

DOCUMENTOS DE TRABAJO

7/2018

Problemas actuales sobre la residencia fiscal: perspectivas
interna, comunitaria e internacional

Director
ISAAC MERINO JARA

Coordinador
ANTONIO VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA

Estefanía Álvarez Menéndez
Juan Calvo Vérguez
María del Carmen Cámara Barroso
Elizabeth Gil García
Marta González Aparicio
Manuel Lucas Durán
José Manuel Macarro Osuna
Elena Manzano Silva
Isaac Merino Jara

Soraya Rodríguez Losada
Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo
Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo
Rafael Sanz Gómez
Victoria Selma Peñalva
María Eugenia Simón Yarza
Laura Soto Bernabeu
Antonio Vázquez del Rey Villanueva



- 4.1.4. Nota sobre el *exit tax* en el régimen de impatriados
- 4.2. Desde la perspectiva de los convenios de doble imposición
- 5. Algunas propuestas de *lege ferenda*
 - 5.1. La reducción del tiempo previo de residencia en España de 10 a cinco años
 - 5.2. ¿Y por qué no seguir el modelo foral?
 - 5.3. ¿Optar por modificaciones menores, mayores, reconfiguración del régimen o supresión total?
- 6. Notas conclusivas

Bibliografía

Capítulo 6. RÉGIMEN Y PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS AL EXTRANJERO: BENEFICIOS FISCALES Y PROBLEMÁTICA DE LOS EXPATRIADOS por Victoria Selma Peñalva

- 1. Introducción
- 2. Aproximación al concepto de trabajador desplazado
 - 2.1. Trabajador desplazado al extranjero con residencia fiscal en España
 - 2.1.1. ¿Qué ocurre si el desplazamiento al extranjero supera los 183 días contemplados en la normativa española?
 - 2.1.2. ¿Cómo puede comprobar la Administración tributaria española los intereses económicos que una persona física tiene fuera de nuestras fronteras?
 - 2.1.3. ¿Cómo se determina la residencia de un trabajador desplazado cuando la normativa interna de los Estados intervinientes no proporciona una solución clara?
 - 2.2. Trabajador desplazado al extranjero que adquiere la condición de no residente
- 3. Regímenes especiales aplicables al expatriado
 - 3.1. Exención por trabajos realizados en el extranjero: art. 7.p) de la Ley del IRPF
 - 3.1.1. Regulación y fundamento jurídico
 - 3.1.2. Requisitos
 - 3.1.3. Límite de la exención
 - 3.2. Régimen de excesos: artículo 9.A.3.b) del Reglamento del IRPF
 - 3.2.1. Régimen jurídico y fundamento jurídico
 - 3.2.2. Requisitos
- 4. Valoración crítica de los distintos regímenes aplicables y su posible compatibilidad
- 5. Reflexiones finales

Bibliografía

Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos

Capítulo 7. TRASLADO DE RESIDENCIA Y TRIBUTACIÓN DE LAS GANANCIAS PATRIMONIALES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS por María Eugenia Simón Yarza

- 1. Introducción

2. La jurisprudencia del TJUE
 - 2.1. Los pronunciamientos del TJUE relativos al régimen tributario español
3. Cambio de residencia y tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el IRPF
 - 3.1. La tributación de las ganancias patrimoniales latentes en las acciones o participación del sujeto pasivo (art. 95 *bis* LIRPF)
 - 3.1.1. El régimen general del art. 95 *bis* LIRPF
 - 3.1.2. El aplazamiento del pago cuando el contribuyente se traslada por motivos laborales a un país o territorio que no es paraíso fiscal o, por cualquier otro motivo, a un Estado con el que España haya suscrito un CDI con cláusula de intercambio de información
 - 3.1.3. La tributación de las ganancias patrimoniales cuando el contribuyente se traslada a un Estado miembro de la UE o del EEE
 - 3.1.4. La tributación de las ganancias patrimoniales cuando el contribuyente se traslada a un paraíso fiscal
 - 3.2. El mantenimiento de la condición de sujeto pasivo durante los cuatro ejercicios siguientes al del cambio de residencia (art. 8.2 LIRPF)
 - 3.3. La incorporación en la base imponible de las rentas pendientes de imputación (art. 14.3 LIRPF)

Bibliografía

Capítulo 8. LOS TRASLADOS DE RESIDENCIA FISCAL A OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE: PROBLEMAS A LA LUZ DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, por Rafael Sanz Gómez

1. A modo de introducción. Libertades de circulación y sistemas tributarios estatales
2. Una cuestión previa y fundamental: la interacción entre el Derecho primario y el Derecho derivado de la Unión
3. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de impuestos de salida sobre personas físicas y otras medidas que afectan al traslado de residencia
4. Traslados de residencia de las personas jurídicas: la Directiva de reorganización societaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia
5. La Directiva del Consejo 2016/1164: la codificación de los impuestos de salida como cláusula anti-elusión
6. Conclusiones

Bibliografía

Capítulo 9. TRASLADOS ARTIFICIALES DE LA RESIDENCIA FISCAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS A NIVEL INTERNACIONAL: LA DESLOCALIZACIÓN DE LA SEDE DE DIRECCIÓN EFECTIVA. CUESTIONES GENERALES Y SOLUCIONES POTENCIALES, por Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo

1. Introducción
2. Cuestiones preliminares: el principio de residencia frente al principio de territorialidad

Capítulo 7

TRASLADO DE RESIDENCIA Y TRIBUTACIÓN DE LAS GANANCIAS PATRIMONIALES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS*

MARÍA EUGENIA SIMÓN YARZA
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

§1. En general, en el sistema tributario español las ganancias y pérdidas patrimoniales tributan en el período impositivo en que se ponen de manifiesto como consecuencia de una alteración en la composición del patrimonio del sujeto pasivo. Es un criterio de devengo razonable, pues si se exigiera el impuesto al contribuyente por el mero hecho del aumento del valor de sus bienes, a falta de liquidez aquél podría verse obligado a enajenar su patrimonio para satisfacer el impuesto¹.

Esta regla general se complementa con otras que, con el fin de evitar que se pierda la base imponible, prevén que las rentas se sometan a imposición antes de que se hayan realizado. En el IRPF y en el IS, cuando el sujeto pasivo traslada su residencia fuera de España, siempre que concurren determinadas circunstancias, el gravamen de las ganancias y pérdidas patrimoniales se devenga aunque la composición del patrimonio se mantenga inalterada². Nos limitamos al estudio del IRPF.

§2. La imposición de las rentas no realizadas con ocasión del cambio de la residencia del contribuyente a otro Estado, comúnmente designada con el anglicismo *exit taxes* (impuestos de salida) es una práctica fiscal ampliamente difundida en la actualidad. A través de ella los Estados procuran contrarrestar la disminución de recaudación que trae consigo la libertad de localización de bienes, personas y capitales³.

* Este trabajo se ha realizado dentro del marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia "La residencia fiscal desde la perspectiva del ordenamiento foral de Navarra", DER2015-63533-C4-4-P.

¹ Comentarios al artículo 13 del MCOCDE, núm. 7, en OCDE (2010), p. 247. Hay otras razones que justifican esta medida: véase SIMÓN ACOSTA (1983), pp. 280-282.

² El término de ganancias y pérdidas patrimoniales empleado al tratar de la tributación por traslado de residencia a otro Estado es más amplio que el que se formula en el art. 33.1 LIRPF. La definición recogida en este precepto incorpora la alteración de la composición del patrimonio del contribuyente como elemento definitorio de las ganancias y pérdidas patrimoniales, pero en el caso del traslado de residencia a otro Estado, las rentas calificadas como ganancias y pérdidas patrimoniales se gravan aun cuando no se haya producido variación alguna en la composición del patrimonio del contribuyente. Sobre el concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales, *cfr.* la monografía de GALÁN SÁNCHEZ (2000), SIMÓN ACOSTA (1992), DE PABLO VARONA (2002), CAYÓN GALIARDO (1991).

³ Sobre los tipos de impuestos a la emigración y su fundamento, véase RIBES RIBES (2014), pp. 27-34.

§3. Si el criterio general del diferimiento del gravamen sobre las ganancias patrimoniales mientras no haya alteración en la composición del patrimonio no se aplica cuando el sujeto pasivo traslada su residencia fuera de España es porque, en estas circunstancias, existe un interés que prevalece sobre la garantía de la liquidez del contribuyente. De este modo se salvaguardan los ingresos tributarios correspondientes a las ganancias patrimoniales no realizadas.

Es preciso tener en cuenta que la normativa tributaria española, como la de la mayoría de los países de nuestro entorno, al establecer los criterios de sujeción a los impuestos sobre la renta, combina el criterio de tributación en residencia con el de tributación en la fuente. Dos son los puntos de conexión que determinan el devengo del gravamen sobre las ganancias patrimoniales en España: la residencia del contribuyente, en el IRPF y en el IS, y la obtención de rentas en territorio español, en el IRNR⁴.

Por lo demás, cuando el perceptor de las ganancias patrimoniales es un sujeto no residente en nuestro país, el régimen del IRNR se aplica sin perjuicio de las normas contenidas en los CDI vigentes en España en la fecha de devengo del impuesto. Al establecer las normas de reparto de la potestad tributaria, estos Convenios dan prioridad al gravamen del Estado de residencia del sujeto pasivo (salvo el caso de bienes inmuebles y otros supuestos especiales del artículo 13 del MCOCDE), de modo que Estado de la fuente renuncia al gravamen de las ganancias patrimoniales o se compromete a no fijar un tipo de gravamen mayor que el que determina el CDI⁵. Por tanto, si un sujeto pasivo del IRNR obtiene ganancias patrimoniales en España por la transmisión de acciones o participaciones societarias y existe un CDI con el país de su residencia, normalmente el gravamen sobre estas rentas será de baja intensidad o no existirá.

Si se consideran los criterios de sujeción a los impuestos sobre la renta bajo el prisma de la regla del gravamen de las ganancias patrimoniales en el período en que se altera la composición del patrimonio del sujeto pasivo, se comprende la repercusión que el cambio de residencia del contribuyente del IRPF tiene en la recaudación. Si este contribuyente es titular de bienes o derechos que acumulan plusvalías latentes o pendientes de gravamen por razones de imputación temporal y traslada su residencia a otro Estado, deja de estar sujeto a la jurisdicción española y, si no se adoptan medidas correctoras, no tributará por las ganancias patrimoniales cuando se realicen o quedará sujeto al IRNR con un tipo de gravamen de baja intensidad cuando los bienes que acumulan las plusvalías radiquen en España y así lo determine el CDI correspondiente.

De todo lo anterior resulta que la norma especial de la tributación de las ganancias patrimoniales por traslado de residencia a otro Estado constituye, en muchos casos, un mecanismo de blindaje frente a la regla común de los CDI que otorga primacía al Estado de residencia sobre el Estado de la fuente para gravar estas rentas⁶. En muchos casos, aunque no en todos, pues cuando los bie-

⁴ SOLER ROCH (1997), pp. 65-67.

⁵ SOLER ROCH (1997), pp. 67-69.

⁶ RIBES RIBES advierte que la imposición a la emigración, dirigida a preservar el ejercicio de la potestad tributaria de los Estados, podría ser contraria al Derecho Internacional o al Derecho comunitario, en la medida que represente una violación del reparto de potestades tributarias entre Estados o en la medida que provoque situaciones de doble impo-

nes o derechos que acumulan las ganancias patrimoniales no radican en territorio español, la exigencia del IS o del IRPF por traslado de residencia supone la recaudación de un gravamen sobre unas rentas futuras con las que España no mantendrá conexión ni como Estado de residencia ni como Estado de la fuente.

§4. La exigencia de un impuesto sobre las ganancias y pérdidas patrimoniales en el ejercicio en que el sujeto pasivo pierde su condición de residente en el territorio del impuesto puede plantear problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario.

En el ámbito de la Unión Europea no existen directivas de armonización en materia de imposición directa, sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha dejado una clara impronta en la regulación del gravamen de las ganancias y pérdidas patrimoniales del IRPF y del IS⁷. España se ha visto obligada a adecuar este régimen fiscal a las sentencias que declararon contrario al derecho europeo el régimen fiscal del cambio de residencia (STJUE 12/07 2012, asunto *Comisión contra España*, C-269/09, y STJUE 25/4/2013, asunto *Comisión contra España*, C-64/11).

§5. El presente capítulo constituye un análisis del régimen actual del cambio de residencia en relación con la tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el IRPF⁸. Dado que la jurisprudencia comunitaria ha tenido una repercusión notable en la regulación de esta materia, antepondremos a la explicación de la regulación interna una exposición sobre los pronunciamientos más significativos del TJUE relativos a la imposición ligada al traslado de residencia. Una vez descritos los parámetros que el TJUE ha fijado sobre el particular, nos adentraremos en el contenido de los arts. 8.2, 14.3 y 95 *bis* LIRPF, que contienen aspectos relevantes del régimen tributario de las ganancias y pérdidas patrimoniales aplicable al cambio de residencia del sujeto pasivo en el IRPF.

sición dentro de la Unión Europea: “Los problemas generados por la exacción de estos gravámenes, bien desde la perspectiva de los contribuyentes europeos, que han de tributar por rentas aún no obtenidas, con el riesgo adicional de incurrir en una situación de doble imposición internacional, toda vez que el Estado de la emigración no tiene en cuenta la existencia o no en el nuevo Estado de residencia de medidas que graven dicha riqueza; bien desde la perspectiva de una posible violación del reparto de poder tributario en los propios tratados bilaterales, en los que el Estado de la emigración podría haber renunciado a su soberanía fiscal sobre dichas rentas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13(5) del Convenio Modelo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, pueden traducirse en potenciales vulneraciones tanto del derecho a la libertad de movimiento consagrado en el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como de las disposiciones pactadas entre los Estados contratantes mediante la suscripción de un acuerdo de doble imposición. Ello impone, sin lugar a dudas, un detenido examen sobre la admisibilidad o no de estas figuras desde la doble óptica del Derecho de la UE y del Derecho Internacional Tributario.” RIBES RIBES (2015), p. 121.

⁷ Aunque los Tratados de la UE sólo prevén la armonización en el ámbito de la imposición indirecta, es posible hablar de una “armonización tributaria derivada” que trae causa de los pronunciamientos del TJUE relativos a la imposición directa. *Cfr.* TEJERIZO LÓPEZ (2016), p. 151.

⁸ Como dije, la expresión empleada para hacer referencia a la imposición derivada del cambio de residencia es la de *exit tax*.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

§6. Desde el año 2004, el TJUE ha emitido distintos pronunciamientos sobre la normativa de un Estado miembro reguladora de la tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales por traslado de residencia a otro Estado⁹. En ninguna de estas sentencias se declara que el establecimiento de una imposición de salida por parte de un Estado miembro sea, de por sí, contrario al ordenamiento comunitario, aunque en todas ellas se hace referencia a la necesidad de respetar ciertos parámetros para que el *exit tax* se ajuste al Derecho de la UE.

En particular, la jurisprudencia del TJUE considera que el régimen tributario del cambio de residencia es conforme al derecho comunitario cuando no limita las libertades fundamentales protegidas en el TFUE o cuando, aunque limite tales libertades, se den las siguientes condiciones: 1) la restricción responde a un objetivo legítimo compatible con el Tratado de la UE y protege el interés general, y; 2) la medida tributaria cuestionada es proporcionada para alcanzar el objetivo que con ella se persigue.

§7. La primera vez que el TJUE dictó sentencia sobre la imposición a la salida en un Estado miembro fue el 11 de marzo de 2004, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado Francés en el litigio entre el Ministerio de Finanzas y el Sr. Lasteyrie¹⁰.

En el asunto en cuestión se preguntaba acerca de la legitimidad de la normativa francesa que gravaba las plusvalías y minusvalías comprobadas de los valores mobiliarios de aquellos contribuyentes del impuesto sobre la renta que trasladaban su residencia fuera de Francia, siempre que hubieran residido en este país durante al menos seis de los últimos diez años. El gravamen se exigía sólo a contribuyentes con una presencia significativa en las sociedades participadas (participación mínima del 25%). Los sujetos pasivos podían solicitar un aplazamiento de pago hasta el momento de la transmisión de las participaciones, a condición de que constituyeran una garantía suficiente para asegurar el pago de la deuda tributaria. Por lo demás, la obligación tributaria se extinguía una vez transcurridos 5 años desde el traslado de la residencia a otro Estado, siempre que las participaciones hubiesen permanecido en el patrimonio del contribuyente durante todo este lapso de tiempo.

Tanto el Sr. Lasteyrie como la Comisión y Portugal defendieron que una medida de este alcance vulneraba el derecho a la libertad de establecimiento de los residentes en Francia que desplazaban su residencia al extranjero, en la medida que se les imponía un gravamen que no soportaban los contribuyentes que conservaban su residencia en el Estado. El régimen francés contemplaba

⁹ Cfr. SSTJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02; 7/9/2006, asunto *Sr N*, C-470/04; 5/7/2007, asunto *Comisión vs. Bélgica*, C-522/2004; 29/11/2011, asunto *National Grid Indus*, C-371/10; 12/07/2012, *Comisión vs. España*, C-269/09; 6/09/2012, asunto *Comisión vs. Portugal*, C-38/2010; 31/01/2013, *Comisión vs. Países Bajos*, C-301/11; 25/04/2013, asunto *Comisión vs. España*, C-64/11; 16/04/2015, asunto *Comisión vs. Alemania*, C-591/13; 18/07/2013, asunto *Comisión vs. Dinamarca*, C-261/11; 21/12/16, asunto *Comisión vs Portugal*, C-503/14.

¹⁰ STJUE 11 de marzo de 2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant vs. Ministerio de Economía, Finanzas e Industria*.

la posposición del pago del gravamen, pero establecía exigencias excesivamente gravosas para el residente que se trasladaba, exigencias que chocaban con la restricción de la libertad de establecimiento. En particular obligaba a designar un representante fiscal en Francia y a constituir garantías suficientes para hacer frente a la deuda tributaria, con el consiguiente gasto financiero o de indisponibilidad de los bienes que se ofrecían para constituir la garantía.

Discrepaba de esta posición el Estado francés, que consideraba legítima la exacción en la medida que se había establecido con el fin de luchar contra la evasión fiscal y como medio de protección del interés general que se concreta en la garantía de la recaudación. En justificación de la exigencia de garantías para la posposición del pago alegaba que no existían instrumentos internacionales eficaces para asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria. Por lo demás, el Estado francés consideraba que la imposición era una medida del todo proporcionada al fin legítimo de la lucha contra el fraude fiscal, pues no extendía sus efectos más allá de cinco años y establecía un método de cálculo del gravamen a través del cual se evitaban situaciones de doble imposición cuando el contribuyente transmitía los valores¹¹.

En defensa de la posición de Francia intervinieron como partes coadyuvantes en el proceso los Estados de Dinamarca, Alemania y Países Bajos. Junto a la lucha contra la evasión fiscal y la protección de la recaudación, estos países alegaban como razones a favor del régimen cuestionado el respeto al principio de territorialidad fiscal y la coherencia del sistema francés¹². Conviene destacar además que, ya en esta primera STJUE relativa al *exit tax*, Alemania invocó el reparto de potestad tributaria entre Estados como justificación adecuada para establecer un impuesto a la salida¹³.

Ninguna de las razones presentadas a favor del régimen fiscal cuestionado convenció al TJUE de su conformidad con el Derecho comunitario. A juicio del Tribunal la norma francesa era contraria al derecho de la UE, porque restringía la libertad de establecimiento consagrada en el TFUE al generar un efecto disuasorio sobre los residentes en Francia que quisieran establecerse en otros Estados miembros.

¹¹ El *exit tax* francés preveía la deducción del impuesto que el contribuyente tuviera que satisfacer en el Estado de llegada, la desgravación de las pérdidas generadas con posterioridad al traslado de residencia y la exclusión de la base imponible de las plusvalías generadas después del cambio de residencia.

¹² STJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, nn. 24-26 y 33.

¹³ “El Gobierno alemán sostiene, en primer lugar, 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.” STJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, n. 32.

Teniendo en cuenta los términos en que estaba formulada¹⁴, el TJUE estimó que la norma del Estado francés no pretendía gravar a los contribuyentes que quisieran evadir la imposición, sino a todo aquél que trasladara su residencia, con independencia de la razón que motivara el cambio. Por otro lado, valoró que el régimen del *exit tax* francés era un medio desproporcionado para prevenir el riesgo de evasión fiscal, dado que existían alternativas menos lesivas para el patrimonio del contribuyente que permitían combatir la elusión.

El TJUE desechó el argumento de que la protección de la recaudación fiscal y la coherencia del régimen tributario francés, invocadas respectivamente por Dinamarca y Países Bajos como razones de interés general, constituyeran objetivos adecuados para justificar un régimen de estas características. En fin, el razonamiento de Alemania, que entendía justificada la medida por una cuestión de reparto de competencias tributarias entre Estados y que fue admitido como fundamento del *exit tax* en sentencias posteriores a *Lasteyrie*, fue sorteado en este caso por el TJUE, que declaró que resultaba ajeno al objeto de litigio¹⁵.

§8. La normativa neerlandesa enjuiciada en la STJUE de 7 de septiembre de 2006, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el marco del litigio entre el Sr. N y la Inspección tributaria de Países Bajos¹⁶, guarda bastantes similitudes con el régimen francés analizado en el caso *Lasteyrie*.

El ordenamiento tributario neerlandés establecía un gravamen sobre las plusvalías latentes de participaciones significativas en sociedades cuando los contribuyentes del impuesto sobre la renta de los Países Bajos perdían su condición de tales como consecuencia del traslado de su residencia a otro Estado. El obligado tributario podía diferir el pago del gravamen hasta el momento en que enajenara las participaciones, siempre que aportara garantía suficiente del pago de la deuda tributaria. Además, la ley preveía medidas para atenuar la doble imposición que pudiera darse por la acumulación del impuesto neerlandés con el gravamen exigido por las plusvalías de las participaciones en el Estado de acogida del contribuyente. Transcurridos diez años desde el abandono de la residencia en los Países Bajos, con la condición de que las participaciones no hubiesen salido del patrimonio del obligado tributario durante todo ese período, la deuda tributaria devengada por las plusvalías latentes se extinguía.

¹⁴ La norma no establecía ningún criterio para identificar a los residentes que se trasladaban a otro Estado con el fin de evadir la imposición y dispensaba el mismo tratamiento gravoso para el supuesto evasor y para que no lo era (STJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, nn. 50 a 54).

¹⁵ “En cuanto al argumento del Gobierno alemán según el cual es preciso tener en cuenta el reparto de las competencias en materia tributaria entre el Estado de salida y el Estado de acogida, basta señalar, como ha hecho el Abogado General en el punto 82 de sus conclusiones, que el objeto del litigio no es el reparto de las competencias en materia fiscal entre Estados miembros, ni la potestad de las autoridades francesas para gravar las plusvalías latentes, con la que se pretende responder a los traslados artificiosos de domicilio, sino la cuestión de si las medidas adoptadas con este fin se ajustan a las exigencias de la libertad de establecimiento.”. STJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, n. 68.

¹⁶ STJUE 7 de septiembre de 2006, asunto *Sr. N*, C-470/04, N. vs. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo.

Aunque también en la sentencia *Sr. N*, como *Lasteyrie*, se declaró que la normativa fiscal enjuiciada constituía un límite a la libertad de establecimiento protegida por el derecho comunitario, los fundamentos jurídicos del TJUE sobre la conformidad del *exit tax* con el derecho de la UE en una y otra sentencia contienen una diferencia notable. Como hemos señalado antes, en *Lasteyrie* el TJUE hizo caso omiso del razonamiento del Estado alemán, que reconocía en la distribución de la potestad tributaria de los Estados una justificación adecuada al *exit tax* francés, alegando que se trataba de una cuestión ajena al objeto del litigio. Pues bien, en *Sr. N* el TJUE modifica su postura y elabora su juicio sobre el régimen tributario neerlandés sobre el presupuesto del reconocimiento del reparto de potestad tributaria como fundamento legítimo de la limitación de la libertad de establecimiento. El TJUE no sólo no discute la legitimidad de la distribución de potestades tributarias como límite a la libertad de establecimiento, sino que lo justifica por la ausencia de medidas dentro de la UE que unifiquen o armonicen la distribución de estas potestades, y porque interpreta que el *exit tax* neerlandés se adecúa al contenido del art. 13.5 del Modelo de Convenio de la OCDE¹⁷.

En el caso *Sr. N* el TJUE reconoció la validez de la distribución de potestad tributaria como fundamento de la limitación de la libertad de establecimiento, pero declaró contraria al derecho de la UE la normativa neerlandesa cuestionada por considerarla desproporcionada para alcanzar el fin que perseguía. Al igual que en *Lasteyrie*, declaró excesivamente gravosa para el contribuyente la obligación de aportar garantías como condición para el aplazamiento del pago de la deuda tributaria. En este sentido, el TJUE indicó algunos medios más suaves a los que los Países Bajos podían recurrir para salvaguardar el crédito tributario, entre otros, la asistencia mutua entre Estados¹⁸.

¹⁷ “Procede recordar, por una parte, que preservar el reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia (...). Por otra parte, con arreglo al artículo 293 CE, los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. No obstante, abstracción hecha del convenio 90/436/CEE (...), no se ha adoptado ninguna medida de unificación ni de armonización a escala comunitaria encaminada a suprimir la doble imposición ni los Estados miembros han firmado, en virtud del artículo 293 CE, ningún convenio multilateral para ello (...). En este contexto es en el que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su poder tributario con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición (...). 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 (...). En consecuencia, con arreglo al artículo 13, apartado 5, del convenio modelo sobre la tributación de los rendimientos de capital de la OCDE, concretamente, en su versión de 2005, las ganancias obtenidas con motivo de la cesión de bienes tributan en el Estado contratante en el que reside el cedente. Pues bien, como señaló la Abogado General en los puntos 96 y 97 de sus conclusiones, de conformidad con dicho principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, la residencia en el territorio nacional durante el período en el que se ha generado la plusvalía sujeta al impuesto, las disposiciones nacionales controvertidas prevén la recaudación del impuesto sobre las plusvalías originadas en los Países Bajos, cuya cuota se haya fijado en el momento de la emigración del contribuyente interesado y cuyo pago se haya suspendido hasta la cesión efectiva de los títulos. 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”. STJUE 7/9/2006, asunto *Sr N*, C-470/04, nn. 42-47.

¹⁸ STJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02; 7/9/2006, asunto *Sr N*, C-470/04, nn. 51 a 53 y 55.

Otro extremo del *exit tax* neerlandés que el TJUE consideró desproporcionado, sobre el que más adelante cambió de criterio, fue la no incorporación de las minusvalías producidas después del traslado de residencia cuando el Estado de acogida no las tuviera en cuenta¹⁹.

§9. Aunque no tratemos del IS, interesa hacer referencia a la jurisprudencia del TJUE relativa a la imposición de un *exit tax* a las entidades que trasladan su residencia a otro Estado, por su relación con el principio de libertad de establecimiento. La primera y más emblemática sentencia del TJUE acerca de la tributación por cambio de residencia de las plusvalías latentes en las sociedades es del año 2011, *National Grid Indus*²⁰. En ella se plantea la legitimidad del impuesto exigido por los Países Bajos a las sociedades residentes en su territorio que trasladaban su residencia a otro Estado miembro de la UE.

De nuevo en esta resolución el TJUE reconoce que es legítimo que los Estados miembros procuren una distribución equilibrada de la potestad tributaria entre Estados, con medidas fiscales que prevean que el Estado del que la sociedad sale grave las plusvalías latentes generadas dentro del marco de su competencia tributaria antes del traslado de la sede a otro Estado²¹. Pero considera desproporcionado que el tributo correspondiente a tales plusvalías se exija con anterioridad a la realización de éstas y, por esta razón, declara que el régimen neerlandés contraviene la libertad de establecimiento protegida por el derecho de la UE.

A tenor del pronunciamiento del TJUE en el caso *National Grid Indus*, el cobro del impuesto sobre las ganancias patrimoniales no realizadas puede provocar problemas en la tesorería de las sociedades que no se justifican por la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre Estados. Éstos disponen de medios suficientes para asegurar y controlar que se efectúe el pago en el ejercicio en que se realicen las plusvalías sin comprometer la tesorería del sujeto pasivo. El TJUE especifica que la exigencia de una garantía bancaria de pago y el recurso a los mecanismos de asistencia mutua entre Estados son instrumentos suficientes que protegen el crédito tributario sin lesionar la tesorería del contribuyente. Advierte además de la posibilidad de regular mecanismos menos lesivos para la libertad de establecimiento, como sería el de permitir que el contribuyente opte entre el pago inmediato de la deuda tributaria y el pago diferido, con la consiguiente obligación de informar regularmente sobre los activos transferidos cuyo gravamen se pospone y, en su caso, con la obligación de abonar intereses de demora²².

¹⁹ “Sólo podría considerarse proporcionado, en este contexto, con respecto al objetivo perseguido, un sistema de recaudación del impuesto sobre la renta de los títulos mobiliarios que tuviera íntegramente en cuenta las minusvalías susceptibles de producirse con posterioridad al traslado del domicilio del contribuyente interesado, excepto si ya se hubieran tenido en cuenta tales minusvalías en el Estado miembro de acogida”. STJUE 7/9/2006, asunto *Sr N*, C-470/04, nn. 54 y 55.

²⁰ STJUE 29 de noviembre de 2011, asunto *National Grid Indus*, C-371/10, *National Grid Indus BV vs. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*.

²¹ STJUE 29/11/2011, asunto *National Grid Indus*, C-371/10. n. 48.

²² “En estas circunstancias, una normativa nacional que ofreciese a la sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro la opción entre, por una parte, pagar inmediatamente el importe del gravamen, lo cual generaría una desventaja de tesorería para dicha sociedad pero la dispensaría de cargas administrativas posteriores, y, por otra, pagar con carácter diferido el importe de dicho gravamen –acompañado, en su caso, de intereses con

Por lo que se refiere a las minusvalías generadas con posterioridad al traslado de la residencia del contribuyente a otro Estado, en el asunto *National Grid Indus* el TJUE modifica la postura sostenida en el asunto Sr. N. El TJUE declara que el Estado miembro de origen no está obligado a tener en cuenta tales minusvalías en el cálculo del gravamen devengado por las plusvalías latentes en el momento del cambio de residencia²³.

2.1. Los pronunciamientos del TJUE relativos al régimen tributario español

§10. En el año 2008 la Comisión dirigió un escrito a España amonestándole para que modificara el régimen del IRPF y del IS relativo a la imposición, en el ejercicio del traslado de residencia del contribuyente, de las ganancias y pérdidas patrimoniales pendientes de imputación (en el IRPF) y no realizadas (en el IS). Las discrepancias entre la Comisión y España sobre la conformidad de este régimen con la libertad de establecimiento se resolvieron en dos sentencias del TJUE, de 2012 y 2013, que obligaron a España a cambiar el régimen de la tributación de las plusvalías en la LIRPF y en la LIS.

§11. La Comisión impugnó ante el TJUE, por un lado, el art. 14.3 LIRPF, que establecía que, en caso de traslado de residencia del sujeto pasivo, éste debía incorporar en la base imponible del último período impositivo en el que declarara como contribuyente del IRPF todas las rentas pendientes de imputación²⁴.

arreglo a la normativa nacional aplicable–, lo cual conllevaría necesariamente para la sociedad afectada una carga administrativa vinculada al seguimiento de los activos transferidos, constituiría una medida que, a la vez que sería adecuada para asegurar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sería menos lesiva de la libertad de establecimiento que la medida controvertida en el asunto principal. En efecto, en el supuesto de que una sociedad considerase que las cargas administrativas asociadas al cobro diferido son excesivas, podría optar por pagar inmediatamente el gravamen.” STJUE 29/11/2011, asunto *National Grid Indus*, C-371/10, n. 73.

²³ “Además, como se desprende del apartado 58 de la presente sentencia, el régimen tributario del Estado miembro de acogida tendrá en cuenta, en principio, en el momento de realización de los activos de la empresa en cuestión, las plusvalías y minusvalías generadas por esos activos desde el traslado de la sede de ésta. No obstante, el hecho de que el Estado miembro de acogida no tenga en cuenta, eventualmente, las minusvalías no impone obligación alguna al Estado miembro de origen de volver a liquidar, en el momento de realización del activo de que se trate, una deuda tributaria que se liquidó definitivamente en el momento en el que la sociedad afectada, debido al traslado de su sede de dirección efectiva, dejó de estar sujeta al impuesto en ese último Estado miembro.” STJUE 29/11/2011, asunto *National Grid Indus*, C-371/10, n. 61.

²⁴ El art. 14.2 LIRPF establece una relación de rentas que están o pueden estar (en algunos casos depende de la opción del contribuyente) pendientes de imputación. Son las siguientes: rentas no satisfechas pendientes de resolución judicial, rendimientos de trabajo exigibles y no satisfechos por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente, ganancias patrimoniales derivadas de ayudas públicas que estén pendientes de cobro, rentas no cobradas procedentes de operaciones a plazo o con precio aplazado, diferencias en las cuentas representativas de saldos en divisas o en moneda extranjera por los cambios en sus cotizaciones, ayudas públicas para reparar defectos estructurales de construcción de la vivienda habitual, determinadas ayudas estatales para la primera adquisición de vivienda y ayudas públicas para la conservación y rehabilitación del Patrimonio Histórico Español. Además, la aplicación de la normativa del IS a los rendimientos de actividades económicas puede determinar que existan otras rentas que pendientes de imputar en la base imponible del IRPF.

El TJUE reconoció, en la sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión vs. España*, C-269/09, que resultaba conforme al derecho de la UE que España gravara las rentas devengadas durante el tiempo que el sujeto pasivo del IRPF hubiera residido en su territorio²⁵. Pero advirtió también que, tal como estaba configurado, el art. 14.3 LIRPF introducía una discriminación entre los contribuyentes que permanecían en territorio español y aquellos otros que trasladaban su residencia a otro Estado, que restringía la libertad de circulación y residencia, la libertad de movimiento de trabajadores y la libertad de establecimiento.

Tales libertades resultaban limitadas en la medida que a los contribuyentes que cambiaban de residencia no se les otorgaba la posibilidad, que se reconocía a los sujetos pasivos que conservaban su residencia en España, de posponer el pago de las rentas pendientes de imputación²⁶. A juicio del Tribunal no existía una diferencia objetiva entre unos y otros contribuyentes que legitimara la obligación de adelantar el pago prevista en el art. 14.3 LIRPF²⁷.

El TJUE rechazó las razones aducidas por el Estado español, que justificaban el contenido del precepto en la necesidad de asegurar la eficacia de la recaudación, el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre Estados y la coherencia del sistema tributario.

Aunque tales causas pudieran legitimar, en línea de máxima, una restricción de las libertades fundamentales de la UE, no justificaban los límites introducidos por el art. 14.3 LIRPF. La medida establecida en este precepto resultaba desproporcionada para conseguir una recaudación eficaz del impuesto, pues los mecanismos de cooperación y ayuda mutua entre los Estados miembros permitían alcanzar dicho objetivo con un coste menos lesivo para los contribuyentes²⁸. Asimismo, resultaba inadecuada para alcanzar los objetivos del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre Estados²⁹ y de la garantía de la coherencia del sistema tributario³⁰.

En conclusión, el TJUE declaró que el art. 14.3 LIRPF, que obligaba a los contribuyentes que cambiaban su residencia a otro Estado miembro a pagar inmediata y definitivamente, por el mero hecho del traslado, el impuesto correspondiente a las rentas ya devengadas que estaban pendientes de imputación, violaba las libertades *supra* citadas y contravenía el derecho de la UE.

²⁵ STJUE 12/7/12, *Comisión vs. España*, C-269/09, n. 76-78.

²⁶ “El deudor de la deuda tributaria no queda sujeto a un impuesto adicional en el momento en que traslada su residencia. Lo único que sucede es que se ve privado de la ventaja que suponen las facilidades de pago de la deuda tributaria. No puede negarse que la retirada de la mencionada ventaja constituye una desventaja manifiesta en términos de tesorería. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que excluir una ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras que se acepta en una situación equivalente sin tales elementos constituye una restricción de la libertad de establecimiento”. STJUE 12/7/12, *Comisión vs. España*, C-269/09, n. 58-59.

²⁷ STJUE 12/7/12, *Comisión vs. España*, C-269/09, n. 60.

²⁸ STJUE 12/7/12, *Comisión vs. España*, C-269/09, nn. 68-75.

²⁹ STJUE 12/7/12, *Comisión vs. España*, C-269/09, nn. 81 y 82.

³⁰ STJUE 12/7/12, *Comisión vs. España*, C-269/09, nn. 83 y 88.

§12. La Comisión Europea impugnó también ante el TJUE el gravamen previsto en la ley del IS, que recaía sobre las plusvalías no realizadas y se devengaba sólo si:

- a) El sujeto pasivo trasladaba su residencia a otro Estado miembro;
- b) cesaban las actividades en España de un establecimiento permanente;
- c) se transferían a otro Estado miembro los activos de un establecimiento permanente situados en España.

El juicio emitido por el TJUE sobre este particular está recogido en la STJUE 25/4/2013, asunto *Comisión contra España*, C-64/11.

Según el parecer del TJUE, la tributación de las plusvalías latentes en los supuestos a) y c) introducía una diferencia de trato entre los contribuyentes que transferían su residencia a otro lugar del territorio español y aquellos que la desplazaban al extranjero, que podía disuadir del traslado de actividades del territorio español a otro Estado miembro y no respondía a una diferencia objetiva entre la situación de unos y otros contribuyentes³¹.

El TJUE admitió la legitimidad de la liquidación del gravamen devengado en los supuestos a) y c), ya que de esta manera se protegía el ejercicio de la competencia tributaria de España sobre las rentas generadas en su territorio³². Sin embargo, al igual que en la sentencia sobre la tributación de rentas pendientes de imputar prevista en el art. 14.3 LIRPF, juzgó desproporcionado el cobro inmediato del gravamen liquidado en el ejercicio en que la sociedad trasladaba su residencia o el establecimiento permanente movía sus bienes desde España al extranjero. Según el TJUE, la competencia tributaria del Estado español para gravar estas plusvalías podía salvaguardarse de modo suficiente a través de otros mecanismos menos lesivos para el contribuyente, como el recurso a la asistencia mutua entre Estados para el cobro de créditos³³. Esta falta de proporciona-

³¹ STJUE 25/4/13, *Comisión vs. España*, C-64/11, nn. 27-29.

³² “Resulta proporcionado que el Estado miembro de origen, con el fin de preservar el ejercicio de su competencia en materia tributaria, liquide el impuesto que se adeuda por las plusvalías latentes generadas en su territorio en el momento en el que se extingue su potestad tributaria respecto a la sociedad de que se trata, en este caso en el momento del traslado de la sede de dirección efectiva de ésta a otro Estado miembro (sentencia *National Grid Indus*, antes citada, apartado 52) o en el momento en que se transfieren al extranjero elementos patrimoniales inicialmente afectados a un establecimiento permanente situado en el territorio del Estado miembro de origen”. STJUE 25/4/13, *Comisión vs. España*, C-64/11, n. 31.

³³ “Los mecanismos de asistencia mutua existentes entre las autoridades de los Estados miembros son suficientes para permitir que el Estado miembro de origen controle la veracidad de las declaraciones de las sociedades que optaran por el pago diferido de dicho gravamen. A este respecto, es importante destacar que, dado que este gravamen se liquida en el momento en el que la sociedad, con motivo de la transferencia al extranjero de sus elementos patrimoniales, deja de percibir los correspondientes beneficios imponibles en el Estado miembro de origen, la asistencia del Estado miembro de acogida concierne, no a la liquidación correcta del gravamen, sino únicamente a su cobro. Pues bien, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas (DO L 150, p. 28), dispone que, «a petición de la autoridad requirente, la autoridad requerida le comunicará los datos que le sean útiles para el cobro de un crédito». Por lo demás, la Directiva 2008/55, en particular, sus artículos 5 a 9, ofrece a las autoridades del Estado miembro de origen un marco de cooperación y de asistencia que les permite

lidad fue la razón que condujo al TJUE a declarar contraria a la libertad de establecimiento la tributación de las plusvalías latentes en los supuestos a) y c).

Por lo que se refiere a la situación descrita en la letra b) *supra*, el TJUE desestimó que el gravamen sobre las plusvalías latentes en caso de cese de las actividades en España de un establecimiento permanente restringiera la libertad de establecimiento. Los sujetos pasivos del IS que cesaban su actividad sin cambiar de residencia estaban obligados a tributar por las plusvalías latentes en su patrimonio en términos similares a los establecimientos permanentes que cesaban sus actividades en España. Era improcedente, por tanto, plantear la existencia de una discriminación contraria a la libertad de establecimiento en el supuesto de la letra b) *supra*.

3. CAMBIO DE RESIDENCIA Y TRIBUTACIÓN DE LAS GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES EN EL IRPF

§13. Además del art. 14.3 LIRPF, al que hemos hecho alusión en el §10, también los arts. 8.2 y 95 *bis* de la LIRPF guardan una relación con las ganancias y pérdidas patrimoniales gravadas en el marco contextual del cambio de residencia del sujeto pasivo. Analicemos por separado cada uno de estos preceptos.

3.1. La tributación de las ganancias patrimoniales latentes en las acciones o participaciones del sujeto pasivo (art. 95 *bis* LIRPF)

§14. Con el fin de preservar el ejercicio de la potestad tributaria del Estado español sobre las plusvalías generadas en su territorio, la LIRPF grava las ganancias patrimoniales latentes en participaciones significativas de contribuyentes que transfieren su residencia fuera de España. La imposición afecta sólo a los sujetos pasivos del impuesto que han residido en España durante, al menos, diez de los últimos quince años. El régimen fiscal de estas plusvalías se encuentra en el art. 95 *bis* LIRPF³⁴, norma que fue aprobada a finales del año 2014 y se aplica a partir del período 2015³⁵.

3.1.1. El régimen general del art. 95 *bis* LIRPF

§15. El presupuesto de hecho al que el art. 95 *bis* LIRPF vincula la obligación de tributar es el traslado de residencia. Conviene plantearse cuál es el alcance del término “residencia” en este contexto para delimitar quiénes son los sujetos pasivos a los que el legislador ha querido imponer el deber de contribuir del art. 95 *bis* IRPF.

cobrar efectivamente la deuda tributaria en el Estado miembro de acogida. (véase, en este sentido, la sentencia *National Grid Indus*, antes citada, apartado 78)”. STJUE 25/4/13, *Comisión vs. España*, C-64/11, n. 38.

³⁴ MENÉNDEZ MORENO critica la localización de este artículo entre las normas de los regímenes especiales de la LIRPF. A su juicio se trata de una regla de imputación de renta y debería estar ubicada con los preceptos que regulan la base imponible. *Cfr.* MENÉNDEZ MORENO (2015).

³⁵ No están, por tanto, obligadas a satisfacer el gravamen aquellas personas físicas que trasladaron su residencia de España a otro Estado en el año 2015. *Cfr.* las consultas de la DGT V2270-15, V2506-15, V2688-15, V3065-15, V3192-15 y V3900-15.

Al hablar de residencia en la LIRPF el pensamiento enseguida se dirige al art. 9 LIRPF que, a efectos de determinar la sujeción al impuesto, dice que tiene su residencia habitual en España³⁶:

1. Quien permanece en España, durante el año natural, más de 183 días.
2. Quien posee en España, de forma directa o indirecta, el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos.

El precepto establece también la presunción de residencia de la persona física cuyo cónyuge no separado y sus hijos menores de edad que dependan de aquélla residan en España en virtud de uno de los dos criterios anteriores.

El art. 95 *bis* LIRPF puede referirse a la residencia en el sentido del número uno, en cuyo caso las personas físicas resultarían gravadas sólo en la medida que dejaran de permanecer en el territorio español durante más de 183 días al año.

Puede aludir también a la noción de residencia como “núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos” (2), conceptos jurídicos indeterminados cuya apreciación en la realidad muchas veces es poco clara y discutible³⁷. Dilucidar si una persona tiene el centro de intereses económicos en territorio español puede ser una tarea harto complicada: ¿se debe considerar a una persona residente en virtud de este criterio por el hecho de ser titular de importantes activos en nuestro país?

Pensemos, por ejemplo, en una persona física residente en otro Estado que no ha estado nunca en España ni pretende establecerse aquí y que adquiere activos en nuestro país por valor de 80

³⁶ Cfr. SIMÓN ACOSTA (1999), pp. 125-130. La “residencia” del art. 95 *bis* LIRPF no coincide con la residencia del Código civil y tampoco con la residencia que, de acuerdo con el art. 48 de la Ley General Tributaria, determina el domicilio fiscal de las personas físicas. Cfr. MORILLO MENÉNDEZ (2002).

³⁷ Las siguientes palabras de la Audiencia Nacional ofrecen una muestra de la indeterminación del concepto de residencia como núcleo de intereses económicos: “El art. 9.1.b) LIRPF no define lo que debe entenderse por el núcleo principal o la base de las actividades o intereses económicos de un contribuyente; en cambio, a la hora de regular la residencia del contribuyente en la concreta Comunidad Autónoma, el art. 72 de la LIRPF sí establece los criterios para determinar dónde se encuentra el principal centro de intereses, definido por el lugar en que se obtenga la mayor parte de la base imponible del IRPF. En lo que respecta a la vinculación al territorio español por motivos económicos, se ha considerado que el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, queda localizado en el lugar donde se ha obtenido el mayor volumen de rentas, es decir, si obtiene en España más rentas que en cualquier otro país (SAN de 29 de junio de 2006 o la Contestación de la DGT a Consulta vinculante nº 1539/04 de 4 de agosto de 2004). También se ha identificado como el lugar donde se concentre la mayor de sus inversiones, donde radique la sede de sus negocios o desde donde administre sus bienes (STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2004). Adoptando una postura ecléctica se ha afirmado la necesidad de analizar, caso por caso, ambas cuestiones (renta obtenida e inversiones efectuadas), STS de 4 de julio de 2006 y SSTSJ de Galicia de 30 de abril de 2007. Se han considerado criterios objetivos que permiten radicar en centro de intereses económicos, en España o en cualquier otro país; gestión de explotaciones económicas, titularidad y utilización de inmuebles, urbanos o rústicos; titularidad y utilización de bienes muebles, principalmente vehículos; titularidad de otros derechos o cuentas bancarias, regularidad de movimientos bancarios, declaraciones en medios de comunicación, etc., resolución del TEAC de 9 de febrero de 2011, SAN de 20 de septiembre de 2001, de 27 de junio de 2002 y de 17 de octubre de 2002”. SAN 165/2017, de 30 de marzo de 2017.

millones de euros. En virtud de la aplicación del criterio de residencia como centro de intereses económicos se podría sostener que es en España donde radica este centro y que, por tanto, esta persona es sujeto pasivo del IRPF.

Si se entiende que el art. 95 *bis* LIRPF asume el concepto de residencia como núcleo de intereses económicos podrían llegar a darse supuestos en los que el gravamen no tendría mucho sentido. Una persona física sin otro vínculo con España que el de la titularidad de importantes activos en nuestro territorio se podría ver obligada a tributar por la plusvalía de unas acciones de una entidad que no es residente aquí cuando transmite los activos que posee en España.

Supongamos que la persona del ejemplo anterior vende los activos que tiene en España diez años después de haberlos adquirido y que es titular de una cartera de acciones (distinta de los activos) en una sociedad residente en otro Estado que acumula plusvalías latentes por valor de un millón de euros. Por aplicación de la noción de residencia como núcleo de intereses económicos podría considerarse que este sujeto pierde su condición de residente en España al transmitir sus activos y está obligado a tributar por las ganancias patrimoniales que acumulan las acciones. La cuota correspondiente a una base imponible de un millón de euros ascendería a 228.880 euros.

La indeterminación del concepto de residencia como centro de intereses económicos podría permitir evitar el gravamen a la salida del art. 95 *bis* LIRPF o posponerlo a un ejercicio posterior a aquél en que se deja de cumplir el criterio de residencia por permanencia. En este sentido, una persona que dejara de permanecer en España durante 183 días al año podría oponerse al gravamen alegando que posee el centro de intereses económicos en nuestro territorio y seguir declarando como contribuyente del IRPF sin tributar por las ganancias patrimoniales latentes en sus participaciones.

Supongamos que una persona física titular de una cartera de acciones valorada en seis millones de euros que acumula plusvalías latentes de 500.000 euros es residente en España por el criterio de permanencia y traslada su residencia habitual a otro Estado. Al perder su residencia en España a esta persona se le aplicaría el art. 95 *bis* LIRPF y tendría que pagar una cuota de 113.880 euros. Para evitar este gravamen y teniendo en cuenta la imprecisión del concepto de residencia como centro de intereses económicos podría defender que el núcleo de sus intereses económicos está en España y que, por tanto, no ha perdido la condición de residente ni está obligado a soportar el *exit tax* del art. 95 *bis* LIRPF. Su pretensión podría prosperar siempre y cuando no existiera un CDI entre España y el Estado al que se traslada que fijara su residencia fiscal en este último país.

Aplicar la tercera de las acepciones de residencia arriba señaladas al art. 95 *bis* LIRPF (presunción de residencia) también podría dar lugar a gravámenes injustificados. Pues si se entiende comprendida en este artículo la presunción de residencia “por matrimonio”, las ganancias patrimoniales latentes en las acciones de una persona que tiene su vivienda, su trabajo y sus inversiones fuera de España podrían resultar gravadas cuando su cónyuge y sus hijos menores de edad que dependan de él dejaran de permanecer 183 días en España o dejaran de tener en nuestro país el centro de sus intereses económicos.

De todo lo anterior resulta que aplicar al art. 95 *bis* LIRPF el concepto de residencia del art. 9 LIRPF en toda su extensión es inadecuado porque podría traducirse en la imposición de gravámenes poco razonables. Pero, dado que el art. 95 *bis* LIRPF no delimita el alcance del término, el precepto sólo se puede interpretar en el sentido de que se refiere a las tres acepciones de residencia del art. 9 LIRPF. Desde mi punto de vista, sería conveniente que el legislador introdujera un inciso en la norma del *exit tax* que restringiera su aplicación a los supuestos de cambio de residencia por permanencia en España durante más de 183 días.

§16. El gravamen de las plusvalías latentes se devenga cuando el contribuyente ha residido en España durante, al menos, diez de los quince ejercicios anteriores al último que deba declararse por el IRPF³⁸. En el caso de contribuyentes que hayan optado por el régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español, el cómputo de los diez años se realiza a partir del primer período impositivo en que no les sea de aplicación el régimen especial.

Si tenemos en cuenta que la finalidad del art. 95 *bis* LIRPF es garantizar la tributación en España de las plusvalías generadas durante la residencia del sujeto pasivo en nuestro país, resulta adecuado circunscribir el gravamen a los supuestos en que la residencia del contribuyente en España se haya prolongado durante un período largo de tiempo. De lo contrario el impuesto recaería con frecuencia sobre plusvalías acumuladas durante ejercicios en los que el contribuyente no tenía su residencia en España³⁹ y no es éste el objetivo del precepto.

La condición de los diez años de residencia en España para que se devengue el gravamen guarda, por lo demás, coherencia con la previsión de la extinción de la obligación tributaria cuando hayan transcurrido también diez años desde el traslado de la residencia del contribuyente a otro Estado miembro de la Unión Europea. Trataremos de esta previsión más adelante (*cfr.* 0).

§17. El art. 95 *bis* LIRPF, que grava las plusvalías de las acciones o participaciones en todo tipo de entidades, con independencia de que sean o no residentes en España, no afecta a todas las ganancias patrimoniales latentes en carteras de participaciones de los contribuyentes del IRPF. Sólo se aplica a estas plusvalías:

- a) Cuando el valor de mercado de las participaciones el día del devengo del último ejercicio en que el contribuyente declara por el IRPF excede, en conjunto, de 4 millones de euros.
- b) Cuando total de las participaciones no supera el valor anterior, también tributan las plusvalías de participaciones que representan más del 25% de una entidad y cuyo valor de mercado en la fecha de devengo del último ejercicio en que el contribuyente declara por el IRPF supera el millón de euros.

En este último supuesto únicamente se someten a imposición las plusvalías correspondientes a la participación cuyo porcentaje y cuyo valor superen los previstos en la ley.

³⁸ En la misma línea de cuanto hemos expuesto en el párrafo precedente, entendemos que por residencia se debe interpretar también permanencia en territorio español durante más de 183 días.

³⁹ Sería, por ejemplo, el caso de una persona física que hubiese residido uno o dos años en España y fuera titular de una cartera con plusvalías latentes procedentes de ejercicios en los que no era contribuyente del IRPF.

El requisito del valor de la participación ha sido objeto de críticas, en la medida que introduce un “error de salto” entre los contribuyentes que poseen participaciones cuyo importe alcanza alguno de los valores definidos en a) o b) y aquellos otros cuyas participaciones tienen un valor ligeramente menor al umbral establecido por la ley para tributar⁴⁰. El art. 56.3 LGT proporciona una solución para el error de salto. De acuerdo con este artículo, cuando de la aplicación de los tipos de gravamen resulta que a un incremento de la base corresponde una porción de cuota superior a tal incremento, se debe reducir la cuota, por lo menos, en el importe del exceso. El problema es que esta medida no puede aplicarse al error de salto del art. 95 *bis* LIRPF, porque el presupuesto del error de salto de uno y otro precepto son diferentes. El error de salto del art. 56.3 LGT resulta de la comparación de dos cuotas tributarias derivadas de sendos hechos imponible. En el error de salto derivado de la aplicación del art. 95 *bis* LIRPF hay una sola cuota y un solo hecho imponible que se compara con la inexistencia de cuota por la no realización del hecho imponible. Dado que la regla de la LGT no resuelve el problema del error de salto del art. 95 *bis* LIRPF, sería conveniente modificar este precepto mediante la incorporación de alguna medida que haga que la tributación sea gradual en la transición.

§18. En relación con el presupuesto del hecho del art. 95 *bis* LIRPF, el precepto se refiere a las ganancias patrimoniales latentes en participaciones cuya titularidad corresponde al contribuyente. Interesa preguntarse por el alcance de la “titularidad” a la que se refiere la ley. Sin duda las ganancias patrimoniales latentes se gravarán cuando el sujeto pasivo sea pleno propietario de las participaciones, pero ¿cuál es el régimen tributario a aplicar en aquellos supuestos en que el sujeto pasivo sea titular de un derecho real limitado, como por ejemplo, cuando posea las participaciones a título de nudo propietario o de usufructuario? ¿Procede en estos casos exigir el impuesto sobre las ganancias patrimoniales no realizadas?

La razón que justifica la imposición del art. 95 *bis* LIRPF cuando las participaciones se poseen en propiedad es que existe una ganancia patrimonial latente en estos bienes que el sujeto pasivo podría realizar si los transmitiera. Dado que es ésta la justificación del gravamen y puesto que tanto en la nuda propiedad como en el usufructo pueden existir plusvalías latentes⁴¹, parece oportuno interpretar que el art. 95 *bis* LIRPF se aplique a los titulares de derechos reales limitados y, en particular, a los nudos propietarios y a los usufructuarios de las participaciones⁴².

⁴⁰ “Desde la doctrina se han criticado ya la gran dosis de arbitrariedad que comporta el establecimiento de estos límites temporales y cuantitativos, que sin duda propiciarán no pocos supuestos de «error de salto». RIBES RIBES (2015), p. 123. HERRERA MOLINA (2015).

⁴¹ “Sin perjuicio de las particularidades que presenta el disfrute en atención a la naturaleza de la cosa usufructuada (vivienda, acciones, fondos de inversión, etc.), el ejercicio de estas facultades por el usufructuario, en la medida en que proporciona un enriquecimiento para su titular, conlleva la existencia de renta y, por tanto, evidentes consecuencias fiscales en los impuestos que gravan tal manifestación en la capacidad económica (IRPF, IS y, en su caso, IRNR)”. Cfr. NAVARRO EGEA (2016).

⁴² El contribuyente deberá tributar por la ganancia patrimonial latente en el derecho real del que es titular en el último ejercicio en que es sujeto pasivo del IRPF. Si después de cambiar de residencia, el nudo propietario o el usufructuario de las participaciones consolida su dominio y se convierte en propietario, el gravamen no se extenderá a las plusvalías latentes en la nuda propiedad o en el usufructo que no le pertenecían en el momento que dejó de residir en España.

§19. El gravamen de las plusvalías latentes en las acciones cuando el contribuyente las posee a título de usufructo puede suscitar algunos interrogantes.

El art. 95 *bis*.4 LIRPF prevé la extinción de la deuda tributaria cuando el contribuyente, por razones laborales y de modo temporal, traslada su residencia a un país o territorio que no es un paraíso fiscal, y también cuando, por cualquier otro motivo y con carácter temporal, traslada su residencia a un Estado con el que España haya suscrito un CDI con cláusula de intercambio de información, siempre que en uno y otro supuesto recupere su residencia en España en el plazo de 5 años y durante ese período no haya transmitido la titularidad de las participaciones. Es decir, la persona física tributa por las ganancias patrimoniales latentes en sus participaciones al trasladar su residencia a otro Estado, pero si restablece su residencia en España en los cinco años siguientes al traslado, la cuota tributaria correspondiente a las plusvalías latentes en las participaciones se extingue. Por otro lado, el art. 95 *bis*.6 LIRPF prevé la extinción de la deuda tributaria cuando el traslado se realiza a otro Estado miembro de la UE o a un Estado del EEE con el que España tiene un intercambio efectivo de información y en el plazo de 10 años el contribuyente cumple con los deberes legales de información, no transmite *inter vivos* las participaciones y conserva su residencia dentro de la UE o del EEE. A la vista de esta regulación, cabe plantearse qué ocurre cuando el usufructo se extingue después de que el sujeto pasivo haya trasladado su residencia fuera de España si más tarde, y antes del transcurso de 5 años, recupera su residencia en España. Asimismo, es conveniente preguntarse por el régimen tributario de las ganancias latentes en el usufructo de las participaciones cuando el sujeto pasivo traslada su residencia a un Estado de la UE o del EEE con el que España tiene un intercambio efectivo de información y el usufructo se extingue antes de que finalice el plazo de 10 años que determina la extinción del gravamen del art. 95 *bis* LIRPF.

§20. Pensemos, por ejemplo, en un contribuyente usufructuario de una cartera de valores que por razones de trabajo traslada temporalmente su residencia a un Estado que no es paraíso fiscal. Esta persona deberá imputar en su última autoliquidación del IRPF el importe correspondiente a las ganancias patrimoniales latentes en su cartera de valores. Supongamos que se acoge a la posibilidad que le ofrece la ley de posponer el pago del gravamen que recae sobre las plusvalías. Transcurridos dos años desde el traslado de su residencia fuera de España el usufructo se extingue y pierde su derecho sobre las participaciones. Un año después la persona física restablece su residencia en España.

Si nos atenemos a una interpretación literal apartado 4 del art. 95 *bis* LIRPF, parece que la obligación tributaria desaparece en un caso como éste. Pues cuando la persona física recupera la condición de contribuyente del IRPF en el intervalo de pocos años, el gravamen sólo se mantiene si se ha transmitido la titularidad de los derechos, y en la extinción del usufructo no hay transmisión alguna⁴³.

Pero la interpretación estrictamente literal del precepto deja fuera aspectos importantes que no se pueden omitir a la hora de aplicar la norma.

⁴³ Cfr. NAVARRO EGEA (2016), p. 1278.

Cuando el legislador prevé la extinción de la obligación tributaria de la persona física que recupera su residencia en España lo hace porque esta circunstancia determina la recuperación de la potestad tributaria sobre las acciones de titularidad del contribuyente. La extinción del *exit tax* no supone la renuncia de España a gravar las ganancias patrimoniales latentes en las participaciones, sino el retorno al mecanismo ordinario de gravar las plusvalías en el ejercicio que se realizan. Si se extingue la deuda en estos casos, es porque el legislador tiene en cuenta que el contribuyente que vuelve a tener su residencia en España tributará por esas rentas derivadas de las participaciones cuando las perciba en forma de dividendos, o con la transmisión de las participaciones.

La normativa mercantil reconoce al usufructuario cuyo usufructo se extingue el derecho a percibir una cantidad equivalente al aumento de valor que hayan experimentado las acciones o participaciones durante el usufructo que corresponda a beneficios de la explotación de la sociedad⁴⁴. El efecto económico de la extinción del usufructo es semejante, por tanto, al de la transmisión del derecho real sobre las participaciones. De hecho, si el usufructo de la persona física del ejemplo se hubiera extinguido después y no antes de recuperar su residencia en España, tributaría en el IRPF por los rendimientos percibidos por la liquidación del usufructo.

Teniendo en cuenta, por tanto:

- a) Que la extinción de la obligación se produce porque, al restablecerse la residencia de la persona física en España, el Estado recupera la potestad tributaria sobre las participaciones de la persona física;
- b) que la extinción del usufructo antes de que el sujeto vuelva a establecer su residencia en España impide que España recupere esta potestad tributaria;
- c) que de la extinción del usufructo se pueden seguir efectos económicos similares a los de una transmisión del usufructo,

nos parece necesario concluir que la deuda del contribuyente no desaparece en un caso como el del ejemplo, en el que el usufructo de la cartera de valores se extingue antes de que el sujeto recupere su residencia en España en un plazo menor de 5 años, al menos por la parte de la cuota de liquidación que corresponda a beneficios acumulados por la sociedad antes del traslado de la residencia fuera de España.

Cuestión distinta sería que el usufructo se hubiera extinguido por adquisición de la nuda propiedad por parte del usufructuario y consolidación del dominio en su persona después de haber trasladado su residencia a otro Estado y, en estas circunstancias, el sujeto volviera a tener la condición de residente en España antes de 5 años. Supongamos, por ejemplo, que un contribuyente que es usufructuario de una cartera de acciones valorada en siete millones de euros traslada su residencia temporalmente por razones laborales a otro Estado que no es paraíso fiscal.

⁴⁴ Art. 128 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010. Cfr. NAVARRO EGEA (2016), pp. 1268-1270.

Un año después del cambio de residencia esta persona compra la nuda propiedad de las acciones y al año siguiente, transcurridos dos años desde su traslado al otro Estado, vuelve a ser residente en España. En este caso, al restablecer su residencia en España en el plazo de 5 años, la obligación tributaria del *exit tax* desaparecería, porque España recuperaría la potestad tributaria para gravar las ganancias patrimoniales derivadas de la titularidad de las participaciones en el momento en que aquéllas se realizaran.

§21. La duda sobre el régimen del *exit tax* en caso de extinción del usufructo se puede plantear también cuando el contribuyente traslada su residencia a otro Estado de la UE o del EEE.

Bajo determinadas circunstancias, el art. 95 bis.6 LIRPF prevé la no imposición de las ganancias patrimoniales latentes cuando hayan transcurrido 10 años desde el traslado de la residencia del contribuyente a otro Estado miembro de la UE o del EEE con el que España tenga un intercambio efectivo de información. A diferencia de los supuestos de traslado temporal de residencia del art. 95 bis.4 LIRPF, esta previsión sí expresa la renuncia de España a gravar las plusvalías latentes en las participaciones.

Pero la renuncia a los ingresos tributarios se produce sólo después de transcurridos los diez años del cambio de residencia. Por esta razón la ley obliga a la persona física a tributar si transmite *inter vivos* las acciones o participaciones antes de que se haya llegado al término de los diez años. Teniendo esto en cuenta y a la vista de que los efectos económicos de la liquidación del usufructo son comparables a los de su transmisión, entendemos que el contribuyente que traslada su residencia a uno de los Estados mencionados el art. 95 bis.6 LIRPF está obligado a liquidar el IRPF en el caso de que pierda el derecho sobre las participaciones por la extinción del usufructo dentro de los 10 años siguientes al cambio de residencia por una causa que no sea la de su fallecimiento⁴⁵. Asimismo, en consonancia con cuanto hemos señalado en el párrafo anterior, el contribuyente no deberá tributar por las ganancias patrimoniales latentes en el usufructo cuando éste se extinga por la consolidación de la propiedad en el patrimonio del usufructuario.

§22. Las ganancias patrimoniales del art. 95 bis LIRPF se calculan aplicando las mismas reglas previstas para el cómputo de las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de participaciones (incluso la DT 9ª) en la sección IV del título II de la LIRPF⁴⁶ y su importe se incorpora a la base del ahorro de la liquidación correspondiente al último período impositivo en que el contribuyente declara por el IRPF.

⁴⁵ Del mismo modo que no se exige el impuesto en caso de transmisión *mortis causa* de las participaciones, tampoco se exigiría en caso de fallecimiento del usufructuario. Podría considerarse que la ley reproduce sin necesidad la exención de la “plusvalía del muerto” (art. 33.3.b) LIRPF) en el art. 95 bis.6 LIRPF), pero pensamos que no es así, porque a diferencia de lo que ocurre con la plusvalía del muerto, las ganancias patrimoniales del art. 95 bis.6 LIRPF se imputan a un ejercicio anterior y distinto de aquél en que el contribuyente fallece. “En el supuesto de fallecimiento del contribuyente, la consiguiente transmisión de los bienes y derechos del causante no dan lugar a ninguna ganancia o pérdida patrimonial a computar en la declaración de éste. De esta forma, se exonera de tributación la conocida como *plusvalía del muerto*. Ahora bien, debe producirse efectivamente la muerte del contribuyente, de forma que la doctrina viene negando la aplicación de este supuesto de no sujeción a otras transmisiones *mortis causa* en las que no se produce el fallecimiento del contribuyente como, por ejemplo, en los pactos sucesorios (V2348-2007)”. DE MIGUEL MONTERRUBIO (2009), p. 583. OCDE (2010), pp. 91-98, SIMÓN ACOSTA (1992), 530-532.

⁴⁶ Cfr. Arts. 34 a 37, DT 9ª y 95.3 LIRPF. Cfr. DE MIGUEL MONTERRUBIO (2009), pp. 598-602.

El tipo correspondiente a la base del ahorro es prácticamente proporcional⁴⁷, por lo que la incorporación de las ganancias patrimoniales latentes en un único ejercicio no aumenta significativamente la progresividad del gravamen.

§23. Las ganancias patrimoniales del art. 95 *bis* LIRPF se deben integrar en la base imponible de la última declaración en la que la persona física tributa como sujeto pasivo del IRPF. Aquí se plantea una dificultad, porque es posible que al presentar la autoliquidación del IRPF la persona física no sepa que en el año en curso permanecerá en España menos de 183 días y, por tanto, desconozca que está presentado su última declaración como contribuyente del IRPF.

Probablemente sea ésta la razón por la que la ley prevé que la declaración de las plusvalías latentes se realice mediante la práctica de una autoliquidación complementaria, sin sanción, ni intereses de demora ni recargos, que debe presentarse dentro del plazo de declaración del impuesto correspondiente al primer ejercicio en que el contribuyente no tenga ésta condición como consecuencia del cambio de residencia⁴⁸.

3.1.2. *El aplazamiento del pago cuando el contribuyente se traslada por motivos laborales a un país o territorio que no es paraíso fiscal o, por cualquier otro motivo, a un Estado con el que España haya suscrito un CDI con cláusula de intercambio de información*

§24. El *exit tax* del art. 95 *bis* LIRPF resulta, sin duda, una medida gravosa para el sujeto pasivo que no ha visto realizadas sus plusvalías y se ve obligado a tributar por ellas, y puede disuadir al contribuyente de la idea de trasladar su residencia fuera de España.

El legislador ha querido aliviar la carga que representa la imposición del art. 95 *bis* LIRPF cuando los desplazamientos tienen carácter temporal. Por eso, con la condición de que se cumplan los requisitos que aseguran el ejercicio de la potestad tributaria del Estado español sobre las plusvalías de las participaciones, permite que se posponga el pago del *exit tax* e, incluso, que se extinga la obligación tributaria no satisfecha.

§25. Desde el punto de vista del aplazamiento de pago del art. 95 *bis*.4 LIRPF, se considera temporal el desplazamiento cuya duración no se extiende más allá de los cinco años⁴⁹. Pero el cumplimiento de esta condición no se puede verificar hasta que no se hayan cumplido los cinco años desde la modificación de la residencia. Así pues, aunque la norma se haya redactado pensando en los “traslados temporales”, cualquier contribuyente que de modo temporal o definitivo mueva su residencia a un país o territorio que reúna las condiciones que apuntamos en el párrafo siguiente puede solicitar la posposición del pago de la deuda.

⁴⁷ Cfr. Arts. 66 y 76 LIRPF.

⁴⁸ Cfr. Art. 95 *bis*.2 LIRPF y art. 121 RIRPF.

⁴⁹ En determinados supuestos prorrogables otros cinco años.

§26. Las personas físicas que cambian temporalmente su residencia a otro Estado pueden solicitar el aplazamiento del pago de la deuda tributaria en dos circunstancias:

- a) Cuando la persona física se traslada a causa de su trabajo a un país o territorio que no es un paraíso fiscal.
- b) Cuando el desplazamiento se realiza por otro motivo y existe un CDI con cláusula de intercambio de información entre España y el Estado donde el sujeto establece su residencia⁵⁰.

El diferimiento tiene una duración máxima de 5 años, que se pueden prorrogar hasta cinco años más en caso de desplazamiento laboral, y está supeditado al mantenimiento de las participaciones en el patrimonio de la persona física. De manera que, si a lo largo de este tiempo el titular de las participaciones las transmite, el aplazamiento vencerá dos meses después de la transmisión.

Por otro lado, si la persona física regresa a España antes de que se alcance el término de los cinco años y las participaciones no se han transmitido, la obligación tributaria se extingue.

§27. En el aplazamiento de pago del art. 95 bis.4 LIRPF se aplica, con algunas diferencias, el régimen previsto en la Ley General Tributaria y en los preceptos que la desarrollan⁵¹.

Una especialidad que distingue el aplazamiento del art. 95 bis.4 LIRPF del aplazamiento general de la LGT es que, a diferencia de éste último, el primero no se supedita al hecho de que el contribuyente atraviese una situación económico-financiera difícil. El art. 95 bis.4 LIRPF establece un imperativo: el pago “se aplazará” cuando se solicite y el país de destino sea uno de los arriba mencionados. La inexistencia de problemas de financiación no es, por tanto, óbice para beneficiarse del diferimiento de pago del *exit tax*. En este sentido, podría parecer que el art. 95 bis.4 LIRPF dispensa un trato más favorable al contribuyente que cambia de residencia que al que se queda. Pero no es así, porque las ganancias patrimoniales cuyo gravamen se difiere en virtud del art. 95 bis.4 LIRPF son rentas que no se han realizado y porque, en el caso de que se realicen, se pone fin al aplazamiento del pago de la deuda.

Por lo que se refiere a la constitución de garantías para la posposición del pago, la Ley General Tributaria exige aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de caución, y excepcionalmente admite que el sujeto pasivo aporte prenda suficiente⁵². El art. 95 bis.4 LIRPF acepta expresamente la prenda, total o parcial, sobre las participaciones, siempre que resulten suficientes desde el punto de vista jurídico y económico. Si las participaciones del

⁵⁰ La primera versión del proyecto de ley sólo reconocía la posibilidad del aplazamiento en caso de traslado temporal por razón del trabajo de la persona física (cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 107-1, de 6 de agosto de 2014). Este dato, y el hecho de que la condición para el aplazamiento en los cambios de residencia por motivos laborales sea menos exigente que en los demás casos (basta que el país de destino no sea paraíso fiscal, sin necesidad de que exista un CDI entre el país de destino y España), refleja la voluntad del legislador de favorecer el desplazamiento de trabajadores.

⁵¹ Cfr. Arts. 65 y 82 LGT y arts. 44 y ss. RGR.

⁵² Cuando no pueda conseguir otro aval y no tenga solvencia. Cfr. Art. 82 LGT.

contribuyente que tributa por el art. 95 bis LIRPF tienen plusvalías latentes, es razonable pensar que el crédito tributario de la Administración quedará asegurado al pignorarlas y no será necesario aportar el aval solidario al que se refiere el art. 82 LGT.

3.1.3. La tributación de las ganancias patrimoniales cuando el contribuyente se traslada a un Estado miembro de la UE o del EEE

§28. El gravamen sobre las ganancias patrimoniales latentes del art. 95 bis LIRPF recuerda a los regímenes fiscales francés y neerlandés que el TJUE declaró contrarios al ordenamiento comunitario en las sentencias 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, y 7/9/2006, asunto *Sr N*, C-470/04, a las que nos hemos referido sendos §7. y §8. No quiere esto decir que el art. 95 bis LIRPF deba reputarse contrario al derecho de la UE, pues al redactar el precepto, el legislador español se ha cuidado de incorporar los elementos necesarios para que la tributación se ajuste a la interpretación que el TJUE realizó en estas sentencias del respeto a las libertades comunitarias.

§29. Las ganancias patrimoniales en el IRPF se devengan en el momento en que se ponen de manifiesto en el patrimonio del sujeto pasivo como consecuencia de la alteración de aquél. Dado que éste es el criterio general aplicable a los sujetos residentes en España, la exigencia de un gravamen sobre plusvalías latentes basado en la transferencia de la residencia del contribuyente a otro Estado miembro de la UE podría contravenir las libertades de movimiento de personas y de establecimiento⁵³.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria y para evitar la lesión de las libertades de la UE, el apartado 6 del art. 95 bis LIRPF prevé la posibilidad de que los contribuyentes que trasladan su residencia a otro Estado miembro de la UE, o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, opten entre el régimen general de tributación inmediata y el régimen de diferimiento del gravamen de las plusvalías previsto *ad hoc*. La opción garantiza que el tratamiento que reciben los contribuyentes obligados a tributar por las ganancias patrimoniales en el IRPF es equiparable cuando conservan su residencia en España y cuando la trasladan a otro Estado miembro de la UE o del EEE.

En el caso de que el sujeto se acoja a la posibilidad de posponer el gravamen⁵⁴, la obligación tributaria no se difiere más allá de los diez años. Alcanzado este término, la obligación tributaria se extingue, siempre que a lo largo de los diez años:

⁵³ “Debe precisarse que, si bien el artículo 52 del Tratado, al igual que las demás disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, se propone, en especial, según su tenor literal, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se opone, asimismo, a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales (véase la sentencia *Baars*, antes citada, apartado 28, y la jurisprudencia allí citada).” Cfr. STJUE 11/03/2004, asunto *Lasteyrie*, C-9/02, n. 42.

⁵⁴ Cfr. Art 123 RIRPF y Orden HAP/2835/2015, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 113 de comunicación de datos relativos a las ganancias patrimoniales por cambio de residencia cuando se produzca a otro Estado

- a) las acciones no se hayan transmitido,
- b) el residente haya mantenido su residencia dentro de la UE o del EEE y,
- c) se hayan cumplido los deberes de información del art. art. 95 bis.6 LIRPF.

Al solicitar el aplazamiento del gravamen, el obligado tributario debe comunicar cuáles son las acciones o participaciones afectadas por el gravamen, el valor de mercado de éstas, el Estado al que traslada su residencia y su domicilio. Además, si más tarde cambia de domicilio, está obligado informar del traslado a la Administración Tributaria⁵⁵.

§30. Como se puede observar, en los casos en los que el Estado de destino del contribuyente forme parte de la UE o del EEE, el Estado español ha fijado un límite temporal para el despliegue de su poder tributario sobre las plusvalías latentes generadas en su territorio. Al cumplirse los diez años, España renuncia a los ingresos tributarios. La decisión nos parece acertada, por una razón práctica de descargar a la Administración de las tareas de control sobre las participaciones y porque, si la titularidad de las participaciones se prolonga durante más de diez años, desaparece el riesgo de fraude.

3.1.4. *La tributación de las ganancias patrimoniales cuando el contribuyente se traslada a un paraíso fiscal*

§31. El art. 8.2 LIRPF, al que nos referiremos a continuación, prevé la prolongación de la condición de contribuyente de las personas físicas que trasladen su residencia en España a un paraíso fiscal. Estos sujetos están obligados a tributar en el IRPF en el ejercicio en que transfieran su residencia y en los cuatro ejercicios siguientes.

Si la ley no dijera otra cosa, los sujetos pasivos que trasladan su residencia a un paraíso fiscal no deberían tributar por las ganancias patrimoniales latentes en sus participaciones hasta el cuarto ejercicio siguiente al de su cambio de residencia, que es el último año en que tributan por el IRPF. Sin embargo, el apartado 7 del art. 95 bis LIRPF recoge una previsión antifraude, en virtud de la cual se obliga a estos sujetos a incorporar las ganancias patrimoniales latentes en las participaciones en la base imponible del último ejercicio en que tengan su residencia en España. Por lo demás, con el fin de que esta medida no determine la sobreimposición de las ganancias patrimoniales de quien se traslada al paraíso fiscal mientras mantiene la condición de contribuyente, el legislador ha previsto que, cuando este sujeto pasivo enajene las participaciones, incorpore en su base imponible únicamente la plusvalía generada desde su traslado al paraíso fiscal hasta la transmisión de las participaciones o, en su caso, la pérdida patrimonial derivada de la enajenación.

Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con efectivo intercambio de información tributaria, se establece la forma y plazo para su presentación y se modifica otra normativa tributaria.

⁵⁵ Cfr. Art. 123 RIRPF.

3.2. El mantenimiento de la condición de sujeto pasivo durante los cuatro ejercicios siguientes al del cambio de residencia (art. 8.2 LIRPF)

§32. La previsión del art. 8.2 LIRPF no determina directamente la imposición de las ganancias y pérdidas patrimoniales por cambio de residencia⁵⁶, sin embargo, la repercusión del precepto en la tributación de estas rentas es incuestionable. El artículo prevé la sujeción al IRPF de los contribuyentes con nacionalidad española que acrediten el traslado de su residencia a un paraíso fiscal tanto en el ejercicio en que transfieren su residencia al extranjero como en los cuatro ejercicios siguientes. Afecta a la tributación de las ganancias y pérdidas patrimoniales básicamente porque:

- a) Las ganancias y pérdidas patrimoniales realizadas en el ejercicio del traslado de residencia y en los cuatro ejercicios siguientes tributan en el IRPF.
- b) La obligación de integrar en la base imponible todas las rentas pendientes de imputación en el sentido del art. 14.3 LIRPF no nace hasta el último de los ejercicios en que el sujeto pasivo del IRPF mantiene esta condición, es decir, hasta el cuarto ejercicio siguiente a aquél en que transfiere su residencia a un paraíso fiscal.

§33. La residencia del art. 8.2 LIRPF debería entenderse en el sentido de permanencia durante más de 183 días del año natural en España. En la línea de lo que hemos expuesto en el §15.0, nos parece difícil justificar la procedencia del art. 8.2 LIRPF en casos de traslado de centro de intereses económicos y por cambio de la residencia del cónyuge a un paraíso fiscal, pero eso es lo que dice la ley.

§34. La medida del art. 8.2 LIRPF se incorporó al articulado de la ley después de que se planteara un conflicto entre la Administración Tributaria y una destacada deportista española, que declaró el traslado de su residencia de España a Andorra a finales de los años 80 del siglo pasado y tiene una clara finalidad antielusoria. En el litigio en cuestión resultó probado que, aunque hubiese declarado lo contrario para evitar el gravamen del IRPF, la deportista no había trasladado efectivamente su residencia a Andorra sino que seguía permaneciendo durante más de 183 días del año natural en España⁵⁷.

Tal vez la influencia de dicho conflicto en la redacción del art. 8.2 LIRPF haya determinado la incorporación del requisito de la nacionalidad española del contribuyente para que se prolongue la sujeción al IRPF en los términos del citado precepto. Sea como sea, la condición introduce una discriminación entre contribuyentes nacionales y no nacionales que no parece tener un fundamento jurídico que la justifique y, por tanto, puede atentar contra el principio constitucional de la igualdad⁵⁸.

⁵⁶ RIBES RIBES (2014), pp. 28 y 108-110.

⁵⁷ Cfr. STS de 11/11/2009 (rec. 8294/2003); CHICO DE LA CÁMARA (2010).

⁵⁸ CHICO DE LA CÁMARA (2010).

Por lo demás, el art. 8.2 LIRPF constituye una presunción *iuris et de iure* de que todo traslado de residencia a un paraíso fiscal obedece a una intención de evasión fiscal y no permite al contribuyente demostrar que el cambio de residencia es efectivo y que existen motivos económicos que lo justifican. La doctrina ha criticado la imposibilidad de destruir la presunción y hay quien considera incluso que podría representar una violación del derecho de la UE⁵⁹.

3.3. La incorporación en la base imponible de las rentas pendientes de imputación (art. 14.3 LIRPF)

§35. En general, en el IRPF las ganancias y pérdidas patrimoniales tributan en el ejercicio en que se ponen de manifiesto como consecuencia de una alteración patrimonial. No obstante, el legislador permite diferir su tributación en ciertos supuestos en los que la exigencia del pago del impuesto podría comprometer la capacidad económica del sujeto pasivo, por ejemplo, porque se aplaza el momento del pago de la operación en la que se obtiene una plusvalía⁶⁰. Cuando la persona física traslada su residencia fuera de España disminuyen las posibilidades de que se recaude efectivamente el IRPF correspondiente a estas plusvalías. Por eso, el art. 14.3 LIRPF obliga a los sujetos pasivos que transfieran su residencia a otro Estado a incorporar en la base imponible del último ejercicio en que tributen en el IRPF todas las rentas pendientes de imputación.

El art. 14.3 LIRPF no es un *exit tax*, porque no hace sino determinar el período de imputación de rentas que se han realizado durante la residencia del sujeto pasivo en España, pero constituye una medida fiscal relacionada con el cambio de residencia que afecta a la tributación de las ganancias patrimoniales del sujeto pasivo.

§36. La legitimidad del Estado español para gravar estas rentas pendientes de imputación ha sido expresamente reconocida por el TJUE en la sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión contra España*, C-269/09:

“De conformidad con el principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, el domicilio fiscal del contribuyente en el territorio nacional durante el período en el que se han generado las plusvalías latentes, un Estado miembro está facultado para gravar tales plusvalías en el momento de la emigración de dicho contribuyente (véanse las sentencias, antes citadas, *N*, apartado 46, y *National Grid Indus*, apartado 46).

⁵⁹ VEGA BORREGO (2009), p. 246, RIBES RIBES (2014), pp. 108-110. “Conviene observar que la cláusula antiabuso española no está configurada para evitar montajes puramente abusivos o totalmente artificiales como *U-turns*, sino que se aplica a toda operación de cambio de residencia a un paraíso fiscal con independencia de que se trate de un movimiento elusivo o legítimo (de buena fe que implica un cambio real y efectivo de la residencia y el domicilio del individuo y responde a razones no fiscales como de tipo laboral o profesional). Precisamente, esta configuración de la cláusula antiabuso española es lo que plantea serias dudas de compatibilidad con la jurisprudencia del TJCE sobre medidas nacionales antievasión fiscal (v.gr, *Cadbury Schweppes* C-196/04, de *Lasteyrie du Saillant, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04), allí donde la norma se aplica en relación con el cambio de residencia a un territorio Estado miembro de la CE (Gibraltar, Chipre) o incluso también frente a un Estado parte del AEEE (Liechtenstein)”, en MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO (2007), p. 7. Desde la entrada en vigor en mayo de 2014 del Convenio para evitar la doble imposición y el fraude fiscal celebrado entre España y de Chipre, esta república ya no se considera paraíso fiscal.

⁶⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (2009), pp. 280 y ss.

Estas mismas consideraciones pueden aplicarse con mayor razón aún en el presente asunto porque la legislación controvertida tiene por objeto gravar rentas ya devengadas, y no plusvalías latentes. En efecto, cuando un contribuyente traslada su residencia a otro Estado miembro, el Reino de España no pierde su potestad tributaria en relación con las actividades ya realizadas en su territorio y, por tanto, no ha de renunciar a su facultad de determinar la cuota del impuesto que corresponda.

A este respecto, procede recordar que la legislación controvertida tiene por objeto someter al impuesto, en el Estado miembro de origen, rentas devengadas con anterioridad al mencionado traslado de residencia, que corresponden al poder tributario de dicho Estado miembro. Así pues, dichas rentas se gravan en el Estado miembro en el que se han devengado, mientras que, en principio, las rentas obtenidas en el Estado miembro de acogida con posterioridad al traslado de residencia del contribuyente se gravan exclusivamente en este último Estado.” (nn. 79 y 80).

España, por tanto, puede obligar al contribuyente que traslada su residencia a otro Estado miembro de la UE a que incorpore las rentas realizadas y pendientes de imputación en la base imponible de su última liquidación del IRPF, aunque España no cobra la cuota derivada de estas rentas en el ejercicio en que la persona física cambia su residencia al otro Estado. Puesto que el IRPF tiene una tarifa progresiva que aumenta a medida que lo hace la base imponible, la incorporación de las rentas pendientes de imputar en la base imponible del último ejercicio del contribuyente determinará el tipo medio efectivo aplicable en esas ganancias patrimoniales.

§37. El TJUE considera que no es conforme al Derecho de la UE que España exija el pago del IRPF correspondiente a las rentas realizadas y pendientes de imputación en el período en que el sujeto pasivo traslada su residencia al otro Estado. Así lo ha declarado en la sentencia recién citada, que juzgó contrario a las libertades comunitarias la versión primigenia del art. 14.3 LIRPF en la medida que establecía el cobro del tributo en el ejercicio en que el sujeto pasivo perdía su condición de tal porque se trasladaba a otro Estado miembro (véase la referencia a la sentencia que se ha expuesto en el §11.).

La STJUE 12 de julio de 2012, *Comisión contra España*, C-269/09, obligó a adaptar al ordenamiento comunitario el contenido del art. 14.3 LIRPF vigente a la sazón. Para dar cumplimiento a la sentencia, el legislador incorporó un segundo párrafo en el art. 14.3 LIRPF⁶¹. El cambio ha determinado que, desde el 1 de enero de 2013, los contribuyentes que trasladan su residencia a otro Estado miembro puedan optar entre tributar por las rentas pendientes de imputar en el último ejercicio en que son sujetos pasivos del IRPF, o bien tributar por ellas a medida que se vayan obteniendo.

La modificación del art. 14.3 LIRPF ha determinado que el régimen de imputación de rentas de las personas físicas que trasladan su residencia fuera de España se aproxime al de los sujetos pasivos que cambian de residencia dentro de España, pero el tratamiento de las rentas en un caso y en el otro sigue siendo diferente. Pues, aunque el plazo de pago puede coincidir en un caso y en el otro, la cuota tributaria se calcula de distinta manera. Los sujetos pasivos que dejan de residir en España, con independencia de la opción de pago que elijan, incorporan todas las

⁶¹ Disposición final 10.1 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre.

rentas pendientes de imputación en la base imponible del último ejercicio en el que tienen la condición de contribuyentes del impuesto y tributan en función de la renta obtenida en aquél ejercicio y de la tarifa vigente a la sazón. Es lógico que sea así porque el IRPF es un tributo progresivo cuya tarifa depende de la base imponible del contribuyente y, una vez que la persona física se traslada a otro Estado y deja de tributar en el IRPF, deja también de generar bases imponibles. Los contribuyentes que cambian de residencia dentro de España no incorporan todas sus rentas pendientes de imputación en el último ejercicio anterior al del traslado de su residencia, sino que las integran en los períodos establecidos por la ley en función de otros parámetros distintos del cambio de residencia y tributan de acuerdo con las bases imponibles y las tarifas aplicables a los períodos correspondientes.

§38. Los sujetos pasivos que trasladan su residencia a un Estado que no pertenece a la UE deben integrar las rentas pendientes de imputación en la base imponible correspondiente al último período en que deban declarar por el IRPF. La incorporación de las rentas en la base imponible se puede realizar mediante la presentación de una autoliquidación complementaria, sin sanción, ni intereses de demora ni recargo alguno, en el plazo de tres meses desde que se pierde la condición de sujeto pasivo por cambio de residencia (cfr. §23.).

Cuando mueve su residencia a un Estado fuera de la UE, el contribuyente puede solicitar a la Administración que se le aplique el régimen general de fraccionamiento del pago sobre la deuda tributaria correspondiente a las rentas incorporadas a la base imponible por disposición del art. 14.3 LIRPF. La petición debe realizarla dentro del plazo reglamentario de declaración y aportar una garantía de pago de la deuda tributaria. Si la Administración concede el fraccionamiento, el importe y el plazo de cada fracción se fijan en función de los períodos impositivos a los que correspondería imputar las rentas si el contribuyente no hubiera dejado de serlo, con el límite de cuatro años. La parte correspondiente a períodos que superan dicho límite se imputa por partes iguales durante el período de fraccionamiento⁶².

Bibliografía

- CAYÓN GALIARDO, A. (1991): “La definición de los incrementos y disminuciones patrimoniales en la Ley 18/1991”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 14, pp. 43-57.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. (2010): “Cuestiones problemáticas de la residencia fiscal de los deportistas: medios tasados de prueba y traslados a paraísos fiscales”, *Quincena fiscal*, nº 29, Aranzadi.
- GALÁN SÁNCHEZ, R. M. (2000): *Las ganancias y pérdidas patrimoniales en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF*, Marcial Pons, Madrid.
- HERRERA MOLINA, P.M. (2015): *Primera aproximación al nuevo “impuesto de salida” (I): ámbito de aplicación*, Post nº 680, de 3 de enero de 2015 [<https://ecjleadingcases.wordpress.com/2015/02/03/primera-aproximacion-al-impuesto-de-salida-ambito-de-aplicacion/>], 29 de junio de 2018.

⁶² Art. 63 del Reglamento del IRPF, aprobado mediante Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (2007): “Los impuestos de salida y el derecho comunitario a la luz de la legislación española”, *Documentos IEF*, nº 17/07, Instituto de Estudios Fiscales.
- MENÉNDEZ MORENO, A. (2015): “¡Menuda reforma, o por mejor decir, reformar al menudeo! (A propósito de la modificación del IRPF)”, *Quincena fiscal*, nº 1-2, pp. 11-16.
- MORILLO MENÉNDEZ, A. (2002): “Los conceptos funcionales de domicilio y residencia y sus consecuencias en los procedimientos tributarios”, *Carta Tributaria*, Monografías, nº 14, CISS.
- MIGUEL MONTERRUBIO, M. DE (2009): “Ganancias y pérdidas de patrimonio”, *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 575-614.
- NAVARRO EGEA, M. (2016): “Las rentas de usufructo en el IRPF”, en VVAA, *Tratado de usufructo*, La Ley, Madrid, pp. 1247-1282.
- OCDE (2010): *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, (<http://www.gerens.cl/gerens/ModeloConvenioTributario.pdf>).
- PABLO VARONA, C. DE (2002): *La tributación del socio en el IRPF*, Edersa, Madrid.
- RIBES RIBES, A. (2014): *Los impuestos de salida*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- RIBES RIBES, A. (2015): “Un nuevo exit tax en el ordenamiento español: el artículo 95 bis LIRPF”, *Crónica Tributaria*, nº 154, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 119-138.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2009): “Individualización de rentas, período impositivo e imputación temporal”, *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 271-295.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1992), E.: “Los incrementos y disminuciones de patrimonio gravados en el IRPF: Concepto y ámbito”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº. 75, pp. 523 y ss.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1999): *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Aranzadi, Pamplona.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1983): “Incrementos y disminuciones patrimoniales”, *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp. 273-327.
- SOLER ROCH, M. T. (1997): “Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado”, *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, pp. 63-78.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (2016): “La discriminación tributaria por razón de la residencia en la Unión Europea”, *Problemas actuales de coordinación tributaria*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 147-186.
- VEGA BORREGO, F. A. (2009): “La residencia habitual en España y en una Comunidad Autónoma”, *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 219-270.