

# Acerca de determinados problemas derivados de la aplicación del *exit tax* en el IRPF tras cuatro años en vigor

José Suárez Agapito  
Socio de Pérez-Llorca  
DEPARTAMENTO DE FISCAL

I.	<b>Introducción: la tributación de salida o <i>exit tax</i>. Panorama anterior a la aprobación de la Ley 26/2014</b>	<b>116</b>
II.	<b>El <i>exit tax</i> creado por la Ley 26/2014</b>	<b>118</b>
III.	<b>Algunos problemas planteados por el encaje del <i>exit tax</i> del artículo 95 <i>bis</i> de la LIRPF con el resto del ordenamiento tributario</b>	<b>119</b>
	1. Notoria contradicción entre los artículos 80.4 y 81.3 LIS y el artículo 95 <i>bis</i> LIRPF	119
	2. Supuestos de fallecimiento del contribuyente antes de poder regresar a España desde un Estado no miembro de la UE o del EEE	120
	3. Superación de las previsiones del artículo 95 <i>bis</i> en materia de garantías por las instrucciones de la AEAT que regulan los aplazamientos	121
IV.	<b>Conclusión</b>	<b>122</b>

# Índice/



**Resumen:** La Ley 26/2014 introdujo en la normativa del IRPF un *exit tax* sobre las plusvalías latentes en acciones y participaciones significativas.

La propia regulación de esta figura, así como el transcurso de los cuatro años en que ha estado en vigor, han puesto de manifiesto diversas divergencias normativas y problemas prácticos de índole recaudatoria que en algunos casos agravan significativamente la situación tributaria de las personas físicas que desplazan su residencia al extranjero.

Dado que el legislador español tiene pendiente adaptar la imposición de salida en el ámbito societario a las directrices europeas<sup>1</sup>, y a la vista de que la movilidad geográfica está adquiriendo una mayor relevancia, resulta conveniente que el legislador, aprovechando la oportunidad, lleve a cabo una labor homogeneizadora y resuelva los problemas técnicos y prácticos que se han detectado en el ámbito del *exit tax* en el IRPF.

**Abstract:** Law 26/2014 introduced an exit tax on the latent capital gains from significant stakes in corporations or collective investment vehicles held by individual Spanish tax residents.

The actual regulation of this exit tax, as well as the four-year period that has passed since its initial implementation, have revealed several legislative divergences and practical tax collection problems. These issues significantly aggravate the situation of those taxpayers who have transferred their tax residency abroad.

The Spanish legislature needs to adapt the exit tax to recent European developments in the near future. Due to the ever-increasing importance of geographic mobility, the legislator would do well to benefit from the opportunity to carry out a harmonisation process in relation to all the different exit tax regulations and tackle the problems with the exit tax identified in the Personal Income Tax Law.



**Palabras clave:** *Exit tax*, imposición de salida, imposición directa, traslado de residencia, plusvalías latentes, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades.

**Key words:** Exit tax, direct taxation, transfer of tax residence, latent capital gains, Personal Income Tax, Corporate Income Tax.

---

<sup>1</sup> Adaptación que se podría llevar a cabo mediante uno de los anteproyectos de ley publicados el pasado 23 de octubre de 2018.

## Acerca de determinados problemas derivados de la aplicación del *exit tax* en el IRPF tras cuatro años en vigor

### I. Introducción: la tributación de salida o *exit tax*. Panorama anterior a la aprobación de la Ley 26/2014

La tributación de salida o *exit tax* es una figura bastante novedosa en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“**IRPF**”), pero con cierta tradición en el ámbito de la tributación societaria.

El *exit tax* consiste, de manera sencilla, en que un contribuyente que cambia su residencia fiscal tribute en la jurisdicción fiscal de origen por todas las plusvalías latentes que pudiera tener en ese momento. Se trata de una ficción legal por la cual el tratamiento tributario del cambio de domicilio a efectos de los impuestos directos es equiparable al de una transmisión de los activos a valor de mercado.

La razón de ser de este gravamen de salida es la protección de la recaudación tributaria de la jurisdicción fiscal de origen, en nuestro caso, del Estado español. Ello es así porque con motivo del cambio de residencia, bien por mor de la normativa interna, bien por efecto de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por el Reino de España, la Hacienda española puede perder soberanía fiscal respecto de la totalidad o parte de los bienes del contribuyente y, en consecuencia, la capacidad económica generada durante el tiempo que el contribuyente fue residente fiscal dejaría de quedar sometida a tributación en España.

El ejemplo más claro sería el de una persona física que haya adquirido durante su estancia en España valores extranjeros que hayan experimentado un incremento de valor hasta el momento de traslado del domicilio al extranjero. Con motivo del traslado a otra jurisdicción fiscal, la eventual transmisión de esos valores extranjeros carece de punto de conexión con el sistema tributario español y, en consecuencia, España habría perdido su capacidad para gravar el citado incremento de valor en el momento de la futura venta de los valores.

La finalidad del gravamen de salida parece, por tanto, clara. Ahora bien, su naturaleza no lo es tanto, toda vez que la previsión normativa puede ser considerada como norma antifraude o como una simple norma vinculada al principio de territorialidad que busca un reparto equilibrado de los ingresos públicos de las distintas jurisdicciones fiscales.

Como señalábamos anteriormente, el gravamen de salida goza de una prolongada aplicación en España. Así, en el ámbito societario la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (“**LIS 95**”), establecía en

su artículo 17 que, con carácter general, *“se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable”* de los elementos patrimoniales *“que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera del mismo”*. Es decir, se produce la tributación de las plusvalías latentes de la entidad.

Esta regla, que actualmente se contiene en el artículo 19.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS (“**LIS**”), fue objeto de adecuación a los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo producidos a lo largo del tiempo. De esta forma, para salvaguardar el derecho comunitario de libertad de establecimiento, se previó que cuando el desplazamiento se produjera a otro Estado miembro de la Unión Europea (“**UE**”) o integrado en el Espacio Económico Europeo (“**EEE**”), la deuda tributaria se pudiera aplazar hasta el momento en que la plusvalía se materializara con motivo de la transmisión de los activos en cuestión.

En el plano del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (“**IRNR**”), la regla contenida en el artículo 18.5.a) del Texto Refundido de la Ley del IRNR, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004 (“**TRLIRNR**”), aplicable al cese de actividad de los establecimientos permanentes, no constituye propiamente un gravamen de salida sino una norma asimilable a la tributación generada con motivo de la liquidación de una entidad.

En el ámbito de la tributación de las personas físicas debemos señalar que desde la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, la normativa contiene una norma de cierre por la cual aquellas rentas que pudieran ser objeto de imputación temporal, total o parcial, en un momento posterior al que la regla general de imputación temporal habría determinado, deben ser imputadas al último periodo impositivo en el que el contribuyente tenga la consideración de residente fiscal español. Esta previsión, que ha sido objeto de inclusión en los cuerpos legales posteriores que han regulado el IRPF, se refiere a los supuestos actualmente contenidos en las letras c), g), i) y j) del artículo 14 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF.

Otra regla igualmente aplicable a las personas físicas, y que es análoga a la anterior, sería la contenida en los actuales artículos 80.4 y 81.3 de la LIS (antiguos 101.4 y 102.3 de la LIS 95). En estas normas se establece que, cuando un contribuyente por el IRPF hubiera adquirido valores que deban conservar el valor de adquisición histórico como consecuencia de una operación de reestructuración sometida al régimen de neutralidad fiscal (régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores), las plusvalías latentes deberán integrarse en el último periodo impositivo en el que el contribuyente ostente la condición de residente fiscal español.

## II. El *exit tax* creado por la Ley 26/2014

La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, introdujo una nueva Sección 7ª en el Título X de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, rotulada "Ganancias patrimoniales por cambio de residencia" y que contiene un único artículo, el 95 *bis*.

Este nuevo artículo 95 *bis* instrumenta un *exit tax* sobre determinados activos que, en caso de cambio de residencia, podrían dejar de estar sometidos a tributación en España. En particular, se trata de las acciones o participaciones sociales, estén o no admitidas a cotización, y las acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva. Otros activos, ya sean físicos (bienes muebles) o financieros (por ejemplo, seguros *unit-linked*), no generan este gravamen de salida.

El régimen implantado es aplicable a aquellos contribuyentes por el IRPF que hayan residido en España, al menos, 10 de los últimos 15 periodos impositivos y que ostenten acciones o participaciones significativas<sup>2</sup>.

De manera muy resumida, y prescindiendo de algunas particularidades, el contenido del régimen, que implica la tributación sobre las plusvalías (pero no las minusvalías) latentes existentes a 31 de diciembre del último año que deba declararse en el IRPF, es el siguiente:

- Si el desplazamiento se produce a un Estado miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el impuesto deberá ser pagado cuando, en los siguientes 10 ejercicios, se produzca cualquiera de los siguientes supuestos: (i) se transmitan los valores por actos *inter vivos*, (ii) se pierda la condición de residente en dichos Estados o (iii) se incumpla una obligación específica de información contenida en el artículo 95 *bis*.6.c) de la LIRPF.

Como se puede apreciar, en estos casos, ni siquiera es necesario garantizar la deuda tributaria correspondiente al *exit tax*.

- Si el desplazamiento se produce a otros Estados, dejando al margen las jurisdicciones que tienen la calificación de paraíso fiscal, el impuesto deberá ser pagado o garantizado. Esta última alternativa solo es aplicable cuando el desplazamiento se deba a motivos laborales o bien, en los otros supuestos, cuando la jurisdicción de llegada haya suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición que contenga cláusula de intercambio de información tributaria.

Respecto de las garantías consideradas aptas para aplazar la deuda tributaria, debe señalarse que el artículo 95 *bis*.4, tercer párrafo, señala que "*estas podrán constituirse, total o parcialmente, en tanto resulten suficientes jurídica y económicamente, sobre los valores*" sobre los que aplica el *exit tax*.

---

<sup>2</sup> Los supuestos son dos: (i) cuando el contribuyente sea titular de acciones o participaciones cuyo valor total supere 4 millones de euros, y (ii) cuando el contribuyente sea titular de acciones o participaciones en entidades que otorguen más de un 25 % de participación y su valor exceda de 1 millón de euros.

Si el contribuyente adquiriese de nuevo la residencia fiscal española en el plazo de los cinco ejercicios siguientes (prorrogable en otros cinco en supuestos especiales vinculados a un desplazamiento laboral) y no hubiese transmitido los valores afectados, la deuda aplazada se extinguirá.

Finalmente, en cualquiera de las dos alternativas, si, una vez devengado y abonado el *exit tax*, el contribuyente adquiriera en el futuro nuevamente la residencia fiscal española sin haber transmitido los valores afectados, podrá solicitar la rectificación de la declaración presentada, al efecto de obtener su reembolso.

### **III. Algunos problemas planteados por el encaje del *exit tax* del artículo 95 *bis* de la LIRPF con el resto del ordenamiento tributario**

Si bien la introducción del *exit tax* del artículo 95 *bis* es reciente, los cuatro años en que ha estado en vigor han permitido observar determinadas lagunas, tanto de la propia redacción del precitado artículo, como derivadas de la aplicación de otras normas y actos administrativos que integran el ecosistema tributario español que persiguen la misma finalidad.

Detallamos algunas de las más reseñables a continuación.

#### **1. Notoria contradicción entre los artículos 80.4 y 81.3 LIS y el artículo 95 *bis* LIRPF**

Los artículos 80 y 81 de la LIS establecen cuál es el régimen tributario aplicable a los socios que han tomado parte en una operación de reestructuración empresarial sometida al régimen de neutralidad, tanto si son entidades como personas físicas. Este régimen parte de la base de que en el momento de realización de las operaciones existen plusvalías latentes pendientes de tributación y facilita su realización mediante la posposición de la tributación de esas plusvalías.

Esas plusvalías latentes serán objeto de tributación cuando las participaciones se transmitan o cuando el socio cambie de residencia fiscal, supuesto regulado por los citados 80.4 y 81.3 de la LIS.

A pesar de la aprobación simultánea de ambas normas (LIS y Ley 26/2014), de la comparación de dichos artículos de la LIS con el 95 *bis* de la LIRPF saltan a la vista dos diferencias significativas:

- Conforme a los artículos 80.4 y 81.3 de la LIS tributarían plusvalías latentes correspondientes a participaciones con un valor inferior a 1 y 4 millones de euros, circunstancia que con el 95 *bis* no se daría.
- Conforme a los artículos 80.4 y 81.3 de la LIS la deuda generada sobre las plusvalías latentes solo puede ser aplazada hasta la fecha de la eventual futura transmisión de los valores, en el caso de traslado a Estados de la UE o del EEE. Sin embargo, en el 95 *bis*, tales traslados podrían no dar siquiera lugar a tributación, y el impuesto podría ser aplazable en el caso de desplazamiento a terceros Estados en los términos expuestos anteriormente. Por lo tanto, el régimen de la LIS es más estricto que el contenido en el 95 *bis* de la LIRPF.

Lamentablemente, estas lagunas o contradicciones normativas no pueden ser fácilmente reparables sin intervención del legislador. En este sentido, como más adelante señalaremos, puede existir una oportunidad para reparar esta situación en el corto plazo.

## **2. Supuestos de fallecimiento del contribuyente antes de poder regresar a España desde un Estado no miembro de la UE o del EEE**

Tal como se ha indicado, en el caso de cambios de domicilio a Estados de la UE o del EEE, si transcurridos 10 años desde el cambio de domicilio los valores no son transmitidos en operaciones *inter vivos* (entre otros supuestos), el *exit tax* no deberá ser satisfecho por el contribuyente. Si en estos casos la transmisión se realiza *mortis causa*, el *exit tax* no se devengará. En nuestra opinión, en tal regulación subyace una medida antifraude que trata de discriminar los cambios de residencia “espurios” frente a los “legítimos”.

Siendo así, consideramos que existen otros supuestos en los que el *exit tax* no se debería exigir, o bien debería ser objeto de devolución sobrevenida.

Tal sería el caso del fallecimiento del contribuyente que ha cambiado su residencia a otro Estado no miembro de la UE o del EEE y que a la fecha de deceso conserve los bienes que dieron origen al *exit tax*. Nuestra opinión se basa en dos razones. Por una parte, el fallecimiento difícilmente puede ser considerado un supuesto de *elusión fiscal*. Y por otra, tanto en el fallecimiento de un residente fiscal español (artículo 33.3.b) LIRPF) como en el de un no residente fiscal español (igualmente artículo 33.3.b) LIRPF, por remisión del artículo 24.4 del TRLIRNR), no habría existido tributación en España por las plusvalías latentes a la fecha de fallecimiento (la denominada *plusvalía del muerto*, exenta de tributación).

Si comparamos, por tanto, la regulación del *exit tax* derivado de desplazamientos a terceros Estados con la relativa a los desplazamientos a Estados miembros de la UE o del EEE, se aprecia una notoria falta de paralelismo en el supuesto de fallecimiento. Desigualdad que implica que, toda vez que el fallecido que se haya desplazado fuera de la UE o del EEE no puede volver a adquirir la residencia fiscal española, el *exit tax* deviene irrecuperable para sus sucesores.

Cabe plantearse si, acaso, esta disimilitud responde a un olvido del legislador, pero dado que la regulación aplicable al traslado a Estados de la UE y del EEE hace expresa mención a las transmisiones *inter vivos*, parece difícil sostener este criterio. Obsérvese que igualmente los artículos 80.4 y 81.3 de la LIS nada prevén sobre el fallecimiento del contribuyente vigente una residencia fiscal extranjera.

### **3. Superación de las previsiones del artículo 95 *bis* en materia de garantías por las instrucciones de la AEAT que regulan los aplazamientos**

De acuerdo con el artículo 95 *bis*.4 de la LIRPF, las garantías de la deuda tributaria "*podrán constituirse, total o parcialmente, en tanto resulten suficientes jurídica y económicamente, sobre los valores*" sobre los que orbita el *exit tax*.

De la lectura de esta previsión normativa podría desprenderse la idea de que tales valores deberían ser admitidos, prácticamente de forma automática, como garantía de la deuda tributaria. O, por lo menos, que dichos valores deberían ser una garantía preferente para el aplazamiento de la deuda.

En nuestra opinión, tal conclusión debería ser la aplicable y la recomendable en la regulación de un *exit tax* que, por definición, grava una riqueza no materializada todavía. Pero para que ello fuera aplicable sería necesario que la cuantificación del *exit tax* tuviera en consideración las eventuales disminuciones valorativas que las acciones y participaciones gravadas tuvieran en el futuro. Y dado que ello no es así, tal asociación de ideas es errónea.

Además, tal falsedad se comprueba a la luz de la práctica administrativa actual. Así, a los efectos de considerar la suficiencia jurídica y económica de las garantías ofrecidas en los casos de *exit tax*, los órganos de recaudación aplican las instrucciones internas que, de manera genérica, regulan las condiciones que deben cumplir las garantías ofrecidas en las solicitudes de aplazamiento.

Lo cierto es que, en materia recaudatoria, durante los últimos años se aprecia un progresivo endurecimiento de las condiciones aplicables a los aplazamientos (y los fraccionamientos), lo que se ha materializado en la reducción de los plazos máximos de los mismos y la restricción de las garantías consideradas aptas para garantizar el cobro de la deuda tributaria.

Así, si atendemos a la Instrucción 1/2017, de 18 de enero, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos, podremos constatar que en su instrucción decimotercera se señalan como supuesto de bienes no admisibles, bienes que como norma general no se admitirán como garantía “las prendas sobre valores o acciones de entidades para los que no exista un mercado de negociación secundario oficial que asegure de manera rápida y efectiva su realización”.

Como consecuencia de lo anterior, y debido al referido paulatino endurecimiento de las condiciones exigidas para los aplazamientos tributarios, los contribuyentes se encuentran con que el *exit tax* aplicable sobre acciones o participaciones no admitidas a cotización debe ser garantizado con otros bienes distintos de dichas acciones o participaciones, cosa que no siempre es posible y que les puede abocar a que, de manera efectiva, tengan que pagar el impuesto de manera inmediata.

En este sentido, cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, una obligación de pago inmediato del *exit tax* puede suponer un quebrantamiento del principio de proporcionalidad.

Por tanto, la excepcionalidad propia del gravamen de salida debería aconsejar una mayor flexibilidad en la aceptación de garantías que no hipoteque la economía del contribuyente.

#### **IV. Conclusión**

Tras cuatro años de vigencia del actual *exit tax* contenido en la normativa del IRPF, los contribuyentes y los operadores jurídicos han podido constatar determinadas lagunas y problemáticas que, dado el carácter extraordinario de los gravámenes de salida, deberían ser objeto de revisión por parte del legislador.

En este sentido, el legislador español debe incorporar al Derecho interno, en el corto plazo, una serie de normas comunitarias, entre las que se encuentra la Directiva 2016/1164, de 12 de julio de 2016 (“ATAD”, por sus siglas en inglés), que regula la imposición de salida a nivel comunitario en lo que a la imposición sobre sociedades se refiere. Con motivo de la actualización del artículo 19 de la LIS, el legislador podría aprovechar para resolver las cuestiones anteriormente señaladas, entre otras.

Así, consideramos que, por una parte, el legislador debería potenciar la posibilidad de que los valores sobre los que recae el *exit tax* deban ser considerados como garantía de la deuda, pero no desde la perspectiva general de los fraccionamientos y aplazamientos ordinarios, de forma que una práctica recaudatoria restrictiva no vacíe de contenido esa posibilidad prevista en el artículo 95 bis.

Por otra parte, sería conveniente aclarar y regular de una forma unitaria qué sucede con las plusvalías latentes en sede del IRPF a que hacen referencia los artículos 80 y 81 de la LIS y, en particular, cuál es el régimen de ingreso y aplazamiento aplicable en tales supuestos.

Finalmente, para aquellos contribuyentes que perdieron la residencia fiscal española pero conserven los valores sobre los que recayó el *exit tax*, con el objetivo de evitar situaciones de desigualdad tributaria, deberían preverse como supuestos de inexigibilidad sobrevenida del *exit tax* todos aquellos que bajo la normativa interna del IRNR supongan una inexistencia de tributación. Tal podría ser el caso, antes señalado, del fallecimiento del contribuyente antes de su regreso a España.

En relación con lo anterior, debemos señalar que el pasado día 23 de octubre de 2018 se publicó el anteproyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, en el que, entre otras cuestiones, se realiza la adaptación del citado artículo 19 de la LIS. Lamentamos que en dicho anteproyecto no se haya aprovechado la oportunidad para homogeneizar las normativas existentes para resolver los problemas detectados en la aplicación del artículo 95 bis de la LIRPF que hemos señalado. Es posible, no obstante, que estas cuestiones sean abordadas por la norma en tramitación, como consecuencia de observaciones ciudadanas o de enmiendas realizadas durante la tramitación parlamentaria.