

## EL NUEVO IMPUESTO ESPAÑOL TIPO *EXIT TAX* SOBRE ACCIONES Y PARTICIPACIONES

### El nuevo impuesto español tipo *exit tax* sobre acciones y participaciones

La Ley 26/2014, en vigor desde el 1 de enero de 2015, introdujo importantes modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («IRPF»). Entre ellas, un nuevo impuesto de salida, tipo *exit tax* inmediato limitado, que grava las plusvalías latentes anidadas en ciertas acciones y participaciones propiedad del contribuyente inmediatamente antes de la emigración. Este artículo examina el nuevo impuesto y realiza una valoración crítica de sus fundamentos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

#### PALABRAS CLAVE

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, IRPF, Impuesto de salida, *Exit tax*, Plusvalías latentes, Emigración, Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, TJUE.

### The new Spanish *exit tax* on certain shareholdings held by individuals before emigrating

Law 26/2014, in force since 1 January 2015, introduced significant changes to Spanish individual income tax («IRPF»). Among them, a new exit charge, referred to as «limited immediate exit tax». It is levied on the latent surplus value of certain taxpayers' shareholdings immediately before emigrating. This paper examines and comments on the new tax, particularly in light of the case law of the European Court of Justice.

#### KEY WORDS

Individual income tax, IRPF, Exit charge, Immediate exit tax, Latent surplus, Emigration, European Court of Justice, ECJ

Fecha de recepción: 20-7-2015

Fecha de aceptación: 15-9-2015

## INTRODUCCIÓN

El artículo 95 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («IRPF»), añadido por la Ley 26/2014 y en vigor desde el 1 de enero de 2015, supone la introducción en el régimen de tributación de las personas físicas en España de un gravamen de los denominados *exit taxes* o impuestos de salida, caracterizados por devengarse cuando el contribuyente deja de residir en el territorio del Estado que aplica el gravamen.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, conviene ir avanzando que el impuesto español responde al tipo de los *limited exit taxes*, los cuales gravan las plusvalías no realizadas o latentes que existan al tiempo del cambio de residencia en determinados bienes propiedad del emigrante. Esos bienes concretos son en el caso español las acciones o participaciones de cualquier tipo de entidad.

## EL CASO GENERAL

El apartado 1 del artículo 95 bis de la Ley del IRPF dispone lo que sigue:

«Artículo 95 bis. Ganancias patrimoniales por cambio de residencia.

1. Cuando el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, se considerarán ganancias

patrimoniales las diferencias positivas entre el valor de mercado de las acciones o participaciones de cualquier tipo de entidad cuya titularidad corresponda al contribuyente, y su valor de adquisición, siempre que el contribuyente hubiera tenido tal condición durante al menos diez de los quince periodos impositivos anteriores al último periodo impositivo que deba declararse por este impuesto, y concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que el valor de mercado de las acciones o participaciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo exceda, conjuntamente, de 4.000.000 de euros.

b) Cuando no se cumpla lo previsto en la letra a) anterior, que en la fecha de devengo del último periodo impositivo que deba declararse por este impuesto, el porcentaje de participación en la entidad sea superior al 25 por ciento, siempre que el valor de mercado de las acciones o participaciones en la citada entidad a que se refiere el apartado 3 de este artículo exceda de 1.000.000 de euros.

En este caso únicamente se aplicará lo dispuesto en este artículo a las ganancias patrimoniales correspondientes a las acciones o participaciones a que se refiere esta letra b)».

## Hecho imponible

El hecho imponible del IRPF español está constituido (artículo 6 de la Ley del IRPF vigente, y de la

misma forma todos los concordantes desde la primera ley de ese impuesto, la Ley 44/1978) por «la obtención de renta por el contribuyente», y «componen la renta del contribuyente»:

- a) Los rendimientos del trabajo.
- b) Los rendimientos del capital.
- c) Los rendimientos de las actividades económicas.
- d) Las ganancias y pérdidas patrimoniales.
- e) Las imputaciones de renta que se establezcan por ley».

Según dice el artículo 95 bis, el cambio de residencia de una persona física de España al extranjero dará lugar, con los requisitos y en las condiciones que en él se regulan, al gravamen de ciertas ganancias patrimoniales. Las ganancias patrimoniales se definen en la Ley del IRPF (artículo 33 de la Ley vigente, y también aquí de la misma forma todos los concordantes desde la primera Ley del IRPF de 1978) en los siguientes términos:

«Artículo 33. Concepto.

1. Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos».

De manera que en el IRPF no basta con que un bien o derecho haya incrementado su valor para que se produzca una ganancia patrimonial, hace falta que ese mayor valor se ponga de manifiesto como consecuencia de la transmisión de ese bien o derecho. Definición legal que no hace sino reflejar el concepto económico básico de que un individuo no obtiene rentas por el mero hecho de que su patrimonio aumente de valor. Puesto que lo que grava el artículo 95 bis es una variación del valor de ciertos bienes, es evidente que no se grava la obtención de renta. Es en realidad un nuevo gravamen patrimonial que recae sobre el valor de mercado de determinados bienes en exceso sobre su coste de adquisición cuando se dan ciertas circunstancias.

Incluir un gravamen patrimonial en el impuesto sobre la renta, en lugar de regularlo específicamente como tal, seguramente obedece a la intención de evitar el ruido asociado al establecimiento de nuevos impuestos, aunque sea a costa de violentar la dogmática jurídica y el fundamento económico del IRPF. Como veremos a continuación, esta no es sino la primera de las no pocas violencias técnicas en que incurre la nueva figura.

## Contribuyentes

Son contribuyentes por el nuevo gravamen los contribuyentes del IRPF que pierdan esta condición por cambio de residencia, siempre que el contribuyente lo hubiera sido durante al menos diez de los quince períodos impositivos anteriores al último período impositivo que deba declararse antes del cambio de residencia.

Esto es, si una persona física emigra en el año 2016, tendrá que haber sido residente fiscal en España, y por tanto contribuyente por el IRPF, durante al menos diez años dentro del período 2000-2014, pues 2015 será el último período impositivo del IRPF por el que deberá declarar antes del cambio de residencia.

Como tendremos ocasión de ver, uno de los fundamentos esgrimidos por los Estados para el establecimiento de *exit taxes* es garantizar el reparto entre los diferentes Estados de la potestad impositiva sobre las plusvalías derivadas de acciones, sobre la base de un principio de territorialidad. Según este principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, la residencia del accionista persona física en el territorio de un Estado durante el período en el que se ha generado la plusvalía latente permitiría a ese Estado gravar dicha plusvalía como si se hubiera originado y realizado en su territorio (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE —TJUE— de 12 de septiembre de 2006, N, asunto C-470/04, apartados 41 a 46).

En este sentido, si, como hace el artículo 95 bis, la norma no desarrolla ninguna correlación efectiva entre estancia en el territorio del accionista y plusvalía generada en forma latente, sino que se basa en una pura ficción conceptual, es necesario al menos un cierto período de permanencia en el territorio que dote de un halo de razonabilidad al impuesto. Es por ello por lo que el contribuyente del nuevo gravamen se caracteriza por emigrar tras haber residido fiscalmente en España durante al menos once de los dieciséis períodos impositivos anteriores al de la emigración.

A estos efectos, la residencia fiscal en España se determinará según las reglas tradicionales contenidas en el artículo 9 de la Ley del IRPF.

Finalmente, el apartado 8 del artículo 95 bis establece una regla especial para el cómputo del plazo de permanencia anterior a la emigración, para los contribuyentes del IRPF que hubieran optado por el régimen fiscal especial aplicable a los trabajado-

res desplazados a territorio español [regulado en el artículo 93 de la Ley del IRPF y conocido tradicionalmente como «Ley Bechkam», aunque hoy no ampara a los deportistas profesionales], en los siguientes términos:

«8. [...], el plazo de diez períodos impositivos a que se refiere el apartado 1 de este artículo comenzará a computarse desde el primer período impositivo en el que no resulte de aplicación el citado régimen especial».

### Imputación temporal

Dispone el artículo 14.1.c) de la Ley del IRPF que «las ganancias y pérdidas patrimoniales se imputarán al período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial». Es evidente que en el artículo 95 bis no hay alteración patrimonial, pues por el hecho de la emigración el patrimonio del emigrante no varía. Es necesario entonces establecer una regla legal de imputación temporal especial de ganancias patrimoniales, alejada, otra vez, de la dogmática jurídica y el fundamento económico del IRPF. La regla se contiene en el apartado 2 del artículo 95 bis, según el cual:

«2. Las ganancias patrimoniales formarán parte de la renta del ahorro conforme a la letra b) del artículo 46 de esta Ley y se imputarán al último período impositivo que deba declararse por este Impuesto, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno».

De modo que el nuevo impuesto se exacciona junto con la declaración del IRPF correspondiente al último período impositivo en que el contribuyente fue residente en el territorio español. Esto es, si el cambio de residencia tiene lugar, por ejemplo, en el año 2016, la ganancia patrimonial imputada al emigrante por ministerio de la ley debe ser declarada junto con las rentas obtenidas en el año 2015. Dentro de la inconsistencia técnica del precepto, pues es evidente que el año anterior al del cambio de residencia no pudo haber ninguna alteración patrimonial, ni siquiera la ficticiamente asociada a la emigración, la regla tiene su lógica perversa, porque es verdad que el año anterior a la emigración será el último en que el emigrante tenga que declarar por IRPF. Pero en ese período impositivo seguro que no hubo renta, ni siquiera, repetimos, la ficticiamente asociada al cambio de residencia. Otra muestra de que se trata de un nuevo impuesto

sobre el patrimonio, artificialmente encajado en el ámbito del IRPF.

Así las cosas, la precisión legal de que la declaración complementaria que el contribuyente habrá de hacer para declarar el gravamen (artículo 121 del Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo) no llevará sanciones, recargos ni intereses, no es ninguna concesión, sino consecuencia ineludible de la mecánica de ficciones legales en que la nueva figura se desenvuelve.

Finalmente, conviene señalar que mediante consulta vinculante número V2270-15, la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda ha venido a aclarar que el artículo 95 bis no se aplica a los contribuyentes que emigren en el año 2015, afirmando que «si el último período impositivo que deba declarar por el IRPF la persona física que traslada su residencia es 2014, no le resultará de aplicación el artículo 95 bis de la LIRPF».

### Determinación de la base imponible

Ya tenemos dicho que el impuesto que introduce el artículo 95 bis responde al tipo de los denominados *limited exit taxes*, los cuales gravan las plusvalías no realizadas o latentes que existan al tiempo del cambio de residencia en determinados bienes propiedad del emigrante.

Los bienes gravados son «las acciones o participaciones de cualquier tipo de entidad». En este sentido, el apartado 3 del artículo 95 bis, al establecer las reglas que han de seguirse para determinar el valor de mercado de las acciones o participaciones, se refiere a los valores representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, admitidos o no a negociación en mercados regulados de valores, y a las acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva.

Una mayor precisión acerca de los bienes gravados requiere concreción sobre lo que a estos efectos significa entidad. Siguiendo nuestra regla hermenéutica tradicional (*ex* artículo 12.2 de la Ley General Tributaria), se debería entender por entidad los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades, disponiendo el artículo 7.3 de la ley reguladora de ese impuesto (Ley 27/2014):

«3. Los contribuyentes de este Impuesto se designarán abreviada e indistintamente por las denominaciones sociedades o entidades a lo largo de esta Ley».

Según esto, los bienes gravados serían las acciones o participaciones en el capital social, fondo social, capital, fondos propios o magnitud equivalente de personas jurídicas (incluidas las sociedades civiles con objeto mercantil), sociedades agrarias de transformación, fondos de inversión, uniones temporales de empresas, fondos de capital-riesgo y fondos de inversión colectiva de tipo cerrado, fondos de pensiones, fondos de regulación del mercado hipotecario, fondos de titulización, fondos de garantía de inversiones, comunidades titulares de montes vecinales en mano común, y fondos de activos bancarios. No es claro que alguno de estos instrumentos contractuales (por ejemplo, los fondos de pensiones o las comunidades titulares de montes vecinales en mano común) deba caer en el ámbito del concepto de entidad a los efectos del artículo 95 bis.

Por lo demás, el gravamen requiere de la concurrencia de ciertas circunstancias cualitativas y cuantitativas, que son las que se establecen en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 95 bis, y que pueden expresarse como sigue:

(i) Si el contribuyente es titular, en la fecha de devengo del último período impositivo que deba declararse por este impuesto (el 31 de diciembre del año anterior a aquel en el que tuvo lugar el cambio de residencia), de acciones o participaciones que (a) representen un porcentaje de participación en una entidad superior al 25 % y (b) cuyo valor de mercado exceda de 1.000.000 de euros, se gravará la plusvalía latente en esas acciones o participaciones (medida como diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y su valor de adquisición); y no habrá lugar al gravamen de otras acciones o participaciones de que el contribuyente sea titular en tanto representen una participación en la entidad del 25% o menos y cualquiera que sea su valor.

(ii) En otro caso, se gravará la plusvalía latente en el conjunto de las acciones y participaciones de que el contribuyente sea titular —en la fecha de devengo del último período impositivo que deba declararse por este impuesto—, siempre que su valor de mercado exceda, conjuntamente, de 4.000.000 de euros.

El impuesto se dirige a gravar, en primer lugar, la tenencia de acciones o participaciones en entidades en las que el emigrante tenga una participación igual o superior al 25 %, el mismo umbral que desencadena la calificación de «titular real» según la legislación de prevención del blanqueo de capitales (ex.

artículo 4 de la Ley 10/2010), y que tradicionalmente se ha asociado a la capacidad de ejercer una influencia significativa sobre la gestión de sociedades o entidades. En estas circunstancias, el mínimo exento, por así llamarlo, es de un millón de euros.

En otro caso, lo que se grava son las inversiones de cartera en acciones y participaciones cuyo valor de mercado exceda, conjuntamente, de 4 millones de euros. No se entiende muy bien la razón de esta diferencia de umbral cuantitativo en perjuicio de los inversores que pueden estar involucrados en la gestión de las entidades participadas.

Ya está dicho que la base imponible es la plusvalía latente existente en la fecha de devengo del último período impositivo anterior a la emigración, medida como diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y su valor de adquisición. El apartado 3 del artículo 95 bis dispone en este sentido que:

«3. Para el cómputo de la ganancia patrimonial se tomará el valor de mercado de las acciones o participaciones [...], determinado de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Los valores admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE [...], se valorarán por su cotización.
- b) Los valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE [...], se valorarán, salvo prueba de un valor de mercado distinto, por el mayor de los dos siguientes:

*El patrimonio neto que corresponda a los valores resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto.*

*El que resulte de capitalizar al tipo del 20 por ciento el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances.*

- c) Las acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva, se valorarán por el valor liquidativo aplicable en la fecha de devengo del último período impositivo que deba declararse por este impuesto o, en su defecto, por el último

*valor liquidativo publicado. Cuando no existiera valor liquidativo se tomará el valor del patrimonio neto que corresponda a las acciones o participaciones resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la citada fecha de devengo, salvo prueba de un valor de mercado distinto».*

### Retorno del emigrante

Si el obligado tributario adquiriese de nuevo la condición de contribuyente sin haber transmitido la titularidad de las acciones o participaciones gravadas cuando emigró, podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación que en su día tuvo que presentar, al objeto de obtener la devolución de las cantidades entonces ingresadas.

La devolución se regirá por lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley General Tributaria, salvo en lo relativo al abono de intereses de demora, que se devengarán desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución. La solicitud de rectificación podrá presentarse a partir de la finalización del plazo de declaración correspondiente al primer período impositivo que el emigrante de nuevo residente deba declarar por el IRPF.

### Desplazamientos temporales

Establece el apartado 4 del artículo 95 bis que cuando el cambio de residencia se produzca como consecuencia de un desplazamiento temporal por motivos laborales a un país o territorio que no tenga la consideración de paraíso fiscal, o por cualquier otro motivo siempre que en este caso el desplazamiento temporal se produzca a un país o territorio que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información (todos los convenios para evitar la doble imposición internacional firmados por España y vigentes al tiempo de escribir estas líneas contienen cláusula de intercambio de información), previa solicitud del contribuyente, se aplazará por la Administración tributaria el pago de la deuda tributaria que corresponda a las ganancias patrimoniales reguladas en el artículo 95 bis.

En dicho aplazamiento, cuyas especialidades se regulan en el artículo 122 del Reglamento del IRPF, resultará de aplicación lo dispuesto en la Ley Gene-

ral Tributaria, y específicamente en lo relativo al devengo de intereses y a la constitución de garantías. Las garantías podrán constituirse, total o parcialmente, y en tanto resulten suficientes jurídica y económicamente —dice el mismo apartado 4 del artículo 95 bis—, sobre los propios valores sujetos a gravamen. Nótese la precisión de que la constitución de garantía sobre las propias acciones o participaciones gravadas está sujeta a que resulte económicamente suficiente. Aunque será raro que el valor de mercado de los valores gravados no alcance a cubrir la cuota derivada de la aplicación del tipo de gravamen sobre la plusvalía latente (en 2015 el tipo marginal máximo para rentas del ahorro es del 24 %), no deja de resultar inquietante la mera posibilidad de que el emigrante tenga que complementar la garantía con otros bienes y derechos porque los valores cuya potencial plusvalía quedó gravada al tiempo de la emigración han perdido su valor, de modo que no parece haber obstáculos conceptuales no sólo a que se graven plusvalías latentes y no realizadas, sino incluso a que se mantenga el gravamen sobre plusvalías latentes que dejan de existir en un momento posterior de la vida del valor en manos del contribuyente, y es la propia Administración tributaria la que da fe de dicha circunstancia, exigiendo mayores garantías de pago de una deuda tributaria derivada de una plusvalía latente perfectamente inexistente.

En caso de que el emigrante retorne —esto es, que adquiera de nuevo la condición de contribuyente por el IRPF— en cualquier momento dentro del plazo de los cinco ejercicios siguientes al último que tuvo que declarar como contribuyente del IRPF antes de la emigración, sin haber transmitido la titularidad de las acciones o participaciones gravadas, la deuda tributaria objeto de aplazamiento quedará extinguida, así como los intereses que se hubiesen devengado.

Tratándose de desplazamientos por motivos laborales, el emigrante podrá solicitar de la Administración tributaria la ampliación del citado plazo de cinco ejercicios cuando existan circunstancias que justifiquen un desplazamiento temporal más prolongado, sin que la ampliación pueda exceder de cinco ejercicios adicionales.

### EMIGRACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA

En la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 19 de diciembre de 2006

(«Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros»), la Comisión Europea dijo, entre otras cosas, lo que sigue:

*«Muchos Estados miembros pretenden gravar las plusvalías generadas por los activos de los contribuyentes (personas físicas y/o jurídicas) establecidos en su territorio. En un contexto nacional, estas plusvalías se gravan generalmente cuando se realizan, es decir, cuando los activos se venden o se ceden. No obstante, cuando un contribuyente abandona un Estado miembro para instalarse en otro antes de vender su patrimonio, el Estado de origen corre el riesgo de perder el derecho a gravar la plusvalía generada por estos activos. (...). Muchos Estados miembros pretendieron solucionar este problema gravando las plusvalías latentes pero aun no realizadas en el momento en que el contribuyente traslada su domicilio fiscal o sus activos a otro Estado miembro.»*

*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya resolvió [sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant, asunto C-9/02] que la recaudación inmediata del impuesto sobre plusvalías aun no realizadas con ocasión de la transferencia de los activos a otro Estado miembro es contraria al principio de la libertad de establecimiento. En efecto, la obligación inmediata de los contribuyentes en su Estado miembro de origen a la imposición de plusvalías latentes es discriminatoria si la misma imposición no se aplica en situaciones nacionales comparables. El Tribunal también estableció que los Estados miembros no pueden someter a los contribuyentes a exigencias desproporcionadas, como la obligación de constituir garantías bancarias o designar un representante fiscal garante del cobro de la deuda fiscal en el momento de la realización de los activos en el nuevo Estado miembro de residencia.*

*El Derecho comunitario no prohíbe, no obstante, a un Estado miembro calcular la renta sobre la que desea preservar su potestad impositiva, siempre que ello no dé lugar a una imposición fiscal inmediata y que no se impongan condiciones adicionales vinculadas al aplazamiento, y que se tenga en cuenta cualquier disminución del valor de los activos acaecida después del traslado. Los Estados miembros deben, pues, prever un aplazamiento incondicional de la recaudación hasta la realización efectiva de los activos».*

Así las cosas, el caso general del artículo 95 bis que se acaba de describir viola directamente el Derecho comunitario, por lo que se hizo necesario un aparta-

tado específico (el apartado 6 del artículo) en relación con la Unión Europea.

Cuando el cambio de residencia se produzca a otro Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el contribuyente podrá optar por aplicar al gravamen regulado en el artículo 95 bis las siguientes especialidades:

- La ganancia patrimonial únicamente deberá ser objeto de autoliquidación cuando en el plazo de los diez ejercicios siguientes al último que deba declararse por el IRPF se produzca alguna de las siguientes circunstancias:
  - (i) Que se transmitan *inter vivos* las acciones o participaciones.
  - (ii) Que el contribuyente pierda la condición de residente en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.
  - (iii) Que se incumpla la obligación de comunicación a que se refiere la letra c) de este apartado.

La ganancia patrimonial se imputará al último período impositivo que deba declararse por este impuesto, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno.

La autoliquidación se presentará en el plazo que media entre la fecha en que se produzca alguna de las circunstancias antes referidas y «el final del inmediato siguiente plazo de declaraciones por el impuesto».

- En el supuesto de transmisión *inter vivos* de las acciones o participaciones, la cuantía de la ganancia patrimonial se minorará en la diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones (correspondiente a la fecha de devengo del último período impositivo del IRPF anterior a la emigración) y su valor de transmisión.

A estos efectos, el valor de transmisión se incrementará en el importe de los beneficios distribuidos o de cualesquiera otras percepciones que hubieran determinado una minoración del patrimonio neto de la entidad con posterioridad a la pérdida de la condición de contribuyente, salvo que tales percepciones hubieran tributado por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

- El contribuyente deberá comunicar a la Administración tributaria, en los términos establecidos reglamentariamente (artículo 123 del Reglamento del IRPF), la opción por la aplicación de las especialidades previstas en el apartado 6 del artículo 95 bis, la ganancia patrimonial puesta de manifiesto, el Estado al que traslade su residencia (con indicación del domicilio así como las posteriores variaciones), y el mantenimiento de la titularidad de las acciones o participaciones.
- En caso de que el obligado tributario emigrado a la UE o a un país del EEE adquiriese de nuevo la condición de contribuyente sin haberse producido alguna de las circunstancias antes descritas, las previsiones del artículo 95 bis quedarán sin efecto.

## EMIGRACIÓN A UN PARAÍSO FISCAL

Contrapunto de las reglas especiales aplicables a los emigrantes a Europa, el artículo 95 bis también contiene reglas especiales, estas no opcionales, para la emigración a paraísos fiscales.

No se alcanza a comprender, *prima facie*, la necesidad de normas especiales para la emigración a paraísos fiscales, pues es difícil imaginar una regla más dura que la general de hacer tributar, con la simple ocasión de la emigración, plusvalías meramente latentes. Pero a poco de comenzar a leer el apartado 7 del artículo 95 bis queda claro que se trata de echar un remiendo a otro descosido que la norma provoca. Aunque el roto en este caso lo es en relación con una ficción punitiva que ya había sido incorporada a nuestro ordenamiento y que conecta directamente con el otro tipo de *exit charge* que la doctrina internacional conoce: los llamados *extended tax liabilities* («*extended tax liabilities, i.e. «trailing taxes» or «capital gains taxes on former residents», can be defined as taxes that are levied on realized gains from the alienation of property by former resident taxpayers after emigration»* [Chand, Vikram: «Exit Charges for Migrating Individuals and Companies: Comparative and Tax Treaty Analysis», *Bulletin for International Taxation*, 2013, Volume 67, N.º 4/5]).

En efecto, el apartado 2 del artículo 8 de la Ley del IRPF establece la ficción de que «no perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Esta regla se aplicará en el perio-

do impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro periodos impositivos siguientes». Si el contribuyente del IRPF lo sigue siendo cuando emigra a un paraíso fiscal, desaparece el hecho desencadenante de la tributación bajo el artículo 95 bis, que es que el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, con lo que el emigrante a un paraíso fiscal sería tratado igual que quienes no emigran, y mejor que los que emigran a cualquier otro sitio. En fin, un lío que el apartado 7 del artículo 95 bis pretende sortear, estableciendo lo que sigue:

«7. Lo dispuesto en el artículo 95 bis será igualmente de aplicación cuando el cambio de residencia se produzca a un país o territorio considerado como paraíso fiscal y el contribuyente no pierda su condición conforme al apartado 2 del artículo 8 de esta Ley.

En estos supuestos se aplicarán las siguientes especialidades:

- a) Las ganancias patrimoniales se imputarán al último periodo impositivo en que el contribuyente tenga su residencia habitual en territorio español, y para su cómputo se tomará el valor de mercado de las acciones o participaciones a que se refiere el apartado 3 en la fecha de devengo de dicho periodo impositivo.
- b) En caso de que se transmitan las acciones o participaciones en un periodo impositivo en que el contribuyente mantenga tal condición, para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial correspondiente a la transmisión se tomará como valor de adquisición el valor de mercado de las acciones o participaciones que se hubiera tenido en cuenta para determinar la ganancia patrimonial prevista en este artículo».

## VALORACIÓN CRÍTICA

Ha quedado claro a lo largo de las líneas anteriores que la figura del *exit tax* aplicada a personas físicas nos parece un artificio que encaja penosamente en la dogmática de nuestro IRPF. Pero lo cierto es que no somos los primeros en incorporar la figura. En efecto, salvo error u omisión, tienen un *immediate exit tax* aplicable a personas físicas países tan caracterizados como Canadá, Estados Unidos, Países Bajos, Sudáfrica, Australia, Japón, Alemania, Dinamarca o Francia («*immediate exit taxes can be defined as taxes that are levied on the appreciated value of the taxpayer's properties immediately before emigration»*, Chand, Vikram, *op. cit.*).

Precisamente en relación con el impuesto francés se pronunció el TJUE en su sentencia de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant, asunto C-9/02. Vamos a utilizar lo dicho por el TJUE en de Lasteyrie du Saillant para pasar sucinta revista al argumento inicial de evasión fiscal usado para fundamentar el impuesto.

Así, el Gobierno francés se justificó de la siguiente forma (apartados 25 y 27 de la sentencia):

«25. Este Gobierno precisa, (...), que la razón por la que se adoptó el artículo 167 bis del CGI fue el comportamiento de ciertos contribuyentes, consistente en trasladar temporalmente su domicilio fiscal antes de transmitir sus títulos mobiliarios con la única finalidad de eludir el pago del impuesto sobre las plusvalías devengado en Francia. [...].

27. A continuación, el Gobierno francés subraya que la aplicación del artículo 167 bis del CGI es proporcionada respecto al objetivo perseguido, puesto que las cargas impuestas al contribuyente están limitadas en el tiempo. En efecto, la tributación establecida solo puede hacerse efectiva en el plazo de los cinco años siguientes a la fecha de la salida de Francia. Al final de este plazo, si el interesado no ha transmitido sus títulos, queda exonerado de toda obligación tributaria respecto a las autoridades francesas. Considera que la determinación de un plazo de cinco años garantiza la eficacia del sistema e impide los fraudes realizados mediante el establecimiento durante un breve período en el extranjero».

Estos argumentos fueron contestados contundentemente por el TJUE. Aunque la óptica del TJUE es la de la libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea, sus razonamientos son, a nuestro juicio, válidos erga omnes. Así, apartados 46, 50, 51 y 54 de la sentencia:

«46. En efecto, el contribuyente que quiere trasladar su domicilio fuera del territorio francés en el marco del ejercicio del derecho que le garantiza el artículo 52 del Tratado, está sometido a un trato desfavorable en comparación con la persona que mantiene su residencia en Francia. Por el mero hecho de llevar a cabo dicho traslado, este contribuyente se convierte en deudor de un impuesto sobre un beneficio que aun no ha obtenido y del que, por tanto, todavía no dispone, mientras que si hubiera permanecido en Francia, las plusvalías solo serán imponible en la medida en que hubieran sido efectivamente realizadas. [...].

50. Por lo que se refiere a la justificación basada en el objetivo de prevenir la evasión fiscal, mencionado

por el órgano jurisdiccional remitente en la cuestión prejudicial, debe señalarse que el artículo 167 bis del CGI no tiene por objeto específico denegar la aplicación de una ventaja fiscal a los montajes puramente artificiales cuya finalidad sea eludir la normativa tributaria francesa, sino que se aplica, de manera general, a cualquier situación en la que un contribuyente que posee un porcentaje considerable de participaciones en una sociedad sujeta al impuesto de sociedades trasladada, «por cualquier razón» su domicilio fiscal fuera de Francia.

51. Pues bien, el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro [...].

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

La conclusión del TJUE fue (apartado 69 de la sentencia):

«69. En consecuencia, procede responder [...] que el principio de libertad de establecimiento (...) se opone a que un Estado miembro establezca, a fin de prevenir un riesgo de evasión fiscal, un régimen de imposición de las plusvalías latentes como el previsto en el artículo 167 bis del CGI, en caso de traslado del domicilio fiscal de un contribuyente fuera de este Estado».

Mejor suerte corrió el argumento de reparto internacional de la potestad tributaria basado en un pretendido principio de territorialidad fiscal, esgrimido por el Gobierno holandés en el caso N, resuelto por el TJUE en su sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C-470/04, ya citado en un momento anterior de estas líneas.

Dijo así el TJUE en N:

«32. En el momento de los hechos del litigio principal, el Derecho fiscal neerlandés establecía un gravamen de las plusvalías latentes de derechos sociales, cuyo devengo consistía en el traslado del domicilio de un contribuyente, titular de participaciones significativas en una sociedad, fuera de los Países Bajos. [...].

39. (...), el régimen tributario controvertido en el asunto principal puede obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento.

40. No obstante, de reiterada jurisprudencia se desprende que las medidas nacionales que pueden restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado pueden admitirse siempre que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la obtención de este y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen. [...]

42. [...], preservar el reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia [...].

45. Al respecto, no deja de ser razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y, en particular, en el modelo de convenio elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

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

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

A nuestro juicio, el TJUE no ha sabido interpretar correctamente lo que significa el orden internacional de reparto de potestades tributarias entre los Estados que se desprende del convenio modelo de la OCDE, cosa tampoco extraña en quien no está acostumbrado a manejarlo, pues la jerga bienintencionada y los tecnicismos que conlleva, adecuadamente utilizados, pueden deslumbrar a cualquiera.

Es verdad que el principio general que el convenio modelo establece es el de tributación en el Estado de residencia (Estado de destino de la emigración en este caso), pero ese principio no significa que el Estado de la fuente (Estado de salida del emigrante) no goce de potestad para gravar ciertas rentas especialmente conectadas con el territorio. El ejemplo paradigmático es el de las rentas inmobiliarias, y esta es la razón por la que los *immediate exit taxes* nunca gravan plusvalías latentes anidadas en inmuebles: como el Estado de salida del emigrante conserva el derecho a gravarlas cuando efectivamente se realicen, su gravamen en situación puramente latente carece de justificación. Y sucede que el mismo derecho de gravamen se reservan muchos Estados respecto de acciones o participaciones significativas en sociedades residentes en su territorio. España, por ejemplo, lo tiene pactado, entre otros, con México (el artículo 13.3 del Convenio hispano-mexicano establece que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones que representen una participación de al menos el 25 % en el capital de una sociedad residente de un Estado Contratante, detentada al menos durante el período de doce meses precedente a la enajenación, pueden someterse a imposición en dicho Estado), Estados Unidos, India, Noruega, Israel, Islandia, Francia, Corea del Sur o Panamá.

Sin embargo, el gravamen de participaciones significativas en el estado de la fuente no existe en los últimos convenios españoles (Chipre, República Dominicana, Nigeria, Omán y Uzbekistán), quizá porque España es ahora un país tan inversor como receptor de inversiones internacionales, o porque simplemente los otros Estados contratantes no lo han querido así. En cualquier caso, y esto es lo que interesa en este momento, el reparto internacional de potestades tributarias en relación con acciones y participaciones en sociedades no es algo escrito en piedra en el convenio modelo de la OCDE, sino que depende de la voluntad soberana de los Estados contratantes, y caben muchas posibilidades, por lo que pretender fundamentar un *immediate exit tax* sobre participaciones significativas en sociedades en un reparto posible de potestades tributarias bajo el convenio modelo de la OCDE, y al mismo tiempo estar firmando convenios en los que nunca

se incluye el gravamen en fuente de participaciones significativas para protegerte como jurisdicción de acogida de sociedades *holding* internacionales (como hace Holanda, por ejemplo), es simplemente un ejercicio de hipocresía.

Fuera del ámbito de los países convenidos, España se atribuye un derecho incondicional a someter a imposición las ganancias patrimoniales obtenidas por no residentes en cuanto se deriven de valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español (artículo 13.1.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes), de modo que en el caso general de emigración a un país no convenido, el artículo 95 bis es innecesario en relación con acciones o participaciones de entidades españolas, porque España mantiene el derecho a gravar las plusvalías derivadas de dichas acciones o participaciones cuando efectivamente se obtengan por el emigrante. Y si de lo que se trata es de gravar las acciones o participaciones de entidades extranjeras en poder de españoles cuando van a emigrar, entonces todo el discurso de conexión de la plusvalía con el territorio carece directamente de fundamento.

En fin, que el razonamiento del reparto internacional de la potestad tributaria es a nuestro juicio muy poco sólido, pues los Estados gozan de capacidad más que suficiente para someter a tributación las plusvalías que deriven de acciones o participaciones emitidas por entidades residentes en su territorio, y cuando abdican de esa capacidad lo hacen de forma voluntaria y soberana en el marco de un tratado internacional, en el que además podrían incluir excepciones que son moneda común y que nadie les obliga a dejar de poner.

Ya en de Lasteyrie du Saillant los Gobiernos holandeses y alemán intervinieron en el procedimiento, tratando de apuntalar la figura, con el argumento del reparto internacional de la potestad tributaria. Así, el apartado 32 de la sentencia recoge lo siguiente:

«32. El Gobierno alemán sostiene, [...], que el artículo 167 bis del CGI se basa en el reparto de competencias en materia tributaria entre el “Estado de salida” y el “Estado de destino”. La potestad del “Estado de salida” para gravar las plusvalías de participaciones en sociedades de capital deriva de

*que dichas plusvalías han sido generadas regularmente por la actividad de la sociedad en este último Estado. Por tanto, forman parte del patrimonio del contribuyente que, hasta su traslado, está sujeto a tributación en este Estado».*

El párrafo es tan directo como revelador. En primer lugar, dice directamente que la potestad impositiva del Estado de salida deriva de una cosa tan antigua como que las plusvalías *«han sido generadas regularmente por la actividad de la sociedad»* en ese Estado, lo que es igual que afirmar que lo que se grava son sólo las plusvalías derivadas del negocio que una sociedad alemana (o española u holandesa) desarrolla regularmente en Alemania (o en España o en Holanda). Nada más alejado de la generalidad con la que los *immediate exit taxes* están concebidos legislativamente y de la realidad del mundo actual, donde los grupos de sociedades presentes en varios países regulatoria y operativamente son la regla y no la excepción, y donde muchos países emergentes (por ejemplo, Brasil o India) reclaman su derecho a gravar las plusvalías puestas indirectamente de manifiesto en relación con sociedades residentes en sus territorios cuando se produce la transmisión de acciones o participaciones de sociedades *holding* situadas uno o varios niveles más arriba del grupo (en Holanda, también por ejemplo).

El párrafo es igualmente revelador de que los *immediate exit taxes* no son impuestos sobre la renta, sino sobre el patrimonio del emigrante. El Gobierno alemán lo proclama alto y claro en el párrafo que nos ocupa cuando termina diciendo que las plusvalías latentes *«forman parte del patrimonio del contribuyente que, hasta su traslado, está sujeto a tributación en este Estado»* (el de salida del emigrante).

Así las cosas, nos parece en suma que la figura es técnicamente forzada y exagerada (por innecesaria en la mayoría de los casos), y que despiden un aroma de restricción y castigo a la libertad de desplazamiento de los individuos que mal se compadece con la nación eficaz, abierta y libre en la que nos gustaría vivir. Pero es verdad que muchos países de nuestro entorno la han puesto en práctica. También lo es que el refranero conoce desde antiguo situaciones similares. Y es que mal de muchos, consuelo de tontos.

JESÚS LÓPEZ TELLO\*

\* Abogado del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).