



El Acuerdo internacional en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con Gibraltar. Examen a luz de la libre circulación de capitales

Manuel Benítez Pérez

Doctor en Derecho y abogado del Departamento

Fiscal Internacional de Montero & Aramburu Abogados (España)

manuelperezbenitez@icasevilla.org | <https://orcid.org/0009-0006-0319-026X>

Extracto

Tras la firma del Acuerdo Internacional en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros entre España y Reino Unido, las situaciones de posible conflicto de residencia fiscal se van a decantar en prácticamente todos los casos en favor de la jurisdicción española. La regulación contenida en este acuerdo establece una serie de diferencias de trato, tanto para personas físicas como jurídicas, que podrían colisionar con el Derecho de la Unión Europea, bien desde la perspectiva de la libre circulación de capitales del artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), bien desde el principio general de no discriminación del artículo 18 del TFUE.

Palabras clave: Gibraltar; Derecho de la Unión Europea; libre circulación de capitales; restricción; residencia fiscal.

Recibido: 01-11-2022 / Aceptado: 30-11-2022 / Revisado: 21-06-2023 / Publicado: 05-07-2023

Cómo citar: Benítez Pérez, M. (2023). El Acuerdo internacional en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con Gibraltar. Examen a luz de la libre circulación de capitales. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 484, 53-86. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19275>



The International Agreement on Taxation and Protection of Financial Interests between the Kingdom of Spain and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in relation to Gibraltar. Examination in the light of the free movement of capital

Manuel Benítez Pérez

Abstract

Following the signing of the International Agreement on taxation and protection of financial interests between Spain and the United Kingdom, situations of possible conflict of tax residence will be decided in practically all cases in favor of the Spanish jurisdiction. The regulation contained in this Agreement establishes a series of differences of treatment, both for individuals and legal entities, which could collide with European Union Law, either from the perspective of the free movement of capital of Article 63 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), or from the general principle of non-discrimination of Article 18 of the TFEU.

Keywords: Gibraltar; European Union Law; free movement of capitals; restriction; tax residence.

Received: 01-11-2022 / Accepted: 30-11-2022 / Review: 21-06-2023 / Published: 05-07-2023

Citation: Benítez Pérez, M. (2023). El Acuerdo internacional en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con Gibraltar. Examen a luz de la libre circulación de capitales. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 484, 53-86. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19275>



Sumario

1. Introducción: antecedentes, objeto de estudio y metodología
 - 1.1. Delimitación del objeto de estudio
 - 1.2. Metodología
 - 1.3. Antecedentes: el Brexit como impulsor de un acuerdo histórico
 - 1.3.1. España y la soberanía sobre Gibraltar
 - 1.3.2. Gibraltar como jurisdicción no cooperativa para España
 - 1.3.3. El Brexit como impulsor de un acuerdo histórico
 2. La libre circulación de capitales: análisis de la doctrina del TJUE
 - 2.1. Concepto, alcance y ámbito de aplicación espacial
 - 2.2. Restricciones permitidas a la libre circulación de capitales
 3. Regulación de la residencia fiscal en el Acuerdo
 - 3.1. La residencia fiscal de las personas físicas
 - 3.2. La residencia fiscal de las personas jurídicas
 4. Encaje del Acuerdo en el Derecho de la UE: ¿colisión con la libre circulación de capitales?
 - 4.1. Examen a la luz de la libre circulación de capitales
 - 4.1.1. ¿Supone el Acuerdo una restricción a la libre circulación de capitales?
 - 4.1.2. ¿Está justificada dicha restricción?
 - 4.1.3. Juicio de proporcionalidad
 - 4.2. Examen a la luz del principio de no discriminación
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas
- Bibliografía

1. Introducción: antecedentes, objeto de estudio y metodología

1.1. Delimitación del objeto de estudio

El Acuerdo Internacional en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con Gibraltar (el Acuerdo) publicado en el Boletín Oficial del Estado el 13 de marzo de 2021 ha supuesto un hito histórico para la fiscalidad de la zona y para el tratamiento de Gibraltar como *player* internacional en relación con nuestro país.

Como veremos a lo largo de este estudio, el Acuerdo fija en su artículo 2 unas normas para la determinación de la residencia fiscal para personas físicas y jurídicas muy restrictivas y sistemáticamente favorables para el Reino de España. Esto se puede interpretar como una «victoria» de España sobre Reino Unido en lo que respecta a la protección de los intereses financieros de España, tradicionalmente amenazados por la consideración de paraíso fiscal del Gobierno del peñón.

Si bien Reino Unido ya no forma parte de la Unión Europea (UE), y además Gibraltar siempre ha contado con un estatus especial mientras duró su permanencia, España sigue formando parte de la Unión y ello nos hace plantearnos si este acuerdo es respetuoso con el ordenamiento jurídico europeo o no.

Si este Acuerdo se hubiera firmado durante la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, cabría la posibilidad de examinarlo a la luz de varias libertades fundamentales. No obstante, tras el Brexit y la consideración de Reino Unido como un país tercero a todos los efectos, solo podemos examinar la cuestión de la compatibilidad del Acuerdo con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la libertad de circulación de capitales recogida en el artículo 64 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y del principio general de no discriminación contenido en el artículo 18 del TFUE.

Por lo tanto, el objeto de estudio de este trabajo consistirá en determinar si el artículo 2 del Acuerdo, regulador de las normas sobre residencia fiscal de personas físicas y jurídicas en caso de conflicto, inspiradas en los principios de la legislación antiabuso, es compatible con el artículo 64 del TFUE y con el artículo 18 del TFUE, y por lo tanto si España estaría incumpliendo el ordenamiento europeo con la firma de dicho tratado internacional.

1.2. Metodología

Tras haber realizado una delimitación del objeto de estudio, es momento de precisar cuál será la metodología que emplearemos para el análisis de la cuestión.

En primer lugar, vamos a establecer una hipótesis de partida, la cual formulamos de la siguiente forma: *el Reino de España está incumpliendo el Derecho de la UE en tanto que el artículo 2 del Acuerdo firmado con Reino Unido respecto de Gibraltar supone una restricción a la libre circulación de capitales incompatible con el Derecho de la UE y una vulneración del principio general de no discriminación por razón de nacionalidad.*

Establecida la hipótesis de partida, lo que procede es realizar un análisis en detalle de la regulación sobre la libre circulación de capitales contenida en los tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Tras ello, es imprescindible examinar los requisitos recogidos en el artículo 2 del Acuerdo para fijar las normas sobre residencia fiscal entre España y Gibraltar en caso de conflicto.

Por último, veremos el encaje del artículo en la normativa europea, a la luz de la interpretación realizada por el TJUE, y contrastaremos la veracidad de la hipótesis de partida, tras lo cual fijaremos unas conclusiones.

No obstante lo anterior, consideramos que es enriquecedor comenzar con una breve contextualización sobre la situación histórico-jurídica de Gibraltar en relación con el Reino de España.

1.3. Antecedentes: el Brexit como impulsor de un acuerdo histórico

1.3.1. España y la soberanía sobre Gibraltar

A la muerte del rey Carlos II, España entró en una guerra de sucesión por el trono que culminó con la firma del Tratado de Utrecht en 1713. En este acuerdo internacional, España se vio despojada de varias de sus posesiones por todo el mundo, entre las cuales se encuentra el territorio que motiva este estudio: el peñón de Gibraltar.

En concreto, el artículo X del tratado, que aun hoy sigue en vigor, se encarga de regular la cesión de Gibraltar por España al Reino Unido¹.

Desde la firma del Tratado de Utrecht, las tensiones sobre la interpretación de dicho artículo X no han cesado. Tanto el Reino Unido como España reclaman la soberanía del peñón para sí. Para el Gobierno español «Gibraltar no es parte integrante de Reino Unido; es una colonia británica en territorio español²». Sin embargo, para el Reino Unido, «Gibraltar es un territorio británico de Ultramar³».

Sea como fuere, queda claro que este territorio está en disputa desde hace años, y que no parece que pueda existir una solución a corto plazo a este conflicto. De hecho, en el Acuerdo por el que se regulan las relaciones entre el Reino Unido y la UE tras el Brexit se excluye expresamente el territorio de Gibraltar⁴.

1.3.2. Gibraltar como jurisdicción no cooperativa para España

Dejando de lado la cuestión de la soberanía sobre el peñón de Gibraltar, España siempre ha considerado a Gibraltar como un paraíso fiscal o, como se ha denominado a raíz de la aprobación de la Ley 11/2021, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, «jurisdicción no cooperativa».

Tras la reforma introducida por la Ley 11/2021, de 9 de julio, en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre «[t]endrán la consideración de jurisdicciones no cooperativas los países y territorios, así como los regímenes fiscales perjudiciales, que se determinen por la Ministra de Hacienda mediante Orden Ministerial conforme a los criterios que se establecen en los apartados siguientes de este artículo», pudiendo actualizarse «atendiendo a los criterios del Código de Conducta en materia de Fiscalidad Empresarial de la Unión Europea o del Foro de Regímenes Fiscales Perjudiciales de la OCDE». Para

¹ Según Ortega Carcelén (2013), el artículo X del Tratado de Utrecht regula la cesión del territorio en tres términos:

(1) se define el territorio cedido como la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen, sin plazo de tiempo, pero «sin jurisdicción alguna territorial»; (2) no se permite la «comunicación abierta con el país circunvecino por tierra», salvo para el abastecimiento en caso de necesidad; y (3) España tiene un derecho a «redimir» la ciudad de Gibraltar, es decir, recuperar su soberanía, en caso de que Gran Bretaña quiera «dar, vender o enajenar de cualquier modo» su propiedad.

² Vid. <https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/gibraltar/Paginas/index.aspx> recuperado el día 2 de noviembre de 2020.

³ Vid. <https://www.gov.uk/world/gibraltar/news#:~:text=Gibraltar%20is%20a%20British%20overseas,external%20affairs> recuperado el día 2 de noviembre de 2020.

⁴ Vid. disposiciones finales, 3.

ello, la ministra de Hacienda deberá tener en cuenta tres criterios: 1) transparencia fiscal; 2) la atracción de beneficios que no reflejen una actividad económica real; 3) la existencia de baja o nula tributación. Igualmente, la disposición transitoria segunda recoge que «[e]n tanto no se determinen por Orden Ministerial los países o territorios que tienen la consideración de jurisdicción no cooperativa, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el Real Decreto 1080/1991 [...]».

En desarrollo de lo anterior, se emitió la Orden HFP/115/2023, de 9 de febrero, por la que se determinan los países y territorios, así como los regímenes fiscales perjudiciales, que tienen la consideración de jurisdicciones no cooperativas. Y como no podía ser de otra manera, dando continuidad a la lista de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991, encontramos a Gibraltar en el número 7 de dicho listado.

Tradicionalmente, Gibraltar ha sido una jurisdicción opaca, que no ha solido firmar acuerdos de intercambio de información ni convenios de doble imposición (CDI)⁵. Además, en Gibraltar hay una situación de baja tributación. Por lo tanto, como sostuvo Carrasco (2009) «[d]esde un punto de vista estrictamente formal, Gibraltar sigue siendo, para el derecho español, un paraíso fiscal», conclusión que sigue siendo válida con la nueva normativa vigente. Y así lo ha reconocido la Consulta vinculante V1323/2022, de 10 de junio (NFC083531), en la que la Dirección General de Tributos (DGT) reafirma que «al día de hoy, Gibraltar se mantiene en la lista de paraísos fiscales, en la actualidad jurisdicciones no cooperativas», y, por lo tanto, a efectos internos, el tratamiento no ha cambiado a pesar de la entrada en vigor del Acuerdo⁶.

Lo cierto es que Gibraltar ha venido adaptándose poco a poco durante los últimos años a los criterios objetivos de la OCDE sobre transparencia e intercambio de información. El Gobierno de la roca ha suscrito 27 acuerdos de intercambio de información tributaria⁷, ha traspuesto la Directiva 2011/16/UE (Directiva sobre la cooperación administrativa: DCA) y ha firmado el Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal. Como apunta Pontón (2017a) «[c]on este tipo de acuerdos [...] debería eliminarse del listado español de paraísos fiscales ya que contraviene el ordenamiento de la Unión». En el mismo sentido se pronunciaban Martín y Hernández (2004), que ante la realidad de que en

⁵ En términos técnicos, quien firma dichos CDI suele ser el Reino Unido, territorio bajo cuya soberanía se encuentra Gibraltar actualmente.

⁶ En este caso concreto se denegó a un contribuyente la aplicabilidad de la exención del artículo 7 p) de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF) porque uno de los requisitos esenciales es que el lugar de destino de los trabajos no sea un paraíso fiscal, y Gibraltar se mantiene en la lista a pesar del Acuerdo.

⁷ Con Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Finlandia, Guernsey (Reino Unido), Irlanda, Italia, Islas Feroe (Dinamarca), Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia por parte de la UE, y con Australia, EE. UU., Groenlandia, India, Islandia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Turquía y Sudáfrica de fuera de la UE.

Gibraltar se han venido aplicando durante los últimos tiempos las directivas de intercambio de información, afirma que

[p]odemos, ciertamente, concluir que la efectividad de estas normas comunitarias permite el intercambio de información de forma análoga o incluso más amplia que los acuerdos específicos y, lógicamente, surgiría la pregunta en el sentido de si no puede llegarse a la conclusión de que, en el momento actual⁸, Gibraltar ha salido de la lista de paraísos fiscales. Se trataría de un efecto, indudablemente, no querido por las autoridades administrativas españolas.

Además, a su juicio, la aplicación de normas antiparaíso a territorios de la UE

podrían vulnerar las libertades comunitarias si impusieran condiciones que no se exigen en situaciones internas comparables o, simplemente, si trataran de dificultar que un contribuyente se desplace a un paraíso fiscal o realice operaciones en el mismo o con empresas instaladas en él.

Todo lo cual contribuye a sostener la tesis de que quizás Gibraltar debió dejar de ser considerado paraíso fiscal hace varios años, y carece de sentido tributario que siga en la lista en pleno 2023.

Esto le ha valido, por el momento, para no estar presente en la lista negra de paraísos fiscales de la UE⁹. El hecho de mantener unos tipos impositivos bajos y atractivos no es *per se* motivo suficiente para calificar al territorio como jurisdicción no cooperativa, pues en el seno de la UE la competencia fiscal está permitida¹⁰.

Por todo lo anterior, parece más una cuestión de política exterior que fiscal el hecho de que el Estado español no haya excluido de la lista de paraísos fiscales a Gibraltar y siga constando como tal en la Orden HFP/115/2023. Como se desprende de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, el Estado español deberá excluir expresamente a Gibraltar de su lista de jurisdicciones no cooperativas. Aunque Gibraltar cumpliera con todas y

⁸ Con la normativa vigente es imprescindible que el Estado actualice la lista para que España deje de considerarlo paraíso fiscal, cosa que no ha sucedido con la entrada en vigor de la Orden de 2023. Pero hasta 2015, tras una reforma producida por el Real Decreto 116/2003, con la mera suscripción de un acuerdo de intercambio de información se aceptaba implícitamente la salida.

⁹ Actualmente se encuentran los siguientes territorios: Samoa Americana, Anguila, Barbados, Fiyi, Guam, Palaos, Panamá, Samoa, Trinidad y Tobago, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Vanuatu y Seychelles.

¹⁰ Lo que no está admitido son las ayudas de Estado enmascaradas en libre competencia fiscal (art. 107 TFUE). Al respecto, *vid.* Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011 (asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P –NFJ044770–), que declaró que la reforma tributaria de Gibraltar podía considerarse una ayuda de Estado territorial.

cada una de las exigencias OCDE y UE, si España no la expulsa expresamente de su lista, desde el punto de vista interno mantendrá su estatus jurídico de jurisdicción no cooperativa.

1.3.3. El Brexit como impulsor de un acuerdo histórico

En el Acuerdo de Retirada suscrito entre el Reino Unido y la Unión Europea, se establece un Protocolo sobre Gibraltar, específico para regular la salida de la UE del peñón tras el Brexit¹¹, dándose un peso específico a la opinión del gobierno español¹².

Dicho protocolo consta de 6 artículos, y versan sobre los derechos de los ciudadanos, el transporte aéreo, cuestiones fiscales y financieras, medioambientales y de cooperación policial y aduanera. Bajo el paraguas del artículo 3 de este protocolo, España también ha suscrito un Acuerdo en Materia de Fiscalidad y Protección de Intereses Financieros¹³.

La situación jurídica de Gibraltar tras la salida del Reino Unido de la UE no fue la misma que la de las islas. En materia tributaria y financiera, el Acuerdo firmado con España es una pieza fundamental para regular las estrechas relaciones económicas y financieras que se dan en la zona del Campo de Gibraltar¹⁴. Además, no está de más recordar que Gibraltar está excluida del ámbito de aplicación territorial del CDI España-Reino Unido. Por su tradicional condición de jurisdicción no cooperativa, el campo de Gibraltar siempre ha sido un centro de conflictos tributarios constantes, situación que se pretende solucionar con la entrada en vigor del Acuerdo.

El texto del Acuerdo entró en vigor el pasado 4 de marzo de 2021¹⁵, y consta de un preámbulo y nueve artículos. En los considerandos hay una estipulación que reconoce específicamente las posturas del Reino Unido y del Reino de España respecto de los litigios históricos y las disputas de soberanía. Reconocen ambos países que este acuerdo trata únicamente de crear un marco de relaciones jurídico-fiscales que sea sólido y claro para regular la realidad operante en la zona.

¹¹ No en vano el artículo 3 del Acuerdo lo declara parte integrante del acuerdo, por estar bajo dominio británico.

¹² Pues como dice el mismo texto «... la aplicación del presente Protocolo debe llevarse a cabo de conformidad con los respectivos ordenamientos constitucionales del Reino de España y del Reino Unido».

¹³ Aunque no es el único acuerdo que se firmó. España ha suscrito hasta la fecha cuatro Memorándums de Entendimiento (MoU, por sus siglas en inglés) en relación con las materias contenidas en el mismo. En concreto, los MoU firmados son los siguientes: 1) MoU sobre los Derechos de los Ciudadanos; 2) MoU sobre el Tabaco; 3) MoU sobre el Medio Ambiente; 4) MoU de Cooperación Policial y Aduanera.

¹⁴ Este acuerdo, además de suma importancia fiscal, tiene también gran relevancia política, pues es el primero que firman España y Reino Unido sobre Gibraltar desde el Tratado de Utrecht de 1713.

¹⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/13/pdfs/BOE-A-2021-3947.pdf>

En el artículo 1 se establece la obligación de la adaptación dinámica de la legislación de Gibraltar a los estándares internacionales de la UE durante el periodo transitorio y después de él en materia de transparencia, cooperación administrativa, prácticas fiscales perjudiciales y de lucha contra el blanqueo de capitales, comprometiéndose a mantener una legislación equivalente en estos ámbitos a la existente en esos momentos, una vez que el Derecho de la UE ya no sea aplicable en Gibraltar.

El artículo 2 regula las normas para la determinación de la residencia fiscal en caso de conflicto, cuyo examen realizaremos en detenimiento en las próximas páginas.

Por su parte, el artículo 3 dispone el régimen especial de cooperación administrativa reforzada entre las autoridades competentes de las respectivas Administraciones tributarias¹⁶. Se garantiza la utilización bilateral de los estándares internacionales más altos existentes en cada momento¹⁷, así como el intercambio de información sobre determinadas personas, entidades o activos, especialmente relevantes para la lucha contra el fraude en la zona¹⁸. Para ello se acuerda el establecimiento de unos órganos de enlace, cuya designación se regula en el artículo 4 del Acuerdo.

El artículo 5 establece la creación de un Comité Conjunto de Coordinación para la supervisión y la coordinación de la aplicación del Acuerdo.

El artículo 6 recoge una cláusula relativa a las obligaciones de confidencialidad y protección de datos de la información intercambiada.

El artículo 7 señala la vigencia –indefinida– del Acuerdo, salvo denuncia expresa de alguna de las partes contratantes en el ámbito de sus relaciones diplomáticas¹⁹.

El artículo 8 indica la entrada en vigor del Acuerdo Fiscal una vez se completen los respectivos procedimientos internos, cuya fecha podemos situar en el día 4 de marzo de 2021.

Por último, el artículo 9 recoge una cláusula de aplicación territorial para aclarar que el ámbito territorial por parte del Reino Unido se circunscribe a Gibraltar, excluyéndose cualquier otra colonia o territorio de ultramar que esté actualmente bajo la soberanía del Reino Unido, como pudiera ser Guernsey o las Islas Vírgenes Británicas.

¹⁶ Cuyo objetivo es «... intercambiar la información que sea previsiblemente pertinente para la administración, ejecución y recaudación de los tributos de toda clase y denominación, exigidos en nombre de las Partes».

¹⁷ En particular, la Directiva 2011/16/UE (DCA) sobre cooperación administrativa y sus modificaciones ulteriores, la Directiva 2010/24/UE sobre asistencia mutua en el cobro de impuestos, así como los mecanismos contemplados en los términos más amplios del Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y el Consejo de Europa, así como cualquier otra norma que introduzcan en esta materia la OCDE y el G20 en el futuro.

¹⁸ Por ejemplo, trabajadores transfronterizos, vehículos, beneficiarios efectivos de todo tipo de sociedades, etc.

¹⁹ Entre España y Reino Unido, nunca con Gibraltar.

2. La libre circulación de capitales: análisis de la doctrina del TJUE

En este epígrafe vamos a ocuparnos de examinar el contenido y alcance de la libre circulación de capitales recogida en el TFUE. Para ello, en los diferentes puntos de este apartado vamos a ir analizando tanto la regulación positiva como los principales pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE que han ido moldeando de manera *negativa* esta libertad fundamental en el ámbito de la imposición directa.

2.1. Concepto, alcance y ámbito de aplicación espacial

La libre circulación de capitales está regulada en el artículo 63 del TFUE, según el cual «quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países». Esta es una libertad fundamental que opera con efecto directo de manera incondicional, como dijo el TJUE en Sentencia de 14 de diciembre de 1995, asuntos acumulados C-163/94, C165/94 y C-250/94, *Sanz de Lera y otros*, tanto para los movimientos de capitales dentro de la UE y con terceros países.

Como apuntan Peters y Gooijer (2005), esta libertad fundamental se ha ido configurando gradualmente a lo largo de los distintos tratados que han constituido lo que hoy conocemos como la UE. El artículo 70 del Tratado de Roma no obligaba a liberalizar los movimientos de capitales de los Estados miembros con terceros países. Esto se convierte en obligación a partir del Tratado de Maastricht, en el que las restricciones a la libre circulación de capitales quedan prohibidas, salvo por las propias causas que regula el tratado. Similar regulación se mantiene en el vigente TFUE.

Ahora bien, el ámbito objetivo de esta libertad a veces no es claramente identificable, pues como indica Helminen (2022), el TFUE no define qué se debe entender por movimiento de capital²⁰. A título de ejemplo, el concepto de movimiento de capitales ha incluido tradicionalmente los movimientos de patrimonio neto y deuda empresarial (Sentencias del TJUE de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–, *Manninen*, y de 9 de septiembre de 2021, asunto C-449/20, *Real Vida Seguros*), las inversiones inmobiliarias (Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04 –NFJ024303–, *Stau-*

²⁰ Aunque sí lo hace la Directiva 88/361/CEE, que en su anexo 1 dispone una lista exhaustiva pero no limitativa de aquellas situaciones en las que se considerará que existe un movimiento de capitales. Asimismo, recoge unas notas explicativas sobre los distintos conceptos jurídicos recogidos en la directiva y la lista. El TJUE se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (Sentencias de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04 –NFJ024303–, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*; de 12 de febrero de 2009, asunto C-67/08 –NFJ031324–, *Block*; o de 15 de octubre de 2009, asunto C-35/08 –NFJ035532–, *Busley y Cibrían Fernández*, entre otras), afirmando que «la nomenclatura que contiene (la Directiva en cuestión) no es restrictiva del concepto de movimiento de capitales».

ffer, y de 12 de abril de 2018, asunto C-110/17 –NFJ070011–, *Comission v Belgium*), las donaciones (Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2009, asunto C-318/07 –NFJ031286–, *Persche*) y sucesiones (Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014, asunto C-127/12 –NFJ054901–, *Commision v Spain*) y las ganancias de capital (Sentencias del TJUE de 9 de diciembre de 2004, asunto C-219/03 –NFJ018622–, *Commision v Spain*, y de 6 de octubre de 2009, asunto C-562/07 –NFJ035348–, *Commision v Spain*). Sin embargo, como señala el autor, el cambio de estado de residencia fiscal no suele quedar amparado bajo esta libertad a menos que en dicho cambio se produzca un movimiento de capital (Sentencia del TJUE de 23 de febrero de 2006, asunto C-513/03 –NFJ024031–, *Van Hilten*).

Respecto del ámbito subjetivo, los sujetos legitimados para invocar la aplicación de la libre circulación de capitales no tienen por qué ser nacionales ni residentes de un Estado miembro, pues en una operación con un país tercero, la parte no vinculada con la UE en forma de residencia fiscal o ciudadanía podría solicitar la aplicación de esta libertad fundamental (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020, núm. 1802/2020, rec. núm. 5855/2018; de 17 de diciembre de 2020, núm. 1784/2020, rec. núm. 5081/2018; de 11 de febrero de 2021, núm. 180/2021, rec. núm. 4777/2018, y de 20 de octubre de 2021, núm. 1250/2021, rec. núm. 5921/2018; y del TJUE, Sentencias de 14 de noviembre de 1995, asunto C-484/93, *Swensson y Gustavson*, y de 23 de febrero de 1995, asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93, *Bordessa y otros*).

Por otro lado, en cuanto a la finalidad de esta libertad, es interesante la interpretación auténtica que realiza el Parlamento Europeo. Según esta institución europea, la finalidad de la libre circulación de capitales es: 1) el sustento del mercado único interior; 2) complementar las demás libertades fundamentales; 3) contribuir al crecimiento económico permitiendo la inversión eficiente de capital, y 4) la promoción del euro como divisa internacional, contribuyendo al papel de la UE como actor global.

2.2. Restricciones permitidas a la libre circulación de capitales

Dicho lo anterior, y una vez establecida la libertad fundamental con la mayor amplitud posible, como excepción debemos apuntar las limitaciones que recogen los artículos 64 a 66 del TFUE.

El artículo 64 del TFUE permite a los Estados miembros aplicar restricciones que existían con anterioridad a 1993 con respecto de los movimientos de capitales realizados con terceros países, pero bajo determinadas circunstancias cuyo examen no es objeto de este trabajo. También el artículo 66 del TFUE²¹ permite ciertas restricciones respecto de los mo-

²¹ Al respecto también es interesante mencionar los artículos 75 y 215 del TFUE, relativos a las sanciones que pueden imponerse a terceros países, limitando la libre circulación de capitales, sobre la base de una cuestión de política de seguridad.

vimientos de capitales con terceros países para salvaguardar los intereses de la Unión ante serias dificultades para el normal funcionamiento de la unión económica y monetaria, aunque tienen un plazo máximo de seis meses.

Más interés suscita el artículo 65 del TFUE, que reconoce el derecho de los Estados miembros a 1) distinguir entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o donde esté invertido su capital y a 2) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho, en particular en materia fiscal²², así como a establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales por razones de orden público o seguridad pública. A este respecto el TJUE en Sentencia de 14 de marzo de 2000, asunto C-54/99, *Église de Scientologie*, admitió que la dificultad de identificar y bloquear los capitales una vez que han entrado en un Estado miembro puede justificar un trato diferenciado de las operaciones de inversión extranjera directa.

No obstante, esas medidas no pueden suponer en ningún caso un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta a la libre circulación de capitales, salvo si persigue un objetivo legítimo compatible con el TFUE, que exista una razón imperiosa de interés general y que la medida sea proporcionada y no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2022, asunto C-545/19 –NFJ085488–, *AllianzGI-Fonds AVN*). Como sostuvo el TJUE en Sentencia de 18 de marzo de 2021, asunto C-388/19 –NFJ081265–, *MK*²³, la diferencia de trato entre los sujetos pasivos residentes y los sujetos pasivos no residentes será incompatible con el Derecho de la UE si existe una diferencia de trato y ambos se encuentran en una situación objetivamente comparable o no está justificada por una razón imperiosa de interés general.

Respecto de los sistemas de autorización administrativa previa para autorizar la inversión extranjera, el TJUE (Sentencias de 13 de mayo de 2003, asunto C-463/00, *Commission v Spain*, y de 4 de junio de 2002, asunto C-367/98, *Commission v Portugal*) se ha pronunciado explícitamente dictando que el mismo debe estar basado en un sistema objetivo con criterios no discriminatorios que sean conocidos *a priori* por los sujetos implicados. Asimismo, también ha establecido (en Sentencia de 13 de julio de 2000, asunto C-423/98, *Albo-re*) que los requisitos de seguridad pública no pueden justificar derogaciones de las reglas contenidas en los tratados, como la libre circulación de capitales, a menos que se observe el principio de proporcionalidad, que significa que cualquier restricción debe permanecer dentro de los límites de lo adecuado para asegurar el objetivo que persigue la medida y no debe ir más allá de lo estrictamente necesario.

Igualmente, la justificación basada en la preservación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, el TJUE ha recordado en Sentencia de 28 de febrero de

²² También para la supervisión prudencial de entidades financieras.

²³ También en Sentencia de 11 de octubre de 2007, asunto C-443/06 (NFJ029121), *Hollmann*.

2013, asunto C-168/11 (NFJ050170), *Beker*, que puede constituir una razón imperiosa de interés general, pero que no puede suponer un medio encubierto para tratar de forma discriminatoria a residentes y no residentes que se encuentran en situaciones comparables.

3. Regulación de la residencia fiscal en el Acuerdo

Una vez hemos examinado cuál es el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales es momento de analizar el alcance del artículo 2 del Acuerdo –regulador de la residencia fiscal en caso de conflicto–, cuyo contenido es objeto de debate a la luz del derecho europeo. Una vez analizado, ya en el siguiente epígrafe (4) profundizaremos en el encaje que tiene este dentro del ordenamiento europeo y determinaremos si supone o no una restricción incompatible que menoscaba el funcionamiento del mercado único interior.

3.1. La residencia fiscal de las personas físicas

Está contemplada en el apartado 1 del artículo 2 del Acuerdo. El principio fundamental sobre el que se basa, respecto de la residencia de las personas físicas, es el respeto a la legislación interna de cada jurisdicción fiscal. En otras palabras, este Acuerdo no es la antesala de una reforma legislativa ni en la normativa gibraltareña ni en la española. Así, se dice que las partes convienen que «[l]as personas físicas se considerarán residentes fiscales de España o de Gibraltar de conformidad con su legislación interna, incluidas las normas relativas a la expedición de certificados fiscales que confirmen la residencia».

El ámbito de aplicación de este Acuerdo estará, pues, en aquellos supuestos en los que concurra un conflicto de residencia emanado de la aplicación contradictoria de legislación de ambas jurisdicciones²⁴. Dicho de otra manera, el acuerdo operará «... únicamente en caso de conflicto por lo que respecta a la residencia fiscal». Según el propio preámbulo del Acuerdo, existirá un conflicto de residencia cuando «... una persona física es residente fiscal tanto en Gibraltar como España y no pueda ser claramente categorizada como residente fiscal de alguno de los dos».

A continuación, el Acuerdo regula unas normas de régimen general y otras de régimen especial para decantar la residencia fiscal a favor de España de manera exclusiva. Generalmente, los CDI suscritos por los distintos Estados que siguen el Modelo de Convenio OCDE establecen una serie de criterios (*tie break rules*) para decantar la residencia fiscal de la per-

²⁴ Hemos de recordar que, en tanto España no actualice la lista de paraísos fiscales para excluir a Gibraltar, las normas sobre la determinación de la residencia se seguirán aplicando en lo que respecta a la cuarentena fiscal y la prueba de permanencia efectiva en el territorio calificado como paraíso.

sona a uno u otro país. En el caso que nos ocupa, de darse las situaciones contenidas en el artículo 2, la residencia sería favorable exclusivamente para España, por lo que no puede hablarse propiamente de unas normas de reparto, sino más bien de situaciones en las que España tiene derecho a considerar residentes fiscales en exclusiva a los contribuyentes.

El texto del artículo no sigue unas reglas de desempate en pie de igualdad entre ambas jurisdicciones, que en todo caso decantarían la residencia hacia un lado u otro de la verja. Este Acuerdo es la plasmación de la superior fuerza negociadora de España sobre Gibraltar, que desemboca en un tratamiento privilegiado de la residencia española respecto de la gibraltareña.

Siguiendo el principio *lex specialis derogat generali*, comenzaremos analizando las normas especiales del artículo 2.1 c) y siguientes del Acuerdo, concernientes a la determinación de la residencia en los supuestos de traslado de residencia del contribuyente. Al respecto, el texto hace una distinción subjetiva en función de la nacionalidad:

- Respecto de los nacionales españoles que trasladen su residencia a Gibraltar tras la entrada en vigor del acuerdo, seguirán siendo considerados a todos los efectos como residentes fiscales exclusivamente en España²⁵. Esta es una norma de *trailing tax* que va más allá de la contenida en el artículo 8.2 de la LIRPF²⁶, puesto que es ilimitada en el tiempo; además, Gibraltar pierde cualquier derecho a gravar las rentas de esos contribuyentes en calidad de residentes fiscales, por lo que únicamente podrán gravar la renta por obligación real. Y así lo ha reconocido la Consulta de la DGT V1310/2022, de 9 de junio (NFC083478), respondiendo a un trabajador español que se traslada a vivir a Gibraltar que «el consultante, de nacionalidad española, aunque traslade su residencia a Gibraltar en algún momento del año 2022, será considerado residente fiscal en España».

²⁵ Como recuerda Falcón y Tella (2019), esta medida no es nueva en el panorama internacional, pues «... ya cuenta con un cierto precedente en el tratamiento que da Mónaco a los residentes de nacionalidad francesa». En concreto, el artículo 7 de la Convención Franco-Monegasca del 18 de mayo de 1963 señala:

[I]es personnes physiques de nationalité française qui transporteront à Monaco leur domicile ou leur résidence –ou qui ne peuvent pas justifier de cinq ans de résidence habituelle à Monaco à la date du 13 octobre 1962– seront assujetties en France à l'impôt sur le revenu des personnes physiques et à la taxe complémentaire dans les mêmes conditions que si elles avaient leur domicile ou leur résidence en France (las personas físicas de nacionalidad francesa que trasladen a Mónaco su domicilio o su residencia –o quienes no puedan justificar cinco años de residencia en Mónaco anteriores a la fecha del 13 de octubre de 1962– estarán sujetos en Francia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al tributo complementario en las mismas condiciones que si tuvieran su domicilio o su residencia en Francia).

²⁶ Que impone una cuarentena fiscal a los contribuyentes españoles que trasladen su residencia fiscal a una jurisdicción no cooperativa, manteniendo su estatus de residente fiscal español durante el año de traslado y los cuatro siguientes.

- Respecto de los residentes fiscales en España, no nacionales españoles²⁷ que trasladen su residencia fiscal a Gibraltar, se establece una norma de contenido similar a la del artículo 8.2 de la LIRPF, ya que seguirán siendo considerados residentes fiscales en España durante el año del traslado y los cuatro siguientes. Sin embargo, los residentes no nacionales tendrán que haber pasado al menos un ejercicio fiscal completo en España, o si son gibraltareños registrados²⁸ tienen que haber pasado menos de cuatro años en nuestro país. En otras palabras, si son residentes fiscales no nacionales con menos de un ejercicio fiscal completo en España, esta norma de cuarentena fiscal no les sería de aplicación. Asimismo, también ocurriría esto en los casos de gibraltareños registrados con menos de cuatro años en España.

Otro punto importante para considerar que se deduce de la literalidad de la redacción²⁹ de la norma es que para estos contribuyentes Gibraltar no renuncia a su residencia³⁰, sino que la hace compatible con la española durante cinco ejercicios.

De nuevo podemos afirmar sin error que esta norma excede del contenido del artículo 8.2 de la LIRPF, aplicable exclusivamente a los nacionales españoles, al ampliar el ámbito de aplicación subjetiva también a los no nacionales y a los gibraltareños. Por lo tanto, entendemos que aun en el supuesto de que España no actualizara *sine die* la lista de paraísos fiscales para excluir a Gibraltar, estas normas de rango superior solaparían el contenido material de las normas internas españolas. En definitiva, a efectos prácticos, la actualización de la lista, en lo que respecta a la residencia fiscal³¹, no tiene trascendencia jurídica real. *Qui potest plus, potest minus*.

²⁷ Otra pregunta que cabe hacerse es qué norma es de aplicación preferente para las personas que ostenten doble nacionalidad, siendo una de ellas la española. En nuestra opinión, las personas con doble nacionalidad han de encuadrarse dentro de la primera categoría, porque *son* nacionales españoles, y además nacionales de otro país. Sería incorrecto afirmar que las personas con doble nacionalidad fueran consideradas no nacionales. Por lo tanto, su traslado a Gibraltar tras la aplicación del Acuerdo conllevaría que no perderían en ningún momento a lo largo de su estancia la condición de residentes fiscales españoles.

También se puede plantear la cuestión respecto de las personas apátridas. En dicho caso, nos decantamos por incluirlos en la categoría de «no nacionales» españoles, independientemente de que no ostenten ninguna otra nacionalidad.

²⁸ Se entiende por tal aquel ciudadano británico que ha residido más de 10 años en Gibraltar.

²⁹ *Vid.* artículo 2.1 c) del Acuerdo: «sin perjuicio de los criterios establecidos en los apartados anteriores...».

³⁰ Nótese que, como veremos, el Acuerdo no contiene una norma específica para evitar la doble imposición, a pesar de reconocer la posibilidad para los no nacionales de ser considerados a la vez residentes fiscales en ambas jurisdicciones durante cinco años. Por lo tanto, en principio este beneficio fiscal no existiría, salvo que *a posteriori* el Comité Conjunto de Coordinación previsto en el artículo 5 articule alguna medida interpretativa para evitar la doble imposición en este tipo de casos.

³¹ Aunque sí podría tener trascendencia a efectos de aplicación de otras normas antiparaíso no concernientes a la residencia fiscal.

Una vez analizadas las normas especiales –de corte subjetivo– para los supuestos de traslado de residencia, es momento de analizar el contenido de la norma general –de corte objetivo–, concebidas para resolver un conflicto de residencia³² sin previo traslado. Del mismo modo que las anteriores, estas normas de fijación de la residencia fiscal se decantan a favor de España exclusivamente, descartando de entrada la residencia fiscal gibraltareña de ninguna de las maneras³³:

- En primer lugar, el artículo 2 establece una serie de criterios objetivos que, de cumplirse alguno de ellos, someterían al contribuyente a tributación como residente exclusivamente en España. Nótese que los criterios que se citan a continuación no son subsidiarios, sino alternativos, de modo que basta con que solo uno de ellos se produjera para que se considerara a la persona como contribuyente en España con efectos exclusivos. Los criterios son los siguientes:
 - Realizar en España más de 183 pernoctaciones³⁴ durante el año natural en España³⁵, computándose las ausencias esporádicas de España y Gibraltar al periodo correspondiente al lugar en el que las personas realicen la mayoría de las pernoctaciones³⁶.

³² En este caso, el conflicto de residencia podrá darse con mayor facilidad si España no excluye expresamente a Gibraltar de la lista de paraísos fiscales, pues la Agencia Estatal de Administración Tributaria requerirá la prueba de permanencia efectiva en el peñón por más de 183 días.

³³ Y, por lo tanto, obligando a Gibraltar a poder gravar exclusivamente las rentas por obligación real.

³⁴ El concepto de pernoctaciones puede llegar a ser problemático en cierto sentido. Los textos en inglés y castellano usan expresiones equivalentes (pernoctaciones y *overnight stays*), por lo que no debe haber diferencias sustanciales de interpretación basadas en el texto. Los mayores conflictos pueden surgir respecto de la interpretación del concepto en sí mismo. Conforme al Statutory Residence Test (SRT – normas de residencia fiscal del Reino Unido, no de Gibraltar), se considera que un individuo ha permanecido un día en su territorio si ha estado allí a medianoche. Por lo tanto, haciendo una analogía desde el lado británico podría llegar a interpretarse potencialmente que un contribuyente ha pernoctado si estaba en Gibraltar a las 00:00. Sin embargo, desde el punto de vista español, pernoctar implica «[p]asar la noche en un determinado lugar», según la RAE. Por lo tanto, podría ser que un contribuyente hubiera estado en Gibraltar a las 00:00, pero desde la óptica española no hubiera pernoctado. En cualquier caso, esta es una cuestión que se irá analizando a medida que vayan surgiendo los conflictos y se apliquen las normas a ambos lados de la verja.

³⁵ Es importante tener en cuenta que en España el año natural, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre, coincide con el año fiscal. Sin embargo, en el Reino Unido, el ejercicio fiscal va desde el 1 de abril hasta el 31 de marzo, y en Gibraltar desde el 1 de julio hasta el 31 de junio del año siguiente. Por lo tanto, la referencia a España es imprescindible desde el punto de vista técnico para evitar confusiones y conflictos interpretativos mayores.

³⁶ Es decir, si un contribuyente tiene numerosas ausencias esporádicas a lo largo del año, y pernocta más días en España que en Gibraltar, todas las ausencias esporádicas se computarán a España, y se integrarán dentro de los 183 días requeridos. Esta norma ofrece elementos de ambas legislaciones. Por su parte, el concepto de pernoctación no aparece expresamente en la legislación española, pero

- Que el cónyuge o persona física con la que haya establecido una relación similar, así como³⁷ los ascendientes o descendientes dependientes (centro de intereses vitales), tengan su residencia habitual en España³⁸.
 - Que la única vivienda permanente a su disposición se encuentre en España³⁹.
 - Que al menos dos tercios de los activos netos que directa o indirectamente posea el contribuyente (centro de intereses económicos), determinados conforme a la legislación española⁴⁰, se encuentren en España⁴¹.
- De no cumplirse ninguna de las premisas anteriores, el artículo 2 ofrece otra posibilidad para atraer la residencia fiscal de manera exclusiva, aunque esta vez a través

sí en la británica en los términos comentados en la nota anterior, mientras que la ausencia esporádica es un concepto propio de la jurisdicción española. El preámbulo del Acuerdo cita el siguiente ejemplo: el individuo A realiza 170 pernoctaciones en España y 145 pernoctaciones en Gibraltar. También realiza 50 pernoctaciones en el Reino Unido. Las 50 pernoctaciones no realizadas ni en Gibraltar ni en España serían añadidas al tiempo pasado en España. En tal caso, el individuo sería residente fiscal en España con un total de 220 pernoctaciones.

³⁷ En la versión en inglés del texto se utiliza la expresión *and/or any...*, que literalmente traducido al castellano significa y/o, que no es sinónimo de la locución conjuntiva «así como», pues excluye la disyuntiva que sí está contemplada en la versión en inglés. Esto podría dar lugar a diferencias de interpretación de la norma que habría de solventar el comité conjunto. En la versión castellana, se puede interpretar bajo la redacción literal que para que el contribuyente sea considerado residente por este criterio, es preciso que tanto el cónyuge no separado como los ascendientes/descendientes tengan residencia española. Por su parte, la versión británica permitiría interpretar que solo será preciso que resida algún familiar cercano, no siendo necesaria la acumulación o concurrencia de residencia de los familiares. En nuestra opinión, la versión británica es la que refleja mejor el espíritu de la norma, que en definitiva lo que busca es sujetar a imposición en España a aquellos contribuyentes con vínculos familiares, en sentido amplio. Exigir la concurrencia de residencias entre familiares parece exagerado dado el fin y el contexto de la norma.

³⁸ De nuevo este criterio nos evoca la presunción *iuris tantum* (esta vez es *iuris et de iure*) del artículo 9 de la LIRPF, pero más ampliada a distintas personas (no solo cónyuge separado legalmente y descendientes), con muchos tintes de los *family tie* del *Statutory Residence Test* (SRT), que son los criterios de vinculación familiar que utiliza la legislación fiscal del Reino Unido para vincular a una persona a su jurisdicción fiscal por motivos de índole familiar. En general, los *family tie* son mucho más amplios que la presunción *iuris tantum* de residencia española por residencia de cónyuge no separado legalmente e hijos.

³⁹ Entendemos que de tener varias viviendas permanentes a su disposición no se cumpliría este presupuesto. Otra vez vemos rasgos propios de la normativa interna británica sobre el SRT (*home test* y *accommodation tie*, que son otros criterios que vinculan al sujeto a la jurisdicción británica si posee una propiedad inmobiliaria o una vivienda a su disposición).

⁴⁰ Este punto es muy importante porque, de acuerdo con la legislación española y la doctrina tributaria los *trust* y otros entes sin personalidad jurídica muy comunes en las jurisdicciones anglosajonas no tienen virtualidad jurídica, y su tratamiento ha de imputarse directamente al individuo beneficiario del mismo. *Vid.* Consulta de la DGT V2033/2020, de 19 de junio (NFC077174), entre otras.

⁴¹ Aquí podemos ver una especificación del criterio del «núcleo principal» de intereses económicos, que en la legislación interna española (art. 9.1 b) LIRPF), concepto vago por definición.

de una presunción *iuris tantum* reforzada⁴², pues se considerará al contribuyente como residente exclusivo en España, salvo que pueda acreditar fehacientemente:

- Que posee una vivienda permanente para su uso exclusivo en Gibraltar.
- Que permanece en dicho territorio más de 183 días.

Al mismo tiempo, el inciso final del artículo 2 reconoce expresamente que los regímenes especiales de residencia de Gibraltar⁴³ «... no constituirán, por sí mismos, prueba de residencia fiscal en Gibraltar a los efectos del presente Acuerdo».

Si ninguna de las anteriores soluciones resultase satisfactoria, «[e]l Comité Conjunto de Coordinación [...] se esforzará por resolver de común acuerdo las dificultades o dudas que surjan», de modo que siempre cabrá la posibilidad de que, en caso de desacuerdo, se dé una solución colegiada a los posibles conflictos que pudieran surgir.

Por lo tanto, a la vista de lo analizado en virtud del Acuerdo sobre Fiscalidad Internacional, es difícil pensar en algún supuesto en el que un contribuyente consiga de manera definitiva y tajante demostrar su residencia en Gibraltar sin entrar en conflicto con la española. Este instrumento normativo viene a poner orden sobre una cuestión de suma importancia para el Estado español y para el desarrollo económico de la zona, en términos, en nuestra opinión, bastante favorables para los intereses del Estado español.

3.2. La residencia fiscal de las personas jurídicas

De forma similar a lo que ocurre con las personas físicas, en la regulación convenida de la residencia de las personas jurídicas se establecen una serie de criterios que *de facto* suponen que la inmensa mayoría de las situaciones de conflicto se decanten a favor del Estado español.

Según el apartado segundo del artículo 2 del Acuerdo, las personas jurídicas y demás entidades de funcionamiento y estructura similar serán consideradas exclusivamente residentes en España, a pesar de haber sido constituidas o gestionadas en Gibraltar, o que se rijan por su legislación, siempre que se dé al menos una de las circunstancias que a continuación enumeramos:

- Que la mayoría de los activos, en propiedad directa o indirecta, se encuentren en España o consistan en derechos que pueden o deben ejercerse en España.

⁴² Reforzada porque realmente son dos presunciones en una, que han de romperse simultáneamente.

⁴³ Régimen especial de personas físicas con alto patrimonio neto, personas de la categoría 2, altos ejecutivos con cualificación especializada, o cualquier otro régimen equivalente.

- Que la mayor parte de la renta devengada en un año natural se derive de fuentes en España, de conformidad con el artículo 13 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes en la legislación tributaria española, con sus modificaciones ulteriores. En opinión de Checa Rodríguez (2019) este segundo criterio «... tendrá un impacto limitado considerando que los rendimientos brutos obtenidos en España ya habrían sido gravados a un tipo del 24 % –o 19 % en el caso de rentas pasivas–». Tiene razón tanto en cuanto el tipo general del impuesto sobre sociedades se sitúa en el 25 %, por lo que las diferencias de tributación no serán significativas.
- Que la mayoría de las personas físicas encargadas de la gestión efectiva sean residentes fiscales de España.
- Que la mayor parte de los derechos sobre el capital o el patrimonio neto, los derechos de voto o de participación en los beneficios se encuentre bajo el control directo o indirecto, ya sea de personas físicas que sean residentes fiscales de España, o bien de personas jurídicas, entidades u otros instrumentos o formas jurídicas vinculados a residentes fiscales de España.

Asimismo, todas las entidades residentes en España que trasladen su residencia fiscal a Gibraltar a partir de la entrada en vigor del Acuerdo mantendrán en cualquier caso la residencia fiscal exclusivamente en España.

Como podemos observar, al igual que ocurría con la normativa de las personas físicas, esta regulación va más allá de la normativa doméstica y supone un claro posicionamiento de los intereses del Gobierno español frente al Reino Unido. Las posibilidades de evasión fiscal y elusión se reducen prácticamente a cero. En nuestra opinión, el tercer y el cuarto criterio pueden tener potencialmente un gran impacto en lo que a residencia se refiere, pues no son pocos los empresarios que son residentes fiscales en España y controlan sus sociedades localizadas en Gibraltar. Podríamos decir que estos dos criterios son un desdoble del criterio general de residencia fiscal de sociedades con dirección efectiva en España.

No obstante, lo anterior tiene una limitación temporal que no hemos de pasar por alto. Conforme al texto del Acuerdo, no será posible atraer la residencia fiscal exclusiva a España por el criterio de la residencia de las personas físicas encargadas de la dirección efectiva, o de los derechos sobre el capital y el voto, cuando la sociedad «haya sido constituida en Gibraltar antes del 16 de noviembre de 2018 y que, a 31 de diciembre de 2018», si se han cumplido dichas circunstancias,

[se] demuestre lo que lo que se indica a continuación:

- que cuenta con un lugar fijo de negocios a través del cual la actividad se desarrolla total o parcialmente en Gibraltar, con un número suficiente de trabajado-

res, con la cualificación necesaria y un total adecuado de gastos operativos en relación con las actividades principales de generación de ingresos;

- que está sujeta efectivamente al impuesto sobre sociedades y paga dicho impuesto sobre sus beneficios en Gibraltar, al tipo vigente de conformidad con la legislación tributaria de dicho territorio (en la actualidad el 10 % o el 20 %);
- que durante el periodo comprendido entre la fecha de su constitución y el 31 de diciembre de 2018, ha desarrollado su actividad en o desde Gibraltar, y lo ha hecho sin interrupción ni cambio de sector desde el 1 de enero de 2011;
- más del 75 % de su renta respecto del ejercicio financiero inmediatamente anterior al 31 de diciembre de 2018 se devenga y deriva de fuentes en Gibraltar, de conformidad con su legislación tributaria, con sus modificaciones ulteriores; y
- que menos del porcentaje de ingresos que se indica a continuación, respecto del ejercicio financiero inmediatamente anterior al 31 de diciembre de 2018, procede de fuentes en España, de conformidad con el artículo 13 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes en la legislación tributaria española, con sus modificaciones ulteriores:
 - el 5 % para toda persona jurídica, entidad y otro instrumento o forma jurídica cuyo volumen de negocios anual exceda de 6 millones de euros;
 - el 10 % para toda persona jurídica, entidad y otro instrumento o forma jurídica cuyo volumen de negocios anual exceda de 3 millones de euros, pero no sea superior a 6 millones de euros;
 - el 15 % para toda persona jurídica, entidad y otro instrumento o forma jurídica cuyo volumen de negocios anual no exceda de 3 millones de euros.

Al respecto, para determinar el volumen de negocios al que se acaba de hacer alusión,

se considerará que dicho volumen incluye el de la persona jurídica, entidad u otro instrumento o forma jurídica, junto con el de cualquier parte vinculada constituida en Gibraltar, cuando esta última se defina de conformidad con la Norma Internacional de Contabilidad (IAS) n.º 24 relativa a la información sobre partes vinculadas.

Por último, para poder aplicar esta excepción temporal, es preciso que las autoridades fiscales de Gibraltar proporcionen a las españolas la lista de personas jurídicas que cumplan con las condiciones exceptuadas y los requisitos para no considerarlas residentes fiscales en España a fecha 31 de diciembre de 2018. En dicha lista se contendrá información sobre las siguientes materias:

- Titularidad jurídica y titulares reales.
- Personas físicas responsables de la gestión efectiva de las personas jurídicas.

4. Encaje del Acuerdo en el Derecho de la UE: ¿colisión con la libre circulación de capitales?

4.1. Examen a la luz de la libre circulación de capitales

La fiscalidad directa es una materia que sigue sin contar con unas normas de armonización o unificación en el seno de la UE. Es doctrinalmente pacífico que la armonización de la fiscalidad directa es *negativa*, realizada por la vía jurisprudencial⁴⁴, frente a la armonización *positiva* de la fiscalidad indirecta, que sí cuenta con normas positivas en los distintos textos legales de la UE.

En este contexto, el TJUE en la Sentencia de 28 de febrero de 2013, asunto C-168/11 –NFJ050170–, *Becker*⁴⁵, recordó que los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de suprimir, en su caso, mediando acuerdo, la doble imposición, siendo libres para llegar a acuerdos y convenios bilaterales para evitar la doble imposición y fijar criterios de conexión a efectos del reparto de la competencia fiscal. Sin embargo, el TJUE ha venido matizando en su doctrina, como recuerda en la Sentencia de 25 de febrero de 2021, asunto C-403/19 –NFJ081028–, *Société Générale*⁴⁶, dicha competencia para alcanzar CDI no puede suponer en ningún caso la aplicación de medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el TFUE, y los Estados miembros deben ejercer sus competencias respetando el Derecho de la UE. En otras palabras, los Estados miembros están obligados a observar la normativa de la UE cuando aplican estos instrumentos. El Derecho de la UE prima sobre la legislación convenida entre los Estados miembros, o entre Estados miembros y terceros países⁴⁷.

⁴⁴ Salvo contadas excepciones, como la Directiva 2011/96/UE, comúnmente conocida como «matriz-filial» o la Directiva 2003/49/CE, de «intereses y cánones».

⁴⁵ En similar sentido se pronunció en las Sentencias de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97 (NFJ008298), *Saint-Gobain ZN*; de 12 de diciembre de 2002, asunto C-385/00, *De Groot*; de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04, *Bouanich*; de 16 de octubre de 2008, asunto C-527/06, *Rennerberg*, o más recientemente en la Sentencia de 25 de febrero de 2021, asunto C-403/19 (NFJ081028), *Société Générale SA*.

⁴⁶ También en las Sentencias de 24 de octubre de 2018, asunto C-602/17 (NFJ071751), *Sauvage y Lejeune*, y de 14 de marzo de 2019, asunto C-174/18 (NFJ072793), *Jacob y Lennertz*.

⁴⁷ Podemos citar tres argumentos que se deducen de la jurisprudencia del TJUE para justificar la primacía del Derecho de la UE: en primer lugar, la obligación jurídica internacional de observar los tratados; en segundo lugar, el aseguramiento de la eficacia y uniformidad de la aplicación del mismo en todo el territorio de la UE; y, en tercer lugar, el carácter autónomo del ordenamiento jurídico de la UE. En la decisión tomada en la Sentencia de 16 de diciembre de 1960, asunto C-6/60, *Humblet*, el TJUE vio que el principio *pacta sunt servanda* era el principio fundamental sobre el que se basaba la justificación de la superioridad jerárquica del Derecho de la UE respecto de los ordenamientos nacionales. En la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa v ENEL*, el TJUE fue un paso más allá y habló expresamente de primacía en el ordenamiento jurídico de la UE, poseedora de su propio sistema legal, y señalando su especial y original naturaleza. También es destacable el pronunciamiento del TJUE en la Sentencia de 9 de

Por lo tanto, siendo claro que la jurisprudencia del TJUE sostiene que los CDI deben respetar el Derecho de la UE, *mutatis mutandis* el Acuerdo suscrito entre España y Reino Unido respecto de Gibraltar también deberá hacerlo. Ello a pesar de que Reino Unido ya no forme parte de la UE, pero por ser susceptible de aplicación la libre circulación de capitales en las relaciones con terceros estados, su examen es más que pertinente.

Siguiendo a Loutzenhiser (2016), cuando el TJUE ha sido requerido para pronunciarse sobre algún aspecto del derecho fiscal interno de un Estado miembro en relación con el Derecho de la UE, el tribunal ha aplicado un test basado en tres etapas:

- En primer lugar, se pregunta si el umbral del principio de no discriminación y la restricción ha sido superado o no.
- En segundo lugar, en caso de que lo anterior resultara ser afirmativo, si dicha discriminación está o no justificada de manera objetiva por el Estado miembro.
- Para el caso de que las dos respuestas anteriores fueran positivas, en tercer lugar, el TJUE suele preguntarse si la medida es o no proporcionada al fin buscado.

En consecuencia, para determinar si el Acuerdo es contrario al Derecho de la UE y, en particular, si contraviene la libre circulación de capitales, vamos a examinar la cuestión siguiendo el mismo razonamiento empleado por el TJUE en sus pronunciamientos.

4.1.1. ¿Supone el Acuerdo una restricción a la libre circulación de capitales?

Es reiteradísima la jurisprudencia del TJUE⁴⁸ que explica que las medidas prohibidas por el artículo 63 del TFUE, por constituir restricciones a la libre circulación de capitales, inclu-

marzo de 1978, asunto C-106/77, *Simmenthal SpA*, en el que declaró que de acuerdo con el principio de primacía del Derecho de la UE, si las disposiciones de derecho nacional contravenían el derecho europeo, aquellas debían de ser inaplicadas en beneficio de estas. Por esta vía, el principio de primacía establecido por el TJUE crea tres obligaciones para los Estados miembros: 1) prohíbe a las autoridades nacionales discutir la validez del ordenamiento europeo; 2) prohíbe a las autoridades nacionales aplicar disposiciones internas contrarias al Derecho de la UE; 3) prohíbe a las autoridades nacionales crear y aprobar disposiciones contrarias al Derecho de la UE, y; 4) crea la obligación de derogar la legislación nacional si esta es contraria al Derecho de la UE.

⁴⁸ A título de ejemplo, *vid.* Sentencias de 24 de febrero de 2022, asunto C-257/20 (NFJ085301), *Viva Telecom Bulgaria EOOD*; de 30 de abril de 2020, asunto C-565/18 (NFJ078068), *Société Générale*; de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 (NFJ046753), *Santander Asset Management*; de 25 de enero de 2007, asunto C-370/05, *Festersen*; de 18 de diciembre de 2007, asunto C-101/05 (NFJ026992), *A*; o de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 (NFJ041413) *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen*, entre otras muchas.

yen todas aquellas que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados.

Por lo tanto, tendremos que examinar si el artículo 2 del Acuerdo, en su configuración actual, puede disuadir a los residentes fiscales en España o a los residentes fiscales en Gibraltar de realizar inversiones en la otra jurisdicción respectivamente. Pero para ello, habremos de estudiar por separado la regulación para las personas físicas y la regulación para las personas jurídicas, que recogen unos parámetros de decisión de la residencia fiscal de distinta naturaleza.

No obstante lo cual, debemos partir de la premisa sentada en la Sentencia del TJUE de 23 de febrero de 2006, asunto C-513/03 (NFJ024031), *Van Hilten*, citada en el epígrafe 2, según el cual la restricción en el traslado de residencia en sí mismo no supone una vulneración a la libre circulación de capitales, salvo que el mismo suponga de alguna forma un desincentivo al movimiento de capitales. No ha habido muchos más pronunciamientos en materia de libre circulación de capitales, pues en los asuntos concernientes a los distintos *exit tax*, bien se ha planteado la cuestión a la luz de la libertad de establecimiento⁴⁹, o se ha negado el examen de la posible vulneración de la libre circulación de capitales⁵⁰.

A) Respetto de las personas físicas

Las normas reguladoras de la residencia de las personas físicas contenidas en el artículo 2 del Acuerdo distinguen entre si el conflicto de residencia fiscal se produce previo traslado del contribuyente o sin que dicho traslado se haya producido. En ambos casos, es prácticamente imposible que del conflicto se resuelva otra cosa que no sea la residencia fiscal española.

Por su naturaleza, los posibles conflictos de residencia que se den sin previo traslado no son objeto de análisis en este trabajo, pues no supondrán nunca un movimiento sujeto a la libre circulación de capitales en tanto que no existe ni siquiera un movimiento. Es una norma de corte estática que está prevista para aquellos casos en los que exista un solapamiento de ambas residencias fiscales.

⁴⁹ Vid. Sentencias de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02 (NFJ017164), *Lasteyrie*, o de 25 de abril de 2013, asunto C-64/11 (NFJ050566), *Last de Commission v Spain*.

⁵⁰ Al respecto, Sentencia de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04 (NSJ024108), *Commission v Belgique*, párrafo 79:

Toda vez que las disposiciones del Tratado y del Acuerdo EEE relativas a la libre circulación de los trabajadores, a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de personas se oponen a las disposiciones nacionales mencionadas en el apartado anterior de la presente sentencia, no es necesario examinar separadamente dicha normativa a la luz del artículo 56 CE, referente a la libre circulación de capitales (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Portugal, apartado 45, y Comisión/Dinamarca, apartado 76, antes citadas).

Sí nos vamos a detener un poco más en las normas previstas para los traslados de residencia fiscal. Como apuntábamos *supra*, un nacional español que traslade su residencia fiscal desde España a Gibraltar siempre será considerado residente fiscal español y Gibraltar no tendrá ningún derecho de imposición por obligación personal sobre su renta. Para los no nacionales españoles que hayan sido residentes fiscales en España, se establece una regla de cuarentena fiscal similar a la prevista en el artículo 8.2 de la LIRPF. ¿Supone esta regulación una restricción a la libre circulación de capitales en el ámbito de las personas físicas?

La respuesta más intuitiva, siguiendo la doctrina del TJUE, es que no. Como decía el tribunal, el cambio de residencia en sí mismo no es un movimiento de capitales que pueda incardinarse dentro de la Directiva 88/361/CEE, y, por lo tanto, quedará fuera del ámbito de aplicación objetivo de esta libertad fundamental. La excepción la encontramos en que si dicha «dificultad» al traslado de residencia lleva aparejada una restricción directa o indirecta a un movimiento de capital, entonces sí entraría dentro del ámbito objetivo del artículo 63 del TFUE, y en ese caso debe examinarse si la norma disuade o no de la realización de inversiones en Estados miembros de la UE o en terceros países.

En cuanto a la norma de *trailing tax*, no parece que contravenga las disposiciones del TFUE, pues se trata de una norma claramente desincentivadora del cambio de residencia, pero que el TJUE ha admitido como válida en todo caso⁵¹. Además, por su ámbito subjetivo de aplicación, presumimos que cuantitativamente hablando no serán muchos los contribuyentes no españoles que decidan cambiar su residencia fiscal directamente a Gibraltar sin pasar antes por una jurisdicción puente, bien sea su jurisdicción de origen u otra.

Sobre lo que no hay una respuesta doctrinal es para aquellos traslados de residencia que, en términos prácticos, no están restringidos o limitados, sino prohibidos. Como estamos diciendo, la mera disuasión al traslado de residencia no queda bajo el paraguas de la libre circulación de capitales. La pregunta que debemos hacernos ahora es, ¿y la prohibición? A mi juicio, es posible abordar esta cuestión desde varios postulados:

- Considerando la prohibición como un grado más fuerte –de hecho el mayor de todos– de la limitación. Por lo tanto, al ser una mera diferencia de grado, la norma aplicable a los nacionales españoles que trasladan su residencia a Gibraltar no quedaría amparada por la libre circulación de capitales.
- Considerando la prohibición no como un grado más que la limitación, sino como un concepto jurídico diferenciado de la limitación o la restricción.

⁵¹ *Vid.* Sentencia 23 de febrero de 2006, asunto C-513/03 (NFJ024031), *Van Hilten*, párrafo 50:

... una normativa nacional, a resultados de la cual se desincentive a un nacional que desee trasladar su domicilio a otro Estado y, por tanto, se obstaculice su derecho a la libre circulación, no puede ser calificada, solo por ese motivo, de restricción a los movimientos de capitales.

Solo en el segundo postulado –que asumimos como correcto⁵²– podemos plantearnos si esta prohibición de cambio de residencia fiscal no es, en el fondo, una disuasión indirecta a los movimientos de capitales de carácter personal⁵³ hacia Gibraltar. Si hasta el día del fallecimiento una persona no va a perder su estatus de residente fiscal en España, en términos prácticos ello supone que si sus activos son trasladados también a Gibraltar, los rendimientos de los mismos seguirán tributando en España *sine die*, lo que en definitiva supone una anulación total de cualquier posibilidad de planificación fiscal basada en el legítimo principio de la economía de opción. Por lo tanto, desde este punto de vista, la norma que obliga a los españoles a tributar en España de por vida en los cambios de residencia a Gibraltar sí podría constituir una disuasión indirecta a los movimientos de capitales hacia el peñón, lo que quedaría prohibido por el artículo 63 del TFUE.

B) Respetto de las personas jurídicas

La configuración de la norma respecto de las personas jurídicas es bastante similar, ya que se plantea desde un previo traslado o sin traslado.

Al igual que hicimos respecto de las personas físicas, los supuestos en los que no media traslado de la sociedad no forman parte del objeto de este estudio, pues la norma no hace más que ampliar, respecto de Gibraltar, los supuestos de residencia fiscal española, introduciendo unas reglas antiabuso de corte material.

Lo que sí llama nuestra atención es la regulación en los cambios de domicilio desde España a Gibraltar, en los que la norma –como ocurría con las personas físicas– prohíbe el traslado de residencia fiscal, de forma que la sociedad trasladada seguirá siendo contribuyente del impuesto sobre sociedades hasta que se produzca su disolución o se traslade a otra jurisdicción.

En este punto es importante recordar que los criterios por los cuales una sociedad es considerada residente fiscal en España son esencialmente tres: 1) que haya sido constituida conforme a las leyes españolas; 2) que tenga su domicilio social en territorio español; o que 3) tenga su sede de dirección efectiva en territorio español. Igualmente, existe una presunción *iuris tantum* según la cual una sociedad cuya residencia esté situada en una ju-

⁵² Toda prohibición supone una limitación, pero no toda limitación es una prohibición. Son dos conceptos relacionados pero autónomos, la prohibición es el género y la limitación la especie. La limitación está restringida por naturaleza, y supone la posibilidad del ejercicio de un derecho (el cambio de residencia fiscal), aunque con restricciones de carácter temporal, espacial o de otra clase. Sin embargo, la prohibición supone la negación *a radice* de tal derecho. Por lo tanto, mientras la limitación supone el reconocimiento de un derecho, la prohibición implica su negación, de modo que no podemos establecer una diferencia de grado entre ambos conceptos.

⁵³ Punto XI de la Directiva 88/361/CEE.

jurisdicción no cooperativa se podrá presumir residente fiscal en España si la mayoría de sus activos principales consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en este, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos.

Con la norma prevista para los casos de traslado, como ocurría con las personas físicas *de facto* se prohíben los traslados de residencia fiscal a Gibraltar de sociedades residentes en España. Ello a pesar de que:

- La sociedad se hubiera constituido conforme a las leyes de Gibraltar o de otra jurisdicción.
- Tenga su domicilio social en Gibraltar u otra jurisdicción.
- Su sede de dirección efectiva se encuentre en Gibraltar o en otra jurisdicción.
- Sus activos principales no se encuentren, cumplan u obtengan en Gibraltar u otro territorio.
- Cuando su actividad principal se desarrolle en Gibraltar u otra jurisdicción.

Es decir, que la sociedad puede quedar completamente vacía de contenido en España, en lo que respecta a su actividad, patrimonio, derechos de voto, dirección, e incluso en los aspectos formales dada de baja en los distintos censos y registros competentes que, si se traslada a Gibraltar, su residencia fiscal se mantendrá en España.

Pensemos en el caso de una sociedad constituida en Gibraltar bajo sus leyes y dirigida por una persona física gibraltareña residente en La Línea de la Concepción (España), cuyos activos principales están localizados en Gibraltar y posee activos secundarios en España. Si dicha persona decide volver a su tierra natal para continuar su vida allí, la sociedad que ostenta será residente fiscal española hasta el día en que decida disolverla o trasladarla a otra jurisdicción, pues si la sede de dirección efectiva se ha encontrado en España al menos un año, habrá adquirido la condición de residente española, y tendrá prohibido trasladar su residencia a Gibraltar. Es un ejemplo de hasta qué punto la norma que estamos analizando supone una restricción encubierta a la libre circulación de capitales, pues disuade la inversión directa en Gibraltar.

Dado el carácter meramente patrimonial que tienen las sociedades mercantiles, bien sea para ejercer una actividad económica o para simplemente acumular activos y diversificar riesgos, sí que nos parece que esta norma claramente contraviene el artículo 63 del TFUE interpretado en términos teleológicos, pues desconoce totalmente los fines que analizamos en el epígrafe 2. Esta norma disuade a las sociedades residentes en España de invertir en Gibraltar, y ello es en definitiva contrario al Derecho de la UE en los términos que estamos exponiendo.

4.1.2. ¿Está justificada dicha restricción?

Sobre la base del artículo 65 del TFUE, los motivos más importantes que han alegado los Estados miembros tradicionalmente ante el TJUE para justificar una medida restrictiva de la libre circulación de capitales han sido la existencia de una razón imperiosa de interés general, la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales o la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros⁵⁴.

En esta ocasión, debemos recordar que la norma que estamos examinando se encuentra enmarcada en un Acuerdo cuyo objeto principal es la protección de los intereses financieros y la buena gobernanza fiscal. Tanto es así que, como ya expusimos en el epígrafe 1, el artículo 1 del Acuerdo compromete a Gibraltar a mantener una legislación equivalente a la de la UE en materia de transparencia, cooperación administrativa, las prácticas fiscales perniciosas y la lucha contra el blanqueo de capitales. Pero es que, a mayor abundamiento, ambas partes se comprometen a mantener una «cooperación administrativa reforzada» en materia fiscal (art. 3) y a intercambiar información de acuerdo con las normas previstas en el Convenio sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y el Consejo de Europa (art. 6).

Lo que sorprende es que, en la fecha en la que este artículo es enviado para su publicación, Gibraltar aún no haya sido excluida de la lista de jurisdicciones no cooperativas de España. Gibraltar es una jurisdicción que puede tener una fiscalidad más atractiva, no cabe duda. Pero en ningún caso puede sostenerse con la normativa en vigor que sigue siendo un territorio opaco. De hecho, como también dijimos en el epígrafe 1, para la UE el territorio de Gibraltar no es una jurisdicción no cooperativa incluso tras el Brexit.

Pareciera más que el motivo por el cual España sigue considerando a Gibraltar como una jurisdicción no cooperativa es más político que de otra clase. España lleva siglos –literalmente– reclamando la soberanía del peñón. Esta norma no es más que la plasmación de la posición de fuerza negociadora en la que se encontraba España durante las negociaciones del Brexit respecto de Gibraltar, que fue aprovechada para atraer la mayor parte de recursos financieros. Pero los motivos de corte político no pueden suponer en ningún caso una justificación a una restricción de la libre circulación de capitales consagrada en el artículo 63 del TFUE.

⁵⁴ Vid. Sentencia de 7 de noviembre de 2013, asunto C-322/11 (NFJ052519), *K*, sentencia que recoge un amplio abanico de causas de justificación en los que se suelen basar los Estados miembros. También resultan interesantes los pronunciamientos del TJUE en las Sentencias de 23 de enero de 2014, asunto C-164/12 (NFJ053175) *DMC Beteiligungsgesellschaft*; de 5 de junio de 2014, asunto C-27/12 (NFJ054401) *Fernlund*; de 18 de diciembre de 2014, asunto C-133/13 (NFJ056737), *Q*; de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 (NFJ064699), *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA*.

4.1.3. Juicio de proporcionalidad

En tanto que la restricción impuesta por el artículo 2 carece de justificación, no ha lugar el examen de proporcionalidad, por lo que no cabe otra cosa que concluir que la norma contenida en el artículo 2 del Acuerdo, respecto de las personas físicas y jurídicas en los casos de traslado de residencia fiscal de España a Gibraltar, es contraria al artículo 63 del TFUE y, por ende, al Derecho de la UE.

4.2. Examen a la luz del principio de no discriminación

No obstante lo argumentado hasta ahora, un operador jurídico podría seguir otro razonamiento distinto al expuesto hasta ahora y concluir que sí existe una justificación en la restricción al movimiento de capitales y que dicha restricción es proporcionada al objetivo que persigue.

Por ello, ahora debemos prestar atención al principio general de no discriminación contenido en el artículo 18 del TFUE, según el cual «se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

El principio de no discriminación está entroncado en el principio de igualdad, que fundamenta el conjunto del Derecho de la UE. En numerosas ocasiones, el TJUE ha sostenido que las distintas normas antidiscriminación contenidas en los tratados no son más que una mera enumeración del principio general de no discriminación contenido en el Derecho de la UE⁵⁵.

Sin embargo, tradicionalmente el alcance del artículo 18 del TFUE se ha visto limitado por dos restricciones: las situaciones puramente internas y su carácter residual⁵⁶, que significa que la prohibición general de discriminación por nacionalidad operará independientemente solo cuando ninguna de las provisiones especiales sobre no discriminación pueda entrar a conocerse. Ello deriva de la expresión que hace el artículo cuando se refiere a que el principio de no discriminación se aplicará «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos».

⁵⁵ Vid. Sentencias de 19 de octubre de 1977, asuntos acumulados C-117/76 y 16/77, *Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, o de 10 de marzo de 1998, asunto C-122/95, *Federal Republic of Germany v. Council of the European Union*.

⁵⁶ Como apunta Ghosh (2007), el Tribunal de Justicia ha dejado claro que, dado que las disposiciones sustantivas que confieren las propias libertades prohíben la discriminación, el artículo 12 (art. 18 TFUE) no puede aplicarse a ninguna circunstancia a la que se aplique alguna de esas disposiciones. Esto es así en relación con todas las libertades... Así pues, el artículo 43 (art. 49 TFUE) ocupa la «totalidad del ámbito» de los tratos discriminatorios prohibidos en relación con el establecimiento de los trabajadores autónomos. No es que el artículo 12 (art. 18 TFUE) complemente la aplicación del artículo 43 (art. 49 TFUE).

El Acuerdo establece una evidente discriminación entre los residentes fiscales que sean nacionales españoles o extranjeros para anudar a dichas circunstancias una consecuencia jurídica diferente en aquellos casos en los que medie un traslado de residencia fiscal desde España a Gibraltar. Y dicha consecuencia es similar para las personas físicas y las personas jurídicas: la prohibición. En otras palabras, los nacionales españoles o las sociedades españolas tienen prohibido trasladar su residencia fiscal a Gibraltar, mientras que el trato dispensado para los residentes no españoles es mucho más favorable, estableciéndose una mera limitación temporal.

Normalmente, las discriminaciones suelen ser producto de situaciones desiguales que requieren un trato desigual. Cuando dicha discriminación intenta beneficiar a una persona o colectivo desaventajado, se habla de discriminación positiva. En el caso que nos ocupa, la discriminación es inversa porque se produce en perjuicio de los propios nacionales españoles como consecuencia de una normativa aprobada por el propio estado español; y en cuanto a la causa, parece difícil explicar que existe un motivo puramente material para discriminar a los españoles frente a los extranjeros más allá que cuestiones de índole geopolítica.

Como sostiene Vidal Matos (2020), el TJUE debería ser capaz de declarar que la aplicación de este tipo de normas contraviene el TFUE, tanto desde la óptica de las libertades fundamentales como desde el principio general de no discriminación. Sin embargo, como apuntaba Bammens (2012), el TJUE ha sostenido reiteradamente que el TFUE no se aplica a las situaciones puramente internas de un Estado miembro. Las situaciones en las que todos los hechos se circunscriben a un Estado miembro y en las que no hay ningún elemento transfronterizo no entran en el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales. En consecuencia, no se prohíbe a un Estado miembro tratar a sus propios nacionales de forma menos favorable que a los nacionales de otros Estados miembros en la medida en que no haya ningún elemento transfronterizo. El Derecho de la UE no ofrece una solución para esta forma de discriminación. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, ante una cuestión de derecho nacional, determinar si existe alguna discriminación en virtud de dicho derecho y si dicha discriminación debe eliminarse y cómo.

Lo cierto es que la situación de discriminación ha sido causada por la entrada en vigor de un Acuerdo que tiene el rango de tratado internacional, por lo que no puede hablarse de una situación puramente interna, pues existe un elemento transfronterizo evidente, en este caso con un tercer Estado. Si bien es cierto que el TJUE no es tendente a observar las discriminaciones creadas por los propios Estados miembros frente a sus nacionales, desde nuestro punto de vista sí debería acogerse el argumento de que los ciudadanos españoles también son ciudadanos de la UE que, en una situación comparable, se están viendo discriminados frente a ciudadanos extranjeros –nacionales de la UE o no–. Por lo tanto, el tribunal debería poder entrar a enjuiciar esta cuestión y prohibir este tipo de discriminación que no es estrictamente interna, pero sí tiene su origen en una norma convenida entre el estado de los nacionales discriminados y un tercer estado.

Y en este punto es relevante la opinión de García Prats (1995), que sostiene que la discriminación inversa no es una consecuencia de estas cuestiones ajenas al Derecho de la UE. Por el contrario, son problemas creados por una sola jurisdicción en la que la medida nacional es menos ventajosa para los ciudadanos de ese Estado que para los extranjeros. En su opinión, el TJUE no puede armonizar las disparidades, sí pero puede resolver perfectamente los problemas de desigualdad entre los ciudadanos de la Unión creados por la aplicación de una norma nacional en una situación interna.

Por lo tanto, y aplicando la metodología utilizada por el TJUE para enjuiciar los casos sobre no discriminación que describe Bammens (2012), tendremos que concluir que 1) los españoles y los extranjeros con residencia fiscal en España se encuentran *a priori* en una situación comparable. Precisamente esto puede aducirse de la aplicación de las normas del artículo 9 de la LIRPF, que establece los vínculos de residencia fiscal a España, y en los que la nacionalidad carece de relevancia; 2) existe una diferencia de trato clara, directa y evidente en el Acuerdo entre los nacionales y los no nacionales españoles, existiendo, por lo tanto, una situación de discriminación; 3) dicha discriminación no se encuentra justificada en ningún caso más allá de por razones de índole geopolítica que escapan del ámbito tributario y la necesidad imperiosa de proteger el interés general. En otras palabras, España no perdería legitimidad histórica sobre el territorio ocupado de Gibraltar si no prohibiera a sus ciudadanos efectuar traslados de residencia. No existe una relación de causa-efecto más allá que la de entorpecer las relaciones entre ambos territorios.

En consecuencia, dado que la discriminación inversa no opera en una situación puramente interna, existiendo un componente transfronterizo, a nuestro entender podría existir una vulneración del principio de no discriminación del artículo 18 del TFUE que determinaría que el Acuerdo contraviene el Derecho de la UE.

5. Conclusiones

Tras haber examinado el artículo 2 del Acuerdo suscrito entre España y Reino Unido respecto de Gibraltar a la luz del Derecho de la UE, podemos alcanzar las siguientes conclusiones:

La libre circulación de capitales regulada en el artículo 63 del TFUE es aplicable a las relaciones entre los Estados miembros de la UE y terceros Estados. En consecuencia, estas normas seguirán siendo aplicables a las relaciones de España (y los demás Estados miembros) con Gibraltar a pesar del Brexit. No ocurre así con las demás libertades fundamentales (especialmente la libertad de establecimiento) consagradas en los tratados, que también podrían haber sido vulneradas en caso de que el Acuerdo se hubiera firmado y no se hubiera producido la salida del Reino Unido de la UE.

El Acuerdo fija unas reglas relativas a la residencia fiscal para personas físicas y jurídicas que prevén supuestos distintos en caso de que exista o no un traslado de residencia.

Asimismo, es destacable el hecho de que el Acuerdo no contiene unas *tie break rules* en el sentido convencional, tal y como se entiende en la práctica internacional común. Son unas normas de atribución de la residencia fiscal a España en casos de conflicto que, en la casi totalidad de los supuestos, benefician a nuestro país.

No obstante lo anterior, solo debemos examinar la cuestión de la compatibilidad del Acuerdo con el Derecho de la UE en aquellos supuestos en los que exista traslado de residencia, pues en los que no existe traslado de residencia no se produce un potencial movimiento de capitales protegido por el TFUE. Por lo tanto, las normas del Acuerdo sobre determinación de la residencia fiscal no derivadas de un previo traslado serían compatibles con el Derecho de la UE, ya que tampoco pueden ser examinadas a la luz de otras libertades tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

En aquellos supuestos en los que se produce un traslado de residencia fiscal de España a Gibraltar, la norma disuade, tanto para las personas físicas como jurídicas, la realización de inversiones directas en Gibraltar al prohibir *de facto* el traslado de residencia fiscal. De acuerdo con los principios que emanan de la jurisprudencia del TJUE, dicha prohibición *de facto* supone una restricción a la libre circulación de capitales que no está justificada, y por lo tanto no puede más que considerarse contraria al Derecho de la UE.

Por último, el Acuerdo establece una discriminación evidente entre los contribuyentes que trasladan su residencia de España a Gibraltar, distinguiendo entre aquellos que son españoles y extranjeros. Tal discriminación sistemática y sin matices supone una vulneración del principio general de no discriminación del artículo 18 del TFUE que no está justificada, pues podría otorgar un tratamiento a ciudadanos nacionales y extranjeros que se encontraran en situaciones comparables.

Por todo lo anterior, debemos confirmar la hipótesis de partida que nos planteamos al inicio de este estudio, según la cual *el Reino de España está incumpliendo el Derecho de la UE en tanto que el artículo 2 del Acuerdo firmado con Reino Unido respecto de Gibraltar supone una restricción a la libre circulación de capitales incompatible con el Derecho de la UE y una vulneración del principio general de no discriminación por razón de nacionalidad*, con el matiz antes indicado de que solo sería contrario al Derecho de la UE aquella parte del artículo 2 del Acuerdo que versa sobre los traslados de residencia, y no el artículo completo.

Referencias bibliográficas

- Bammens, N (2012). *The principle of Non-discrimination in International and European Tax Law*. Books IBFD.
- Carrasco González, F. M. (2009). Los paraísos fiscales a la luz del ordenamiento español y del derecho comunitario. El caso de Gibraltar. En *Gibraltar y el Foro Tripartito de Diálogo*. Dykinson, SL.
- Checa Rodríguez, A. (2019). The Bilateral Tax Treaty between the United Kingdom and Spain Regarding Gibraltar: another Step in Gibraltar's Quest for De-listing as a Tax Haven. *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, 3.
- Falcón y Tella, R. (2019). El nuevo acuerdo fiscal con Gibraltar, pendiente de ratificación. *Quincena Fiscal*, 20.
- García Prats, A. (1995). Application of the Parent-Subsidiary Directive to Permanent Establishments. *European Taxation Review*.
- Ghosh, J. (2007). *Principle of the Internal Market and Direct Taxation*. Oxford Key Haven.
- Gobierno de España. (2020). Acuerdo internacional en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con Gibraltar. <https://www.lamoncloa.gob.es/>
- [serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2021/130321gibraltar.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2021/130321gibraltar.aspx)
- Helminen, M. (2022). Non-discrimination and basic freedoms in EU Tax Law – Direct Taxation. *IBFD Books*.
- Loutzenhiser, G. (2016). *Tiley's Revenue Law*. Hart. (8th ed.).
- Martín Jiménez, A. y Hernández Guerrero, V. (2004). *El Derecho Tributario de Gibraltar desde la óptica española y de la Unión Europea*. En J. A. del Valle Gálvez e I. González García (Coords.), *Gibraltar, 300 años* (pp. 293 y ss.). Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- Ortega Carcelén, M. (2013). Gibraltar y el Tratado de Utrecht. *Real Instituto Elcano, ARI*, 19.
- Peters, C. y Gooijer, J. (2005). The free movement of capital and third countries: some observations. *IBFD European Taxation review*.
- Pontón Aricha, T. (2017a). Los acuerdos de intercambio de información fiscal de Gibraltar. *Revista Académica sobre la Controversia de Gibraltar*, 2.
- Vidal Matos, P. (2020). EU Income Tax Law: Issues for the Years ahead. *IBFD Books*.

Bibliografía

- Acosta Sánchez, M. A. y González García, I. (2020). The consequences of Brexit for Gibraltar. *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, 3.
- Benítez Pérez, M. (2021). Gibraltar y el Brexit: un nuevo marco para resolver los conflictos de residencia fiscal. *Quincena Fiscal*, 8.
- Consejo Europeo. (2020). *Grupo «Código de conducta» (Fiscalidad de las Empresas)*. <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/>
- Consejo Europeo. (2020). *Fiscalidad: lista de la UE de países y territorios no coopera-*



- dores. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>
- Cordewener, A. et al. (2007). Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ. *IBFD European taxation review*.
- Galiano Bastarrica, L. (2019). Efectos económicos del Brexit en el Campo de Gibraltar: un modelo econométrico. *Real Instituto Elcano, ARI*, 25.
- Lincoln, S. (1994). The legal status of Gibraltar: Whose rock is it anyway? *Fordham International Law Journal*, 18.
- Ortega Carcelén, M. (2017). The joint sovereignty proposal for Gibraltar: benefits for all. *Real Instituto Elcano, ARI*, 50.
- Pontón Aricha, T. (2017b). El «Brexit»: sus aspectos tributarios y su especial impacto en Gibraltar. *Quincena Fiscal*, 8.
- Scheinert, C. (2022). Free movement of capital. Fact Sheets on the European Union. https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_2.1.3.pdf
- Sedlaczek, M. (2000). Capital and payments: the prohibition of Discrimination and restrictions. *European taxation review, IBFD*.
- Valle Gálvez, A. del. (2011). *¿De verdad cedimos el peñón? Opciones estratégicas de España sobre Gibraltar a los 300 años del Tratado de Utrecht*. Universidad de Cádiz.

Manuel Benítez Pérez. Abogado del Departamento Fiscal Internacional de Montero Aramburu Abogados. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, especializado en la tributación internacional de las personas físicas. Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja. <https://orcid.org/0009-0006-0319-026X>