

## Pasado y futuro de los impuestos de salida

Adriano di Pietro<sup>1</sup>

### 1. La precariedad de los actuales regímenes nacionales

La jurisprudencia comunitaria hipoteca el futuro de la *exit tax* después de haber influido en el presente nacional. Y ello no por la ausencia de disposiciones comunitarias específicas, sino por la eficacia prevalente de las libertades comunitarias y de la prohibición de discriminación. Su primacía, también en el sector de la imposición nacional sobre la renta, ha sido afirmada y sustancialmente consolidada hasta llegar a generalizarse. No podía escapar por tanto ningún sector, ni siquiera específico o sectorial como el de la *exit tax*.

La estabilidad y la certidumbre de los correspondientes regímenes nacionales eran sólo aparentes. Se habían encargado a la soberanía fiscal nacional en su ámbito territorial, mientras que ésta debería haberse medido siempre con el ordenamiento comunitario; habían considerado los efectos sólo en el mercado nacional cuando el referente era el comunitario; habían considerado la movilidad como un límite a la imposición nacional – para reafirmar la potestad impositiva nacional – cuando, en cambio, la misma inspiraba y garantizaba la aplicación del ordenamiento comunitario y la plena integración del mercado único.

La precariedad de los regímenes nacionales se ha convertido por tanto, y gracias al Tribunal de Justicia, en corolario de la visión integrada de los ordenamientos tributarios nacionales en el ordenamiento comunitario. Ha

---

<sup>1</sup> Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Traduzione di Alberto Gil Soriano, Università di Valencia.

sido provocada por los efectos del juicio de compatibilidad de las elecciones nacionales de imposición de salida. La jurisprudencia ha debido y ha querido hacer respetar tanto el ordenamiento comunitario como el mercado único en el sector de la imposición directa incluso cuando los legisladores nacionales habían querido, aun así, asegurarse la imposición sobre las plusvalías latentes. Por esto, aunque la jurisprudencia se limite a los dos casos examinados, y con resultados que no siempre parecen coherentes, ha desarrollado un papel ordinamental.

El juicio del TJCE parece coherente con una aproximación sistemática: primero las razones, el fundamento y la eficacia de la imposición sobre las plusvalías latentes; y luego, los regímenes singulares de *exit taxes*, una vez que se había positivizado el juicio sobre la *exit tax*. El interés se ha concentrado, hasta ahora, sobre las características nacionales, como se colige de los precedentes y de los argumentos usados en los recientes procedimientos de infracción contra España, Portugal y Suecia. De tales características el Tribunal, en razón siempre de la coherencia de los sistemas nacionales, ha demostrado, de hecho, querer hacer depender la compatibilidad de las *exit tax* nacionales. El intento se ha declarado y perseguido de modo coherente. Se quiere llevar a cabo un control, según los principios comunitarios – como el de proporcionalidad – y apreciar las causas de justificación nacionales.

Los resultados, en cambio, no siempre han sido coherentes, aunque se refirieran a regímenes muy similares. El TJCE ha demostrado querer apreciar de modo diverso la causa de justificación antiabuso como coherencia del sistema tributario nacional. Ha contribuido así a hacer más precario el destino de los regímenes fiscales nacionales, aunque confirme que la tasación de las plusvalías latentes es *per se* compatible con el ordenamiento comunitario.

## **2. La compatibilidad comunitaria de los regímenes nacionales: el difícil equilibrio entre territorialidad nacional y coherencia comunitaria**

### **2.1 El pasado y el abandono de la unidad de la imposición territorial**

No se puede volver al pasado. Esta unido a regímenes nacionales que querían afirmar, de cualquier modo, la soberanía fiscal sobre las plusvalías que, aun latentes, eran consideradas adquiridas según los ordenamientos nacionales. Como tales no podrían haber huido del impuesto una vez que los contribuyentes personas físicas hubieran pasado a otra jurisdicción tributaria. La soberanía fiscal nacional estaba, para el sistema interno, al servicio de los intereses financieros nacionales; para el comunitario podía haberse justificado para impedir una utilización abusiva.

Ahora las elecciones nacionales no son totalmente libres: deben ajustarse al respeto de las libertades económicas y, más precisamente, a la libertad de establecimiento. Éstas se han convertido en parámetro vinculante de las elecciones nacionales; han contribuido a transformar en un problema comunitario lo que aparecía como una solución meramente interna. Por su parte, los regímenes nacionales no pueden ni alterar ni disminuir ni limitar la plena afirmación del Tratado UE. La territorialidad que lo inspira debe conciliarse con la coherencia del ordenamiento comunitario y del mercado único.

Se trata de un equilibrio difícil. Debe tener en cuenta la disociación entre el poder de imposición y su ejercicio que el contexto comunitario impone. El primero, legítimo y compatible; el segundo, sólo y en tanto se den las mismas condiciones para los residentes en territorios y ordenamientos diversos. Por esto, la jurisprudencia comunitaria no entiende incompatible el principio de tasación en salida, demostrando así, compartir razones e inspiración.

En nombre del derecho comunitario, el TJCE sólo ha puesto fin a la unidad de poder de imposición y de libertad de ejercicio que había caracterizado los regímenes nacionales de imposición en salida desde su introducción. Ha provocado de este modo una disociación, desconocida evidentemente en la lógica puramente interna de la imposición. 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 lo 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.

## 2.2 El presente y el papel de los regímenes fiscales nacionales

La libertad comunitaria de circulación y de establecimiento de las personas físicas ha servido para censurar el pasado y la libertad de elección nacional que acompañaba a los regímenes de *exit tax*. Ello no obsta para definir el presente. Éste revela un interés preeminente de la jurisprudencia comunitaria por las características que cualifican, de modo original, a los regímenes nacionales. Un interés útil no sólo para evitar soluciones radicales, pero también, y sobre todo, para hacer relativo cada juicio de compatibilidad, como ha sucedido, en el caso francés, para el análisis crítico de la proporcionalidad de las garantías exigidas. El juicio de compatibilidad, de hecho, depende siempre más de los plazos, de las modalidades, de los procedimientos a los que los Estados han asignado la imposición sobre las plusvalías latentes. Tampoco se puede olvidar la posibilidad bien de colocar el régimen en el sistema tributario nacional bien de considerarlo no como una forma de imposición territorial, sino como una reacción a un uso

abusivo de la libertad de circulación o de establecimiento en el interior del mercado europeo, como demuestra el caso de Lasteyrie du Saillant.

El papel de los regímenes fiscales nacionales se convierte en más importante para afirmar y justificar la territorialidad de la imposición frente a la coherencia del ordenamiento comunitario y a la unidad de mercado. Útil para definir el equilibrio entre territorialidad y coherencia; no más cierto para afirmar la plena soberanía territorial, como poder y respectivo ejercicio, sobre las plusvalías latentes de las personas físicas que cambian de residencia.

### **2.3 Coherencia y discriminación de los regímenes fiscales de tasación de las plusvalías latentes**

La reacción de los Estados ha sido hasta el momento heterogénea porque sólo dos de ellos habían sido afectados directamente por los juicios de la Corte, antes de los recientes procedimientos de infracción. Holanda ha confirmado la fe en un régimen nacional reconocido como compatible porque justificaba su función de reparto del poder impositivo entre los dos Estados implicado en la tasación. Francia ha preferido dismantelar el régimen fiscal aunque el juicio comunitario sólo había afectado a la obligación de aportar garantía. Ha decidido abdicar del poder de imposición, aunque haya sido reconocido con fundamento comunitario en el ámbito de las plusvalías latentes. Los demás Estados, aunque no afectados de modo directo, han modificado los procedimientos que acompañaban, con la pérdida de la residencia, la tasación o la no tasación. Han pensado en mantener intacto el propio poder impositivo, incidiendo sólo sobre algunos aspectos de su ejercicio, sobre todo para evitar el riesgo de proporcionalidad en que había incurrido el régimen francés. Común a todos, aun así, ha sido el intento de encontrar una solución totalmente nacional, sin necesidad de involucrar a más Estados. Es evidente la dualidad entre la

eficacia y la fuerza del modelo, señalado por el TJCE, de acuerdos para conciliar la territorialidad de la imposición – que permanece en el Estado en que se habían generado las plusvalías- con su ejercicio – a concordar con el otro Estado en que las plusvalías se han realizado-.

Por tanto, los regímenes nacionales de *exit tax* son un presente en continua evolución; un fleco normativo abierto. Los Estados, siguiendo la orientación de la jurisprudencia, pueden bien adaptar los propios regímenes a los parámetros de compatibilidad comunitaria o confirmar la fe en sus propias elecciones, entendiéndolas coherentes con el propio sistema tributario y funcionales a finalidades compartidas por el ordenamiento comunitario, como sucede en el caso de medidas antiabuso. En este último caso el esfuerzo interpretativo es apreciable: quiere reconducir a sistema un régimen fiscal que podía aparecer o contingente – destinado a evitar la evasión fiscal – o arbitrario – porque equiparaba la pérdida de la residencia al supuesto interno de cesión onerosa de los bienes empresariales.

En el caso italiano, el régimen actual de *exit tax* podría haber sido considerado coherente con la elección del *testo unico delle imposte sui redditi*: la de dilatar progresivamente el conjunto de situaciones que justificasen la tasación de las plusvalías latentes. En ese sentido se podría haber extendido, en sede interpretativa, la tasación a todas las hipótesis de salida de bienes del patrimonio empresarial, sin deber indicar ulteriormente razones y efectos fiscales. En tal perspectiva, la pérdida de la residencia habría sido equiparada a una de aquellas hipótesis. Se habría justificado por el hecho que los bienes objeto de la plusvalía se sustrajeran al poder impositivo nacional. Un intento éste que habría podido ser útil para despejar dudas sobre discriminación; más difícil de usar para los casos de restricción de la movilidad personal y de la libertad de establecimiento. En la visión unitaria del mercado europeo la movilidad se acompaña de la permanencia de la empresa. De otro modo no se podía haber justificado el intento de la jurisprudencia de conciliar el poder de imposición nacional a la venta de los bienes objeto de la plusvalía, aunque con otra justificación tributaria. La

venta, o las hipótesis a ella asimiladas, operan siempre como devengo en la lógica de una imposición unitaria de la empresa en su movilidad comunitaria.

## 2.4 El papel de los jueces nacionales

La atención a las características de los regímenes nacional de *exit tax* involucra no sólo al juez comunitario sino también a los nacionales. Éstos no pueden ignorar los precedentes jurisprudenciales y mucho menos aquellos surgidos al término de los procedimientos de infracción pendientes en la actualidad. Por otra parte, los jueces no pueden sustituir al legislador e innovar en los regímenes nacionales vigentes. Resultan inseguros sobre las elecciones a adoptar frente a regímenes nacionales que, por caracteres y modalidades aplicativas, o pueden ser incompatibles con el derecho comunitario – porque son similares a otros regímenes nacionales juzgados incompatibles por la Comisión o por el Tribunal – o no sólo justificables por coherencia con el sistema nacional y con el ordenamiento comunitario.

Los jueces nacionales no son los destinatarios directos de los procedimientos de infracción, pero mantienen su papel de jueces comunitarios. No podrían seguir aplicando un régimen incompatible, aunque para adoptar esta decisión deban realizar un control delicado y difícil. Adoptando, de hecho, una interpretación comunitaria. La aplican, sin embargo, siempre en razón de características de los regímenes nacionales y en el ámbito de un sistema nacional que no se corresponden a aquellos casos juzgados incompatibles. Por tanto deben tener en cuenta las modalidades aplicativas según el método interpretativo usado por la jurisprudencia comunitaria. El efecto no es sin embargo igualmente positivo. Si en sede comunitaria sirve para verificar la compatibilidad del ejercicio del poder de imposición nacional, en sede nacional, y en referencia al papel de los jueces, se hace más difícil el diagnóstico comparado entre regímenes

considerados incompatibles y regímenes nacionales en los que aún no ha intervenido la Comisión o el TJCE. Un diagnóstico que resulta indispensable para legitimar una intervención del juez nacional como juez comunitario, para afirmar como sea la eficacia del *ius receptum* del precedente jurisprudencial. Se produce de esta manera una incertidumbre difusa que puede cuestionar la plenitud del papel comunitario del juez nacional.

## 2.5 El régimen de exit tax y el reparto de competencias

Según la jurisprudencia comunitaria, para asegurar la libertad de circulación y de establecimiento en el mercado único, el Estado de origen no puede ejercitar el propio poder de imposición sobre las plusvalías latentes en los términos previstos en los regímenes nacionales de *exit tax* en el momento del paso a otra jurisdicción tributario. Para consentir ejercitar un poder reconocido por el derecho comunitario al Estado donde se han madurado las plusvalías latentes se debe involucrar a otro Estado, aquel donde el contribuyente ha transferido su propia residencia. Parece así que, según la jurisprudencia comunitaria, la misma movilidad se convierte en un corolario de un nuevo reparto competencial en el ámbito del mercado europeo; se diferencia de la visión tradicional, la que quiere salvaguardar el derecho a la movilidad sin encontrar obstáculos en el derecho tributario interno.

Para la *exit tax*, en cambio, el problema comunitario está provocado por los efectos de la movilidad, con la relativa pérdida de residencia. En sustancia, para evitar la restricción a la libre circulación y al libre establecimiento de las personas, la jurisprudencia comunitaria ha generado otro problema: el del reparto del poder impositivo, involucrando directamente también al Estado en que se verifica la plusvalía con respecto a aquel donde ha madurado ésta. En este caso, sin embargo, el reparto se origina por un conflicto de poderes, sino de la incompatibilidad de los ejercicios respectivos. En definitiva, el Estado en el que se han generado las

plusvalías no puede ejercitar el propio poder de imposición; el otro, que podría ejercerlo en el momento de realización, debe compartirlo con el primero. El conflicto se produce entre el ejercicio del poder del Estado de la fuente sobre un contribuyente que ha perdido la residencia y aquel Estado de residencia respecto a plusvalías maduradas anteriormente y fuera de la propia jurisdicción tributaria.

### **3. La solución del Tribunal de Justicia para compatibilizar los regímenes nacionales de *exit tax*: la debilidad del modelo comunitario**

La jurisprudencia comunitaria no se ha limitado a juzgar los regímenes nacionales a la luz de la aplicabilidad directa y a la interpretación consolidada de la movilidad de las personas y de la libertad de establecimiento. También ha querido indicar una solución que tratase de conciliar poder impositivo nacional, territorialidad de la imposición y libertad de establecimiento y de circulación sin hacer perder al Estado de la fuente su propio poder de imposición. Tal Estado, par poder tasar las plusvalías latentes debería haber aceptado diferir el ejercicio del poder impositivo en el momento de realización en el Estado de residencia. Debería haber asumido la responsabilidad de controlar y seguir la evolución de las plusvalías latentes fuera de los confines nacionales.

Así el TJCE habría podido continuar afirmando la primacía del mercado europeo sin que esto comportara un sacrificio de los poderes impositivos de los Estados de la fuente. Los poderes habrían permanecido intactos, pero su ejercicio habría sido regulado en función de la libertad de circulación de las personas y de establecimiento que caracterizan al mercado europeo. En su nombre, por tanto, el Tribunal propone dissociar poder de imposición y territorialidad. Sin embargo, ello comporta que el Estado de residencia renuncia a tasar las plusvalías maduradas antes del cambio de residencia y

que el Estado de la fuente no pierda el poder de imposición sobre el contribuyente aún después del traslado de su residencia.

La solución jurisprudencial crea un equilibrio difícil, pues no tiene una eficacia coherente comunitaria. Ésta cede al poder de imposición del Estado de la residencia; el derecho comunitario no les puede impedir ejercitar el poder de imposición, ni renunciar a favor del ejercicio del poder por el Estado de la fuente. Es un equilibrio difícil porque la eficacia del modelo comunitario propuesto se condiciona sólo a acuerdos bilaterales que remiten a la valoración autónoma de los Estados implicados de la libertad de establecimiento y de circulación con respecto a las plusvalías latentes. Para obtener resultados compatibles con el ordenamiento, la jurisprudencia recurre a fuentes no comunitarias, que no encuentran en el ordenamiento comunitario, sino en el los ordenamientos nacionales, su propio fundamento y eficacia.

La debilidad del modelo comunitario propuesto por el Tribunal de Justicia corre el riesgo de incidir sobre el mismo poder de imposición nacional del Estado de la fuente. Aparecía, en la jurisprudencia, sólido e íntegro frente al ordenamiento comunitario. Puede ahora debilitarse, y no poco, en el momento que el ejercicio del poder de imposición, en el momento de realización de las plusvalías, no encuentra un sostenimiento, un soporte comunitario de su eficacia y se consigna a acuerdos bilaterales. De hecho, el poder de imposición del Estado de la fuente no podría ejercitarse sin el consenso del Estado de residencia. Por otra parte, el respeto del mercado y de las libertades sería muy difícil y complejo para el Estado de la fuente de no consentírsele ejercitar el poder de imposición, aunque éste haya sido reconocido comunitariamente. Resultaría fuertemente debilitado sobre todo por las dificultades de ser ejercitado coherentemente sobre las plusvalías realizadas.

#### 4. La debilidad del modelo de la jurisprudencia y el papel de la política comunitaria

##### 4.1 Equiparación de los regímenes de exit tax de las sociedades

La debilidad del modelo comunitario propuesto por la jurisprudencia comunitaria había evidenciado la dificultad de conciliar regímenes nacionales y ordenamiento comunitario. No había discutido la primacía de la libertad de establecimiento que, con eficacia directa, influía directamente sobre los ordenamientos nacionales. Una primacía que había afectado a los regímenes de *exit tax* para las personas físicas pero que, con la fuerza del principio, no habría podido restringirse al ámbito de aplicación definido por los precedentes jurisprudenciales. La Comisión se ha atribuido el deber de hacer explícita la eficacia general que la afirmación del principio comportaba. La libertad de establecimiento debe ser respetada también por los regímenes de *exit tax* que afectan a personas jurídicas y no sólo a las físicas, como en la precedente jurisprudencia del Tribunal. Una conciencia que limita, como se verá, con la responsabilidad política. El intento de la Comisión es compartible: superar lo que en la jurisprudencia parecían límites subjetivos de la libertad de establecimiento para justificarlos a la luz de la especificidad de los regímenes nacionales. La Comisión ha querido garantizar la más amplia eficacia al principio que había hecho de la libertad de establecimiento un parámetro de compatibilidad comunitaria de los regímenes de imposición nacional sobre la renta.

La solución en términos jurídicos era, al menos aparentemente, simple; la ventaja en términos políticos, notable. La Comisión podía aumentar la propia área de competencia limitando la autonomía soberana de los Estados sin recurrir a complicadas argumentaciones. El coste jurídico de la ventaja política era limitado, casi irrisorio. Bastaba con valorar la eficacia de un principio jurisprudencial, reconociendo la más amplia operatividad, para superar, según la Comisión, eventuales límites subjetivos que habrían

puesto en discusión la misma eficacia del principio reconocida por el Tribunal. Una solución que, desde el punto de vista jurídico, no podía adecuarse a la eficacia general de un principio y no se correspondía con la simple unificación del control comunitario de los regímenes de personas físicas y jurídicas. Éstas, de hecho, responden a criterios fiscales de territorialidad nacional variadamente conectados a la sede legal o sede de la administración o de la actividad. Están por tanto expuestas a las consecuencias fiscales que derivan de la aplicación de los criterios de la incorporación o de la sede de la administración de los cuales extraer la propia supervivencia jurídica en el caso de traslado de la sede real.

#### **4.2 La difícil coexistencia con los criterios nacionales de territorialidad**

Los criterios nacionales de territorialidad se concilian mal con el control de coherencia comunitaria de los regímenes de *exit tax* de las personas jurídicas. Una vez que la misma jurisprudencia los haya reconocido como equivalentes y que los haya reconocido a todos como compatibles, también se deben aceptar los efectos que puedan producir en el plano comunitario. Hacen variar los Estados de la fuente y de la residencia y determinan o la supervivencia jurídica de las personas jurídicas o su extinción. Aspectos todos que, evidentemente, inciden sobre los efectos fiscales de la movilidad de las empresas y sobre su libertad de establecimiento; influyen en el ejercicio del poder de imposición del Estado de la fuente y de la residencia que en la visión jurisprudencial representa una forma de reparto de imposición, necesario para salvaguardar el poder de imposición del Estado de la fuente y su ejercicio diferido.

La solución sólo podría ser jurídica en tanto que se refiere a relaciones entre ordenamiento comunitario y ordenamientos nacionales, aunque no haya sido definida para lo concerniente a la territorialidad y coherencia

comunitaria. Por esto, la propuesta de la Comisión de regirse por acuerdos bilaterales o convencionales, parece jurídicamente inadecuada. No tienen ni el fundamento ni la eficacia comunitaria que les permitiría afirmarse siempre y como sea sobre los ordenamientos nacionales en nombre de la primacía del ordenamiento comunitario.

El mismo fin se reconoce para los convenios previstas en el Tratado, a pesar de que la misma jurisprudencia comunitaria las haya considerado como instrumentos jurídicos oportunos a los que recurrir en caso de falta de soluciones comunitarias y no necesarias; sustituibles por la confrontación directa entre libertades económicas y regímenes fiscales nacionales como ha ocurrido con los regímenes nacionales de *exit tax*. Considerar tales soluciones como resolutivas, como hace la misma Comisión, no significa obtener un resultado jurídicamente innovador en el plano comunitario. Se traslada al plano político una solución que no parece definida en el jurídico. El efecto, en definitiva, de la solución operativa propuesta por la Comisión es el de incluir también a los regímenes de *exit tax* de las personas jurídicas en la precariedad de los regímenes fiscales nacionales que había abarcado ya a las personas físicas.

## 5. Conclusiones

El pasado es la pérdida de identidad entre poder de imposición y su ejercicio. El presente es obra en construcción en la que se mide la debilidad del modelo comunitario con la difícil compatibilidad de las formas de ejercicio con la libertad, como hace imaginar la variedad de las soluciones normativas nacionales sobrepuestas contemporáneamente al conjunto comunitario.

El futuro es que la debilidad de la tasación de las plusvalías realizadas por los Estados de la fuente o bien haga más difícil salvaguardar su propio poder de imposición o bien requiera de los Estados acuerdos bilaterales o

convencionales. Estos convenios, a su vez propuestos por el Tribunal de Justicia y solicitados por la Comisión, confirman la dificultad para encontrar una solución comunitaria que corresponda a un modelo institucional. Una solución difícil que afecta también a los regímenes aplicables a las personas jurídicas. Su resultado depende de la problemática comunitaria de conciliar los criterios nacionales de territorialidad con la eficacia directa de la libertad de establecimiento. Hasta que esto no se resuelva, los regímenes de *exit tax* relativos a las personas jurídicas estarán expuestos a la misma precariedad que sufren los regímenes nacionales para las personas físicas. Se acentuará la incertidumbre sobre el futuro nacional de la *exit tax* y, por tanto, sobre el mismo desarrollo del mercado europeo y no sólo de su ordenamiento.