

COMPETENCIA FISCAL EN LA TRIBUTACIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LA UNIÓN EUROPEA

José Miguel Martín Rodríguez

*Doctor en Derecho Tributario Europeo por la Universidad de Bolonia
Investigador en la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2014** en la modalidad de **Tributación**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY, don Nicolás de GAVIRIA FOBIÁN, don José Félix GÁLVEZ MERINO y don Eduardo LUQUE DELGADO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El objetivo principal de este trabajo es ofrecer un análisis sistemático de los focos de competencia fiscal en la tributación de las personas físicas dentro de la Unión Europea. Con este propósito comenzaremos el estudio con un recorrido por los diferentes factores que condicionan las posibilidades de arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos. En este caso, hemos identificado que las posibilidades de arbitraje fiscal estarán especialmente vinculadas a la movilidad selectiva de los individuos y de sus bases, así como a las diferencias de tributación entre Estados miembros, tanto a través de regímenes concretos como el de impatriados, como por medio de los elementos generales del sistema (los tipos impositivos, el tratamiento de la doble imposición o la falta de intercambio de información). Estas diferencias, como ya advertimos, pueden estar impulsadas por los propios Estados miembros, conscientes de que pueden promover la realización de arbitraje fiscal por los ciudadanos con destino a sus jurisdicciones, hecho que les reportará beneficios bajo una serie de condiciones y que supone el germen de la competencia fiscal.

Palabras claves: competencia fiscal, arbitraje fiscal, *flat tax*, impuesto dual sobre la renta y régimen de impatriados.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

PERSONAL TAXATION AND TAX COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION

José Miguel Martín Rodríguez

ABSTRACT

The main objective of this study will be to provide a systematic analysis of the key focus of tax competition in the taxation of individuals within the European Union. For this purpose, the study begins by examining the different factors that determine the possibilities of tax arbitrage by citizens. In this case, we have identified that tax arbitrage will be especially linked to the selective mobility of individuals and their tax bases, as well as to the differences in taxation among States members, both through concrete regimes like the one for inpatriates, and by means of the general elements of the tax system (tax rates, the avoidance of double taxation or the lack of exchange of information). These very same differences, may be driven by the States members themselves, aware as they are, that they can benefit from the tax arbitrage of citizens under certain conditions, here is the germ of tax competition.

Keywords: tax competition, tax arbitrage, flat tax, dual income tax and tax regime of inpatriates.

Sumario

1. Introducción y objetivos del trabajo
2. Consideraciones preliminares para el estudio
3. La movilidad de los factores
 - 3.1. La movilidad del factor trabajo: un mercado dual
 - 3.2. La movilidad del capital. Intereses y dividendos
4. El esquema de tributación de las rentas
 - 4.1. El criterio de renta mundial como punto de partida
 - 4.2. El traslado efectivo de residencia. Límites
 - 4.3. La deficiente corrección de la doble imposición
5. Las diferencias de tributación y los regímenes especiales en la fiscalidad directa y personal
 - 5.1. *Flat tax* y *dual income tax*. La equiparación de la tributación sobre las rentas del capital
 - 5.2. La tributación efectiva sobre las rentas del trabajo
 - 5.3. Los regímenes de impatriados en los Estados miembros de la UE
 - 5.4. Otras diferencias significativas: impuestos sobre el patrimonio e impuestos sobre sucesiones y donaciones
6. Conclusiones

Bibliografía

«The hardest thing in the world to understand is income taxes»

Albert EINSTEIN

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

La tributación de las sociedades ha acaparado la mayoría de los trabajos en el ámbito de la competencia fiscal. De hecho, la preocupación por los efectos de esta forma de competencia fiscal en las economías nacionales de los Estados más desarrollados motivó las dos grandes iniciativas que desde hace 15 años marcan el estudio de la competencia fiscal, el *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas* (1997) en la UE y el Informe *Harmful Tax Competition – An emerging global issue* (1998) en el seno de la OCDE. Ambos trabajos se concentraban casi de manera exclusiva en la fiscalidad de las empresas, factor que ha condicionado en gran medida el estudio de otras formas de competencia fiscal durante este periodo¹.

En esta investigación hemos querido apostar por una visión diferente de la competencia fiscal en un doble sentido. En primer lugar, vamos a circunscribirnos al análisis de este fenómeno a nivel de la fiscalidad de las personas físicas, un campo que ha recibido poca atención doctrinal e institucional hasta la fecha, quedándose fuera, por ejemplo, del ámbito de actuación del propio Código de Conducta². Por otro lado, no vamos a limitarnos a exponer las diferencias entre los Estados miembros, sino que vamos a profundizar en los incentivos reales que tienen los particulares para trasladar sus bases imponibles entre jurisdicciones. Esta última perspectiva parte de la distinción teórica y práctica que entendemos debe realizarse entre competencia fiscal y lo que denominaremos arbitraje fiscal, dos conceptos en los que profundizaremos a continuación.

¹ El nuevo impulso conferido por la publicación en julio de 2013 del *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* de la OCDE, conocido como BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), no se desvía de esta línea y se centra de modo exclusivo en la planificación fiscal internacional de empresas. En concreto recoge un total de 15 acciones para luchar contra estos fenómenos, que han creado oportunidades para que las empresas multinacionales minimicen enormemente su carga tributaria, con los consiguientes perjuicios para los Estados, los contribuyentes y las propias pequeñas y medianas empresas.

² Hay que destacar, eso sí, que en la primera propuesta para la adopción del Código de Conducta sí se incluían «los regímenes fiscales especiales aplicables a los trabajadores y que tengan el mismo efecto (que las medidas en materia de fiscalidad de las empresas) sobre la radicación de la actividad empresarial». Véase: Comunicación *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea. Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (1997) 495 final, de 1 de octubre de 1997, letra C.

Uno de los motivos para abrir esta nueva vía de investigación lo encontramos en la creciente preocupación de las propias instituciones comunitarias por los efectos perniciosos sobre el mercado que pueden tener algunos regímenes especiales de tributación sobre las personas físicas. Ya en el año 2010, el excomisario Mario Monti (impulsor en su día del propio Código de Conducta) expresó, en su informe a la Comisión «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society»³, la necesidad de ampliar los trabajos del Código a aquellos aspectos de la tributación personal que pudieran estar interconectados con la competencia fiscal dañosa en el ámbito empresarial⁴. El testigo de esta declaración fue pronto recogido por la Comisión, que en su nueva estrategia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal plasmada en sus Comunicaciones de 26 de junio de 2012, *sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países*, COM (2012) 351 final y en la posterior de 6 de diciembre de 2012, *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión*, COM (2012) 722/2, ha expresado su intención de controlar «los regímenes fiscales especiales aplicables a los expatriados y a las personas ricas, que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y reducen la recaudación fiscal global»⁵.

A la vista de todo ello consideramos necesario un estudio que aborde de forma transversal las condiciones de competencia fiscal en este ámbito de la fiscalidad comunitaria. Por cuestiones de espacio nos centraremos principalmente en el tratamiento de las rentas del trabajo y de las rentas del capital, bien en forma de intereses, bien en forma de dividendos. Las diferencias de tributación en estos ámbitos en el seno de la UE son significativas, resultado lógico de la irregular armonización comunitaria de la fiscalidad directa, aunque existe un cierto proceso de armonización espontánea de tipos y regímenes por imitación. En todo caso, ya podemos adelantar, al igual que sucede con las empresas, que el arbitraje y la competencia fiscal en este campo están circunscritos a las rentas y patrimonios más elevados, únicos a los que potenciales ventajas fiscales podrán compensar los costes inherentes a un cambio de residencia y únicos que podrán adoptar estrategias de inversión en el extranjero para aprovecharse de los conflictos de coordinación entre varios poderes tributarios.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA EL ESTUDIO

Con el fin de enmarcar metodológicamente nuestro estudio consideramos imprescindible realizar previamente algunas precisiones terminológicas y teóricas. En primer lugar, debemos

³ MONTI, M.: «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society», *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 de mayo de 2010, pág. 82.

⁴ De hecho, ante la evidente distorsión que algunos de estos regímenes especiales creaban el estudio de ENDRES y otros ya concluía que: «it will only be a question of time when personal income taxes will be on the agenda in Europe». Véase: «The Tax Burden on International Assignments», *Intertax*, vol. 33, núm. 11, 2005, págs. 490-502.

⁵ COM (2012) 722/2, apartado 10, pág. 8.

partir de la premisa de que una situación de competencia fiscal tiene su germen en los incentivos que llevan a ciudadanos y empresas a alterar sus conductas por motivos fiscales; es decir, en las posibilidades de arbitraje fiscal que ofrece la interconexión entre sistemas tributarios. Únicamente cuando los Estados adoptan voluntariamente *medidas orientadas* a atraer o impedir este arbitraje fiscal podemos entender que existe realmente un proceso de competencia fiscal; en todos los demás casos únicamente estaremos ante situaciones de arbitraje fiscal en las que los agentes, como sujetos económicos, adoptan sus decisiones condicionados de forma principal por el tratamiento fiscal.

La presencia y alcance de este arbitraje fiscal entendemos que depende de tres factores: la movilidad de las bases objeto de gravamen, el sistema de tributación de las mismas y las diferencias de trato fiscal entre jurisdicciones. La conexión entre arbitraje y competencia fiscal parte de este tercer elemento: una jurisdicción iniciará una dinámica de competencia fiscal si tiene incentivos para ofrecer un tratamiento fiscal a determinadas manifestaciones de capacidad económica tal que las diferencias generadas promuevan el arbitraje fiscal en su favor. Entre estos incentivos podemos señalar:

- Un potencial incremento exponencial de bases puede compensar con creces la reducción de tipos; un incentivo que afecta principalmente a las jurisdicciones de menor tamaño.
- La posibilidad de adoptar medidas destinadas únicamente a atraer bases foráneas de modo que estas no afecten recaudatoriamente a las bases nacionales⁶.
- La existencia de otros beneficios derivados de la atracción de bases como la generación de empleo o la competitividad empresarial que pueden compensar la pérdida recaudatoria directa.
- La posibilidad de beneficiarse de la adopción de actitudes no cooperativas respecto a las demás jurisdicciones (discrecionalidad, falta de intercambio de información, creación de regímenes agresivos, etc.) sin consecuencias jurídicas y económicas.

Esta breve explicación constituye el esquema base a través del cual realizaremos este estudio de la competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la UE. De este modo, comenzaremos por evaluar las posibilidades de arbitraje fiscal que ofrece el marco de la UE a las personas físicas examinando la movilidad de los factores sujetos a gravamen y su esquema de tributación. A continuación, dentro de las limitaciones de este estudio, analizaremos las diferen-

⁶ En el ámbito empresarial este tipo de medidas con efecto de aislamiento o *ring-fencing* han sido señaladas como perniciosas en los trabajos de UE y la OCDE contra la competencia fiscal perjudicial, hecho que ha contribuido a su progresivo desmantelamiento en este sector; no sucede así, como podremos ver en este trabajo, en el ámbito de la fiscalidad de las personas físicas. Véanse: *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas*. Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal. *DOCE* C 2, de 6 de enero de 1998, letra B, puntos 1) y 2), pág. 3 y el documento de la OCDE: *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, París, 1998, pág. 26.

cias de tributación entre los Estados miembros e identificaremos los posibles focos de arbitraje y competencia fiscal. Finalmente en las conclusiones trataremos de ofrecer una visión transversal que aporte luz sobre los objetivos planteados al inicio de este trabajo.

3. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES

La movilidad de un factor no es un valor absoluto ni determinado, sino que dependerá en cada contexto de un conjunto de circunstancias sociales, jurídicas y económicas⁷. En nuestro caso, nuestro estudio se circunscribe espacial y temporalmente a la actual configuración de la UE y la realidad que de ella se deriva.

3.1. LA MOVILIDAD DEL FACTOR TRABAJO: UN MERCADO DUAL

La UE está construida sobre la base de la ciudadanía europea⁸; un concepto aún abstracto pero que contiene hoy una importantísima consecuencia: la libertad de circulación dentro del territorio de la UE. A pesar de la consagración de esta libertad debemos reconocer de inicio que la movilidad del factor trabajo en la UE es escasa y asimétrica, circunstancias que se corresponden con un mercado de trabajo dual⁹.

⁷ «La movilidad no es una característica intrínseca en la naturaleza de una fuente de riqueza, sino que es una característica contingente, mudable, que depende de muy diversos factores». Véase: AA. VV.: «Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja», (dir.) Germán ORÓN MORATAL, Instituto de Estudios Riojanos, 2003, págs. 250-251. De hecho, aunque las rentas del capital ahora sean el mejor ejemplo de movilidad, hasta hace pocos años las restricciones en el control de cambios o los límites a la exportación de capitales dibujaban un escenario bien diferente.

⁸ La ciudadanía europea es un estatuto jurídico que ostenta cualquier persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. Los derechos propios de esta posición están recogidos en los artículos 39 a 46 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2010/C 83/02). Aunque fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000, fue enmendada posteriormente en 2007 y desde diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha adquirido el mismo carácter vinculante que los Tratados. En lo que nos atañe, el artículo 45 recoge expresamente que los ciudadanos de la Unión también tienen derecho a la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio de la UE. El propio TJUE ha expandido esta concepción al reconocer derechos a escala comunitaria a ciudadanos que no ejercen ninguna actividad económica, dotando a la ciudadanía de un contenido material al margen del contexto económico. En este sentido véase: MARTÍN VIDA, M. A.: «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, págs. 99-100.

⁹ Preocupación ya apuntada por la Comisión en su Comunicación COM (1997) 495 final: «En lo que se refiere al factor trabajo, la presión fiscal se está desplazando hacia la mano de obra menos cualificada y menos móvil, mientras que los trabajadores muy cualificados se muestran cada vez más móviles y receptivos a las diferencias de tratamiento fiscal». Esta escasa motivación fiscal de la mayoría de los movimientos transfronterizos comunitarios fue subrayada en: BODE, E.; KRIEGER-BODEEN, C. y LAMMERS, K.: *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschaft, Kiel, 1994, págs. 71-75.

Como primera parte del mercado de trabajo tenemos un grupo de trabajadores menos cualificados o ciudadanos sin empleo (aunque estén cualificados) que, en caso de trasladar su residencia, no lo hacen motivados por las diferencias fiscales¹⁰. Dentro de este grupo encontramos la última gran corriente migratoria desde los Nuevos Estados miembros (NEM en adelante) hacia la UE-15. Del mismo modo, está también dentro de este segmento el *brain drain* (emigración de jóvenes trabajadores cualificados) que hemos presenciado en los últimos años. Un fenómeno que ya no se produce solo desde los NEM, sino que afecta también a Estados con elevados niveles de desempleo juvenil y a los que la crisis económica ha azotado con especial fuerza (España, Grecia, Portugal o Italia).

Tanto esta emigración como los trabajadores menos cualificados se someten, sin plantearse alternativas, a un sistema tributario que además ha incrementado en los últimos lustros la presión fiscal sobre el factor trabajo, menos móvil y con menor riesgo de deslocalización que las rentas del capital¹¹.

Paralelamente, encontramos dentro de la UE un conjunto más reducido de ciudadanos que por su cualificación o sus elevadas rentas tienen una mayor movilidad. Una de las principales características de estos sujetos es que experimentan un cierto desarraigo respecto a su Estado de residencia, pues el valor de los servicios públicos que reciben se encuentra por debajo de su contribución al sistema, especialmente en los Estados con un régimen más progresivo. Este hecho se acentúa si tenemos en cuenta que estos ciudadanos tienen tendencia a autoabastecerse de determinados servicios (educación, sanidad, etc.) por el sector privado. Además, su posición les permite asumir los costes sociales y económicos asociados al traslado de residencia¹². Todos estos elementos configuran un segmento del mercado de trabajo sensible a las diferencias de tributación y que, por tanto, puede responder con actitudes de arbitraje fiscal si se dan las condiciones para ello.

En este sentido, se han cumplido en parte los pronósticos de SINN, que auguraba una emigración de las rentas más bajas hacia Estados con un *Welfare State* más desarrollado, a la par que advertía que las rentas más altas tratarían de emigrar hacia jurisdicciones con menor presión fiscal¹³.

¹⁰ La cualificación de los trabajadores, tal y como demostraron EHRENBURG y SMITH, está directamente correlacionada con su movilidad geográfica. Por un lado, el conocimiento de otro idioma y otra cultura facilitan el traslado; por el otro, este conocimiento incrementa la productividad del trabajador en otro Estado y puede permitirle alcanzar mejores niveles de vida. Véase: EHRENBURG, R. G. y SMITH, R. S.: *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*, 3.ª edición, Scott Foresman, Glenview (Illinois), 1988, pág. 360.

¹¹ De hecho, la doctrina ha advertido que este trasvase de presión fiscal no solo se produce entre el capital y el factor trabajo, sino entre el propio trabajo menos cualificado (menos móvil) y el trabajo más cualificado (más móvil). Véase: CASALTA NABAIS, J.: *Por un Estado Fiscal Suportável*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 205.

¹² En un estudio realizado con la Confederación Suiza como telón de fondo, FELD constata como los ciudadanos con mayores rentas sí toman sus decisiones de residencia (es verdad que dentro de un mismo Estado) orientadas por los incentivos fiscales. Véase: FELD, L. P.: «Tax competition and income redistribution: An empirical analysis for Switzerland», *Public Choice*, núm. 105, 2000, pág. 152.

¹³ De hecho el autor era bastante catastrofista al apuntar a la insostenibilidad de las políticas redistributivas en la UE si no se trasladaba el nivel de decisión sobre estas políticas al ámbito comunitario o si no existía una verdadera armo-

En todo caso, hay que puntualizar que, al contrario que sucede con la inversión de capital, el factor trabajo no se localiza mayoritariamente allí donde obtendría un mayor rendimiento neto después de impuestos. La vinculación directa de este factor con la residencia del sujeto añade a la ecuación un conjunto de preferencias culturales, familiares, sociales e incluso climatológicas, que configuran un proceso de decisión más complejo que un simple juicio de rentabilidad económica¹⁴.

Dentro de la movilidad de los ciudadanos debemos hacer mención aparte a los cambios de residencia de jubilados del norte de Europa que se instalan en países más meridionales. Aunque estos traslados se realizan eminentemente por condiciones climáticas y de calidad de vida, no debemos perder de vista algunas consecuencias fiscales que pueden orientar el destino de estos cambios de residencia.

3.2. LA MOVILIDAD DEL CAPITAL. INTERESES Y DIVIDENDOS

El 1 de julio de 1990 entró en vigor la plena liberalización de los movimientos de capitales entre los Estados miembros¹⁵. Desde esta fecha los ciudadanos comunitarios pueden invertir sus ahorros o adquirir acciones en el mercado de capital de cualquier otro Estado miembro y en el exterior de la UE. En el caso de las personas físicas vamos a partir de la premisa de que estas invierten en productos de ahorro o en acciones en mercados cotizados, en lo que calificaremos como *portfolio investments* o inversión en cartera, entendiéndolo que no llegan a alcanzar una posición de control en las sociedades¹⁶.

nización de la imposición directa entre los Estados miembros: «Any country that tries to establish an insurance state would be driven to bankruptcy because it would face emigration of the lucky who are supposed to give and immigration of the unlucky who are supposed to receive». Véase: SINN, H. W.: «Tax Harmonization and Tax Competition in Europe», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper núm. 3248, Cambridge, 1990, pág. 15. Menos pesimista aunque en similar línea véase: MARINI, P.: *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París, 1999.

- ¹⁴ Advierte acertadamente de la concepción compleja de la movilidad del factor trabajo: OSMUNDSEN, P.: «Taxing Internationally Mobile Individuals. A Case of Countervailing Incentives», *International Tax and Public Finance*, núm. 6, 1999, pág. 149. En el mismo sentido: EGGER, P. y RADULESCU, D. M.: «The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers», *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008, págs. 20-21. Una reflexión similar en relación con los cambios de residencia a nivel interno la encontramos en: RAMOS PRIETO, J.: «Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía)*, (dir.) Javier LASARTE, (coords.) FRANCISCO ADAME MARTÍN y Jesús RAMOS PRIETO, Comares, Granada, 2003, pág. 779.
- ¹⁵ *Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado*. La Directiva preveía un régimen transitorio para Irlanda, España, Portugal y Grecia que finalizó para los dos primeros Estados el 31 de diciembre de 1992 y para Portugal y Grecia tres años más tarde.
- ¹⁶ En este punto hay recordar que si las personas físicas emplean sociedades extranjeras controladas por ellas para canalizar las rentas más móviles (dividendos, intereses y cánones principalmente) y así eludir su tributación inmediata de las mismas, un gran número de Estados tienen aprobadas normas sobre CFCs (transparencia fiscal internacional)

La atracción de *portfolio investments* y de ahorro desde otros Estados miembros, dado el marco de estabilidad política y financiera existente en la UE, resulta relativamente sencilla y puede estar muy condicionada por el factor fiscal. En el fondo, los ciudadanos realizarán estas inversiones allí donde esperen obtener una mayor rentabilidad después de impuestos, reduciendo la inversión potencial en el propio Estado si observan mejores posibilidades en otro mercado. La gran facilidad con que se puede operar en estos mercados (con un solo clic) y la ausencia de mayores condicionantes provocan que esta sea la manifestación de renta más móvil en el seno de la UE.

No obstante, conviene especificar que la disparidad de sistemas tributarios entre los Estados miembros, la falta de información y los costes asociados a inversiones menores aleja de este circuito al ciudadano de a pie, provocando que sean los grandes patrimonios los que concentren los movimientos financieros en la UE y en el resto del mundo, siendo los principales beneficiados de la libre circulación de capitales. De este modo, al igual que sucedía con el factor trabajo, encontramos un mercado dual en el que solo las rentas más elevadas gozan de una verdadera movilidad que les permite operar con eficiencia y con el asesoramiento adecuado en los mercados internacionales de capital.

4. EL ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS

4.1. EL CRITERIO DE RENTA MUNDIAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Los Estados miembros gravan con carácter general a sus residentes conforme al principio de renta mundial¹⁷. En cambio, aplican a la vez el criterio de la fuente para gravar las rentas obtenidas por no residentes en su territorio¹⁸. Este papel preponderante de la residencia provoca que los Estados sean especialmente recelosos respecto a la pérdida de la condición de residente por sus nacionales. Por este motivo, la mayoría de Estados diseñan un sistema expansivo de calificación de la residencia que entra en conflicto con otras jurisdicciones, generando situaciones de doble residencia¹⁹.

para evitar el empleo de este vehículo, también aplicables generalmente a las personas físicas. De este modo, se obliga a que estos ingresos de la sociedad transparente tributen en el Estado de residencia de la persona física aunque no hayan sido efectivamente distribuidos.

¹⁷ La residencia es un punto de conexión territorial subjetivo (por la vinculación de una persona con un territorio). Se diferencia de este modo de la nacionalidad (criterio estrictamente personal) y del propio principio de territorialidad como criterio territorial objetivo que vincula el territorio con el hecho imponible. SERRANO ANTÓN, F.: «Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 18, 2006, pág. 10.

¹⁸ Los no residentes generalmente solo tributan por las rentas obtenidas en el Estado de la fuente. Además, únicamente se les suele permitir deducir aquellos gastos o pérdidas estrictamente vinculados a los ingresos obtenidos en el propio Estado de la fuente. Para un análisis más detallado de la tributación del no residente en el marco comunitario: RUIZ ALMENDRAL, V.: «La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional», *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole, 2008.

¹⁹ En España, por ejemplo, aparte del criterio temporal habitual (residir durante más de 183 días en España) el artículo 9.1 b) de la Ley 35/2006 del IRPF considera también residentes a los que tuvieran en España «el núcleo principal o

La ausencia de instrumentos comunitarios para resolver esta colisión entre las normativas nacionales traslada la cuestión al seno de los convenios para evitar la doble imposición (CDI en adelante). Dado que no existe una definición común de residencia, el artículo 4 del Modelo de CDI de la OCDE es muy flexible, tanto para admitir los diferentes criterios de residencia de cada Estado²⁰, como para determinar el Estado de residencia del sujeto en caso de conflicto.

La aplicación de este principio de renta mundial limita en principio las posibilidades de arbitraje fiscal entre ciudadanos al conocido anglicismo *voting-with the feet*, es decir, al cambio de residencia²¹. Sin embargo, apreciamos dos situaciones que pueden permitir eludir la aplicación de esta regla sin necesidad de realizar este traslado de residencia.

En primer lugar, tenemos que aludir al importantísimo papel de los CDI en la configuración de las relaciones transfronterizas. En principio cuando un no residente percibe rentas de capital (intereses y dividendos principalmente) con origen en otro Estado la regla general en presencia de CDI es la tributación compartida entre el Estado de la fuente, que aplicará un tipo de gravamen reducido, y el Estado de residencia del perceptor, donde se corregirá la doble imposición. La compleja configuración de algunos instrumentos financieros, sin embargo, puede provocar, tal y como advierte la Comisión, situaciones de doble no imposición que falseen los flujos de capital y la propia circulación de los contribuyentes en el mercado interior²². De este modo, incluso sin necesidad de trasladar su residencia, un sujeto puede aprovechar la red de CDI para eludir la tributación, tanto en su propio Estado de residencia como en el Estado de la fuente. Para dar solu-

la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta». En Italia existe también otro criterio expansivo: se consideran residentes a efectos del impuesto sobre la renta, conforme al artículo 2 TUIR, aquellos ciudadanos que durante la mayor parte del año no solo hayan residido en Italia, sino también si han estado domiciliados o simplemente inscritos en el registro de la población residente.

²⁰ Artículo 4.1

«A los efectos de este Convenio, la expresión "residente de un Estado contratante" significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.»

²¹ Aunque esta expresión se atribuye a TIEBOUT, realmente fue acuñada posteriormente por la literatura para hacer referencia a la facultad del ciudadano de elegir su residencia entre diferentes jurisdicciones. No obstante, se puede inferir claramente de: TIEBOUT, C. M.: «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5, 1956, pág. 422.

²² La Comisión explica claramente la aparición de este fenómeno: «En sus convenios de doble imposición, los Estados se comprometen a menudo a no gravar determinados elementos de la renta. Con este tipo de trato fiscal, puede ocurrir que no tengan necesariamente en cuenta si estos elementos están sujetos a imposición por la otra Parte del convenio, y, por tanto, si existe un riesgo de doble no imposición. Este riesgo también puede ocurrir cuando los Estados miembros deciden unilateralmente eximir elementos de renta del exterior, independientemente de si están o no sujetos a imposición en el Estado de origen». Véase: *Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva*, C (2012) 8806 final, considerando 7, pág. 3.

ción a esta laguna, la Comisión propone que los Estados miembros introduzcan en sus CDI una cláusula que garantice la tributación en al menos uno de los Estados firmantes²³.

La otra situación a que tenemos que hacer referencia es la posibilidad de deslocalizar rentas pasivas (intereses, dividendos o cánones principalmente) en Estados con los que no existan cláusulas de intercambio de información (y que en no pocas ocasiones suelen aplicar una retención en la fuente mínima o incluso inexistente), práctica elusiva que permite sustraer estas rentas del criterio de renta mundial²⁴. Por suerte, el nivel de desarrollo a nivel comunitario de los instrumentos de asistencia mutua e intercambio de información, así como la propia Directiva del ahorro²⁵ dificultan esta posibilidad (aunque siempre que desaparezca la tributación en el Estado de la fuente el riesgo persiste). Incluso, a nivel mundial, son reseñables los avances impulsados por el *Foro Global sobre transparencia e intercambio de información* de la OCDE, que ha conseguido el compromiso de todos los Estados implicados para ajustarse a los estándares internacionales de intercambio de información²⁶.

4.2. EL TRASLADO EFECTIVO DE RESIDENCIA. LÍMITES

A salvo de las situaciones que hemos indicado anteriormente, la aplicación del criterio de renta mundial limita las posibilidades de arbitraje fiscal casi exclusivamente a los cambios efec-

²³ «En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante». Recomendación de la Comisión C (2012) 8806 final, apartado 3.2.

²⁴ Este problema ha sido explicado de manera magistral por AVI YONAH, que señala a Estados Unidos como el principal culpable de la escala de competencia fiscal desatada tras derogar en 1984 la retención en la fuente que practicaba en los pagos de intereses a ciudadanos extranjeros. Tras esta medida la mayoría de las grandes economías se vieron obligadas a seguir la estela de Estados Unidos. El resultado, como indicaba el autor: «is that individuals can generally earn investment income free of host country taxation in any of the world's major economies». Véase: AVI-YONAH, R. S.: «Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State», Harvard Law School, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 4, 2000, pág. 2. Además, para hacer realmente atractiva esta mínima tributación en la fuente muchas economías entraron en una espiral competitiva por implementar estrictas normas de secreto bancario (en progresivo desmantelamiento actualmente) bloqueando de este modo la posible aplicación del criterio de renta mundial. Véase: GENSCHEL, P. y SCHWARZ, «Tax Competition: a literature review», *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, pág. 345.

²⁵ Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

²⁶ Este Foro creado en 2003 pretende definir un *level playing field* en el escenario internacional basado en el intercambio de información entre jurisdicciones. El principal resultado de este Foro han sido los estándares internacionales fiscalmente aceptados que exigen a las diferentes jurisdicciones intercambio de información bajo petición, supresión del secreto bancario y fin de las cláusulas del interés nacional. Dentro de las dos fases de evaluación 14 jurisdicciones deben aún avanzar en la transparencia y el intercambio de información para superar la primera fase (Botswana, Nauru, Brunei, Niue, Dominica, Panamá, Guatemala, Suiza, Líbano, Trinidad y Tobago, Liberia y Emiratos Árabes Unidos, Islas Marshall y Vanuatu). Adicionalmente cuatro jurisdicciones no han superado la segunda fase (Luxemburgo, Islas Seychelles, Islas Vírgenes y Chipre). Véase: OCDE, *Tax Transparency. Report on Progress*, 2013.

tivos de residencia. El principal problema radica, por tanto, en impedir los cambios de residencia ficticios que pueden tratar de eludir la aplicación del poder tributario del Estado donde se reside por otro que aplique una menor presión fiscal. Ante esta situación, los Estados se enfrentan a un conflicto de prueba, en el que tratarán de demostrar que el sujeto cumple los criterios (principalmente permanencia en el territorio más de la mitad del año o mantenimiento en el mismo del núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos) para mantener la condición de residente y, de este modo, la sujeción a su poder tributario²⁷.

Estas reglas de prueba se endurecen especialmente en los casos en que el cambio de residencia se produce con destino a un Estado que puede ser calificado como paraíso fiscal²⁸. Incluso, algunos Estados van más allá y aprueban cláusulas antiabuso que persiguen bloquear los efectos de un cambio de residencia efectivo mediante normas de extensión de la sujeción tributaria²⁹. Por

²⁷ En este punto son relevantes las normas de determinación de la residencia existentes en el respectivo CDI que pueda ser de aplicación. También resultan esenciales para determinar la carga de la prueba las posibles presunciones que puedan articularse. En el Derecho español, por ejemplo, existe una presunción *iuris tantum* en el artículo 9.1 b) de la LIRPF conforme a la cual: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquel».

²⁸ En la normativa española, por ejemplo, el artículo 9.1 a) de la LIRPF prevé una inversión de la carga de la prueba cuando el traslado se produce con destino a un país o territorio considerado como paraíso fiscal. A estos efectos, España tiene aprobada una lista de paraísos fiscales recogida en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Aunque dicha lista no se ha actualizado, sí se prevé una cláusula de actualización automática en el artículo 2 del propio real decreto, introducida en el año 2003, que prevé la salida de esta lista de aquellos países y territorios que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información. Esta cláusula excluiría, por tanto a países o territorios de la lista que han firmado acuerdos de intercambio de información (Andorra, Aruba o Antillas Holandesas) o CDI como Malta (2006), Emiratos Árabes Unidos (2007), Jamaica (2009), Trinidad y Tobago (2009), Barbados (2011), Panamá (2011), Hong Kong (2012), Singapur (2012) o Chipre (2013). En el caso de Malta y Chipre la doctrina considera que esta exclusión se produjo en el mismo momento de su adhesión a la Unión Europea, época en que ya estaba vigente la anterior Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua. En este sentido: CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, 2004, pág. 41. Alcanzan una conclusión equivalente: FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 275, nota 190.

²⁹ El profesor CHICO DE LA CÁMARA enumera entre estos Estados: Alemania, Dinamarca, Suecia, Finlandia o España, además de Noruega o Estados Unidos. Véase: CHICO DE LA CÁMARA, P.: «La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE», en AA. VV.: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, (coords.) María Teresa SOLER ROCH y Fernando SERRANO ANTÓN, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 65. En el caso de Alemania, por ejemplo, se aplica una extensión de la sujeción como «no residente» durante nada menos que diez años desde la salida del país para los nacionales que, habiendo estado sujetos al tributo durante cinco de los diez años anteriores, se trasladen a un Estado con baja tributación o que les conceda un régimen preferencial y que mantengan vínculos económicos con Alemania. Véase: AA. VV.: *European Tax Handbook 2012*, directores: Ola VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA y Marnix SCHELLEKENS, IBFD, Ámsterdam, 2012, pág. 344.

ejemplo, la legislación española contempla la conocida como «cuarentena fiscal» en el actual artículo 8.2 de la LIRPF. Conforme a esta regla, los nacionales españoles (enfaticamos nacionales) que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal seguirán considerándose residentes en España durante el periodo impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro siguientes³⁰.

Otro instrumento para dificultar este traslado de residencia podrían ser los impuestos de salida. Al exigir el gravamen de las plusvalías latentes en caso de cambio de residencia de una persona física, el Estado de residencia está dificultando en la práctica la huida hacia otras jurisdicciones. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha limitado el efecto restrictivo de estos impuestos de salida sobre personas físicas dentro de la UE al exigir que se permita el aplazamiento de la deuda tributaria hasta la efectiva realización de las plusvalías³¹.

La configuración expansiva de las libertades fundamentales realizada por el TJUE excluye prácticamente cualquier obstáculo a los cambios de residencia efectivos entre Estados miembros. En este contexto, se puede entender la impotencia de algunos Estados que como Francia ven emigrar de manera constante algunas de sus mayores fortunas, no ya solo a Estados terceros como Suiza, sino a otros Estados miembros de la UE como Bélgica³².

4.3. LA DEFICIENTE CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN

4.3.1. Los métodos para eliminar la doble imposición y la falta de un instrumento común en la UE

La opción de gravar la renta de las personas físicas en función del criterio de residencia responde a los especiales lazos que el residente tiene con el territorio y con el disfrute de los servicios públicos e infraestructuras a él asociados. El principal inconveniente resultante de la aplicación del criterio de renta mundial es que provoca frecuentemente situaciones de doble imposición cuando el residente percibe rentas ya gravadas en el Estado de la fuente³³. Este riesgo desaparecería si

³⁰ Este precepto ha sido criticado por la doctrina al considerarse excesivamente rígido o desproporcionado dado que no admite prueba en contrario. Véase: DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A.: «La extensión de la sujeción tributaria en el derecho comparado y la nueva ley de renta», *RCyT. CEF*, núm. 191, 1999, págs. 185-186.

³¹ SSTJUE de 11 de marzo de 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, asunto C-9/02 (NFJ017164); de 7 de septiembre de 2006, *N*, asunto C-470/04 (NFJ024030) y de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, asunto C-269/09 (NFJ047562).

³² Este éxodo ha sido muy tratado por la prensa generalista, con atención especial a la figura del actor Gerard Depardieu, que ha trasladado supuestamente su residencia al municipio de Néchin, en Bélgica. Resulta muy descriptiva en este sentido la noticia: «Obélix y la marmita belga», *El País*, 23 de diciembre de 2012.

³³ Este criterio es criticado por VOGEL, que considera que gravar la renta sobre la base de la renta mundial «es contrario al comercio internacional y, por tanto, contrario a los intereses de los Estados de residencia y de fuente». Igual-

los Estados aplicaran estrictamente y recíprocamente el criterio de residencia, admitiendo que las rentas obtenidas por los no residentes únicamente fuesen gravadas en sus Estados de residencia. Sin embargo, en relación con los no residentes, los Estados rompen con el criterio de residencia y aplican de modo general el criterio de la fuente, gravando las rentas obtenidas por estos en su territorio y creando situaciones de doble imposición. En principio, la jurisprudencia del TJUE admite este trato diferencial ya que considera que generalmente el residente y el no residente no se encuentran en situaciones comparables³⁴.

En relación con la doble imposición debemos diferenciar los supuestos de doble imposición económica, en que un mismo poder tributario grava una renta en sede de dos sujetos diferentes (el supuesto clásico son los dividendos), de la doble imposición jurídica, en la cual dos poderes tributarios gravan una misma renta en sede del mismo sujeto (generalmente una retención en el Estado de la fuente y la correspondiente tributación como residente).

La doble imposición jurídica es la que más preocupa en el ámbito internacional y para su eliminación existen tres vías diferentes. Por un lado, los instrumentos clásicos: las medidas unilaterales tomadas por cada uno de los Estados³⁵ y los tratados internacionales, fundamentalmente convenios de doble imposición bilaterales. Por otro, algunos autores han puesto sobre la mesa una tercera vía: la armonización fiscal en el seno de una organización supranacional, cuyo ejemplo paradigmático sería la UE³⁶.

mente, apunta a que solo mediante el criterio de territorialidad se consigue la equidad entre los Estados, ya que «el Estado donde se ha generado la renta, quien contribuye a ello con sus recursos naturales, sus prestaciones y servicios públicos, por supuesto, en mayor medida que el Estado en el que reside la empresa». VOGEL, K.: «World wide or source taxation of income?», *Rassegna Tributaria*, núm. 1, 1988, págs. 261-262.

³⁴ Tal y como está configurado el principio de no discriminación, los Estados pueden configurar su sistema en atención a los residentes. SACHETTO, C.: «La Corte di giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fennat», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, 1999, pág. 191. Eso sí, existe obligación de tratar al no residente del mismo modo si está en una situación comparable; circunstancia que la propia Comisión sugiere que se sitúe en el umbral del 75% del total de la renta imponible. Véase: *Recomendación de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen (94/79/CE)*. Esta recomendación se ha recogido en la legislación española en el artículo 46 de la LIRNR.

³⁵ Las diferentes técnicas señaladas por LUCHENA MOZO son: la exención en la base imponible nacional de todo o una parte de las rentas foráneas, generalmente a condición de que hayan sido efectivamente gravadas; un crédito fiscal a emplear en su Estado de residencia por el importe del impuesto pagado o devengado en el extranjero y deducir como gasto en la base imponible del Estado de residencia el impuesto pagado o devengado en el extranjero. LUCHENA MOZO, G. M.: «Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo», en AA. VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, (dir.) Miguel Ángel COLLADO YURRITA, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005, pág. 317.

³⁶ LUCHENA MOZO, G. M.: «Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo», *op. cit.*, pág. 315. Para otros autores esta tercera vía se subsume en los Convenios Multilaterales: VALLEJO CHAMORRO, J. M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: «Los Convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6, 2002, pág. 21.

En la práctica, sin embargo, la falta de pasos en pos de la armonización ha provocado que los mayores avances a nivel de la UE en este campo se hayan producido, de nuevo, a través de la jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación³⁷. Esta intervención del tribunal, como indica RUIZ ALMENDRAL, ha creado un estatuto especial del no residente comunitario, más próximo al propio residente que al no residente no comunitario³⁸.

Una alternativa a la tercera vía, agotadas las esperanzas de una directiva, sería la adopción de un Modelo Europeo de CDI que obligara a los Estados a modificaciones puntuales de sus tratados bilaterales y que situara la cuestión de la doble imposición directamente bajo el paraguas del TJUE³⁹. Una propuesta de coordinación que solucionaría más problemas de los que crea⁴⁰, pero que no parece factible aplicar a toda la UE y que podría avanzar, a lo sumo, como un proyecto de cooperación reforzada.

La falta de acuerdo respecto a este Modelo Europeo de CDI dibuja un escenario complicado para eliminar la doble imposición en la UE respecto a la fiscalidad directa⁴¹. De hecho, el TJUE *se*

³⁷ Como advierte PISTONE, la falta de coordinación entre los Estados en materia de CDI ha obligado al TJUE a ser el motor de la integración europea mediante la regla del precedente. Véase: PISTONE, P.: «Tax Treaties and the Internal Market in the European Union Scenario», *Intertax*, vol. 35, 2007, pág. 76. El autor, muy crítico con la falta de iniciativa estatal, llega a afirmar que «insofar as action is not carried out within the near future, negative integration will not stop from going on with even more negative repercussions for the national sovereignties of the EU Member States», PISTONE, P.: «Towards European international tax law», *EC Tax Review*, vol. 14, núm. 1, 2005, pág. 6.

³⁸ RUIZ ALMENDRAL, V.: «La tributación del no residente comunitario: entre la Armonización fiscal y el Derecho tributario internacional», *op. cit.*, pág. 55. Ante esta situación, toma consistencia la propuesta de TERRA y WATTEL para crear un sistema verdaderamente no discriminatorio, en el que se debería aplicar a los no residentes (comunitarios) el mismo régimen de renta mundial y con los mismos elementos para eliminar la doble imposición que a los residentes. La otra alternativa sería aplicar un régimen estricto de territorialidad para residentes y no residentes en el que no se tuvieran en cuenta los ingresos o pérdidas foráneas. Véase: TERRA, B. y WATTEL, P.: *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pág. 95.

³⁹ A este respecto, PISTONE ha propuesto un modelo de Convenio de la UE que combina los principios del Derecho internacional, plasmados en el modelo de la OCDE, con los principios comunitarios diseñados por la jurisprudencia del TJUE. Véanse: PISTONE, P.: «An EU Model Tax Convention», *EC Tax Review*, vol. 11, núm. 3, 2002, págs. 129-136. A juicio de MAGRANER MORENO: «un «Modelo de Convenio UE» sería la solución más fácil de aplicar. El proyecto debería ser preparado cuidadosamente a nivel técnico intentando involucrar a todos los Estados miembros. Su principal ventaja la representa, precisamente, la no necesaria utilización de un instrumento jurídico comunitario vinculante para su puesta en funcionamiento». Véase: MAGRANER MORENO, F. J.: «La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro», *Crónica Tributaria*, núm. 137, 2010, pág. 189.

⁴⁰ PISTONE, P.: «Towards European international tax law», *op. cit.*, págs. 6-7.

⁴¹ Una posible alternativa, que parece haber caído en desgracia tras la STJUE de 5 de julio de 2005, *D*, asunto C-376/03 (NFJ022996), era la invocación de una suerte de cláusula de nación más favorecida en el seno de la UE que permitiera a los contribuyentes europeos solicitar las ventajas del CDI más favorable firmado, bien por el Estado miembro de su residencia, bien por el Estado miembro en el que obtiene su renta. Sin embargo, la sentencia señalada legitimó

lava las manos al respecto y reconoce que no puede entrar a valorar los posibles efectos de la disparidad de sistemas empleados para eliminar esta doble imposición⁴². En este sentido, por tanto, podemos entender que la falta de un instrumento comunitario común que garantice la corrección de estas situaciones de doble imposición supone en la práctica un freno al ejercicio de la libre circulación⁴³.

No olvidemos que en último término los ciudadanos dependen de la red de CDI y de las normas adoptadas unilateralmente por los Estados a nivel interno para paliar esta potencial doble imposición, por ejemplo, declarando exentas estas rentas hasta un determinado límite⁴⁴. Esta red de CDI teje un conjunto de relaciones jurídicas entre los Estados que incentiva el desplazamiento del capital hacia jurisdicciones específicas, promovido especialmente por la ausencia de retención en la fuente sobre dividendos que puede permitir la ocultación de estos rendimientos⁴⁵.

la ausencia de esta cláusula de nación más favorecida, por lo que aunque cabe su inclusión voluntaria, se rechazó en la práctica que el principio de no discriminación alcanzara a este elemento.

⁴² Principalmente: STJUE de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, asunto C-336/96 (NFJ006196), apartado 54; *STJUE de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services*, asunto C-298/05 (NFJ026989), apartado 45 y STJUE de 12 de febrero de 2009, *Block*, asunto C-67/08 (NFJ031324). De esta última sentencia LÓPEZ RODRÍGUEZ extrae tres claras conclusiones: la primera, que los Estados miembros son libres para fijar los criterios de imposición; la segunda, que no cabe exigir individualmente a cada Estado miembro que elimine la doble imposición; por último, que no existe un derecho individual a reclamar contra una situación de doble imposición. Conferencia citada en: MAGRANER MORENO, F. J.: «La coordinación de los convenios...», *op. cit.*, pág. 174.

⁴³ AA. VV.: *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, (coords.) Juan LÓPEZ RODRÍGUEZ, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pág. 81.

⁴⁴ En el ámbito de las rentas del trabajo, por ejemplo, en el derecho español existen dos posibilidades alternativas que minimizan el impacto de la doble imposición. En el artículo 7 p) de la LIRPF se recoge la exención de hasta 60.100 euros de los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, siempre que se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero y a condición de que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza similar al propio IRPF. La otra posibilidad, incompatible con esta exención, es el denominado régimen de excesos, previsto en el artículo 9.a.3 b) del RIRP, que permite considerar como dieta exenta (por ejemplo en el apartado 4): «El exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España.»

⁴⁵ A falta de instrumentos comunitarios efectivos, el Estado español introdujo en el año 2012 la obligatoriedad de informar los bienes y derechos que los contribuyentes tienen en el extranjero a través de la comúnmente llamada «ley antifraude» (Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude). Dicha obligación, contenida en la disposición adicional 18.ª de la LGT, ha sido desarrollada en el Reglamento General de actuaciones y procedimientos tributarios, Real Decreto 1065/2007, siendo la Orden HAP 72/2013, la que aprueba el modelo 720 en el que se agrupan los tres tipos de bienes así como la forma, plazo y condiciones de su presentación. Entre estos tres tipos de bienes encontramos, aparte de las cuentas corrientes y los derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, los valores o derechos, acciones o participaciones, seguros de vida e invalidez y rentas depositadas, gestionadas y obtenidas en el extranjero.

4.3.2. Las características específicas de las rentas del capital

Por sus especiales características vamos a indicar algunas cuestiones concretas respecto a las rentas del capital, observando especialmente las diferencias que existen entre el esquema de tributación de los intereses y de los dividendos en sede de las personas físicas.

En el caso de los intereses, la tributación conforme al criterio de renta mundial se ha enfrentado históricamente a uno de los grandes caballos de batalla del Derecho comunitario: el secreto bancario. La aprobación de la Directiva del ahorro, 2003/48/CE, trajo consigo una obligación de intercambio de información entre los Estados miembros, eliminando a la par la retención en la fuente⁴⁶, sistema que garantizaría teóricamente la aplicación del principio de renta mundial de los residentes a salvo de los correspondientes CDI, minimizando las posibilidades de arbitraje fiscal. Sin embargo, esta Directiva contiene una deficiente definición de algunos de sus elementos⁴⁷ y a la par consagraba la pervivencia de un régimen transitorio de retención en la fuente (y mantenimiento del secreto bancario) en Estados como Luxemburgo o Austria que exigía su revisión. Por suerte, tras más de seis años de bloqueo estos dos Estados han levantado recientemente el veto a la modificación de esta Directiva para facilitar el intercambio automático de información fiscal sobre los ahorros bancarios, que alcanzará también a los pagos efectuados por trust, fundaciones y ciertos seguros de vida⁴⁸.

La ausencia generalizada de retención en la fuente o *withholding tax* en los pagos de intereses garantizará cuanto menos que, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva del ahorro, no existirá doble imposición internacional. En cambio, en el campo de la distribución de dividendos, solo la Directiva Matriz-Filial, aplicable estrictamente al ámbito societario, ha previsto un esquema de eliminación de la retención de los dividendos en el Estado de la fuente⁴⁹. Por tanto,

⁴⁶ En opinión de la doctrina, la eliminación de la retención en la fuente se había empleado históricamente como sistema de competencia fiscal. Véase: MAGLIOCCO, A. y SANELLI, A.: «Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example», *European Taxation*, vol. 4, 2009, pág. 200. Una competencia fiscal basada en la garantía de que posteriormente no existiría un efectivo intercambio de información.

⁴⁷ Tanto en la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, de 13 de noviembre de 2008*, COM (2008) 727 final, como en el más reciente *Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, de 2 de marzo de 2012*, COM (2012) 65 final, se insiste en la necesidad de ampliar tanto el catálogo de productos incluidos como las transacciones y operadores económicos cubiertos.

⁴⁸ En este proceso de negociación con los dos Estados que mantenían el bloqueo a la reforma de la Directiva del ahorro ha sido crucial la inclusión de otras jurisdicciones europeas como Suiza, Mónaco, Liechtenstein, San Marino y Andorra, ya que sin el compromiso de las mismas Austria y Luxemburgo no estaban dispuestas a aceptar esta reforma. Véase: «Luz verde al intercambio de datos fiscales sobre ahorros bancarios en la UE», *Euroefe*, 24 de marzo de 2014.

⁴⁹ La actual *Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*, exige una participación mínima en otra

aunque la mayoría de los CDI firmados entre los Estados miembros limitan la retención en la fuente sobre los dividendos al 15 %, la existencia de doble imposición jurídica en la distribución a personas físicas es casi inevitable y debe corregirse⁵⁰.

De hecho, aquellos Estados que garantizan la inexistencia de doble imposición al no realizar retención en la fuente sobre los pagos de dividendos a no residentes resultan especialmente atractivos para canalizar estas inversiones (aparte de poder fomentar situaciones de elusión si no se coordinan bien los instrumentos de intercambio de información). En este sentido, la falta de coordinación entre los CDI en la UE es patente. Por un lado, Reino Unido y Malta renuncian de forma unilateral en todos sus CDI a practicar esta retención sobre los dividendos a no residentes⁵¹. Irlanda y Chipre, por su parte, hacen lo propio en varios CDI con Estados miembros⁵². En otras ocasiones, los Estados pactan de forma bilateral renunciar a esta retención, como en los CDI entre Francia y Finlandia o entre Suecia y Grecia. Saliendo del marco comunitario, es también muy común entre los Estados miembros que pacten en sus CDI con Estados de gran potencial inversor (Omán, Arabia Saudí, Catar o Emiratos Árabes Unidos) renunciar a aplicar esta retención en la fuente sobre los dividendos. Hecho este último que pone en evidencia la importancia de esta renuncia a la retención como medio para atraer capital foráneo.

En resumidas cuentas, respecto al pago de dividendos y la doble imposición jurídica podemos enfrentarnos a tres situaciones diferentes: una en la que no se prevea ningún mecanismo de

sociedad del 10 % para entrar dentro del ámbito de sociedades matrices previsto en la Directiva. En principio, conforme al artículo 4.1 a) el Estado de la sociedad matriz o del establecimiento permanente que reciba los dividendos se abstendrá de gravarlos. El apartado b) prevé la posibilidad de realizar una retención, aunque esta será posteriormente deducible en el impuesto de la matriz o establecimiento permanente en la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial directa y toda filial de ulterior nivel.

⁵⁰ La doctrina se encuentra dividida al valorar si esta doble imposición jurídica puede ser una restricción contraria a las libertades fundamentales, todo ello a pesar de la claridad con que el Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario: SSTJUE de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert Morres*, asunto C-513/04 (NFJ024029), apartados 18 y ss., de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container services*, asunto C-298/05 (NFJ026989), apartados 43 y ss., o de 20 de mayo de 2008, *OESF*, asunto C-194/06 (NFJ028746), apartado 47. Siguiendo la estela del tribunal se pronuncia LANG: «Since tax systems are not harmonized yet, the Court cannot avoid results that lead either to double taxation or to non-taxation (...)The ECJ cannot replace the Community legislator but can only make sure that each single Member State complies with its obligations under Community law». Véase: LANG, M.: «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions», *EC Tax Review*, 2009-3, pág. 110. En sentido contrario se ha pronunciado VAN THIEL para quien el enfoque nacional de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la tributación directa y su dejadez respecto a los supuestos de doble imposición no son sostenibles en el largo plazo. Véase: VAN THIEL, S.: «The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice», *Tax Law Review*, vol. 62, 2008, pág. 153.

⁵¹ En el CDI entre España y el Reino Unido, por ejemplo, España se compromete en el artículo 10.1 a) a no imponer una retención superior al 15 %. Sin embargo, el artículo 10.3, a) iii) establece con carácter general que «los dividendos pagados por una Sociedad residente del Reino Unido, y cuyo beneficiario efectivo sea residente de España, no se someterán a ningún impuesto sobre dichos dividendos en el Reino Unido».

⁵² Irlanda, por ejemplo, en los CDI con Austria, Finlandia o España; Chipre con Italia o Hungría.

corrección de la doble imposición, otra en la que el mecanismo previsto no la corrija plenamente y, por último, una situación en la que sí se elimine por completo.

Por desgracia, la primera situación no encuentra ningún obstáculo actualmente en el Derecho comunitario, posición que el tribunal ha expuesto con claridad en la STJUE de 19 de julio de 2009, *Damseaux*, asunto C-128/08 (NFJ034311)⁵³. En este pronunciamiento un residente belga había percibido dividendos de una sociedad francesa que fueron gravados con una retención en la fuente del 15 %, conforme al CDI entre ambos Estados. Posteriormente, el Estado belga gravó el dividendo restante (85 %) con el 15 % previsto en su normativa sobre todos los dividendos percibidos por residentes belgas, sin ofrecer ningún instrumento que corrigiera la evidente doble imposición jurídica. El TJUE avaló esta falta de mecanismos para eliminar la doble imposición en Bélgica con el siguiente argumento (apartado 35):

«el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del litigio principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de dobles imposiciones dentro de la Comunidad». Por tanto, «el artículo 56 CE no se opone a un convenio fiscal bilateral como el de que se trata en el litigio principal, en virtud del cual los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en un Estado miembro a un accionista residente en otro Estado miembro pueden ser gravados en ambos Estados miembros, y que no prevé que se establezca, a cargo del Estado miembro de residencia del accionista, una obligación incondicional de evitar la doble imposición jurídica que de ello resulte.»

La preocupación por los efectos de esta doble imposición ha llevado a la Comisión a publicar el 11 de noviembre de 2011 la Comunicación *Double Taxation in the Single Market*, COM (2011) 712 final⁵⁴. En este documento la institución comunitaria señala la doble imposición como un obstáculo al funcionamiento del mercado interno que desalienta las operaciones transfronterizas, las inversiones desde Estados terceros y que además altera las condiciones de competencia⁵⁵. Ante la insuficiencia de instrumentos comunitarios para paliar esta doble imposición, que alcanza a múltiples aspectos de la fiscalidad comunitaria, no solo a los dividendos, la Comisión propone una serie de soluciones⁵⁶. Entre ellas, destacamos la invitación a cerrar por completo la

⁵³ Para un análisis sintético de la posición del TJUE al respecto de la doble imposición de dividendos y las diferencias de trato entre residente y no residente nos remitimos a: SPENGL, C. y EVERS, L.: «The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions», *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 23-25.

⁵⁴ En materia de doble imposición de dividendos a sujetos particulares cobra especial relevancia el proceso de consulta pública abierto a comienzos del mismo año 2011 *Taxation problems that arise when dividends are distributed across borders to portfolio and individual investors and possible solutions*, en el que ya se proponían soluciones para paliar la frecuente doble imposición que sufría este colectivo en estas inversiones.

⁵⁵ COM (2011) 712 final, págs. 3 y ss.

⁵⁶ COM (2011) 712 final, págs. 9-11. Otras propuestas que aún no se han concretado son la creación de un Foro sobre doble imposición o la propuesta de un Código de Conducta sobre doble imposición.

red de CDI entre los Estados miembros y a clarificar la interpretación de algunos conceptos de los mismos, así como la propuesta para impulsar un sistema de resolución de disputas a nivel europeo en el campo de la doble imposición. Finalmente, queremos mostrar nuestra impaciencia por la publicación programada en la Comunicación (ya con retraso, pues se prometieron para 2012) de un conjunto de soluciones contra la doble imposición jurídica de los intereses⁵⁷.

Además, incluso en los supuestos en que los propios Estados prevén sistemas para corregir la doble imposición, estos suelen suponer una serie de cargas formales y esperas que, en la práctica, desincentivan de igual modo la percepción de dividendos y las inversiones transfronterizas⁵⁸. Ante estos problemas, resulta lógico que los individuos prefieran realizar sus inversiones a través de instrumentos de deuda que por medio de acciones.

Como propone SPENGL, una solución para esta distorsión sería extender el sistema previsto en la Directiva del ahorro (inexistencia de retención en la fuente e intercambio de información) también a la distribución de dividendos⁵⁹. En nuestra opinión, sería un modo ideal de impedir que la doble imposición causase distorsiones sobre las decisiones económicas de los sujetos. El principal obstáculo sigue siendo la operatividad de regla de la unanimidad con 28 Estados y la ausencia de un sistema efectivo de intercambio de información.

Al final, los individuos realizan sus inversiones transfronterizas en aquellos Estados en los que, conforme a las relaciones bilaterales, esta doble imposición se corrige mejor o incluso no llega a existir. Una adecuada red de CDI se convierte en un factor de competitividad fundamental para atraer inversión en cartera. En esencia, en su huida de la doble imposición los agentes realizan en cierta medida arbitraje fiscal; un arbitraje fiscal que en principio parece no erosionar los recursos tributarios de los Estados en su conjunto salvo que vaya acompañado de prácticas elusivas (combinando por ejemplo exención en la fuente con ausencia de intercambio de información).

El riesgo de que los residentes con mayor capacidad de inversión trasladen sus inversiones a jurisdicciones, no ya con una menor tributación, sino con mejores mecanismos de corrección de la doble imposición, promueve que los Estados creen vehículos ventajosos para canalizar esta inversión. Es el caso de las conocidas como sociedades de inversión de capital variable o Sicav, con diferentes nombres y acrónimos en función del país en que operan⁶⁰.

⁵⁷ Dado que la Directiva Matriz-Filial corrige la doble imposición de la denominada anteriormente FDI o inversión directa, esta propuesta se ceñirá a proponer soluciones para la inversión en cartera o PI (participaciones por debajo del 10%) que abarca también a la fiscalidad de los individuos.

⁵⁸ COM (2011) 712 final, pág. 7. En el mismo sentido: SPENGL, C. y EVERS, L.: «The Cross-border Taxation of Dividends...», *op. cit.*, pág. 23.

⁵⁹ SPENGL, C. y EVERS, L.: «The Cross-border Taxation of Dividends...», *op. cit.*, págs. 27 y ss.

⁶⁰ Estas sociedades reciben el apelativo genérico de Sicav en España, Francia o Italia (Sociedad de Inversión de Capital Variable, *Société d'Investissement à Capital Variable* y *Società a capitale variabile*, respectivamente). Instrumentos similares están vigentes en otros Estados miembros, como por ejemplo Irlanda o Luxemburgo. Las Sicav

Estas sociedades emulan a los fondos de inversión, pero ofrecen a las personas físicas participar en el accionariado, con voz y voto respecto al funcionamiento y a las decisiones ordinarias de las mismas. Generalmente, aunque los regímenes de cada Estado son diferentes, ofrecen un régimen privilegiado de tributación en el impuesto sobre sociedades por las plusvalías y dividendos recibidos (por ejemplo en España es del 1 %) y permiten aplazar la tributación en sede del socio hasta que exista una distribución de beneficios, una venta de las acciones o una liquidación de la sociedad. En principio, no presentan grandes diferencias respecto a las ventajas de los fondos de inversión (postergar la tributación si se reinvierten los dividendos hasta la efectiva venta de las participaciones). Sin embargo, la laxitud respecto a los requisitos para su creación y funcionamiento, principalmente respecto a su verdadero carácter colectivo, puede fomentar una utilización fraudulenta de este instrumento. Si se garantiza un funcionamiento transparente de las mismas, no creemos que deban ser tildados de instrumentos de competencia fiscal lesiva, pues únicamente pretenden dotar de cierta competitividad a la inversión en cartera por ciudadanos individuales⁶¹.

Por otro lado, los particulares también pueden eludir la tributación en el Estado de residencia de sus rentas pasivas empleando otros vehículos como sociedades interpuestas en terceros Estados, que permiten diferir la tributación de dichas rentas hasta una futura distribución de beneficios. La mayoría de Estados miembros han reaccionado frente a estos instrumentos, aprobando regímenes de *Controlled Foreign Corporations* (CFC) o de transparencia fiscal. Sin embargo, la Comisión ha advertido acertadamente en su Recomendación de 6 de diciembre de 2012, C (2012) 8805 final, *relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal*, que existe una cierta disparidad respecto al nivel de protección contra estas prácticas. Este hecho provoca que los contribuyentes, aprovechando las libertades en el seno de la UE, acaben canalizando sus actividades o transacciones a través de los Estados miembros con un menor nivel de protección. Por tanto, como hace ver la Comi-

en España se encuentran reguladas en la *Ley 35/2003*, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. La última *Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios* ha promovido cambios para adaptarse a su contenido, principalmente en lo que respecta a unas normas comunes en lo relativo a su autorización, su supervisión, su estructura, su actividad y la información que deben publicar. Esta directiva ha sido posteriormente objeto de desarrollo por varias directivas y reglamentos comunitarios.

⁶¹ En España han sido muchas las críticas vertidas contra al régimen de las Sicav, principalmente desde los medios de comunicación. El régimen español, que no impone topes máximos de participación de una misma persona, ha permitido generalizar el empleo de las Sicav por grandes fortunas que controlan la mayoría de las acciones de la sociedad y emplean a *hombres de paja o mariachis* con una mínima participación para completar el número de socios mínimo. Del mismo modo, se ha criticado la cesión de su control a la CNMV, privando a la Administración tributaria de la capacidad de verificar los requisitos necesarios para acceder al privilegiado tipo del 1 %. Una situación de la que advirtieron anticipadamente RUIZ ALMENDRAL, V. y RAMOS MUÑOZ, D.: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2006. Westlaw: BIB 2006/1365. En la *Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011* se corrigió por medio del artículo 65 una importante disfunción del régimen, que permitía eludir la tributación al retirar parte de la inversión considerándola reducción de capital mientras que no superara la cuantía invertida inicialmente.

sión: «el nivel de protección existente dentro de la Unión frente a la erosión de la base imponible tiende a corresponderse con el Estado miembro que ofrece el nivel de protección más exiguo»⁶².

Al final, por tanto, la peor competencia proviene de otros Estados miembros frente a los cuales, conforme a la jurisprudencia del tribunal, solo se podrán esgrimir medidas antiabuso ante montajes puramente artificiales. Un requisito fácilmente superable con una mínima e inteligente planificación fiscal. De este modo, la restricción impuesta por la interpretación expansiva de las libertades comunitarias configura un paisaje oscuro para algunos Estados miembros y un verde prado para otros, que se convierten en opciones incluso más atractivas que terceros Estados con regímenes teóricamente más ventajosos pero frente a los cuales sí se podrán oponer cláusulas antiabuso. *El enemigo vive en casa.*

Para tratar de combatir esta situación, la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva propone la introducción de una cláusula antiabuso general que pueda ser aplicada sin necesidad de recurrir a normas antiabuso específicas (y generalmente dispares) para cada ámbito de la lucha contra la evasión fiscal⁶³:

«Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica».

Estaremos muy atentos a la evolución de esta cuestión en el futuro más próximo, así como a otras posibles implicaciones del nuevo escenario que dibuja, caracterizado por una Comisión más activa y unos Estados más concienciados con los límites invisibles que el arbitraje fiscal impone al ejercicio de su soberanía y a su recaudación.

5. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN Y LOS REGÍMENES ESPECIALES EN LA FISCALIDAD DIRECTA Y PERSONAL

Conforme al esquema de nuestro trabajo, en este epígrafe nos corresponde evaluar las diferencias de tributación en materia de fiscalidad directa sobre las personas físicas que existen en la UE. Tras este análisis estaremos ya en disposición de valorar en qué nichos se fomenta el arbitraje fiscal y cuándo se reunirán las condiciones para que los Estados inicien dinámicas de competencia fiscal.

⁶² Recomendación de la Comisión C (2012) 8805 final, considerando 6, pág. 3.

⁶³ Recomendación de la Comisión C (2012) 8806 final, apartado 4.2. En los apartados 4.3 a 4.7 se clarifican los diferentes conceptos presentes en esta cláusula general: mecanismo, artificial, objetivo fundamental, evadir impuestos o ventaja impositiva.

Como hemos indicado anteriormente, la aplicación generalizada del criterio de renta mundial de los residentes confiere a la residencia un papel clave en la determinación de la presión fiscal a que se verá sometido un individuo. Sin embargo, no solo deberemos prestar atención a la tributación de las rentas del trabajo o de los intereses y dividendos, sino que también podrán influir en la decisión de localización el gravamen de posibles plusvalías sobre activos, los impuestos que graven las sucesiones y donaciones o un hipotético impuesto sobre el patrimonio. Eso sí, como venimos insistiendo, estos factores influirán principalmente sobre los sujetos más móviles, únicos que a la vez podrán asumir los costes económicos y sociales del cambio de residencia necesario para poder acceder, con carácter general, a regímenes más beneficiosos.

5.1. FLAT TAX Y DUAL INCOME TAX. LA EQUIPARACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN SOBRE LAS RENTAS DEL CAPITAL

El impuesto sobre la renta de las personas físicas es un elemento común a los sistemas fiscales de todos los Estados miembros⁶⁴. Además de ser el instrumento que otorga una mayor recaudación a las arcas públicas⁶⁵, ha soportado históricamente la carga de la progresividad del sistema, fundamentalmente a través de la fijación de mínimos exentos y escalas progresivas de gravamen. La tradicional progresividad de este impuesto, sin embargo, se ha visto seriamente comprometida en los últimos años por dos fenómenos casi simultáneos en el tiempo.

Por un lado, un gran número de Estados miembros (18) han aprobado bases imponibles duales o *dual income tax*, con tributación separada de las rentas del capital. Por otro, varios Estados miembros cuentan en la actualidad con un sistema de *flat tax*⁶⁶. El primer fenómeno afecta a casi todos los Estados de la UE-15, mientras que el segundo ha calado en los NEM. Como puede adivinar el lector, ambos fenómenos están en cierto modo relacionados. No se entiende la creación

⁶⁴ En la actualidad son pocos los Estados que no tienen en su sistema algún impuesto directo sobre la renta. Entre las excepciones nos encontramos con varios Estados de Oriente Medio, como Catar, Kuwait, Bahrein, Omán o Emiratos Árabes Unidos y algunas islas del Caribe como Bahamas, Bermudas o las Islas Caimán y Mónaco.

⁶⁵ De hecho supone de media más del 20% de recaudación de los Estados miembros. Teniendo en cuenta, además, que en los datos de recaudación se incorporan las cotizaciones sociales. *Taxation Trends in the European Union – 2013 Edition*, Taxation and Customs Union, Eurostats, pág. 188.

⁶⁶ Esta expresión fue originalmente acuñada por los economistas norteamericanos HALL y RABUSHKA para hacer referencia a un modelo de sistema fiscal (nunca implantado en la práctica) en el que se incluyera un gravamen único sobre la renta de las sociedades y de los individuos, declarando exentas las rentas obtenidas del ahorro como los intereses o los dividendos. Véase: HALL, R. E. y RABUSHKA, A.: *Low tax, simple tax, flat tax*, McGraw-Hill, Nueva York, 1983 y HALL, R. E. y RABUSHKA, A., *The flat tax*, Hoover Institution Press, Standford, 1985. Posteriormente la expresión *flat tax* se ha empezado a emplear en el contexto internacional para hacer referencia a los sistemas que fijan un tramo único en el impuesto sobre la renta. Eso sí, su casuística es muy amplia y puede extenderse a otras fuentes de renta e incluir, por ejemplo, mínimos exentos. Véase: KEEN, M.; KIM, Y. y VARSANO, R.: «The "flat tax(es)": principles and experience», *International Tax and Public Finance*, núm. 15, 2008, pág. 714.

de sistemas duales de tributación para mejorar el trato a las rentas más móviles sin la presión evidente de regímenes que aplican una tarifa muy baja a todas las manifestaciones de renta⁶⁷.

En el sistema dual, implantado por primera vez en los países nórdicos en los años 90 y al que se han unido progresivamente la mayoría de los UE-15, las rentas del capital (principalmente intereses y dividendos) reciben un trato preferente respecto a las rentas del trabajo o de la actividad profesional, tributando a tipos generalmente más bajos y proporcionales, evitando así la aplicación de la escala progresiva.

Este trato asimétrico tiene su fundamento en los diferentes índices de movilidad de ambos tipos de manifestaciones de capacidad económica, constatados anteriormente. Las posibilidades de realizar arbitraje fiscal, aunque en descenso por los crecientes instrumentos de cooperación, sitúan a los titulares de rentas del capital en una posición de poder respecto a la jurisdicción de residencia. A favor de este sistema, eso sí, indicaremos que resulta coherente que estas rentas tributen a un tipo próximo al impuesto sobre sociedades, pues las posibilidades de inversión pueden considerarse sustitutivas⁶⁸.

En la siguiente tabla enumeramos los Estados miembros que actualmente tienen vigente algún sistema de tributación dual. En algunos de ellos la imposición sobre el capital se realiza mediante figuras tributarias independientes, en otros se integra en el impuesto general sobre la renta; en todo caso, la característica común es que estas rentas tributan a tipos más reducidos y raramente progresivos. Hemos simplificado los tipos y obviado regímenes especiales para una mayor claridad⁶⁹. Para más detalles nos remitimos a la principal fuente de nuestros datos, la base de datos de la Comisión «Taxes in Europe»:

⁶⁷ No obstante, como iremos viendo a lo largo de este apartado esta relación no es tan estrecha como pudiera parecer. Los *flat tax* no son una competencia tan grande para los Estados de la UE-15 y los regímenes de *dual income tax* de estos no tienen como objeto principal luchar contra la competencia de los *flat tax*.

⁶⁸ Otro elemento relevante puede ser la tributación de las plusvalías que pudieran obtenerse, tanto de activos financieros como de otros activos mobiliarios o inmobiliarios. La influencia de este factor en el momento mismo del traslado es relativa. Como ya hemos visto al hilo del examen de los impuestos de salida, en caso de cambio de residencia a otro Estado miembro, el Estado de salida puede exigir el devengo de las plusvalías latentes aunque no puede exigir su pago inmediato. Por tanto, un ciudadano no puede pretender cambiar de residencia para la tributación en otro Estado de plusvalías vivas en el momento del cambio de residencia. Aun así si queremos dejar constancia de la exención parcial de estas plusvalías en Estados como Bélgica o Austria. En un completo estudio comparado de los 27 Estados miembros en 2005 ya se destacó que en la práctica totalidad de los países existe algún tratamiento fiscal diferenciado para las plusvalías a largo plazo, bien mediante la aplicación de tipos reducidos, bien mediante exenciones totales o parciales para determinadas plusvalías. Véase: *Análisis comparativo de los impuestos directos en la Unión Europea y Estados Unidos*, Instituto de la Empresa Familiar, Madrid, 2005, págs. 21-32. Más recientemente, otro completo informe a nivel mundial destaca que «the majority of countries do offer real incentives either via reduced or zero capital gains tax rates, to promote ongoing (and often much needed) investment in their region». Véase: *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, KPMG International, 2012, págs. 5 y 30-31.

⁶⁹ Por ejemplo, no hemos tenido en cuenta los diferentes mecanismos para la corrección de la doble imposición económica que pueden reducir la base imponible de los dividendos.

Tabla 1. Estados miembros y la tributación dual sobre la renta

Estados miembros	Escala progresiva (tipo máx.) ⁷⁰	Tipo sobre el capital
Alemania	45 %	25 % ⁷¹
Austria	50 %	25 %
Bélgica	50 %	21-25 % ⁷²
Chipre	35 %	15-20 % ⁷³
Croacia	40 %	0-15 % ⁷⁴
Dinamarca	51,5 % ⁷⁵	27 %
Eslovenia	50 %	25 %
España	52 % ⁷⁶	21-27 % ⁷⁷
		.../...

⁷⁰ No vamos a hacer mención a los diferentes tramos ni a las posibles reducciones que pudieran minorar aún más la tributación para las rentas más bajas. El principal objetivo de esta tabla no es otro que hacer ver la existencia de un esquema dual de tributación.

⁷¹ La tributación dual se introdujo en 2009. A ambos conceptos (impuesto progresivo y proporcional) habrá que añadir el 5,5 % de recargo de solidaridad (*Solidaritätszuschlag*).

⁷² Los dividendos se gravan al 25 % y los intereses al 21 %.

⁷³ En puridad los intereses y dividendos están exentos del impuesto sobre la renta pero son gravados por la Contribución Especial a la Defensa. Los intereses al 15 % y los dividendos al 20 %.

⁷⁴ En el último Estado miembro en unirse a la UE los intereses no tributan, aunque se ha planteado su gravamen a partir de 2015. Los dividendos en cambio tributan al 15 %.

⁷⁵ El límite del 51,5 % opera como un umbral máximo de tributación teniendo en cuenta todos los tributos sobre la renta (incluido el 7 % de contribución sanitaria).

⁷⁶ Durante los años 2012 y 2013 ha estado vigente un gravamen complementario en las diferentes cuotas. Este gravamen oscila en la imposición general entre el 0,75 y el 7 % y en la tributación sobre el capital, entre el 2 y el 6 %. Además, hay que tener en cuenta el poder tributario de las CC. AA. para modificar la escala de gravamen del tramo autonómico del IRPF, modificaciones cuyo impacto es examinado con detalle en: MACARRO OSUNA, J. M.: «Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo», en AA. VV.: *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1.ª edición) Desafíos de la Hacienda Pública Española. Justicia en el diseño del sistema tributario español*, págs. 151-169.

⁷⁷ 21 % para rentas inferiores a 6.000 euros, 25 % de 6.001 euros a 18.000 euros y del 27 % en adelante.

Estados miembros	Escala progresiva (tipo máx.) ⁷⁰	Tipo sobre el capital
.../...		
Finlandia	50 % ⁷⁸	30-32 % ⁷⁹
Francia	45 %	24 %
Grecia	42 %	10-15 % ⁸⁰
Holanda	52 %	30 % ⁸¹
Italia	46 %	20 %
Luxemburgo	40 %	10-15 % ⁸²
Malta	35 %	15 % ⁸³
Portugal	53 %	28 %
Reino Unido	50 %	10-50 % ⁸⁴
Suecia	55 % ⁸⁵	30 %

Fuente: Comisión Europea, *Taxes in Europe*, Última consulta: 1 de marzo de 2014.

A la vista del cuadro y dado que son nada menos que 18 de los 28 Estados miembros los que aplican algún sistema de tributación dual que privilegia las rentas del capital respecto, por ejemplo, las rentas del trabajo, podemos confirmar que estamos ante una clara tendencia comunitaria.

⁷⁸ Al impuesto progresivo estatal (hasta el 29,75 %) hemos añadido un impuesto municipal proporcional que oscila alrededor del 20 %.

⁷⁹ El 32 % se aplica por encima de 50.000 euros.

⁸⁰ Los intereses tributan al 15 % y los dividendos al 10 %.

⁸¹ Los intereses y dividendos se insertan en la denominada «Box 3» del impuesto sobre la renta y únicamente se gravará con este tipo del 30 % un 4 % del valor de mercado de los valores y depósitos.

⁸² Los intereses tributan al 10 %, los dividendos al 15 %.

⁸³ Únicamente gozan de este tratamiento preferente los intereses.

⁸⁴ Los intereses y dividendos conforman bases imponibles independientes a las que se aplica la escala de gravamen de forma independiente. En el caso de los intereses, salvo el primer tramo (hasta 2.710 libras en 2012) que tributa al 10 %, en el resto de los tramos coincide con los tipos sobre otras rentas. En el caso de los dividendos los tipos oscilan desde el 10 % (hasta 34.370 libras) hasta el 42,5 % (a partir de 150.000 libras).

⁸⁵ Hemos añadido el impuesto municipal sobre la renta, redondeado al 30 %.

La crisis económica además, aunque ha incrementado la presión sobre las rentas más altas, lo ha hecho de manera casi exclusiva sobre los tipos de gravamen de los tramos superiores de la escala progresiva⁸⁶. Solo en casos excepcionales como España, Finlandia o Portugal esta subida se ha trasladado también a las rentas sobre el capital.

Paralelamente, hasta nueve Estados miembros incorporados en la última década a la UE han establecido un sistema de *flat tax*, aplicable en principio a todas las fuentes de renta, en concreto: Bulgaria (10%), República Checa (15%), Lituania (15%), Rumanía (16%), Hungría (16%), Polonia (18%), Eslovaquia (19%), Estonia (21%) y Letonia (24%)⁸⁷. Estos *flat tax* provocan un gran contraste respecto a los tipos marginales superiores que gravan las rentas del trabajo en los sistemas progresivos de algunos Estados miembros, por lo que serán los contribuyentes de mayores rentas los que se verían más beneficiados por la aplicación de estos tipos proporcionales⁸⁸.

Entonces, ¿cuál es el principal resultado de la convivencia de *flat tax* y *dual income tax*? sencillamente, que se reducen enormemente las diferencias de tributación entre las rentas del capital. Por tanto, son escasos los incentivos para realizar un cambio de residencia que permita gozar de un régimen de tributación sobre el capital más beneficioso (intereses y dividendos). El arbitraje fiscal en este ámbito, por tanto, no se practica cambiando de residencia. De hecho, las grandes fortunas que pueden realizar grandes inversiones suelen recurrir a una planificación fiscal agresiva desde su casa que los lleva a emplear sociedades interpuestas, otros vehículos de inversión como las Sicav o instrumentos híbridos que eluden la obligación de intercambio de información de la Directiva del ahorro, dificultando la aplicación del criterio de renta mundial.

En definitiva, uno de los menores problemas en relación con las rentas del capital son los tipos estatutarios de otros Estados miembros. Los Estados miembros no compiten entre sí en este sentido. Sí lo hacen, en cambio, cuando han bloqueado la corrección de las lagunas de la Directiva del ahorro o cuando actúan de modo benevolente y condescendiente contra algunas prácticas abusivas (de las que algunos se benefician).

⁸⁶ Eso sí, de este modo se ha roto la tendencia a la baja en el gravamen de las rentas más altas que se venía observando en la última década. De hecho, desde el año 1998 al año 2008 se observó una caída de aproximadamente 7 puntos de media (48% a 41%) en los tipos marginales superiores de los Estados de la UE-15.

⁸⁷ Conviene advertir que hemos incluido a la República Checa, Eslovaquia y Polonia aunque estrictamente no tenga un único tramo de tributación. Concretamente la República Checa y Eslovaquia han introducido un segundo escalón (del 22 y el 25% respectivamente), pero solo se aplica temporalmente a rentas relativamente elevadas. Un supuesto similar es el de Polonia, en el que se aplica un *flat tax* del 18% con un 2.º escalón del 32% para rentas por encima de 80.000 euros. Diferente es, en cambio, el caso de Irlanda, en la que si bien existen solo dos escalones, 20% y 41%, el segundo de ellos se aplica desde apenas 32.800 euros.

⁸⁸ ADAME MARTÍNEZ, se muestra preocupado por las marcadas diferencias generadas por estos *flat tax* y apunta a que pueden convertirse en un factor clave en la futura movilidad de los ciudadanos comunitarios. Véase: ADAME MARTÍNEZ, F. D.: «El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 148.

Cada Estado, al final, entra en una lucha contra sí mismo y contra todos los estímulos externos de arbitraje fiscal que pueden llevar a un determinado grupo indeciso de contribuyentes a realizar prácticas y operaciones para eludir la tributación del capital. A este grupo de contribuyentes indecisos el Estado debe ofrecerles un sistema lo suficientemente atractivo para que no opten, no ya por cambiar su residencia a otro Estado miembro, sino por *dar el salto* y solicitar los servicios de algún asesor que les ayude a maximizar la rentabilidad neta de sus inversiones, sin moverse de casa. Los sistemas duales de tributación, por tanto, no son una respuesta directa a los demás tipos estatutarios, sino que son una respuesta individual (adoptada por un gran número de Estados) frente a todas aquellas prácticas (comunitarias e internacionales) que crearon un gran *gap* entre la rentabilidad neta de inversiones planificadas en otros Estados y las inversiones domésticas.

5.2. LA TRIBUTACIÓN EFECTIVA SOBRE LAS RENTAS DEL TRABAJO

Hasta ahora tal vez nos hemos dejado arrastrar excesivamente por los grandes números. Sin embargo, como hemos comprobado, los tipos estatutarios no siempre resumen las posibilidades de arbitraje fiscal, tal y como sucede en la tributación sobre el capital. En este apartado tenemos la intención de analizar la tributación sobre las rentas del trabajo, un ámbito en el que cualquier posibilidad de arbitraje fiscal sí pasa, casi inevitablemente, por un cambio de residencia. Para ello vamos a tomar como parámetros de referencia los tipos efectivos de gravamen, el mejor método para valorar las diferencias reales de tributación entre los Estados miembros. Con este objetivo, emplearemos los datos aportados por el completísimo estudio *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey* que, entre otros parámetros, analiza desde la óptica de 114 países cuál sería la tributación efectiva en el impuesto sobre la renta de un contribuyente modelo (soltero y sin hijos) que obtuviese rentas del trabajo brutas por valor de \$ 100.000 y \$ 300.000, respectivamente⁸⁹.

Con gran acierto, este estudio incluye las cotizaciones a la seguridad social por cuenta del contribuyente. No olvidemos que en el desplazamiento al extranjero se valora el salario neto que se percibirá y de él se detrae de manera obligatoria esta contribución⁹⁰. Sorprendentemente, en muchas ocasiones las cotizaciones a la seguridad social son regresivas (justo al contrario que su-

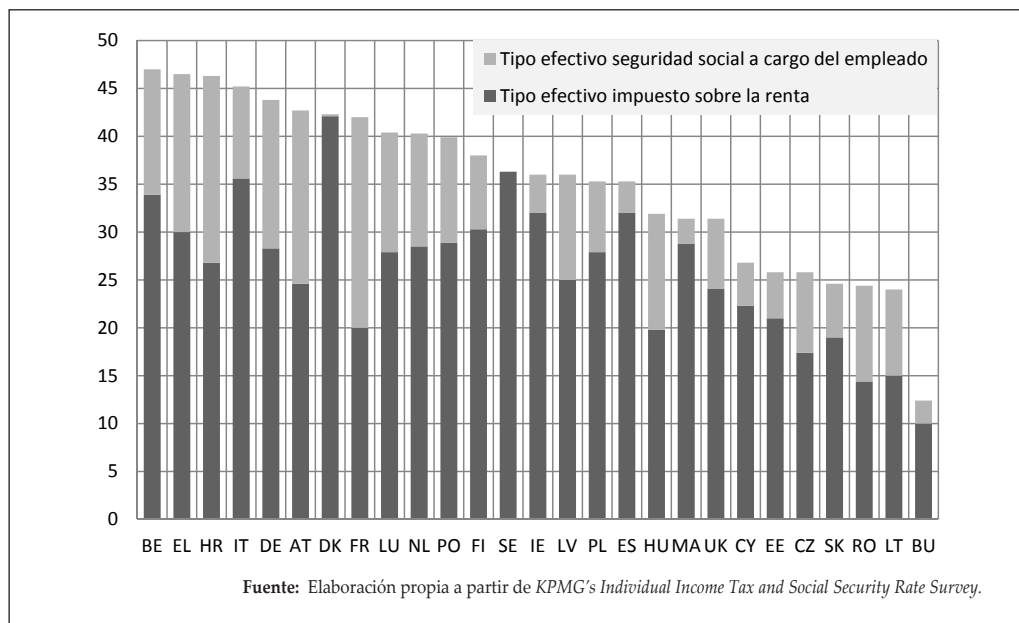
⁸⁹ Aunque este documento no ha sido reeditado más allá de 2012 consideramos que aporta una visión transversal de la que no podíamos prescindir en nuestro esquema de análisis. El hecho de que se elija este tipo de contribuyente permite simplificar el cálculo de la cuota tributaria, prescindiendo de reducciones o deducciones familiares. Sin embargo, al margen de las fuertes bonificaciones aplicadas en algunos Estados por tener personas dependientes a cargo (principalmente en la UE-15), en algunos Estados el cálculo de la cuota y la progresividad del impuesto están también directamente afectados por la unidad familiar. Este es el caso de Francia, que emplea el sistema de *quotient familial* (se asigna un coeficiente en función del número de miembros de la unidad familiar y cada unidad del coeficiente tributa por separado) o Alemania, que emplea el sistema del *splitting* (en el que se divide la renta de ambos cónyuges y se aplica la tarifa por separado).

⁹⁰ En relación con los trabajadores más cualificados, las empresas realizan así las ofertas, asumiendo los impuestos y las cotizaciones sociales. Así lo aclaran, entre otros: MARINI, P.: «La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat», *op. cit.*; CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, pág. 161.

cede con el impuesto sobre la renta), ya que los Estados suelen fijar unos topes máximos de contribución al sistema. Este hecho provoca que las rentas más elevadas (por ejemplo, en el caso del sujeto modelo con \$ 300.000 de renta), contribuyan al sistema de seguridad social en menor proporción que rentas más bajas (en el caso del modelo, \$ 100.000)⁹¹.

El objetivo de nuestro análisis es valorar el verdadero impacto de los *flat tax*, apreciar la regresividad de las cotizaciones sociales y examinar la progresividad real de las escalas de gravamen. Para ello, emplearemos tres gráficos. Los dos primeros se limitan a recoger la tributación efectiva del individuo modelo en ambos supuestos, incluyendo tanto la tributación específica sobre la renta como las cotizaciones sociales⁹². El tercero, en cambio, ofrece un análisis comparativo de ambas situaciones, ofreciendo una clara representación de la progresividad efectiva de los sistemas tributarios y evidenciando la regresividad de las cotizaciones sociales.

Gráfico 1. Tipo efectivo. Ingresos brutos de \$ 100.000



⁹¹ Como comprobaremos a continuación esta situación es común a la mayoría de Estados miembros. Véase: *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, págs. 8-11. En el caso de España, por ejemplo, la base máxima de cotización mensual en el año 2014 conforme al artículo 128 de la *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014*, es de 3.597 euros mensuales. Este hecho provoca, por ejemplo, que la incidencia efectiva de esta cotización sobre el trabajador que obtiene de renta \$ 300.000 (1,1%) sea tres veces inferior a la soportada por el trabajador que obtiene solo \$ 100.000 (3,3%).

⁹² Para los dos primeros gráficos únicamente hemos tenido que adaptar los datos incluidos en relación con los 28 Estados miembros en el estudio *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, págs. 8-11.

Gráfico 2. Tipo efectivo. Ingresos brutos de \$ 300.000

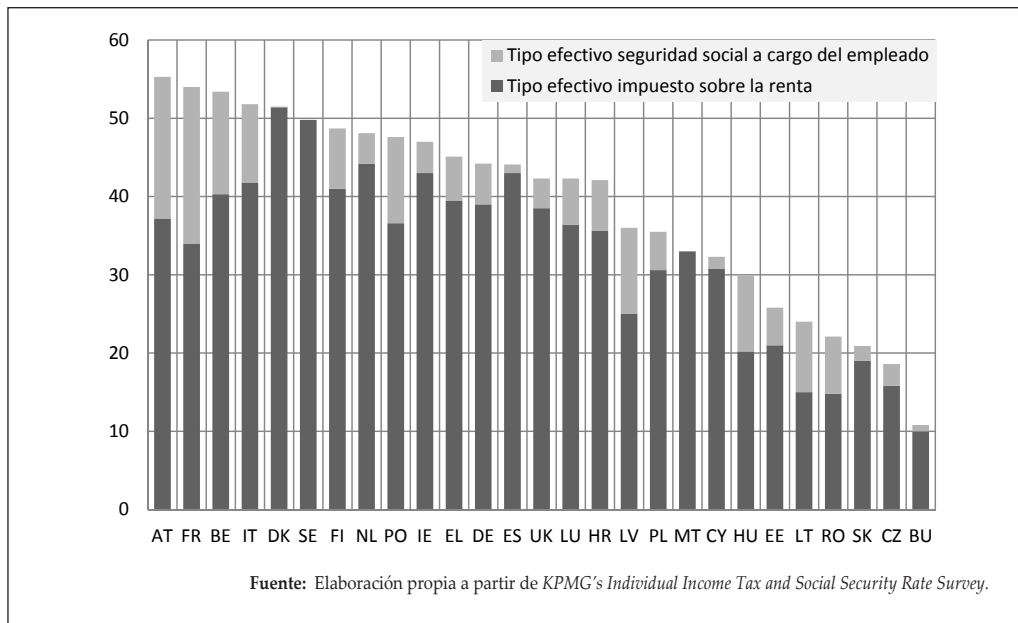
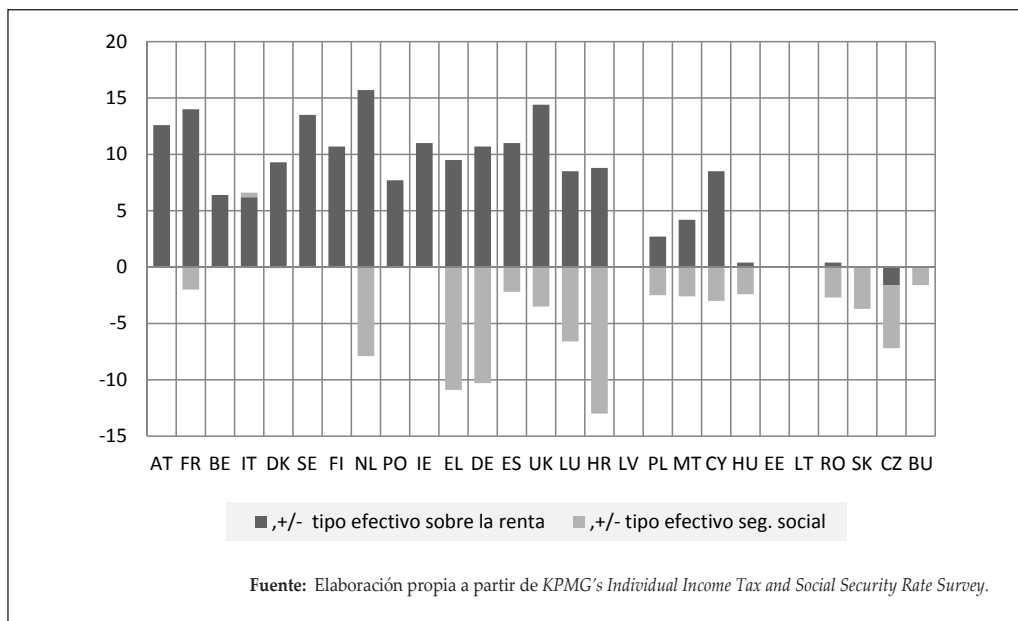


Gráfico 3. Diferencias de tipo efectivo entre ambos contribuyentes



Algunas de las cifras son reveladoras. Por un lado, destacan los efectos de la aplicación de los *flat tax* en los NEM. Se puede apreciar como en siete de ellos (los últimos del gráfico) los tipos efectivos que gravarían a un contribuyente que obtuviera rentas por valor de \$ 300.000 en un año apenas variarían respecto al sujeto que obtuviera tres veces menos ingresos (por debajo del 30%). Incluso, cuestión aún más sorprendente, el efecto regresivo de las cotizaciones sociales produce que los tipos efectivos de este contribuyente sean incluso inferiores a los de un trabajador con rentas más bajas.

Sin embargo, la regresividad de las cotizaciones es especialmente acentuada en algunos de los Estados de la UE-15, como Grecia, Alemania, Luxemburgo u Holanda y más aún en el último Estado en integrarse en la UE: Croacia. De hecho, en algunos de estos Estados el descenso relativo en las cotizaciones sociales llega a compensar la pretendida progresividad del impuesto sobre la renta configurando también en la práctica un impuesto regresivo como en el caso de Grecia o Croacia.

De todos modos, en lo que respecta a la progresividad de los tipos de gravamen sobre la renta, sí apreciamos una clara vocación por parte de la UE-15 en este sentido, con diferencias de tipos efectivos entre ambos supuestos sobre el 10% de media. De hecho, las reformas recientes en algunos Estados miembros orientadas a mejorar la recaudación y «exigir un esfuerzo extra a los más ricos» profundizan en la progresividad de los sistemas y, por tanto, en las diferencias respecto a los Estados que aplican un sistema de *flat tax*⁹³.

De la aparente rotundidad de estas cifras podríamos extraer la errónea conclusión de que los NEM con tipos efectivos más bajos tienen un gran potencial para atraer a los trabajadores muy cualificados⁹⁴. Muy al contrario, sigue siendo frecuente que el *brain drain* se produzca en sentido inverso, con destino a la UE-15. Entre los motivos de esta paradoja podemos apuntar, por ejemplo, que el deficiente tejido empresarial en estos Estados dificulta que existan sociedades que puedan ofrecer posiciones atractivas a estos ciudadanos. Además, nunca podemos perder de vista que la mayor presión fiscal en otros Estados miembros tiene correlación más o menos directa con servicios públicos de mayor calidad y un mejor nivel de vida.

Sin embargo, entre los posibles factores de esta aparente falta de arbitraje fiscal entre las personas físicas uno cobra especial relevancia en nuestro trabajo: los Estados miembros, principalmente aquellos con sistemas más progresivos y aparentemente menos atractivos para rentas

⁹³ Entre ellos, Grecia, Italia, España, Chipre, Portugal, Francia, Luxemburgo o Reino Unido.

⁹⁴ El hecho de que la implantación de un *flat tax* (con especiales efectos sobre las rentas más altas, como hemos podido comprobar) en Estados del Este de Europa no haya ido acompañado de movimientos migratorios significativos en esta dirección puede tener también como explicación, sencillamente, que este no era su objetivo. Se confirma de este modo que dichos cambios en la estructura tributaria responden más a una lógica de sistema (incentivar la afluencia de economía sumergida, no desincentivar el empleo, apostando en su defecto por reforzar la tributación indirecta) que a una verdadera práctica de competencia fiscal.

elevadas, entran en competencia por atraer y retener a los trabajadores más cualificados ofreciéndoles esquemas especiales de tributación⁹⁵. Por un lado, suelen ofrecer a sus residentes la exención de las rentas obtenidas en el extranjero, protegiéndolos contra la doble imposición y desincentivando un cambio definitivo de residencia por motivos fiscales (medida defensiva). Por el otro, configuran regímenes específicos para atraer capital humano del exterior, ofertando sistemas de tributación ventajosos a trabajadores no residentes bajo determinadas circunstancias, generalmente mitigando los efectos de la progresividad de sus sistemas fiscales (medida ofensiva)⁹⁶. Estos regímenes se conocen como «de expatriados» y «de impatriados» respectivamente. En el apartado siguiente analizaremos en concreto si estos últimos regímenes de impatriados pueden crear verdaderos incentivos a los ciudadanos que desemboquen en situaciones de arbitraje y competencia fiscal entre los Estados miembros de la UE.

5.3. LOS REGÍMENES DE IMPATRIADOS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

El TJUE ha intervenido en varias ocasiones en defensa de la no discriminación en el tratamiento a expatriados que, manteniendo su residencia en otro Estado miembro, obtenían rentas como no residentes en otro Estado miembro⁹⁷. El fin principal de estos pronunciamientos ha sido eliminar el trato discriminatorio al no residente y garantizarle, en la medida en la que su situación fuera comparable a la de un residente, el acceso a diferentes beneficios fiscales. Sin embargo, la actuación del Tribunal no abarca los supuestos en que estos trabajadores reciben un trato más beneficioso en otro Estado que los propios residentes, los supuestos de *discriminación inversa*⁹⁸.

⁹⁵ Como hace ver CORDÓN EZQUERRO, este hecho provoca que «determinados principios constitucionales como los de igualdad, justicia y progresividad ceden su primacía frente a otros como los de neutralidad y eficiencia, que alcanzan mayor relevancia en el ámbito de las operaciones económicas internacionales». Sin embargo, concordamos con el autor en que estos regímenes responden a una estrategia competitiva común en muchos Estados, comprensible en un contexto global de internacionalización y globalización. Véase: CORDÓN EZQUERRO, T.: «Régimen fiscal de los impatriados y expatriados», *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, núm. 285, 2005, pág. 81. Otras críticas en el mismo sentido encontramos en: LANDA AGUIRRE, I.: «Los derechos de explotación de la imagen, los deportistas y la opción de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14, 2004, págs. 21-23 y MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M.: «El régimen fiscal especial para trabajadores desplazados en la Ley 35/2006 del IRPF», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2007, págs. 21-24.

⁹⁶ La progresividad del sistema fiscal es un gran obstáculo para la atracción de personal altamente cualificado por una jurisdicción. Así se constata en: EGGER, P. y RADULESCU, D. M.: «The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers», *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008, pág. 11.

⁹⁷ Es el caso de las SSTJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88 (NFJ054680); de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, asunto C-279/93 (NFJ005254) o de 12 diciembre de 2002, *De Groot*, asunto C-385/00 (NFJ013962).

⁹⁸ AA. VV.: «The principle of equality in taxation (constitutional law, European law, WTO and tax treaties), Euco-tax Wintercourse 2010, Uppsala Universitet, 2010, pág. 30. Como desarrolla pormenorizadamente EIKELENBERG, únicamente existirá una discriminación potencial desde un punto de vista internacional si un Estado trata peor una

De hecho, respecto a esta forma de discriminación únicamente serán los respectivos Tribunales constitucionales nacionales los que podrán oponerse a estos regímenes a la luz de los principios de igualdad y no discriminación⁹⁹.

Por tanto, los Estados son libres en el ámbito comunitario para extender una alfombra roja a los nacionales o residentes en otros Estados miembros con rentas más altas. Es decir, mientras que existen obstáculos crecientes a otro tipo de inmigración, los Estados no ponen impedimentos a que personal altamente cualificado o con elevadas rentas entre en sus fronteras. Muy al contrario, no pocos cuentan con regímenes fiscales especiales para atraer «expertos», «investigadores» o «altos directivos»¹⁰⁰. Son los ya citados *regímenes de impatriados*.

Las principales razones que se esgrimen para justificar estos regímenes son dos. Por un lado, la necesidad de compensar los gastos que estos trabajadores pueden tener al desplazarse a otro Estado (vivienda, mudanza, desplazamientos, etc.). Por otro, la innegable ventaja que para el desarrollo de un país supone contar con personal altamente cualificado¹⁰¹. La realidad de las normativas nacionales nos permite cuestionar la pureza de estos argumentos. Es verdad que la primera razón la consideramos perfectamente válida conforme al principio de neutralidad, sin

situación transfronteriza que una situación doméstica (discriminación negativa). En cambio, no existirá si la discriminación es positiva, dispensando un mejor trato a la situación transfronteriza. En palabras de la autora: «This is logical since this means that it is attractive to go abroad, which is in line with the EU-goal: a Common Market». Véase: EIKELBERG, A.: *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, Master Thesis, Tilburg University, 2008, pág. 35.

⁹⁹ En este sentido, el TJUE se pronunció en su Auto de 5 de abril de 2004, *M. y Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia*, asunto C-3/02, en contra de la posibilidad de enjuiciar conforme al Derecho de la Unión situaciones de discriminación inversa como la que sufrían los ingenieros civiles que hubieran obtenido su título en Italia, a los que se impedía realizar determinadas actividades relacionadas con el patrimonio histórico de las que no estaban excluidas las personas que estuvieran en posesión de un diploma equivalente de ingeniero civil expedido en otro Estado miembro. En concreto el Tribunal argumentaba que al tratarse de una situación puramente interna, no podía invocarse el principio de igualdad de trato consagrado por el Derecho de la Unión, sino que correspondía al órgano jurisdiccional remitente apreciar si se daba una discriminación prohibida en Derecho nacional y, en su caso, determinar cómo esta debía eliminarse. Conviene recordar además que la discriminación por razón de la nacionalidad y por razón de la residencia reciben un trato similar. Así conforme a la jurisprudencia del TJUE, «las normas sobre igualdad de trato del Tratado (actual artículo 12 TFUE), no solo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mismo resultado». Véase: la STJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto C-152/73 (NSJ049839), apartado 11 o, en el mismo sentido, la STJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88 (NFJ054680), apartado 13. Entendemos de todo ello que al permitirse la discriminación inversa se hace respecto a ambos supuestos.

¹⁰⁰ Advierte de este hecho SCHÖN, W.: «Tax Competition in Europe – General Report», en AA. VV.: *Tax Competition in Europe*, (coords.) Wolfgang SCHÖN, Ámsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, págs. 22-23. En el fondo, los países con elevados niveles de presión fiscal (entre los que el autor cita a Bélgica, Dinamarca, Finlandia u Holanda) son los más preocupados en crear este *status* privilegiado para la importación de talento del exterior por temor a que su alto coste fiscal impida a sus empresas acceder al mismo.

¹⁰¹ AA. VV. «The principle of equality & Special income tax regimes for individuals», *op. cit.*, pág. 31.

embargo, la mayoría de Estados no se limitan a compensar gastos, sino que ofrecen la exención de un importe de la renta o la aplicación de un tipo ventajoso, rompiendo así el vínculo con la generación del gasto. La segunda razón resulta aún más cuestionable en vista de que muchos Estados no se han preocupado de establecer criterios para seleccionar a los ciudadanos que acceden a estos regímenes¹⁰².

Una vez desmontadas estas dos razones queremos añadir otros dos motivos ocultos detrás de la aprobación de estas medidas. En primer lugar, consideramos que los Estados pueden aprobar estos regímenes impulsados por la ventaja que supone atraer contribuyentes con elevadas rentas que, incluso tributando a tipos inferiores o pudiendo aplicarse elevadas deducciones, van a contribuir recaudatoriamente muy por encima del coste unitario de los servicios que podrán requerir¹⁰³. En definitiva, un *negocio redondo*. En segundo lugar, la vigencia de estos regímenes constituye un medio de ayudar a las empresas locales a contratar personal cualificado a menor coste¹⁰⁴. Es habitual que estos trabajadores exijan para el traslado un determinado sueldo y unas condiciones netas de impuestos, por lo que son las empresas las que asumen, en la práctica, el coste fiscal de estos trabajadores cualificados. Si este coste fiscal se reduce, las empresas pueden contratar capital humano cualificado a precio de saldo. No solo eso, aquellos Estados que establecen importes máximos para las cotizaciones sociales a cargo tanto del empleador como del empleado están beneficiando de modo implícito la contratación de trabajadores con elevados salarios respecto a otros Estados que fijan sistemas de cotización proporcional sin límite¹⁰⁵.

En la siguiente tabla hemos tratado de resumir los elementos clave de los regímenes de impatriados vigentes en la UE en el plano estrictamente fiscal. Como era de esperar, estos se concentran principalmente en los Estados de la UE-15, en su afán por mitigar los efectos de la progresividad de sus sistemas fiscales.

¹⁰² Mientras que algunos Estados limitan el acceso a este régimen a investigadores, directivos o personal altamente cualificado, en otros Estados la ausencia de estos límites permite que se acaben beneficiando en muchas ocasiones deportistas de alto nivel, cuya aportación al desarrollo de un país resulta cuestionable. Véase: CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los regímenes tributarios especiales...», *op. cit.*, pág. 161 o KLEBEN, H. J.; LANDAIS, C. y SAEZ, E.: «Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market», *NBER Working Papers*, núm. 16545, 2010.

¹⁰³ Este tipo de sujetos suelen encuadrarse dentro del grupo que se autoabastece de servicios en el sector privado en sustitución de los servicios públicos. Incluso, en Estados como Malta se permite la aplicación de un régimen especial también a inversores extranjeros que deseen realizar actividades en el archipiélago mediterráneo. En este caso, la conexión con la competencia fiscal empresarial se hace aún más patente.

¹⁰⁴ De este modo se ha constatado empíricamente la utilidad del régimen especial danés para atraer trabajadores altamente cualificados a sus empresas. Véase: KLEBEN, H. J. y otros: «Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark», *National Bureau of Economic Research, Working Paper 18885*, 2013, págs. 33-34.

¹⁰⁵ A la vista del gráfico 3 *supra* podemos identificar entre estos Estados miembros a Dinamarca, Luxemburgo u Holanda.

Tabla 2. Regímenes especiales de impatriados en la UE

Estado miembro	Ventajas a impatriados
Austria ¹⁰⁶	Gastos deducibles (desplazamiento, vivienda, educación, etc.).
Bélgica	Aplicación del régimen de no residentes (exención de las rentas foráneas).
Chipre	Exención de hasta el 50 % de las rentas durante 5 años. Renta mínima de 100.000 euros.
Dinamarca ¹⁰⁷	Tipo proporcional del 26 % (más 8 % de contribución social) por un periodo de 5 años. Renta mínima de 9.000 euros al mes aprox.
España ¹⁰⁸	Tipo proporcional del 24 %. Duración de 5 años más el año del traslado. Renta máxima de 600.000 euros.

.../...

¹⁰⁶ A condición de que residan un máximo de 5 años y mantengan una residencia en el extranjero.

¹⁰⁷ La cifra de retribución mínima es exactamente DKK 69.300 al mes. Este régimen se reformó con efectos desde el 1 de enero de 2011.

¹⁰⁸ El conocido como «régimen de impatriados» en España, destinado a la atracción de este tipo de personal cualificado fue aprobado a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo un nuevo apartado en el artículo 9 de la, por entonces vigente Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. Este apartado se corresponde con el actual artículo 93 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Física. Dicho artículo tiene como título: «Régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español». Conforme a este régimen, vigente desde el año 2004, los nuevos residentes por desplazamiento a territorio español, bajo determinados requisitos, (por ejemplo, no haber sido residente fiscal en España en los diez años anteriores al desplazamiento o que el empleo se desarrolle en España y en beneficio de una empresa española) podrán optar por tributar como no residentes durante el año de adquisición de la residencia y cinco más. El incentivo era importante si tenemos en cuenta que los no residentes tributaban por aquel entonces a una tarifa fija del 24%, mientras que los residentes lo hacían a una tarifa progresiva de hasta el 45%. La ¿coincidencia? en el tiempo de la entrada en vigor de este régimen con el fichaje del jugador inglés de fútbol David Beckham por el Real Madrid, que obviamente optó por el mismo, hizo que se ganara el sobrenombre de «ley Beckham». Seis años después de su entrada en vigor el gobierno introdujo en la disposición final decimotercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, dentro del clima social que exigía medidas para dotar de mayor progresividad a la tributación directa, una modificación sustancial de dicho régimen excluyendo del mismo a las personas cuyas «retribuciones previsibles» derivadas del contrato de trabajo superen la cuantía de 600.000 euros anuales. De este modo quedan excluidos del régimen, sin carácter retroactivo, las rentas superiores a dicho umbral, que tributarán al régimen actual de rentas progresivas del IRPF (recordemos que las recientes subidas de los tipos marginales superiores han elevado el tipo máximo por encima del 50%, con cotas de hasta el 56% en Cataluña, por ejemplo). Teniendo en cuenta que hasta entonces habían optado alrededor de 2.000 personas por dicho régimen y que, aproximadamente, solo el 10% superaba dicha cifra de retribución (principalmente futbolistas y altos directivos) podemos apreciar el carácter residual de su incidencia recaudatoria. No obstante, como señala FALCÓN Y TELLA, los regímenes ventajosos para este tipo de trabajadores vigentes en otros Estados miembros cercanos como Portugal o Reino Unido, unido a la escasa competitividad de nuestra fiscalidad, pueden dificultar la ubicación de estos trabajadores en nuestro país. Véase: FALCÓN Y TELLA, R.: «Modificaciones en el régimen de los nuevos residentes: España (ley Beckham), Portugal y el Reino Unido», *Quincena fiscal*, núm. 21, 2009, págs. 7-10.

Estado miembro	Ventajas a impatriados
.../...	
Finlandia ¹⁰⁹	Tipo proporcional del 35 % por un periodo máximo de 4 años. Renta mínima de 5.800 euros al mes. No aplicable a personas que hayan sido residentes en algún momento durante los 10 años anteriores.
Francia ¹¹⁰	Exención del 30 % de las rentas por un periodo de 5 años. Exención del 50 % sobre rentas de inversión (acciones, propiedad intelectual, etc.).
Irlanda ¹¹¹	Exención del 30 % de las rentas entre 75.000 y 500.000 euros. Duración entre 1 y 5 años.
Italia ¹¹²	Exención del 80 % para las mujeres y del 70 % para los hombre sobre las rentas obtenidas por investigadores que hayan trabajado en el extranjero los dos años anteriores. Duración máxima de 3 años.
Luxemburgo ¹¹³	Exención del 8 % de las rentas obtenidas (mínimo 1.500 € al mes) y deducción de los gastos comunes. Duración máxima de 5 años.
Malta ¹¹⁴	Tipo proporcional del 15 %.
Países Bajos ¹¹⁵	Exención del 30 % de las rentas (mínimo 35.000 €). Duración máxima de 8 años (plazo reducido con el tiempo de residencia en los últimos 25 años).
	.../...

¹⁰⁹ Este régimen transitorio estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2015.

¹¹⁰ El régimen se aplica tanto a trabajadores reclutados por empresas francesas, trabajadores desplazados por empresas extranjeras y profesionales y autónomos que inviertan en una PYME al menos 1.300.000 euros (para el año 2012) y mantengan sus acciones 5 años.

¹¹¹ Está previsto que el régimen mantenga su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹¹² Este régimen entró en vigor a través de la *Legge 30 dicembre 2010, n.º 238 «Incentivi fiscali per il rientro dei lavoratori in Italia»*. En principio solo se aplica a los investigadores que hayan residido con anterioridad al menos dos años en Italia y que fijen su residencia de nuevo en Italia entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2014.

¹¹³ Este régimen entró en vigor el 1 de enero de 2011. La exención de las rentas puede doblarse en el caso de trabajadores casados que compartan vivienda con su cónyuge sin rentas.

¹¹⁴ El pequeño archipiélago se ha convertido en un gran paraíso para los expatriados. No solo los trabajadores, también aquellos que obtengan un permiso de residencia pueden optar al citado régimen del 15 %. Incluso, si importan inversiones o servicios de seguros pueden obtener una exención hasta un determinado nivel de sus beneficios. Además, los nuevos residentes pueden solicitar una actualización del valor de los activos adquiridos con anterioridad a su traslado.

¹¹⁵ Quedan excluidos del régimen aquellos trabajadores que hubieran residido a menos de 150 kilómetros de la frontera durante 16 de los últimos 24 meses. Las condiciones del régimen se han endurecido desde el 1 de enero de 2012.

Estado miembro	Ventajas a impatriados
.../...	
Portugal ¹¹⁶	Tipo proporcional del 20 %. Acceso al método de exención para corregir la doble imposición internacional. Duración máxima de 10 años.
Reino Unido ¹¹⁷	Exención de los gastos de traslado y viaje. Reglas especiales con relación al domicilio que permiten tributar únicamente por las rentas remitidas al Reino Unido.
Suecia ¹¹⁸	Exención del 25 % de la renta. Duración máxima de 3 años. Renta mínima de aprox. 10.000 euros al mes.
Fuente: Elaboración propia a partir de <i>European Tax Handbook</i> 2012.	

Sin entrar a valorar el atractivo potencial de un régimen u otro¹¹⁹ o revisar con profundidad los mismos desde un punto de vista crítico¹²⁰, sí que resulta evidente que la pervivencia de estos esquemas en el seno de la UE causa una distorsión muy severa sobre el mercado de trabajo. Como ya vaticinaba muy acertadamente LODIN, se ha llegado al absurdo de que los Estados importan «talento» a través de sus regímenes de impatriados a la vez que lo exportan por la acción

¹¹⁶ En vigor desde el 1 de enero de 2009 hasta el año 2020. No pueden acogerse al mismo personas que residieran en Portugal los 5 años anteriores. En el caso de Portugal sí se exige para acceder a este régimen que se desarrollen actividades científicas o técnicas.

¹¹⁷ Este régimen resulta especialmente complejo para aquellos que permanecemos ajenos a los principios del *Common law*, principalmente con relación al domicilio. Para un examen detallado de estas cuestiones, nadie mejor que la propia Administración tributaria británica: HM Revenue & Customs, *RDR1 - Residence, domicile and the remittance basis*.

¹¹⁸ Desde el 1 de enero de 2012 el régimen anterior se ha endurecido. No podrán acceder al mismo personas que hayan residido en Suecia en los 5 años anteriores y cuya intención sea residir en Suecia por más de 5 años. Los trabajadores deben estar empleados en puestos directivos, requerir alta cualificación profesional o en campos de investigación con dificultades para encontrar trabajadores en Suecia.

¹¹⁹ En los Estados en que se practica una exención, el efecto es claro. Sin embargo, los efectos pueden ser aún mayores en los Estados que aplican un tipo proporcional sobre las rentas, al estilo de los *flat tax*. En España y Portugal, por ejemplo, que aplican tipos proporcionales del 24 y el 20% respectivamente, ya observamos en un gráfico anterior que la tributación efectiva sobre las rentas del trabajo puede llegar a doblar estas cifras.

¹²⁰ Es criticable, por ejemplo, que algunos de estos regímenes tengan un largo periodo de aplicación, cinco años o más, cuando los principales gastos que pretenden compensar se concentran en los primeros dos o tres del traslado. Del mismo modo, no resulta proporcional ofrecer una exención a tanto alzado de las rentas para compensar posibles gastos, dado que se beneficia fundamentalmente a los contribuyentes que percibirán mayores salarios. En aras de la neutralidad es más lógico concretar aquellos gastos que serán deducibles. Aplicar directamente un tipo proporcional rompe totalmente el vínculo con estos gastos y quiebra de forma arbitraria los principios más básicos de justicia tributaria como la progresividad o la capacidad económica.

de los regímenes de otros Estados miembros¹²¹. No obstante, hay que advertir de que la crisis económica ha intensificado la presión social contra el trato privilegiado a las rentas más altas y ha conducido a muchos Estados miembros a endurecer el acceso a este régimen¹²².

En principio, estos regímenes entrarían dentro del espectro de soberanía de los Estados, libres para discriminar inversamente en contra de los propios nacionales o residentes. Sin embargo, es cierto que desde el momento en que estos «impatriados» forman parte del coste de la masa salarial de una empresa, los regímenes privilegiados orientados a su atracción están beneficiando a las empresas que los contratarán, pues estas suelen asumir los costes fiscales de un salario neto. Por tanto, resulta inevitable que nos cuestionemos si estos regímenes pueden constituir ayudas de Estado¹²³.

EIKELENBERG se ocupa con cierto detenimiento de esta cuestión¹²⁴ y alcanza como principal conclusión, tras analizar los regímenes de varios Estados miembros, que el criterio de la selectividad sería determinante para calificar las diferentes medidas como ayudas de Estado incompatibles con el TFUE. Por ejemplo, considera selectivos los regímenes de Bélgica y Austria por la discrecionalidad de la Administración para su aplicación. Igualmente, también considera selectiva la aplicación exclusiva a científicos o altos directivos vigente en Italia o Suecia.

No obstante, a nuestro modo de ver el instrumento de las ayudas de Estado no debe ser el instrumento a emplear contra estas medidas. En primer lugar, consideramos que el criterio de la selectividad debe concurrir en sede de la sociedad, no en sede de dichos trabajadores. Es decir, no es selectiva desde el punto de vista del artículo 107 del TFUE una medida que se aplique úni-

¹²¹ LODIN, S.: «What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 54, núm. 5, 2000, pág. 213. Así se ha constatado en relación con el mercado de futbolistas: se contratan jugadores foráneos preferentemente porque gracias al régimen fiscal a los clubes les salen más económico que los propios jugadores nacionales. Véase: KLEBEN, H. J.; LANDAIS, C. y SAEZ, E.: «Taxation and International Migration of Superstars...», *op. cit.*, pág. 29.

¹²² Así ha sucedido, por ejemplo, en España, Suecia o Países Bajos.

¹²³ Este régimen, previsto en los artículos 107 y ss. del TFUE se aplica a las medidas fiscales a raíz de la Comunicación de la Comisión de 1998 en que amparaba qué medida fiscal pudiera ser calificada como ayuda de Estado, para ello debe cumplir los cuatro requisitos básicos: 1) la medida debe ofrecer a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto; 2) la ventaja debe ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales. Una disminución de los ingresos fiscales equivale al consumo de fondos estatales en forma de gastos fiscales; 3) dicha medida debe afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros; 4) la medida debe ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a «determinadas empresas o producciones». Este carácter de ventaja selectiva puede ser resultado de una excepción a las disposiciones fiscales de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, como también de una práctica discrecional por parte de la administración fiscal. Véase: *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, de 10 de diciembre de 1998, 98/C 384/03.

¹²⁴ EIKELENBERG, A.: «Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition», *op. cit.*, págs. 41-47.

camente a determinados trabajadores, sino solo aquella que favorezca, en los términos empleados por el TFUE «a determinadas empresas o producciones»¹²⁵.

Además, sin un mayor consenso que lo legitime, no vemos factible expandir tanto la interpretación de los criterios para la aplicación del régimen de ayudas de Estado. En el fondo, la supuesta ventaja que obtiene la empresa está basada en la práctica habitual, la costumbre, de asumir los impuestos de los impatriados. Sin embargo, el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria¹²⁶ nos recuerda que el ciudadano sigue siendo el único obligado en calidad de contribuyente por las rentas obtenidas. Por tanto, el primer requisito para calificar una medida como ayuda de Estado (que la medida ofrezca a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto) no se cumpliría, ya que la norma jurídica no exige que las empresas asuman, por regla general, esta carga fiscal.

En último extremo, resolver el conflicto generado por esta manifiesta competencia fiscal entre los Estados miembros requiere de algún acuerdo que sitúe estos regímenes bajo la supervisión de un instrumento de coordinación en materia de imposición directa. Obviamente, por su citada influencia (aunque indirecta) en la fiscalidad de las empresas (y, por tanto, en la localización de sus actividades) el Código de Conducta parecía ser el vehículo ideal. Sin embargo, como ya criticó PINTO, estos regímenes, a pesar de que ya se observó que podían tener efectos equivalentes a otras medidas estatales sobre la competencia fiscal, fueron excluidos de la versión final del *Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas* por la presión de algunos Estados que consideraban su inclusión una intromisión en su soberanía en materia de imposición directa¹²⁷.

En el año 2012 la Comisión mostró un empeño renovado por que los Estados se comprometan a limitar estos regímenes, señalándolos como peligrosos para el buen funcionamiento del mercado interior y para la recaudación fiscal global en el reciente *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*¹²⁸. Es cierto que algunos autores son partidarios

¹²⁵ Otro factor a tener en cuenta sería el importe de dichas ayudas, ya que la Comisión excluye de la aplicación del régimen de ayudas de Estado aquellas que no superen los 200.000 euros en un periodo de tres ejercicios fiscales, las denominada ayudas de *minimis*. Este umbral se ha mantenido en el nuevo Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas de *minimis* y responde a la lógica de no perseguir aquellas medidas que por su escasa entidad económica no cumplan realmente con uno de los criterios definidos en la Comunicación de 1998, el de «afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros».

¹²⁶ En España se recoge expresamente en el artículo 17.5 de la LGT:

«Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

¹²⁷ PINTO, C.: «EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?», *Intertax*, vol. 26, núm. 12, pág. 392.

¹²⁸ COM (2012) 722/2, pág. 8. «Debe también intensificarse el trabajo respecto de los regímenes fiscales especiales aplicables a los expatriados y a las personas ricas, que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y reducen la recaudación fiscal global».

de que el Código de Conducta, tal cual está concebido, sea el instrumento llamado a poner freno a estos regímenes¹²⁹. En nuestra opinión, sin embargo, teniendo presente que ya fueron expresamente excluidos de su versión final, consideramos que el Código debería reformarse o ampliarse para poder cumplir esta función.

De hecho, en los últimos años, algo en la sombra, el Grupo del Código de Conducta ha ampliado, sin reformas a su texto original, el ámbito de sus trabajos. Aunque aún no se ha dado el paso de incluir esta materia en este ámbito de coordinación, sí que creemos que sería el modo más inteligente para superar la reticencia de los Estados miembros y contemplar sus diversas preocupaciones y propuestas para permitir que un Estado de bienestar con sistemas de renta progresivos pueda tener herramientas para importar profesionales cualificados¹³⁰.

5.4. OTRAS DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS: IMPUESTOS SOBRE EL PATRIMONIO E IMPUESTOS SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Aunque ya hemos analizado los dos factores fundamentales de la tributación sobre las personas físicas (impuestos sobre las rentas del capital e impuesto sobre las rentas del trabajo), debemos realizar algún tipo de mención, aunque sea limitada por el alcance de nuestro estudio, a otros impuestos que pueden incidir sobre la decisión de deslocalización de las personas físicas.

En primer lugar, queremos hacer mención a las figuras impositivas que pueden gravar la titularidad del patrimonio neto, al margen de otros tributos específicos sobre la titularidad de bienes concretos¹³¹. En este campo no existe ninguna norma armonizadora, por lo que es plenamente competencia estatal adoptar un sistema de imposición patrimonial. Después de haber sido una figura impositiva muy extendida entre los Estados miembros, en las últimas décadas se ha producido un progresivo desmantelamiento de estos impuestos sobre el patrimonio¹³² hasta el punto de

¹²⁹ En este sentido: AA. VV.: «Expatriates», en AA. VV., *Tax Competition*, Eucotax Wintercourse 2008, Corvinos University, Budapest, 2008, pág. 84 o EIKELBERG, A.: «Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition», *op. cit.*, pág. 54.

¹³⁰ No queremos tampoco perder de vista el efecto regresivo de las cotizaciones sociales limitadas. Aunque es un ámbito que si está plenamente bajo la soberanía de los Estados debemos tenerlo en cuenta para valorar el verdadero atractivo de los diferentes regímenes.

¹³¹ Como aclara ARRIBAS LEÓN: «Existen, por una parte, tributos que gravan elementos concretos y particulares de riqueza, como los bienes inmuebles o los vehículos; y, por otra, impuestos globales sobre el patrimonio neto de las personas físicas (...) que someten a gravamen la riqueza total del sujeto». Véase: ARRIBAS LEÓN, M.: «La renuncia a la imposición patrimonial», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 101.

¹³² Se ha derogado en Irlanda (1978), Austria (1994), Dinamarca (1997), Alemania (1997), Países Bajos (2001), Luxemburgo (2006), Finlandia (2006) y Suecia (2007). Véase: *Ibidem*, págs. 102-104.

que, en estos momentos, solo está vigente en dos Estados miembros: Francia¹³³ y España, aunque en este último, con carácter teóricamente temporal para el ejercicio 2014¹³⁴

Sin entrar a valorar la pertinencia de este tributo, sí queremos señalar que aunque su ámbito de actuación es muy limitado, su capacidad recaudatoria no es desdeñable¹³⁵. La vinculación por obligación real (por el patrimonio ubicado en el territorio del Estado) impide que se pueda eludir su pago mediante la deslocalización, ya que seguirían gravadas, por ejemplo, las propiedades inmobiliarias¹³⁶. El principal problema de mantener estos regímenes, sin embargo, es que inciden sobre sujetos con una movilidad muy alta que suelen obtener una elevada cifra de rentas sobre el capital. El potencial efecto expulsión de este gravamen puede tener, por tanto, consecuencias muy superiores a su propia incidencia recaudatoria. De hecho Francia, uno de los dos únicos Estados que mantiene este impuesto en 2014, está en el ojo del huracán por el exilio masivo de grandes contribuyentes a otros Estados miembros. El refrendo del tipo excepcional del 75% sobre las rentas superiores a 1 millón de euros por el Consejo Constitucional francés el pasado 29 de diciembre de 2013, tras rechazarlo un año antes¹³⁷, no contribuirá a frenar esta sangría.

Otra figura impositiva que no se encuentra armonizada en la UE y que puede crear importantes distorsiones son los impuestos sobre sucesiones y/o donaciones. Como ha hecho ver la

¹³³ *Impôt de solidarité sur la fortune* (ISF). Este impuesto, en vigor desde 1989, grava el patrimonio neto de personas físicas residentes y no residentes, que tendrán obligación de declarar cuando su patrimonio neto sea superior en el año 2014 a 1.300.000 euros. Los tipos progresivos para el año 2014 oscilan entre el 0,5% y el 1,5% anual, aunque existe un mínimo exento de 800.000 euros.

¹³⁴ *Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*. Este impuesto fue bonificado al 100% por medio de la *Ley 2/2008 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009* aunque fue nuevamente activado por el *Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal*. En principio, como indica el propio real decreto-ley el impuesto pasa a tener carácter temporal, en concreto los ejercicios 2011 y 2012, y el mínimo exento se eleva hasta los 700.000 euros, con tipos entre el 0,2 y el 2,5%, aunque pueden ser modificados por las CC. AA. En la *Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica* (art. 10) se prorrogó su vigencia durante el ejercicio 2013 y en la *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014* (art. 72) se ha prorrogado también para el ejercicio 2014.

¹³⁵ A falta de datos definitivos en Francia se estima una recaudación para 2013 de 7.200 millones de euros. En España, tras su rehabilitación, se esperaba una recaudación potencial de 1.080 millones de euros. Sin embargo, en 2011 por ejemplo el mantenimiento de la bonificación del 100% en la Comunidad de Madrid, las Islas Baleares y la Comunidad Valenciana redujeron su recaudación efectiva a tan solo 581,4 millones de euros.

¹³⁶ En un sentido similar pero a la inversa, las acciones y activos más móviles suelen estar exentos si se articulan en grandes participaciones, por lo que no tributarán independientemente del lugar de residencia.

¹³⁷ En concreto el 29 de diciembre de 2012 el *Conseil constitutionnel* del país galo declaró en la Décision n.º 2012-662 DC du 29 décembre 2012, apartados 73-74, que esta medida era inconstitucional porque no tenía en cuenta ni la capacidad contributiva ni la igualdad en el pago de las cargas públicas ante los diferentes núcleos familiares. Por ejemplo, una familia con dos contribuyentes que obtuvieran rentas de 900.000 euros estaría exenta de este gravamen, mientras que una familia con un solo contribuyente que ingresara 1,2 millones de euros quedaría sujeta al mismo. Tras corregir esta desigualdad la medida ha sido refrendada un año después.

doctrina¹³⁸, aparte de las manifiestas divergencias en el plano netamente civil¹³⁹, existe una gran pluralidad de regímenes fiscales entre los Estados miembros. Centrándonos en el plano hereditario, la autora NAVAU MARTÍNEZ-VAL advierte de que si realizamos una valoración global de los regímenes de los Estados miembros nos daremos cuenta de que la tendencia a su desaparición o reducción en los últimos años ha dejado a tan solo nueve de los veintiocho Estados miembros con un gravamen progresivo efectivo sobre las herencias¹⁴⁰.

Aunque centrada en ofrecer soluciones para los problemas de doble imposición y discriminación¹⁴¹, la Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2011 *Tackling cross-border inheritance tax obstacles within the EU*, COM (2011) 864 final (pág. 3)¹⁴² ya señalaba dos moti-

¹³⁸ Véase: HERMOSÍN ÁLVAREZ, M.: «Los problemas de la imposición sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 114-116.

¹³⁹ El problema de los puntos de conexión para determinar la legislación aplicable a la sucesión en el plano civil (nacionalidad del causante, residencia en el momento del fallecimiento, domicilio en el concepto del *Common law*, libertad para elegir el ordenamiento aplicable, etc.) tiene su reflejo también en la legislación tributaria. Algunos Estados gravan conforme a un criterio de conexión real (ubicación de los bienes y derechos), otros conforme a un criterio personal (lugar de residencia del causante o del heredero) o incluso los dos. En último extremo, varios Estados pueden, bajo sus respectivas normativas, encontrarse en posición de gravar los bienes de la herencia. La voluntad de avanzar en este campo de las sucesiones transfronterizas se ha hecho patente con la aprobación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, que pretende solucionar algunos de los mayores problemas de la colisión de diversos ordenamientos comunitarios. Las cuestiones fiscales, sin embargo, se excluyen de modo expreso de su ámbito de aplicación en el mismo artículo 1.1.

¹⁴⁰ Entre ellos Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo y Gran Bretaña además de algunas CC. AA. españolas. Véase: NAVAU MARTÍNEZ-VAL, M. P.: «La competencia fiscal a la baja en el impuesto sobre sucesiones en la Unión Europea: compatibilidad con el Derecho comunitario y posibles efectos adversos», Comunicación presentada en el *Workshop Internacional «Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna»*, celebrado en Sevilla los días 24 y 25 de octubre de 2013.

¹⁴¹ Respecto a la doble imposición, por ejemplo, la Comisión propone una suerte de jurisdicciones prioritarias de modo tal que los Estados se comprometan a ofrecer una deducción fiscal sobre bienes o derechos que ya hayan sido gravados por otro Estado con un vínculo más estrecho con la sucesión. Para actuar contra la discriminación, la Comisión publicó una guía de principios derivados de la jurisprudencia comunitaria [Véase: *Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law*, SEC(2011) 1488 final, apartado 3] que tendría en cuenta para iniciar procedimientos de infracción contra aquellos regímenes de los Estados miembros que los incumplan, particularmente cuando otorguen un trato diferente a una situación interna respecto a una situación con elementos transfronterizos. Este activismo de la Comisión y del TJUE queda demostrado si atendemos al número Estados miembros con procedimientos de infracción abiertos al cierre de este trabajo en relación con estos impuestos sobre sucesiones o donaciones, nada menos que cinco, entre ellos España: España: IN 2004/4090; Alemania: IN 2008/4534; Bélgica: IN/2008/4777; Países Bajos: IN 2008/2139 y Reino Unido: IN 2010/2111.

¹⁴² Esta comunicación iba acompañada también de una Recomendación (2011/856/EU) *regarding relief for double taxation of inheritances* y de un documento de trabajo de la Comisión con el título: *Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law*, SEC(2011) 1488 final. Estos documentos están en estrecha conexión con la perspectiva civil de las sucesiones, un asunto en el que sí se han mostrado avances significativos como el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*.

vos que podían haber influido en este descenso de la presión fiscal sobre las herencias: la elusión practicada por los grandes patrimonios que hacía recaer en la práctica el gravamen sobre las clases medias y la percepción de que se incurre en una injusta doble imposición al gravar, con ocasión de su obligada transmisión por causa de muerte, una riqueza que ya fue gravada en vida del causante. Además de estos dos argumentos consideramos que la propia competencia fiscal entre los Estados miembros ha podido también influir en esta marcada tendencia en el seno de la UE.

De este modo, al igual que los Estados tratan de ofrecer un sistema competitivo de tributación sobre el capital a través de diversos instrumentos, reducir la fiscalidad sobre las herencias puede ser también una medida adecuada para atraer capital o cuanto menos evitar su marcha. Así se ha constatado por ejemplo en el caso de Portugal, que tras derogar el impuesto en el año 2004 ha visto incrementado el flujo de inversiones inmobiliarias por personas en edad de jubilación¹⁴³. La inexistencia de este impuesto puede incidir sin duda en que un ciudadano europeo, en busca de un buen clima, decida establecerse en el sur de Portugal y no en el sur de España¹⁴⁴.

La casuística fruto de la interacción entre los diferentes ordenamientos civiles y tributarios es tan variada que se requiere un análisis caso por caso para poder dilucidar los efectos y los incentivos presentes en cada sucesión. En todo caso, como advertía la Comisión, en los supuestos en que existe complejidad normativa los ciudadanos con más recursos son los que resultan finalmente beneficiados. Confiamos por tanto en los beneficios que para la consecución del principio de igualdad en el seno de la UE supondrá avanzar en el proceso de coordinación de estos impuestos.

6. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este estudio ha sido ofrecer un análisis sistemático de la presencia de competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la UE. De este modo hemos realizado un recorrido por los diferentes factores que condicionan las posibilidades de arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos. En este caso, hemos identificado que las posibilidades de arbitraje fiscal estarán especialmente vinculadas a la movilidad selectiva de los individuos y de sus bases, así como a las diferencias de tributación entre Estados miembros, tanto a través de regímenes concretos como el de impatriados, como por medio de los elementos generales del sistema (los tipos impositivos, el tratamiento de la doble imposición o el intercambio de información). Estas diferencias, como ya advertimos, pueden estar impulsadas por los propios Estados miembros, conscientes de que pueden promover la realización de arbitraje fiscal por los ciudadanos con destino a sus jurisdicciones, hecho que les reportará beneficios bajo una serie de condiciones. Tras recordar los objetivos, estas son las principales conclusiones de nuestro estudio:

¹⁴³ FERNANDES FERREIRA, R. M. y RESPICIO GONÇALVES, M.: «Portugal», en AA. VV., *Death as a taxable event and its international ramifications*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 95b, IFA, 2010, págs. 643 y ss.

¹⁴⁴ Así lo aprecia acertadamente NAVAU MARTÍNEZ-VAL, M. P.: «La competencia fiscal a la baja...», *op. cit.* Andalucía, por ejemplo, tiene una de las tributaciones efectivas por ISD más altas de España.

1. *Los flat tax, un enemigo sobrevalorado*

Lejos de los temores iniciales, la aplicación casi generalizada de reducidos *flat tax* por varios de los NEM no ha desatado ningún proceso nuevo de competencia fiscal entre los Estados miembros. De hecho, ni siquiera han incentivado el traslado de ciudadanos desde otras jurisdicciones hacia estos Estados miembros. ¿Por qué? En primer lugar, la movilidad de los trabajadores está más influenciada con carácter general por las posibilidades de encontrar un empleo y mejorar las condiciones de vida que por el factor fiscal. Además, estas economías resultan aún poco atractivas para ciudadanos de otros Estados miembros y en las mismas falta el tejido empresarial necesario para impulsar esta importación de capital humano. A estos elementos, hay que añadir que consideramos cuestionable el afán competitivo de estas medidas en el plano de la emigración internacional. De hecho, creemos que están más orientadas a la competitividad general de las economías y a aflorar la economía sumergida que a atraer bases móviles desde otros Estados.

2. *Los demás Estados miembros, de todos modos, han fortificado sus defensas con dos tipos de medidas que quiebran el clásico esquema progresivo de tributación personal. Las manifestaciones de renta beneficiadas son las más móviles: las rentas del capital y el factor trabajo altamente cualificado*

Uno de los motivos que han contribuido a que la amenaza de los *flat tax* no se materializara ha sido que los demás Estados miembros contaban en sus ordenamientos con medidas que reducían el atractivo de estos. ¿Cómo? Simplemente limitando la progresividad de sus propios sistemas fiscales en relación con dos de los campos de mayor movilidad en la fiscalidad de las personas físicas: las rentas del capital y el factor trabajo altamente cualificado. De este modo, la mayoría del resto de Estados miembros ha aprobado un sistema de *dual income tax* que ofrece un esquema de tributación independiente para las rentas del capital a tipos proporcionales más reducidos. Igualmente, son varios los Estados que habilitan un régimen especial para los trabajadores impatriados, ofreciéndoles condiciones ventajosas para reducir el impacto de sus escalas progresivas de gravamen. Unas escalas que, como ya hemos visto, elevan considerablemente la tributación efectiva que soportan los trabajadores que obtienen rentas muy altas en contraposición a los *flat tax* en que este efecto es imperceptible (e incluso negativo si tenemos en cuenta la extendida regresividad de las cotizaciones sociales). El estudio realizado nos lleva precisamente a identificar estos dos ámbitos (fiscalidad de los trabajadores transfronterizos y rentas del capital) como los dos principales nichos de competencia fiscal a nivel de la UE en relación con la fiscalidad directa de las personas físicas.

3. *El motivo real para crear un sistema de tributación dual no es la competencia directa de los flat tax, sino el intento por reducir los incentivos de los propios residentes para evitar que adopten políticas de planificación agresivas*

Las diferencias de tributación sobre las rentas de capital entre los Estados miembros no son significativas por la aplicación casi unánime de *dual income tax* en los Estados de la UE-15. Sin embargo, el verdadero riesgo de unos tipos elevados no está en el *gap* respecto a otros Estados, sino

en el incentivo que suponen unos tipos altos para que algunos ciudadanos emprendan una planificación fiscal más agresiva y actúen al borde de la delgada línea que separa planificación, elusión y evasión fiscal. Por tanto, el riesgo no estriba en que un ciudadano se traslade a otro Estado miembro para disfrutar de un régimen más ventajoso sobre las rentas del capital, sino en que exprima la movilidad de estas rentas para mejorar su tributación sin necesidad de cambiar de residencia. Cada Estado, por tanto, cuando reduce la tributación sobre estas rentas compite contra sí mismo.

4. *El arbitraje fiscal en las rentas del capital, tan fácil como hacer clic salvo que los Estados pongan remedio*

La situación de las rentas del capital es compleja desde un punto de vista técnico, jurídico y político. En primer lugar, resulta obvio que es la manifestación de renta más móvil. Emplazar una inversión o un depósito en otro Estado miembro no requiere el traslado físico como sucede con las rentas el trabajo, sino simplemente un clic. Aunque el principio de renta mundial dificultaría eludir la tributación en el Estado de residencia, incluso respecto a inversiones realizadas en otros Estados, hemos observado a lo largo del trabajo algunos de los instrumentos que acaban empleando los grandes inversores para esquivar esta regla. Las sociedades interpuestas, las lagunas de la Directiva del ahorro, la exención de retención en la fuente sobre los dividendos, etc., son ingredientes que con una inteligente planificación pueden superar las dispares normas anti-abuso de los Estados miembros. De hecho, como ha hecho ver la Comisión en su última COM (2012) 722/2, el nivel de protección de la UE contra estas prácticas se *igual a por abajo*. Es decir, al nivel del Estado que sea más laxo en su aplicación de cara al exterior (pues entre los propios Estados miembros el TJUE ya ha advertido del escaso espacio para todo tipo de medidas anti-abuso). ¿Qué incentivos tienen los Estados para ser más *benévolos*? En otras palabras, ¿por qué algunos Estados se aprovechan de las posibilidades de arbitraje fiscal en este campo y compiten por atraer las rentas del capital?

5. *Sin instrumentos coactivos que equilibren el juego de fuerzas en la UE existen demasiados incentivos para que un Estado boicotee la aplicación del criterio de renta mundial. Estas actitudes constituyen competencia fiscal perjudicial*

En este campo encontramos un gran número de factores que incentivan que los Estados miembros se desvíen del *level playing field* y se comporten de forma desleal para atraer estas rentas. En primer lugar, son perfectamente conocidas las ventajas de un sector financiero desarrollado como motor de una economía. Por otro lado, algunas de las medidas solo resultan de aplicación sobre inversores extranjeros (como la renuncia a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos), lo que aísla a la economía nacional de sus efectos. Además, no existen costes relevantes asociados a estas manifestaciones de renta: no exigen infraestructuras y no consumen servicios. Finalmente, el Derecho de la Unión se encuentra con serios obstáculos para poner freno a estas actitudes. Aunque se ha conseguido superar la paralización de la necesaria reforma de la Directiva del ahorro los seis años de retraso en su aprobación son una clara evidencia de competencia fiscal. No olvidemos que el bloqueo tenía como objetivo impedir un acuerdo que promueve la

transparencia en los mercados financieros comunitarios para garantizar la tributación en el Estado de residencia del inversor.

Por todos los motivos expuestos seguimos atentos a la línea de trabajo marcada por la Comisión en sus más recientes Recomendaciones de 6 de diciembre de 2012. En las mismas abre nuevos frentes para coordinar soluciones en temas tan esenciales como las cláusulas antiabuso o la doble no imposición a través de CDI. En este ámbito de la fiscalidad personal propone un nuevo impulso para las cuestiones pendientes que alcanza a la extensión del Código de Conducta a los regímenes de impatriados. La preocupación de las instituciones comunitarias corrobora el hecho que dio origen a este estudio: también en el ámbito de las personas físicas existe competencia fiscal en la UE.

6. *En los regímenes especiales de trabajadores impatriados se aprecian todas las circunstancias que incentivan la práctica de arbitraje fiscal por los ciudadanos.*

En primer lugar, estos trabajadores de alta cualificación son los que tienen un mayor índice de movilidad, pues obtienen rentas que pueden compensar sobradamente los gastos sociales o económicos de cualquier cambio de residencia. Un cambio de residencia que determinará, en principio, que todas sus rentas queden sujetas a imposición en el nuevo Estado de residencia conforme al criterio de renta mundial. Aun así, una de las ventajas más extendidas de estos regímenes de impatriados es permitir temporalmente la inaplicación de este principio de renta mundial, por lo que los impatriados tributarán en el nuevo Estado de residencia únicamente por las rentas obtenidas en él.

Además, aunque se haya demostrado empíricamente que son las empresas las que asumen los diferenciales de impuestos entre Estados miembros cuando pretenden atraer a estos ciudadanos, resulta evidente que a menores impuestos, mayores podrán ser los sueldos que les ofrezcan (factor al que tenemos que incorporar la regresividad de las cotizaciones sociales en algunos Estados miembros), por lo que estas diferencias de tributación potencian el desplazamiento de trabajadores con elevados ingresos. No obstante, tenemos que volver a reconocer que existen otros elementos en la ecuación de un cambio de residencia, cuestión evidente si observamos la escasa capacidad de atracción de un Estado como Bulgaria, con un *flat tax* del 10%. Este hecho demuestra que el impulso fiscal que supone un régimen especial de impatriados (por ejemplo con una exención parcial de rentas o un tipo reducido) únicamente alentará el arbitraje fiscal hacia aquellos Estados que ya reúnan las demás condiciones para atraer esta mano de obra cualificada.

7. *Los regímenes de impatriados son además un claro ejemplo de competencia fiscal entre los Estados miembros en el que se pone en evidencia la ruptura respecto a principios clásicos de justicia tributaria: igualdad, capacidad económica, progresividad, etc.*

Los Estados miembros tienen casi todos los incentivos (apuntados en el epígrafe 2 de este estudio) para crear regímenes especiales que les permitan atraer el arbitraje fiscal de los ciuda-

danos, iniciando dinámicas de competencia fiscal. En primer lugar, al ofrecerse únicamente a residentes de otros Estados, la recaudación interna no se resiente porque está aislada de estas ventajas (un efecto *ring-fencing*, vetado por el Código de Conducta pero solo para la fiscalidad empresarial). El traslado de estos trabajadores permitirá además aumentar la recaudación por la sujeción al poder tributario del Estado de unos ciudadanos que por su cómoda posición económica apenas requieren de servicios públicos. Paralelamente, aparte del ahorro económico indirecto para las empresas (que en la práctica asumen la factura fiscal de los trabajadores impatriados al ofrecerles salarios netos), estos trabajadores cualificados aportan a la economía en su conjunto una mayor productividad, su *know how*, incluso, publicidad (en el caso de los deportistas). En definitiva, prácticamente todos los ingredientes para que se inicie una dinámica de competencia fiscal, sobre todo teniendo en cuenta que esta forma de discriminación inversa no encuentra ningún freno dentro del Derecho de la Unión. En último término, de hecho, solo las presiones políticas internas (las *domestic constraints* que señalaran GENSCHÉL y SCHWARZ¹⁴⁵) han impuesto cierta medida a esta dinámica.

Por nuestra parte, aunque consideramos legítimos los intereses estatales, estimamos que estos regímenes especiales, cuando superan la estricta compensación de gastos, cruzan la línea roja de la competencia fiscal perjudicial (no hablemos ya del ataque a los principios más elementales de justicia tributaria). Sin embargo, la dificultad para coordinar soluciones en este ámbito es evidente dada la disparidad de intereses entre los Estados miembros (constatada en su exclusión de la primera versión del Código de Conducta). Aunque los últimos documentos de la Comisión apuntan a la posibilidad de reabrir el debate respecto al control sobre estas medidas, solo concebimos una solución en el marco de una negociación a varias bandas, con varios asuntos sobre la mesa, en la que cada Estado sea consciente que para poder ganar también debe perder.

¹⁴⁵ GENSCHÉL, P. y SCHWARZ, P.: «Tax Competition: a literature review», *op. cit.*, págs. 342.

Bibliografía

- AA. VV. [2003]: *Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja*, (dir.) Germán ORÓN MORATAL, Instituto de Estudios Riojanos.
- [2008]: *Tax Competition*, Eucotax Wintercourse 2008, Corvinos University, Budapest.
 - [2010]: *The principle of equality in taxation (constitutional law, European law, WTO and tax treaties)*, Eucotax Wintercourse 2010, Uppsala Universitet.
 - [2011]: *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, (coords.) Juan LÓPEZ RODRÍGUEZ, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.
 - [2012]: *European Tax Handbook 2012*, directores: Ola VAN BOEIJEN-OSTASZEWSKA y Marnix SCHELLEKENS, IBFD, Ámsterdam.
- ADAME MARTÍNEZ, F. [2010]: «El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, págs. 139-156.
- ARRIBAS LEÓN, M. [2010]: «La renuncia a la imposición patrimonial», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, pág. 101-112.
- AVI-YONAH, R. S. [2000]: «Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State», *Harvard Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 4.
- BODE, E.; KRIEGER-BODEEN, C. y LAMMERS, K. [1994]: *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschaft, Kiel.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2004]: «Las normas antiparaiso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11.
- CASALTA NABAIS, J. [2005]: *Por um Estado Fiscal Suportável*, Almedina, Coimbra.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. [2002]: «La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE», en AA. VV., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, (coords.) María Teresa SOLER ROCH y Fernando SERRANO ANTÓN, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 58-78.
- [2006]: «Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, págs. 159-168.
- CORDÓN EZQUERRO, T. [2005]: «Régimen fiscal de los impatriados y expatriados», *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, núm. 285, págs. 81-96.
- EGGER, P. y RADULESCU, D. M. [2008]: «The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers», *CESifo Working Paper*, núm. 2462.
- EHRENBERG, R. G. y SMITH, R. S. [1988]: *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*, 3.ª edición, Scott Foresman, Glenview (Illinois).

- EIKELENBERG, A. [2008]: *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, Master Thesis, Tilburg University.
- ENDRES y otros [2005]: «The Tax Burden on International Assignments», *Intertax*, vol. 33, núm. 11, págs. 490-502.
- FALCÓN Y TELLA, R. [2009]: «Modificaciones en el régimen de los nuevos residentes: España (ley Beckham), Portugal y el Reino Unido», *Quincena fiscal*, núm. 21, págs. 7-10.
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. [2010]: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid.
- FELD, L. P. [2000]: «Tax competition and income redistribution: An empirical analysis for Switzerland», *Public Choice*, núm. 105, págs. 125-164.
- FERNANDES FERREIRA, R. M. y RESPICIO GONÇALVES, M. [2010]: «Portugal», en AA. VV., *Death as a taxable event and its international ramifications*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 95b, IFA, págs. 643-664.
- GENSCHEL, P. y SCHWARZ, P. [2011]: «Tax Competition: a literature review», *Socio-Economic Review*, núm. 9, págs. 339-370.
- HALL, R. E. y RABUSHKA, A. [1983]: *Low tax, simple tax, flat tax*, McGraw-Hill, Nueva York.
- [1985]: *The flat tax*, Hoover Institution Press, Stanford.
- HERMOSÍN ÁLVAREZ, M. [2010]: «Los problemas de la imposición sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, págs. 113-127.
- KLEBEN, H. J.; LANDAIS, C. y SÁEZ, E. [2010]: «Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 16545.
- KLEBEN, H. J. y otros [2013]: «Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 18885.
- LANDA AGUIRRE, I. [2004]: «Los derechos de explotación de la imagen, los deportistas y la opción de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14, págs. 21-23.
- LANG, M. [2009-3]: «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions», *EC Tax Review*, págs. 98-113.
- LODIN, S. [2000]: «What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 54, núm. 5.
- LUCHENA MOZO, G. M. [2005]: «Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo», en AA. VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, (dir.) Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, , págs. 307-368.
- MACARRO OSUNA, J. M. [2011]: «Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo», en AA. VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1.ª edición) Desafíos de la Hacienda Pública Española. Justicia en el diseño del sistema tributario español*, págs. 151-169.
- MAGLIOCCO, A. y SANELLI, A. [2009]: «Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example», *European Taxation*, vol. 4, págs. 199-214.

- MAGRANER MORENO, F. J. [2010]: «La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro», *Crónica Tributaria*, núm. 137, págs. 171-197.
- MARINI, P. [1999]: *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París.
- MARTÍN VIDA, M. A. [2007]: «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 8, págs. 95-137.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M. [2007]: «El régimen fiscal especial para trabajadores desplazados en la Ley 35/2006 del IRPF», *Quincena Fiscal*, núm. 12, págs. 21-24.
- MONTI, M. [2010]: «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society», *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 de mayo.
- NAVAU MARTÍNEZ-VAL, M. P. [2013]: «La competencia fiscal a la baja en el impuesto sobre sucesiones en la Unión Europea: compatibilidad con el Derecho comunitario y posibles efectos adversos», Comunicación presentada en el *Workshop Internacional Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, celebrado en Sevilla los días 24 y 25 de octubre.
- OSMUNDSEN, P. [1999]: «Taxing Internationally Mobile Individuals. A Case of Countervailing Incentives», *International Tax and Public Finance*, núm. 6, págs. 149-164.
- PINTO, C. [1998]: «EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?», *Intertax*, vol. 26, núm. 12, págs. 386-410.
- PISTONE, P. [2002]: «An EU Model Tax Convention», *EC Tax Review*, vol. 11, núm. 3, págs. 129-136.
- [2007]: «Tax Treaties and the Internal Market in the European Union Scenario», *Intertax*, vol. 35, págs. 75-81.
- RAMOS PRIETO, J. [2003]: «Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica* (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía), (dir.) Javier LASARTE, (coords.) Francisco ADAME MARTÍN y Jesús RAMOS PRIETO, Comares, Granada, págs. 753-790.
- RUIZ ALMENDRAL, V. [2008]: «La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional», *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y RAMOS MUÑOZ, D. [2006]: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)», *Quincena Fiscal*, núm. 18, Westlaw: BIB 2006/1365.
- SACHETTO, C. [1999]: «La Corte di giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fennat», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, págs. 190-196.
- SCHÖN, W. [2003]: «Tax Competition in Europe – General Report», en AA. VV., *Tax Competition in Europe*, (coord.) Wolfgang SCHÖN, Ámsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation.
- SERRANO ANTÓN, F. [2006]: «Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 18.

SPENGL, C. y EVERS, L. [2012-1]: «The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions», *EC Tax Review*, págs. 17-32.

TERRA, B. y WATTEL, P. [2008]: *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.

TIEBOUT, C. M. [1956]: «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5, págs. 416-424.

VALLEJO CHAMORRO, J. M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. [2002]: «Los Convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6.

VAN THIEL, S. [2008]: «The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice», *Tax Law Review*, vol. 62, págs. 143-192.

VOGEL, K. [1988]: «World wide or source taxation of income?», *Rassegna Tributaria*, núm. 1.