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para asegurar la libertad de circulación y establecimiento en el Mercado Único, el Estado de origen no puede ejercitar su poder de imposición sobre las ganancias latentes en los términos previstos en los regímenes nacionales de *exit taxes*, al menos en el momento del paso a otra jurisdicción tributaria. Es más, para el ejercicio de dicho poder reconocido por el Derecho Comunitario al Estado donde han madurado las plusvalías, se debe involucrar al Estado de destino; de lo que cabe colegir que, según la jurisprudencia europea, la movilidad misma se convierte en corolario de un nuevo reparto competencial³⁵ en el seno de la UE; frente a la visión tradicional, consistente en salvaguardar las libertades de circulación y establecimiento sin encontrar obstáculos en los ordenamientos tributarios internos.

Conviene subrayar que el TJUE no se ha limitado en esta materia a juzgar los regímenes nacionales, sino que ha querido apuntar una solución que conciliara poder impositivo estatal, territorialidad de la imposición y libertad de circulación, eso sí, sin desposeer al Estado de la fuente de su derecho de gravamen. Tal actuación ha motivado, en la realidad práctica, una cierta disociación entre poder de imposición y territorialidad, en la medida en que el Alto Tribunal ha respaldado el hecho de que, concurriendo determinados presupuestos, el antiguo Estado de la residencia no pierda su potestad tributaria sobre el contribuyente.

Nótese que la solución jurisprudencial crea un equilibrio difícil de conquistar, pues para evitar la restricción a dicha libertad fundamental, sin sacrificar la recaudación del Estado de origen, se genera otro problema: el del reparto del poder impositivo³⁶, bien entendido que la solución indicada requiere necesariamente involucrar al Estado en el que se verifica la ganancia patrimonial, con respecto a aquél donde ha madurado ésta. Y es aquí, precisamente, donde se demuestra la mayor debilidad de la construcción, toda vez que para obtener resultados compatibles con el ordenamiento comunitario, tanto el TJUE como la Comisión recurren a fuentes no comunitarias, tales como los CDI, cuyo fundamento y eficacia no descansan en el Derecho de la UE, sino en los propios ordenamientos nacionales. La remisión a estos instrumentos convencionales como cierre del sistema se reputa, a nuestro juicio, no sólo inadecuada (las instituciones europeas buscan una solución para un problema de compatibilidad con el Derecho Comu-

³⁵ DI PIETRO (2009), p. 8.

³⁶ DE MAN y ALBIN (2011), p. 621; DI PIETRO (2009), p. 8.

nitario, a extramuros de éste), sino también inconsistente o falta de solidez, dado que no garantiza en absoluto el objetivo marcado, pues el Estado de la fuente no podría ejercitar su poder impositivo sin el consenso del Estado de acogida.

Por otro lado, atendidas las numerosas disposiciones nacionales en materia de impuestos a la emigración que, teóricamente, pueden vulnerar todavía hoy la libertad comunitaria de establecimiento, consideramos insuficiente la labor desarrollada hasta ahora por las instituciones europeas. Si nos detenemos a analizar la estructura y caracteres de los vigentes impuestos de salida diseñados por los Estados miembros, descubrimos que – excepción hecha de Francia– poco se ha avanzado desde los primeros pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo en 2004 y 2006; incluso cabría afirmar que se ha retrocedido en una parcela de importancia singular para el fomento de las relaciones supranacionales, puesto que son cada vez más numerosos los ordenamientos jurídicos internos que articulan impuestos de salida discriminatorios, que tratan injustamente la deseable movilidad –sin ánimo abusivo– en el seno de la UE.

Sería por ello necesaria una actuación conjunta de las tres instituciones comunitarias, de manera que las sentencias que dicte el TJUE en esta órbita sean secundadas, sin matices, por la Comisión y el Consejo europeos. Es posible, con todo, que aún así los Estados miembros actuaran al margen de las coordenadas indicadas, pero creemos que tal conducta sería residual y poco significativa, al existir una doctrina comunitaria consolidada, y no criterios que en ocasiones parecen contradictorios y que explican, aunque en ningún caso justifican, las políticas fiscales nacionales de inadecuación al Derecho Comunitario en materia de impuestos de salida.

En otro orden de cuestiones, conviene puntualizar que si bien la interpretación de las disposiciones reguladoras de las libertades comunitarias efectuada por el TJUE se está extendiendo progresivamente al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE) /Área Económica Europea (AEE), dicha extrapolación de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria al ámbito de las relaciones con terceros países plantea importantes dudas³⁷, en la medida en que nos encontramos ante una situación no equiparable. El propio TJUE ha declarado la falta de justificación de la restricción fiscal creada por las normas nacionales, en base a que los mecanismos comunitarios de asistencia mutua para el intercambio de información y la recaudación permiten a las Administraciones fiscales internas realizar idéntica labor a través de medios menos restrictivos. Este argumento decaería, sin embargo, en aquellas operaciones llevadas a cabo por Estados miembros con terceros países, en cuyo seno tales mecanismos comunitarios de cooperación inter-administrativa no son aplicables, sin perjuicio de la existencia de otros cauces de asistencia en esta sede. Dada la inaplicación de las Directivas comunitarias en terceros países, e incluso en los Estados signatarios del Acuerdo de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein y Noruega), entendemos que no es posible trasladar

³⁷ CALDERÓN CARRERO (2007), pp. 117 y 124, donde alude a la interpretación restrictiva de la libre circulación de capitales respecto de operaciones con terceros países, efectuada por el TJUE en sus Sentencias de 23 de febrero de 2006 (C-513/03) y 3 de octubre de 2006 (C-452/04).

automáticamente la doctrina del TJUE sobre impuestos de salida a estos países³⁸, aun cuando con arreglo a determinados tratados con la UE los ciudadanos de estos últimos Estados sí puedan invocar, con matices, la aplicación de las libertades comunitarias³⁹.

3. LOS *EXIT TAXES* SOBRE PERSONAS JURÍDICAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

3.1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA *VERSUS* LAS DIRECTRICES DE LA COMISIÓN Y EL CONSEJO EUROPEOS

3.1.1. *Consideraciones generales*

A pesar de la integración económica que supone la UE, el notable incremento de la movilidad de las empresas, fruto de la internacionalización de los negocios en un contexto cada vez más globalizado, revela cómo las normas tributarias siguen representando todavía hoy importantes obstáculos al libre establecimiento de las empresas en el marco europeo.

Siendo una de las cuestiones pendientes de resolver, la armonización de los puntos de conexión empleados por los Estados miembros para justificar su poder de gravamen; esta necesidad se evidencia especialmente en el ámbito societario, donde el concepto de residencia fiscal es determinado e interpretado de manera independiente por cada Estado miembro. En efecto, la normativa europea no define cuándo una persona jurídica es residente fiscalmente en un territorio, lo que implica que se deja a cada Estado miembro la regulación de esta cuestión, admitiéndose, lógicamente, la posibilidad de criterios divergentes según el ordenamiento de que se trate. Así lo ha reconocido el TJUE en reiteradas ocasiones, como por ejemplo en el Caso *N*, señalando que «en ausencia de medidas comunitarias armonizadoras, los Estados miembros ostentan el poder de definir, convencional o unilateralmente, los criterios para arrogarse la potestad de gravamen»⁴⁰.

³⁸ La libertad de establecimiento puede invocarse incluso por parte de operadores localizados en el interior del Espacio Económico Europeo, aunque no, sin embargo, por aquellos que operan en terceros países, para los cuales todavía es posible recurrir a la tutela de la propia inversión sobre la base de la libre circulación de capitales. Nótese, con todo, que ni para los primeros ni para los segundos países resulta aplicable el sistema de Directivas sobre intercambio de información entre Administraciones Tributarias. GREGGI (2009), p. 16.

³⁹ MALMER (2002), p. 83; Véase también la Comunicación de la Comisión Europea de 2006, COM(2006)825 final. Ob.cit. pp. 8-10.

⁴⁰ STJUE de 7 de septiembre de 2006. Ob.cit. Véase, en la misma dirección: STJUE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-336/96, *Esposas Robert Gilly y Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*; y, Conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed en el Caso *Act Group Litigation* (STJUE de 12 de diciembre de 2006, Asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue*), apartado 52.

El ejercicio autónomo de esta competencia estatal por cada Estado miembro genera numerosos conflictos, pues atenta contra la libertad de establecimiento de las empresas en la UE, que puede verse distorsionada, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia, como consecuencia de la falta de coordinación al respecto entre los diferentes ordenamientos nacionales. Si bien es cierto que la ausencia de iniciativas armonizadoras está siendo paliada por la actuación del TJUE, tal situación es meramente temporal y exige, como es obvio, la intervención del legislador europeo al objeto de uniformar el punto de conexión aplicable en este ámbito. No en vano, la heterogeneidad de criterios previstos en los distintos sistemas impositivos está provocando en la práctica una gran inseguridad jurídica entre los operadores, al margen de la eventual doble imposición internacional, tanto jurídica como económica, o incluso riesgo de evasión fiscal que, sin duda, afectan negativamente a las empresas y dificultan la consecución de algunos de los objetivos fundamentales del TFUE.

Por otra parte, conviene recordar la distinción entre la libertad de establecimiento primario y la libertad de establecimiento secundario. La primera engloba dos elementos, a saber, la libertad de constituir una sociedad en otro Estado miembro en las mismas condiciones que sus nacionales y la libertad de trasladar a otro Estado miembro la sede principal de una sociedad ya constituida en otro diferente. En principio, cabe afirmar que la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 TFUE, resulta también de aplicación directa a las personas jurídicas a través del artículo 54 TFUE. El problema radica en que, si bien en el artículo 49 TFUE se hace referencia al derecho de constitución, nada se dice acerca del derecho de traslado. Este dato, unido a una (aparentemente) contradictoria jurisprudencia del TJUE, propicia que nos preguntemos si esta libertad de establecimiento supone o no el derecho de las sociedades a trasladar su sede a otro Estado miembro, manteniendo su estatus jurídico. La libertad de establecimiento secundario alude, por el contrario, a la facultad de las sociedades de crear y actuar por medio de una sucursal, filial o agencia en un Estado miembro distinto al de su constitución.

La asunción del modelo de la sede real o del modelo de incorporación o constitución como punto de conexión para determinar la residencia fiscal de las personas jurídicas, constituye un aspecto íntimamente ligado a la exacción de impuestos de salida; de hecho, si el Estado de origen adopta el primer modelo, las sociedades que deseen transferir su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, tendrán que disolverse y volver a constituirse, con las cargas tributarias que ello implica; mientras que en el caso de que el Estado de salida aplique la doctrina de la incorporación, tal disolución no será necesaria.

Y ello porque conforme a la *incorporation theory*, el único elemento relevante es la ley del Estado en el que se ha constituido la sociedad, siendo indiferente el lugar donde se hallen tanto el domicilio como la sede real. El traslado de estos elementos no incidirá ni en la ley aplicable, ni en la personalidad jurídica de la sociedad. En contraste, si se aplica el modelo de sede real, el traslado de la sede de una sociedad al extranjero implica su disolución —a menos que se permita expresamente su continuidad jurídica—, debiendo constituirse de nuevo conforme a la legislación del Estado de acogida.

Aunque *a priori* pudiera parecer que estamos ante situaciones idénticas por lo que al tratamiento de la imposición de salida respecta, existe sin embargo una diferencia fundamental, a la que se llega tras analizar las sentencias del TJUE en materia de libertad de establecimiento de las sociedades. De manera sintética, mientras en el primer caso los impuestos de salida no serán sino un efecto colateral⁴¹ derivado de la disolución y liquidación societaria impuesta por la *lex societatis* del Estado de origen y, como advertiremos más adelante, esta última primará sobre las limitaciones establecidas por el TJUE en sus pronunciamientos sobre la imposición de salida; en el caso contrario, esto es, cuando impera el modelo de incorporación y el traslado de la residencia de la sociedad a otro Estado no conlleva su disolución en el primero, sí será invocable la doctrina tributaria sentada por el Alto Tribunal (*de Lasteyrie, N* y *National Grid Indus*⁴², básicamente) y, por ende, la libertad de establecimiento consagrada en el TFUE.

Tales consideraciones denotan la conveniencia de examinar con detalle tanto la jurisprudencia –mercantil y tributaria– del TJUE en esta sede, cuanto las directrices sentadas en la Comunicación de la Comisión europea y la Resolución del Consejo ECOFIN por lo que a la imposición de salida sobre las personas jurídicas concierne.

3.1.2. *Implicaciones de la jurisprudencia del TJUE sobre la imposición de salida*

Ciñéndonos a la jurisprudencia comunitaria, las distintas controversias suscitadas han sido resueltas con criterio –aparentemente– distinto por el TJUE. La línea jurisprudencial observada en *Centros*⁴³, *Überseering*⁴⁴ e *Inspire Art*⁴⁵ permitió afirmar que, en materia de migración de las empresas constituidas en la UE, el Alto Tribunal optaba por una posición flexible a la hora de dejar transferir los principales centros de dirección y administración de un Estado a otro. Incluso se llegó a pensar que el Tribunal de Justicia prefería el modelo del lugar de incorporación, frente al modelo de la sede real.

De haberse materializado el triunfo de esta última doctrina, en países como el Reino Unido, las entidades tendrían que disolverse y volver a constituirse, al transferir su sede de dirección central y control –así como su lugar de constitución– a otro Estado miembro, lo que conllevaría cargas tributarias, como el cobro de impuestos de salida que estamos examinando, que las empresas que no transfirieran su dirección central

⁴¹ Como afirma MARTÍN RODRÍGUEZ (2012), p. 41, «en este caso, aparentemente, no se respeta la libertad de establecimiento ya que se impide *de facto* el traslado de la personalidad constituida en el Estado de origen. Además, la disolución supone, en principio, la materialización de las plusvalías latentes y, por tanto, la obligación de declararlas, dando origen al mismo efecto que un impuesto de salida, pero sin la protección de la jurisprudencia de los asuntos *Lasteyrie* y *N*, ya que nos encontramos ante un fenómeno de derecho interno.

⁴² STJCE de 29 de noviembre de 2008, Asunto C-371/10, *National Grid Indus BV/ Inspecteur van de Bestuursdienst Rijnmond/ kantoor Rotterdam*.

⁴³ STJCE de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

⁴⁴ STJCE de 5 de noviembre de 2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV y Nordic Construction Company Bau-management BmbH (NCC)*.

⁴⁵ STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd*.

y de control no tendrían que soportar. Nótese, con todo, que desde la aprobación del Estatuto de la *Societas Europaea* en 2004, la disolución y reconstitución de este tipo de sociedades ya no es necesaria⁴⁶, habiéndose clarificado mediante la Directiva 2009/133/CEE la legitimidad y condiciones de la imposición de salida cuando estas figuras societarias trasladan su domicilio de un Estado miembro a otro, como precisaremos en las líneas que siguen.

Otro inconveniente predicable del criterio de la sede real estriba en que, atendido el carácter circunstancial que en muchas ocasiones reviste la determinación del lugar de sede de dirección o control de una sociedad, es posible que más de un Estado miembro pretenda declarar que ésta se halla en su territorio y, por tanto, también la residencia fiscal de la entidad. Sin embargo, el método de la sede real presenta una importante ventaja, consistente en las menores posibilidades que ofrece para la deslocalización y evasión de capital. A *sensu* contrario, bajo el modelo de incorporación las entidades intentan constituirse en aquellos territorios donde las leyes les son más favorables, aprovechando al mismo tiempo los recursos y las infraestructuras del Estado miembro donde sitúan su sede de dirección o control.

Como afirman GONZÁLEZ SÁNCHEZ y FRANCH FLUXÁ (2005), «el recelo de los Estados a la pérdida de sus operadores jurídicos, en constante búsqueda de regímenes más ventajosos, no puede motivar la proliferación de restricciones que basándose en el «interés público» podrían vaciar de contenido a la libertad de establecimiento». En resumen, debe primar, como es obvio, el respeto por el contenido de esta libertad fundamental, sin perjuicio no obstante de su adecuada ponderación frente a la eventual generalización de prácticas de *law shopping*.

En el momento presente, lejos de consagrar como único modelo posible el de incorporación, el Tribunal de Luxemburgo ha incorporado a través de su pronunciamiento en *Cartesio*⁴⁷, los límites comunitarios a la competencia de los Estados miembros para determinar la ley aplicable a las sociedades con ocasión de su traslado de domicilio/sede de dirección en la UE. Se trata de una sentencia clave, que ha concitado opiniones enfrentadas entre los autores. Quienes aplauden la solución que brinda el Tribunal, subrayan la idea de que la libertad de establecimiento no se ve afectada en el citado asunto. Precisamente por ello, el caso dista claramente del abordado en *Überseering* donde, como ya expusimos, una sociedad de Derecho holandés que había trasladado su

⁴⁶ El Estatuto de la Sociedad europea permite trasladar la «sede social» a otro Estado miembro, manteniendo la personalidad jurídica y, por tanto, sin que dicha operación implique la disolución de la sociedad o, en cualquier caso, la necesidad de reconstitución de la misma en el Estado *ad quem*. La legislación comunitaria relativa a la Sociedad europea se basa, en definitiva, en el principio por el cual el traslado de la «sede social» no puede incidir sobre la existencia jurídica de la sociedad. De este modo, el artículo 7 de su Reglamento prevé la necesaria localización tanto de la «sede social» como de la «administración central» dentro de los mismos confines nacionales, con la consecuencia de que la sociedad continúa existiendo pese a que, tras su traslado, cese todo vínculo con el Estado de origen. Ahora bien, como afirma DE PIETRO (2009), p.21, «es evidente que, argumentando *a contrario*, se podría mantener que esta previsión relativa a la continuidad de la sociedad europea tras el traslado es, en realidad, una toma de posición por parte del legislador comunitario sobre la inexistencia de tal posibilidad a nivel doméstico».

⁴⁷ STJCE de 16 de diciembre de 2008, Asunto C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

sede real a Alemania (sin modificar su sede estatutaria), no era reconocida como persona jurídica por el Derecho alemán.

Para este sector doctrinal⁴⁸, el fallo dictado en *Cartesio* no supone dar marcha atrás respecto a lo ya declarado por el Tribunal de Justicia en *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*. Se trata de situaciones distintas que, como es lógico, demandan también diferentes soluciones; y así lo razona el Tribunal de Luxemburgo al distinguir entre *Daily Mail*⁴⁹ y *Cartesio* (a los que caracteriza como *outbound establishment*, o casos de «*moving out*»), por una parte, y *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art* (que representarían casos de «*moving in*», o *inbound establishment*). La única conclusión que cabe extraer del hilo argumental del Tribunal es, sin duda, que no está dispuesto a afirmar definitivamente que la doctrina de la sede real es contraria al Derecho europeo⁵⁰ y, en particular, a la libertad de establecimiento, sino sólo en la medida en que interfiera con la «movilidad» de las sociedades en el seno de la UE.

Por el contrario, los detractores⁵¹ de la Sentencia *Cartesio* se adhieren a la argumentación sostenida por el Abogado General Sr. Poiares Maduro, según la cual la distinción del Tribunal entre escenarios «*inbound*» y «*outbound*» no resulta convincente. A su juicio, cualquier restricción operada en este tipo de situaciones se halla vetada por el principio de libre establecimiento, que debería interpretarse siempre y en todo caso de manera amplia, para evitar tanto una aplicación incongruente del Derecho europeo como una distorsión de las opciones de formas societarias.

Sea como fuere, lo cierto es que el marco legal y jurisprudencial aplicable al traslado de sociedades constituidas en la UE ha cambiado sustancialmente desde 1988 cuando, más que esclarecer el conflicto planteado a raíz de *Daily Mail*, el Tribunal de Luxemburgo propició un largo e intenso debate que ha perdurado hasta la actualidad.

El caso resuelto en *National Grid Indus* se encuentra muy próximo, desde la perspectiva fiscal, al que dio origen a la Sentencia *Daily Mail*. A la semejanza de los hechos se une, igualmente, la circunstancia de que en ambos supuestos el traslado se realiza desde un país que sigue el modelo de constitución, a otro Estado que observa el mismo modelo, lo que se traduce en unas determinadas consecuencias fiscales. En este sentido, podría decirse que *National Grid Indus* ofrece al TJUE la posibilidad de volver sobre

⁴⁸ DEAK (2008), pp. 250-258.

⁴⁹ STJCE de 27 de septiembre de 1988, Asunto C-81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

⁵⁰ SZUDOCZKY (2009), p.358. Esta misma conclusión fue la alcanzada, incluso antes de la Sentencia *Cartesio*, por: MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO (2007), p.59, donde en contra de la doctrina mercantilista más cualificada señalan que «de *Überseering* o *Centros* creemos que puede deducirse que la teoría de la sede real no es necesariamente contraria al Tratado CE, (...). Sí que estaría, sin embargo, sujeta a severas limitaciones, que incluso pueden hacerla impracticable en algunos casos, en cuanto que la teoría de la sede real es menos compatible con la movilidad societaria propia del mercado único y es más probable que presente fricciones importantes con las libertades fundamentales, (...)». En contra, considerando que el pronunciamiento del TJUE en *Centros* supone que la teoría de la sede real no sea aplicable en la UE: GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ (1999), pp. 645 y ss.

⁵¹ SCHNEEWEISS (2009), pp. 363-374; DOURADO y PISTONE (2009), p. 344.

los problemas que se plantearon en *Daily Mail* y abordar, esta vez directamente, las cuestiones tributarias que subyacían a aquel caso. El avance de la jurisprudencia europea si comparamos ambos pronunciamientos es evidente, pues, siendo el problema básicamente el mismo en las dos sentencias, en la primera no se hace ningún esfuerzo por adaptar la normativa nacional a las exigencias de la libertad de establecimiento, mientras que en esta última se avanza significativamente en la forma en que pueden conciliarse los intereses del Estado de origen de la sociedad y la libre circulación de sociedades dentro de la UE⁵².

La posibilidad de constituir una entidad regida por el Derecho europeo –esto es, una Sociedad europea o una Sociedad cooperativa europea–, cuya sede pueda ser transferida con el consiguiente cambio de la ley aplicable, no ha resuelto empero la problemática de las sociedades constituidas al amparo de los Derechos nacionales de los Estados miembros. En este último ámbito, las sociedades continúan sin poder trasladar su sede de dirección en el seno de la UE bajo las mismas condiciones.

En efecto, con fecha 8 de octubre de 2004 nació una nueva forma empresarial en el contexto europeo, conocida como *Societas Europaea*. Una de las novedades más destacadas de la Sociedad europea es la ausencia de obstáculos a nivel empresarial para transferir sus sedes reales de un Estado miembro a otro. En base a ello, se ha llegado a afirmar que este tipo societario supone la corrección de los errores de coordinación derivados de los distintos ordenamientos nacionales, convirtiéndose en un acicate adicional para la consecución de una efectiva libertad de establecimiento, tal y como se consagra en el TFUE.

No obstante ello, aunque la Sociedad europea puede trasladar su sede real sin trabas legales dentro del ámbito europeo, las cargas tributarias de dichas operaciones continuaron sin esclarecerse en un primer momento, dado que el Estatuto de la Sociedad europea no aborda el tratamiento fiscal que deba conferirse a este tipo societario. Todas aquellas cuestiones que no han sido reguladas deben entenderse sometidas a las disposiciones de los Estados miembros y al Derecho europeo, de lo que cabía colegir la primera paradoja de esta figura: el Reglamento de la Sociedad europea remitía a los ordenamientos nacionales la regulación de los aspectos concernientes a la residencia.

En la actualidad, sin embargo, el artículo 14 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, dispone en su apartado primero que «el traslado del domicilio social de una SE o una SCE no dará lugar, por sí mismo, a la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, los beneficios o las plusvalías de los socios»; reconociendo a renglón seguido, no obstante, que «la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros gravar el beneficio resultante de la ulterior cesión de los títulos representativos del capital de la SE o la SCE que traslade su domicilio social».

Al margen de ello, el propio Reglamento de la Sociedad europea exige que su domicilio social radique en el mismo Estado en el que se sitúa la dirección efectiva de la enti-

⁵² ARENAS GARCÍA (2012), párrafo 10.

dad, lo cual dificulta seriamente la operación de traslado de la sede social. Adviértase, incluso, que esta exigencia desincentiva que las entidades opten por constituirse como Sociedades europeas, ante el riesgo de perder su personalidad jurídica y residencia si transfieren su sede real, por lo que las iniciales ventajas que se predicaban de esta forma societaria en comparación con los tipos societarios tradicionales, se tornan más aparentes que reales. Además, la imposición de establecer la sede legal y real en un mismo Estado miembro puede también limitar la creación de Sociedades europeas en la UE, en la medida en que éstas no podrán elegir su lugar de constitución o sede legal en este territorio, y esto puede crear restricciones al libre establecimiento de las empresas⁵³.

Llegados a este punto, estamos en disposición de alcanzar nuestro objetivo principal cual es el de determinar la virtualidad que tienen tanto la jurisprudencia mercantil como, sobre todo, la de índole tributaria, sobre la exacción de impuestos de salida.

Como se ha reseñado, de la jurisprudencia estudiada en materia societaria se colige que los Estados miembros se hallan legitimados para emplear el modelo de sede real como criterio de conexión para la determinación de la *lex societatis*. De acuerdo con el mismo, cuando una entidad traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, dicho traslado puede provocar la pérdida de personalidad jurídica en su Estado de origen y, simultáneamente, la disolución y liquidación de la sociedad. Tal constatación sólo resulta matizada por el pronunciamiento del Tribunal en el Asunto *Cartesio*, que impide al Estado de origen imponer la disolución si el Estado de destino reconoce la continuidad de la personalidad jurídica de la entidad.

En suma, es posible afirmar que la jurisprudencia tributaria (*National Grid Indus, Comisión europea contra República portuguesa*⁵⁴, *Comisión europea contra Reino de los Países Bajos*⁵⁵, *Comisión europea contra Reino de España*⁵⁶, *Comisión europea contra Reino de Dinamarca*⁵⁷ y, la más reciente, *recaída en el Asunto DMC*⁵⁸) no resulta aplicable cuando, como consecuencia del criterio de la sede real, el cambio de residencia lleve aparejada la disolución de la sociedad, pese a que ello comporte un efecto equivalente al de un impuesto de salida. La proyección de la jurisprudencia mencionada se circunscribe, pues, bien a las migraciones societarias desde Estados en los que rige el modelo de incorporación, bien a las que se produzcan desde territorios en los que, aunque se opte por el criterio de sede real, se posibilite el cambio de la sede de dirección efectiva de una sociedad sin imponer su disolución.

Como afirma MARTÍN RODRÍGUEZ (2012), «aunque es evidente que la libertad de establecimiento también se ve afectada con ocasión de las disoluciones, no prosperarán ante el Tribunal de Justicia causas que no se ciñan a la concepción estricta de impues-

⁵³ GONZÁLEZ SÁNCHEZ y FRANCH FLUXÁ (2005), p. 47.

⁵⁴ STJUE de 6 de septiembre de 2012, Asunto C-38/10, *Comisión europea contra República Portuguesa*.

⁵⁵ STJUE de 31 de enero de 2013, Asunto C-301/11, *Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas*.

⁵⁶ STJUE de 25 de abril de 2013, Asunto C-64/11, *Comisión europea contra el Reino de España*.

⁵⁷ STJUE de 18 de julio de 2013, Asunto C-261/11, *Comisión europea contra el Reino de Dinamarca*.

⁵⁸ STJUE de 23 de enero de 2014, Asunto C-164/12, *DMC Beteiligungsgesellschaft mbH y Finanzamt Hamburg-Mitte*.

tos de salida. Sólo en estos casos serán extrapolables los argumentos empleados por el Tribunal en los asuntos *N*, *Lasteyrie* y en el más reciente *National Grid*».

3.1.3. *Posición de la Comisión y del Consejo europeos*

La Comisión europea circunscribió su examen a dos aspectos específicos de la imposición de salida, a saber: el traslado de la sede social de las Sociedades europeas y Sociedades Cooperativas europeas y la transferencia de activos o pasivos concretos a un establecimiento permanente radicado en otro Estado miembro⁵⁹.

Respecto a las primeras, se constata simplemente que, en virtud de su actual estatuto, la transferencia del domicilio social de estas entidades no provoca ni su liquidación, ni la creación de una nueva persona jurídica; así como que, de conformidad con los cambios introducidos por la Directiva 2005/19/CE⁶⁰, dicha operación migratoria tampoco implicará el gravamen de las plusvalías latentes derivadas de los activos transferidos.

Por lo que concierne a la transferencia de activos o pasivos a un establecimiento permanente sito en otro Estado miembro, la Comisión denuncia la aparente discriminación que la imposición de salida supone en estos casos, en comparación con la ausencia de gravamen cuando tal traslado se realiza dentro del mismo Estado. Apoyándose expresamente en *de Lasteyrie*, afirma que tales contribuyentes no han de verse sujetos a un tributo mayor, o anticipado, por el hecho de ejercitar su derecho a la libertad de establecimiento en la UE. En esta línea, si bien faculta al Estado de origen para el cálculo de la plusvalía generada hasta el traslado, la Comisión exige que se prevea el oportuno aplazamiento de pago, tal y como acontecería a nivel doméstico. Asimismo, admite que se impongan sobre el contribuyente ciertas obligaciones formales, que considera razonables y adecuadas para satisfacer los objetivos de información, consistentes en una declaración anual acreditativa de continuar en posesión de los activos y otra, final, a efectos de comunicar la transmisión de los mismos y, por ende, la materialización de las plusvalías correspondientes.

A pesar de que la Comisión anima a los Estados miembros a desarrollar y, consiguientemente, perfeccionar, los mecanismos de intercambio de información y asistencia recaudatoria a su disposición; lo cierto es que contempla también, para aquellos Estados que deseen minimizar la carga administrativa que ello conlleva, la posibilidad de ofrecer a sus contribuyentes la opción de renunciar al aplazamiento del pago, satisfaciendo la deuda tributaria en el momento de la emigración. Este extremo, sobre el que

⁵⁹ Una exposición pormenorizada del contenido de la Comunicación de la Comisión, en su vertiente societaria, puede consultarse en: KOVÁCS (2009), pp. 7-18.

⁶⁰ Directiva 2005/19/CE, del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Esta Directiva fue derogada por la Directiva 2009/133/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, actualmente en vigor, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad europea o una Sociedad Cooperativa europea de un Estado miembro a otro.

volveremos más adelante, constituye un punto de encuentro entre la Comisión y el TJUE que, al hilo de *National Grid Indus*, ha acogido dicho sistema de opción como solución válida para articular una imposición de salida sobre las personas jurídicas compatible con el ordenamiento europeo.

A lo largo de su Comunicación, la Comisión destaca la divergencia en la valoración de los activos como principal problema en este contexto, a resultas del empleo de diversos métodos de valoración, todo lo cual puede redundar en situaciones de doble imposición o de ausencia de gravamen⁶¹. Una vez enfatizada la necesaria coordinación respecto a la valoración de los activos, la Comisión reitera su planteamiento basado en la aplicación del criterio de *protective assessment*, de acuerdo con el cual, tras calcularse el impuesto pertinente, éste no debe hacerse efectivo hasta la realización de las plusvalías.

La aportación realizada por el Consejo europeo en este ámbito, a través de su Resolución de 2008, puede considerarse, en términos generales, muy limitada. Desprovista, asimismo, de carácter vinculante, la Resolución contiene una serie de principios rectores para lograr la coordinación en la imposición de salida, siendo destacables las dos soluciones propuestas⁶² en los siguientes casos: 1. Cuando el Estado de salida se reserve el derecho a gravar las reservas (beneficios realizados pero todavía no tomados en consideración fiscalmente) y a recuperar, total o parcialmente, las provisiones constituidas (gastos aún por efectuar, pero ya tenidos en cuenta fiscalmente), el Consejo admite que el Estado de destino pueda prever la constitución de reservas o provisiones por importes idénticos o diferentes, de acuerdo con las normas sobre bases imponibles vigentes en dicho Estado, y permitir su deducción del resultado imponible con arreglo al ejercicio de su constitución; 2. Cuando el Estado de origen se reserve el derecho a gravar las plusvalías latentes correspondientes a los elementos de activo que detenta el contribuyente, calculadas por diferencia entre el valor contable y el de mercado (venal), el Estado de la inmigración debe tomar este valor de mercado como referencia para el cálculo de la eventual plusvalía posterior (*step up*) en caso de cesión.

En estos supuestos, el contribuyente que pretenda que se reconozca el valor de mercado adjudicado por el Estado de salida, será el que deba aportar⁶³ los documentos oportunos a las autoridades competentes del Estado de acogida. Todo ello en el marco de lo que el Consejo denomina una «transferencia de actividades económicas»; expresión ésta que engloba toda operación en la que un contribuyente sujeto al IS o una persona física dedicada a una actividad empresarial, bien cese de estar sujeto a dichos impuestos en el Estado de origen y pase a estarlo en el Estado de destino; o bien, transfiera una rama de actividad (el activo y el pasivo de una entidad capaz de funcionar por sus propios medios) de una matriz o un establecimiento permanente en el Estado de salida, a un establecimiento permanente o una matriz en el Estado de acogida.

⁶¹ Comunicación COM (2006) 825.final. Ob.cit. pp. 7 y 8.

⁶² Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2008. Ob.cit. p. 3.

⁶³ En este punto, MARTÍN RODRÍGUEZ (2012), pp. 39 y 40, cuestiona la aportación voluntaria por parte del contribuyente de información relativa a las reservas y provisiones constituidas.

En síntesis, la previsión del concepto «transferencia de actividades económicas» es, quizás, el elemento más significativo de la Resolución, en tanto que a través del mismo se refuerza la idea de que no es el mero traslado de domicilio sino, antes bien, el cambio de jurisdicción fiscal, la causa que determina la aplicación de los *exit taxes*⁶⁴.

Por lo demás, no obstante el interés mostrado por las tres instituciones europeas, cabe advertir nuevamente la ausencia de una posición unívoca, sobre todo por lo que respecta a los impuestos de salida aplicables a las personas jurídicas. En efecto, a nadie se le esconde que la Comisión no contempla a los *exit taxes* como gravámenes apropiados en el seno del Mercado único. Tras el pronunciamiento dictado por el TJUE en *Cartesio*, donde se alejaba del espíritu propugnado por la Comisión europea, hubiera sido lógico que ésta anunciara la retirada o, cuanto menos, la revisión de su Comunicación de 2006, cosa que no sucedió debido, en nuestra opinión, a la discrepancia que en algunas cuestiones mantienen los dos organismos europeos.

Conviene, pues, denunciar tal situación, así como los perjudiciales efectos que de cara a los contribuyentes (personas jurídicas) ésta puede acarrear. Nótese, además, que esta denuncia no ha perdido vigencia en la actualidad, sino más bien todo lo contrario, pues, en contraste con el ámbito relativo a las personas físicas, en el que la sintonía de criterios parece la nota dominante, como demuestra la condena del Tribunal de Justicia al Estado español en el reciente *Asunto Comisión europea contra Reino de España*, en relación con las personas jurídicas, en cambio, los criterios y actuaciones de ambos órganos difieren.

Sin duda, el sistema de opción arbitrado por el Alto Tribunal en *National Grid Indus* hunde sus raíces en la solución propuesta por la Comisión, a la que ya aludimos; no obstante, los notables cambios jurisprudenciales operados en cuanto al tratamiento de las minusvalías ulteriores, del que ahora se desliga al Estado de salida y, especialmente, la sorprendente admisión de la exigencia de constituir garantía bancaria para poder evitar el cobro inmediato, a través del oportuno aplazamiento, chocan abiertamente con las premisas que presiden la Comunicación de la Comisión.

Ante este *status quo*, reiteramos la conveniencia de una actuación orquestada de las tres instituciones europeas, cuyo modo de proceder, tanto en el plano teórico como en el práctico, debería imbuirse de criterios unívocos, en aras de garantizar una misma interpretación en sede de impuestos de salida y proporcionar, por ende, la deseable seguridad jurídica a los operadores económicos.

3.2. STATUS QUO EN LOS ESTADOS MIEMBROS: ENTRE LA REFORMULACIÓN Y LAS CONDENAS POR INFRACCIÓN

El panorama actual⁶⁵ de la imposición de salida sobre las entidades en los Estados miembros se reputa heterogéneo. Por lo que respecta a España, creemos que los artículos 87.4 y 88.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades arbitran medidas cercanas a los impuestos de salida, cuya compatibilidad con los principios y libertades

⁶⁴ MARTÍN RODRÍGUEZ (2012), p. 40.

⁶⁵ Véase nuestro pormenorizado análisis en: RIBES RIBES (2014).

fundamentales del TFUE resulta muy discutible; y ello a pesar de la posible suspensión de pago que contemplan, siempre con aportación de las correspondientes garantías, circunstancia ésta que, a nuestro juicio, no ahonda sino en su dudosa configuración con arreglo al Derecho europeo, pese a lo sostenido recientemente en *National Grid Indus*.

También el sistema alemán⁶⁶ se encuentra bajo sospecha, en contraste con las reformas acometidas en los ordenamientos de Austria, Bélgica⁶⁷, Francia⁶⁸, Italia⁶⁹ y Suecia⁷⁰. Por el contrario, Irlanda⁷¹ y Reino Unido⁷² son objeto de sendos procedimientos de

⁶⁶ Resultan controvertidas las figuras reguladas en los artículos 11, 12 y 12.1 de la *Körperschaftsteuergesetz –KStG–* (Ley del IS alemán).

⁶⁷ Aunque su procedimiento de infracción se inició paralelamente al de Dinamarca y Países Bajos, lo cierto es que hasta la fecha no ha sido denunciada ante el Tribunal de Justicia. La causa de ello estriba en la propuesta legislativa presentada por el Estado belga con la intención de adecuar su normativa a las exigencias comunitarias y que, en la actualidad, está siendo objeto de estudio por parte de la Comisión europea.

En efecto, con fecha 11 de febrero de 2011, el Gobierno belga propuso una nueva ley comprensiva, entre otras medidas, de la abolición del *exit tax* recayente sobre las entidades belgas que transferían su residencia al extranjero. Hasta el momento presente, el traslado de la sede o domicilio de una sociedad belga fuera del territorio nacional era tratado fiscalmente como si de una liquidación societaria se tratara; lo que provocaba el gravamen de todas las plusvalías latentes y reservas exentas, así como la correspondiente retención sobre la cuota de liquidación (exenta si el accionista era una matriz cualificada).

⁶⁸ Véase la *Finance Bill* para 2013.

⁶⁹ El legislador italiano no ha tardado en reaccionar y, a través del artículo 91 del Real Decreto 1/2012, ha incorporado dos nuevos apartados (2-quarter y 2-quinquies) al artículo 166 TUIR, mediante los cuales trata de acomodar su normativa en materia de imposición de salida a los postulados expresados en el TFUE, a la luz del pronunciamiento indicado. De conformidad con la reforma, toda sociedad o individuo que desarrolle actividades empresariales y transfiera su residencia a otro Estado miembro o a un país adherido al EEE incluido en la lista blanca y con el que Italia tenga suscrito un acuerdo de asistencia recaudatoria similar a la que se presta bajo la Directiva 2010/24/EU, puede optar como alternativa a la imposición inmediata, por suspender el pago del impuesto hasta la efectiva realización de las plusvalías de que se trate. Como en el régimen anterior, si la totalidad o alguno de los activos se afectan a un establecimiento permanente situado en territorio italiano, no opera el *exit tax* por lo que a ellos se refiere, dado que se preservaba de este modo el poder tributario de Italia sobre las potenciales plusvalías de dichos bienes.

La entrada en vigor de la nueva norma, prevista para migraciones efectuadas a partir del 24 de enero de 2012, ha sido ya denostada por un sector doctrinal, que estima que tal medida podría contradecir el Derecho comunitario y propiciar nuevos conflictos ante los Tribunales italianos. Desde este prisma, hubiera sido más lógico –aunque no menos cuestionable– retrotraer la eficacia de la norma al 29 de noviembre de 2011, fecha de la Sentencia *National Grid Indus*, a fin de evitar posible reclamaciones de devolución del *exit tax* por parte de contribuyentes que trasladaron en dicho *interim* su residencia dentro del marco europeo/EEE y a los que se denegó el aplazamiento del pago que ahora se contempla.

⁷⁰ También en el ordenamiento jurídico sueco se habían instaurado, en los últimos tiempos, preceptos que contenían *exit taxes* aplicables en el ámbito societario, de muy dudosa compatibilidad con el principio de libertad de establecimiento. De ahí que la Comisión iniciara un procedimiento por infracción del ordenamiento europeo contra Suecia que, afortunadamente, fue cerrado en marzo de 2010 sin necesidad de remisión al TJUE, toda vez que el Estado sueco se avino a modificar en el grado exigido su legislación en esta sede para acomodarla a los dictados del artículo 49 TFUE.

⁷¹ European Commission press release IP/11/78; Brussels, 27 January 2011. Con arreglo al Derecho irlandés, una sociedad resulta gravada por sus ganancias de capital todavía no realizadas cuando traslada su sede de dirección o control a otro Estado. Sin embargo, traslados similares dentro de las fronteras irlandesas no conllevan el gravamen indicado. La Comisión entiende que dicha tributación castiga a las sociedades que desean transferir su sede de dirección al extranjero y, de hecho, las disuade de ejercitar su dere-

infracción, mientras que Dinamarca, Países Bajos y Portugal representan las últimas condenas del TJUE en esta sede tras *National Grid Indus*.

4. REFLEXIÓN FINAL

A estas alturas del camino, podríamos plantearnos si realmente son necesarios los impuestos a la emigración, habida cuenta de la controversia que su aplicación suscita. Centrándonos en la órbita europea, hemos tratado de dar respuesta al interrogante de partida: ¿puede el hecho de cambiar de residencia determinar la imposición, en un entorno en el que se proclama la libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento? Es cierto que la existencia de mecanismos supranacionales de cooperación inter-administrativa entre los Estados miembros favorece, sin duda, una mayor agilidad y celeridad de la imposición en situaciones transfronterizas, pero no cabe olvidar la necesaria limitación de su ámbito de aplicación, circunscrito exclusivamente a la esfera europea.

Por otra parte, debe pensarse, asimismo, que la completa supresión de los impuestos de salida por parte de los Estados resulta improbable sin la correlativa adopción de medidas encaminadas a compensar la pérdida de ingresos consiguiente, de modo que la solución de una problemática implicaría el nacimiento de otra, ciertamente de distinta naturaleza, pero de indudable repercusión sobre los contribuyentes. Tales reflexiones y, especialmente, el hecho de que ni el Derecho Internacional Tributario ni el Derecho comunitario –conforme a la interpretación del TJUE–, prevean un principio en virtud del cual se proscriba de manera absoluta y categórica la imposición a la emigración, nos permite concluir su válida exigencia, condicionada eso sí al cumplimiento de determinados requisitos, siendo varias las posibles soluciones a adoptar.

Centrándonos en el plano europeo, cabe destacar que el TJUE no ha prohibido⁷³ los impuestos a la emigración en ninguno de sus pronunciamientos, pese a declarar la inadecuación de algunas de sus reglas de desarrollo, e incluso ha llegado a admitir, al hilo del Caso *N*, el argumento de un justo reparto de soberanía tributaria entre los Esta-

cho a la libertad de circulación, por lo que constituye una restricción a lo establecido en los artículos 49 TFUE y 31 AEEE. El presente dictamen motivado (*reasoned opinion*) se remite a Irlanda, tras el previo envío de una carta de aviso formal (*letter of formal notice*) a las autoridades irlandesas en noviembre de 2009.

⁷² European Commission press release IP/12/285; Brussels, 22 March 2012. El traslado del domicilio social o de la sede de dirección de una sociedad a otro Estado miembro de la UE o del AEE supone, bajo la legislación británica, el gravamen inmediato de las ganancias patrimoniales latentes relativas a ciertos bienes que, por el contrario, no tributan hasta su efectiva realización cuando el traslado se produce en territorio del Reino Unido. La Comisión europea considera que se incumplen así las obligaciones impuestas por el TFUE, al hacer más gravoso el traslado de una sociedad a otro Estado miembro en comparación con la misma operación realizada dentro del Reino Unido.

⁷³ En palabras de DI PIETRO (2009), p. 4, «el poder de imposición –aquel que afirma el derecho nacional de tasar las plusvalías latentes en el momento de la pérdida de residencia– ha permanecido intacto y coherente, también en una óptica comunitaria, con el interés que los inspiraba. Su ejercicio –entendido como derecho de recaudar el impuesto correspondiente al total de las plusvalías latentes en el momento de la pérdida de la residencia– cede ante el duelo entre los ordenamientos nacionales y el comunitario».

dos implicados, como justificación válida de tales impuestos, a condición de que éstos superen las exigencias de proporcionalidad⁷⁴ en lo que a su configuración respecta. En este sentido, aunque una interpretación estricta de las libertades fundamentales se opone a la exacción de impuestos de salida tal y como hasta ahora se han diseñado, lo cierto es que la imposición a la emigración no resulta irracional en sí misma desde la perspectiva del principio de territorialidad y de la equitativa distribución de la potestad tributaria⁷⁵ entre los Estados miembros. Además, según ha reconocido el TJUE, los *exit taxes* pueden también orientarse legítimamente a combatir el fraude fiscal, en la medida en que la cláusula a través de la cual se articulen sea suficientemente precisa y asimismo las disposiciones que la dotan de aplicación se reputen proporcionadas para alcanzar el fin propuesto.

De acuerdo con tales premisas, estimamos conveniente esbozar algunas soluciones posibles en este campo, a modo de conclusión. A nuestro juicio, una primera opción radicaría en mantener como tales los impuestos a la emigración y, en concreto, los que se erigen en paradigmáticos en esta sede, cuales son los que recaen sobre las ganancias patrimoniales todavía no realizadas y sobre las pensiones, si bien acometiendo las modificaciones impuestas por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para acomodar su estructura y características al Derecho europeo. Ello exigiría, como es obvio, continuar con la transformación de los gravámenes ya existentes en los ordenamientos nacionales, con el objetivo de garantizar que los mismos no comportan una imposición inmediata, o lo que es igual, posibilitar el diferimiento del pago. Al mismo tiempo, debería tenerse en cuenta la necesidad de erradicar la doble imposición internacional que, en su caso, pudiera suscitarse como consecuencia del gravamen exigido en el país de destino. En esta línea deberían situarse, igualmente, los Estados miembros que prevén *trail-ing taxes*, como ocurre con España, a través de la introducción de los cambios legislativos que ya señalamos, como única vía posible para mantener estas figuras con pleno respeto a los principios y libertades de los ciudadanos europeos.

La medida consistente en una *'re-entry charge'*⁷⁶, apuntada por el Tribunal de Luxemburgo como alternativa al *exit tax* francés en *de Lasteyrie* y enteramente concebida como cláusula antievasión fiscal, se presenta en nuestra opinión como un cauce viable aunque no exento de problemas. La posibilidad de someter a tributación a antiguos residentes cuando, tras una breve permanencia en el extranjero durante la cual obtienen un incremento patrimonial, vuelven a adquirir la residencia en el primer Estado, supone atribuir a la imposición nacional una eficacia extraterritorial, bien entendido que el hecho imponible vendría integrado por la enajenación de los títulos y posterior obtención de la ganancia de capital en el territorio de otro Estado. Imaginamos que quienes abogan por esta solución pretenden configurar como hecho imponible del *exit tax*, de nuevo, la futura obtención efectiva de tales plusvalías, sólo latentes en el momento en que se opera el cambio de residencia de uno a otro Esta-

⁷⁴ De ahí la importancia creciente, en la actualidad, de que la justificación basada en el reparto equilibrado del poder tributario supere un «cuidadoso control de proporcionalidad». HERRERA MOLINA (2013), p. 30.

⁷⁵ DE BROE (2010), p. 117.

⁷⁶ CHAND (2013), p. 4.

do. Pero aún así, la medida sugerida tropieza con el obstáculo de determinar qué período de tiempo⁷⁷ debe considerarse adecuado para activar dicho impuesto. La previsión de cinco años en la legislación inglesa parece razonable aun cuando, por estar diseñada como cláusula anti-abuso, conllevará a buen seguro aplicaciones no deseadas sobre contribuyentes que, pese a reunir los requisitos contemplados, no pretendían eludir fiscalmente.

Por este motivo, nos reafirmamos en considerar como más adecuada la primera opción, dado que, una vez acometida su conveniente reforma, la exacción mediata de tales *exit taxes* se verá facilitada por las Directivas europeas en materia de intercambio de información y asistencia recaudatoria.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la magnitud del problema que entraña la imposición de salida evidencia que éste no puede ser resuelto sólo por el TJUE. Dentro del modelo negativo diseñado por el Tribunal de Justicia, los Estados miembros han tratado de mantener sus gravámenes, con modalidades, tiempos e importes totalmente distintos; es decir, anteponiendo sus propias pretensiones tributarias, lo que ha propiciado un variado mosaico de *exit taxes*.

Este dato, unido a la ausencia de normas europeas expresas, tendentes a regular la movilidad en el interior de la UE conduce, no obstante la valiosa jurisprudencia del TJUE, a la siguiente conclusión: en un sistema como el actual, la movilidad societaria y personal resulta todavía fuertemente perjudicada⁷⁸ o, cuanto menos, amenazada. Buena prueba de ello es que la Comisión europea se haya visto obligada a establecer un censo sobre el fenómeno de los impuestos de salida no sólo a la luz de las diversas modalidades, sino, sobre todo, atendiendo a los distintos fines que los legisladores han intentado lograr mediante su exacción⁷⁹. Asimismo, la marcada heterogeneidad de este fenómeno se ha proyectado negativamente sobre el alcance de los pronunciamientos del TJUE, por la vía de limitar su aplicación⁸⁰.

De tales reflexiones se colige, por tanto, la necesidad de abordar la solución de este tema, a través de una doble vía no explorada, que consistiría: bien en una acción coordinada por parte de los Estados miembros⁸¹; bien, en última instancia, en una actuación conjunta de las instituciones europeas.

En efecto, si bien la mayoría de los Estados miembros han reaccionado ante las pautas sentadas por el TJUE, lo cierto es que común denominador a todos ellos ha sido el intento de encontrar una solución totalmente nacional, evitando en lo posible involucrar a más Estados.

⁷⁷ DE BROE (2005), p. 229.

⁷⁸ GREGGI (2009), p. 6.

⁷⁹ GREGGI (2009), p. 8.

⁸⁰ GREGGI (2009), p. 8. En similares términos, HERRERA MOLINA (2013), p. 31, apunta que: «La jurisprudencia del Tribunal no es estática ni uniforme, como tampoco lo es la regulación de los 'impuestos de salida'».

⁸¹ KOVÁCS (2009), pp. 9 y ss; SMIT (2009), p. 9.

En este sentido, consideramos que la hipótesis subyacente, el cambio de residencia, no puede continuar concibiéndose desde la perspectiva nacional, separando los dos momentos, el de la pérdida y el de la adquisición de la residencia, por parte, respectivamente, del estado de origen y del Estado de destino. Antes al contrario, el enfoque a adoptar estriba en reconocer que estamos ante un hecho transnacional único y no ante dos sucesos nacionales distintos. Como afirma CARINCI (2009), si la normativa tributaria relativa al traslado de residencia condiciona el ejercicio de las libertades europeas, resulta claro que ambos momentos, el de la pérdida y el de la adquisición de la residencia, deben ser considerados necesariamente de manera conjunta. Cabe esperar, pues, que los Estados miembros asuman su responsabilidad y eliminen los efectos restrictivos de los *exit taxes* en la UE.

Junto a ello, algunos autores han señalado la conveniencia, no sólo de que cada Estado miembro adopte las medidas oportunas, sino que también la Comisión europea, en vez de seguir esperando una respuesta coordinada por parte de los Estados miembros, dé un paso hacia adelante, en base al principio de subsidiariedad⁸² y proponga un instrumento jurídico vinculante, al objeto de evitar las indeseables situaciones de doble imposición internacional que todavía persisten, mientras no se adopte un sistema armonizado en esta sede.

Se reclama, como ya apuntamos, una intervención directa de los órganos comunitarios; pues el problema, así concebido, sólo puede ser resuelto mediante instrumentos positivos de coordinación, como las Directivas, y no con la acción de armonización negativa realizada por el Tribunal de Justicia. Por ello, sería conveniente que la declaración de intenciones contenida tanto en la Comunicación como en la Resolución europeas, se viera seguida de acciones concretas, como por ejemplo, la promoción de un Reglamento europeo.

Estamos convencidos de que la solución a la problemática causada por los impuestos a la emigración sólo puede resolverse mediante una cooperación más estrecha entre los diferentes Estados, a la espera de la deseable armonización comunitaria en esta sede. No faltan propuestas doctrinales en esta dirección, que inciden bien en la instauración de una Directiva que traslade la solución de este tema a los propios Estados, a través de la posibilidad de que las respectivas deudas tributarias resultantes de estos impuestos sean compensadas entre ellos al final del ejercicio⁸³, bien en la adopción de una Directiva, con base en la cual las ganancias patrimoniales ficticias serían gravadas por el Estado de la residencia, compartiéndose posteriormente los ingresos entre ambos Estados⁸⁴.

Llegados a este punto, se aprecia, sin embargo, que el problema es claramente comunitario, pero no, hasta ahora, su solución⁸⁵. La imposibilidad de alcanzar dicha medida, dados los condicionantes y límites a los que está sujeta la acción comunitaria

⁸² PINTO NOGUEIRA (2009), p. 25.

⁸³ TERRA y WATTEL (2008), p. 70.

⁸⁴ KOTANIDIS (2004), p. 382.

⁸⁵ CARINCI (2009), p. 7.

en este ámbito, explica que los órganos comunitarios se hayan visto obligados a auspicar el recurso a los CDI, como instrumento para resolver esta problemática.

Los CDI, a los que apunta el TJUE y que han sido también señalados como cauce válido a estos efectos por la Comisión europea, constituyen por definición un instrumento no comunitario –pese a estar previstos en el antiguo artículo 293 TUE, hoy desaparecido en el TFUE–, ya que se someten a los acuerdos entre Estados. La recomendación de uso de los CDI confirma, por tanto, la dificultad para encontrar una solución comunitaria que corresponda a un modelo institucional⁸⁶. Creemos que mientras este modelo no se instaure, se acentuará la incertidumbre sobre los regímenes de imposición de salida a nivel nacional, derivada de la precariedad en el otorgamiento de soluciones comunitarias; todo lo cual redundará negativamente en el propio desarrollo del Mercado único.

Pese a ello, el estudio doctrinal y jurisprudencial realizado en estas páginas permite concluir, en definitiva, que existen medidas tributarias sobre la emigración adoptables por los Estados miembros, susceptibles de cumplir el propósito de salvaguardar los intereses de los distintos ordenamientos jurídicos y proteger, a la par, a los contribuyentes, a través de un sistema fiscal racional, eficiente, proporcional y compatible, en suma, con el Derecho europeo. Precisamente por ello, sorprende el hecho de que algunos Estados miembros –y, en particular, España–, se muestren todavía reacios a acompañar sus normativas sobre impuestos de salida a las exigencias del TJUE, pues, aunque lo óptimo sería una actuación al unísono de las instituciones europeas en esta materia, no es menos cierto que existen ya pautas incuestionables en el ámbito europeo, a cuyo respeto queda condicionada la legítima exacción de estos impuestos.

Bibliografía

- ARENAS GARCÍA, R. (2012): «Transferencia intracomunitaria de la sede de dirección de la empresa: Derecho privado, fiscalidad y libertad de establecimiento – Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, Asunto C-371/10, *National Grid Indus BV/Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*», *Diario La Ley*, nº 7848.
- BETTEN, R. (1998): *Income tax aspects of emigration and immigration of individuals*, IBFD Publications, Amsterdam.
- CARINCI, A. (2009): «El Derecho Comunitario sometido al test de los impuestos de salida, entre límites, perspectivas y contradicciones», *Studi Tributari Europei*, nº 1.
- CHAND, V. (2013): «Exit charges for migrating individuals and companies: comparative and tax treaty analysis», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, nº 4-5.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. (2007): «La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas para el reembolso de garantías exigidas con infracción del Derecho Comunitario: el Caso N», *Revista de contabilidad y tributación*, nº 286.
- DEAK, D. (2008): «Outbound establishment revisited in *Cartesio*», *EC Tax Review*, nº 6.
- DE BROE, L. (2005): «Hard times for emigration taxes in the EC», en: VVAA: «A Tax Globalist. Essays in honour of Maarten J. Ellis», IBFD Publications, The Netherlands.

⁸⁶ DI PIETRO (2009), p. 14.

- DE BROE, L. (2010): «The relevance of residence under EC Tax Law», en: VVAA: *Residence of individuals under tax treaties and EC Law*, Guglielmo Maisto/Series Editor – IBFD, EC and International Tax Law Series, vol. 6.
- DE BROE, L. y NEYT, R. (2009): «Tax treatment of cross-border pensions under the OECD Model and EU law», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, nº 3.
- DE MAN, F. y ALBIN, T. (2011): «Contradicting views of exit taxation under OECD MC and TFUE: are exit taxes still allowed in Europe?», *Intertax*, vol. 39, nº 12.
- DE PIETRO, C. (2009): «Exit tax: territorialidad y movilidad societaria», *Studi Tributari Europei*, nº 1.
- DI PIETRO, A. (2009): «Pasado y futuro de los impuestos de salida», *Studi Tributari Europei*, nº 1.
- DOUMA, S. (2006): «The three Ds of direct tax jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double taxation», *European Taxation Journal*, vol. 46, nº 11.
- DOURADO, A.P. y PISTONE, P. (2009): «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, nº 6/7.
- FALCÓN y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. (2010): *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. (1999): «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 231-232.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E. y FRANCH FLUXÀ, J. (2005): «La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea», *Quincena Fiscal* nº 17.
- GREGGI, M. (2009): «Reflexiones fiscales sobre la movilidad en el interior de la UE: por un nuevo *Nomos* europeo», *Studi Tributari Europei*, nº 1.
- GUERRA REGUERA, M. (2010): «Los impuestos de salida (*exit taxes*) en el ámbito de la Unión Europea», en: VVAA: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.
- HERRERA MOLINA, P. M. (2013): «Exit taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29.
- KAVELAARS, P. (2007): «Cross-border aspects of pensions in The Netherlands, including tax treaty and EU law», *Bulletin for International Taxation*, vol. 61, nº 3.
- KOTANIDIS, S. (2004): «French exit tax incompatible with the freedom of establishment», *European Taxation Journal*, vol. 44, nº 8.
- KOVÁCS, L. (2009): «La política de la Comisión Europea en materia de impuestos de salida», *Studi Tributari Europei*, nº 1.
- MALMER, K. (2002): «Emigration taxes and EC law», en: «The tax treatment of transfer of residence by individuals», *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. 87.b, 2002 Oslo Congress of the International Fiscal Association, Kluwer Law International.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (2007): «Los impuestos de salida y el Derecho Comunitario Europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, nº 125.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (2012): «Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Quincena Fiscal*, nº 4.
- RIBES RIBES, A. (2012a): «Los impuestos a la emigración y su compatibilidad con el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional Tributario», *Técnica Tributaria*, nº extra (Premio AEDAF 2011).

- RIBES RIBES, A. (2012b): «Tax residence and the mobility of companies in the European Union: the desirable harmonization of the tax connecting factors», *Intertax*, vol. 40, n° 11.
- (2013): «La residencia de las personas jurídicas en el Derecho Comparado (con especial referencia al ámbito de la Unión Europea)», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.): *Residencia fiscal y otros aspectos conflictivos. La armonización de la imposición directa*, Aranzadi.
- (2014): *Los impuestos de salida*, Tirant lo blanch, Valencia.
- SCHNEEWEISS, H. (2009): «Exit taxation after *Cartesio*: the European fundamental freedom's impact on taxing migrating companies», *Intertax*, vol.v37, n° 6/7.
- SMIT, D. (2009): «La Comisión europea se enfrenta a los impuestos de salida a las empresas danesas, neerlandesas y españolas ante el Tribunal europeo», *Studi Tributari Europei*, actualización n° 1/2009, Noticia 17/2/2011.
- SZUDOCZKY, R. (2009): «How does the European Court of Justice treat precedents in its case law? *Cartesio* and *Damseaux* from a different perspective: Part I», *Intertax*, vol. 37, n° 6/7.
- TERRA, B.J.M. y WATTEL, P. (2008): *European Tax Law*, quinta edición, Wolters Kluwer.
- VAN ARENDONK, H. (2010): «Exit taxes: separation of powers?», *EC Tax Review*, vol.v19, n° 2.
- VAN DEN HURK, H. y KORVING, J. (2007): «The ECJ's judgement in the *N* Case against The Netherlands and its consequences for exit taxes in the European Union», *Bulletin for International Taxation*, vol.v61, n° 4.