**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**
FACULTAD DE DERECHO

# TESIS DOCTORAL

## La doble no imposición como resultado de la utilización de instrumentos y entidades híbridas

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Alejandro Zubimendi Cavia**

Director

**José Manuel Almudí Cid**

Madrid

**© Alejandro Zubimendi Cavia, 2021**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**
FACULTAD DE DERECHO

# TESIS DOCTORAL

## LA DOBLE NO IMPOSICIÓN COMO RESULTADO DE LA UTILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS Y ENTIDADES HÍBRIDAS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Alejandro Zubimendi Cavia

DIRECTOR

José Manuel Almudí Cid

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**
FACULTAD DE DERECHO

# TESIS DOCTORAL

## LA DOBLE NO IMPOSICIÓN COMO RESULTADO DE LA UTILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS Y ENTIDADES HÍBRIDAS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Alejandro Zubimendi Cavia

DIRECTOR

José Manuel Almudí Cid

# ÍNDICE

**ABREVIATURAS** ..... **6**

**RESUMEN** ..... **9**

**ABSTRACT** ..... **11**

**INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO** ..... **13**

**CAPÍTULO I: EL FENÓMENO DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN** ..... **18**

**1. La doble no imposición en el escenario de la fiscalidad internacional** ..... **18**

**2. El fenómeno de la doble no imposición: un concepto indeterminado** ..... **20**

**3. Delimitación conceptual del fenómeno de la doble no imposición** ..... **24**
3.1. El objeto sobre el que recae la doble no imposición internacional: la renta transfronteriza. 24
3.1.1. La conexión territorial ..... 26
3.2. La construcción dogmática de la doble no imposición ..... 29
3.2.1. La doble no imposición como fenómeno basado en un resultado ..... 29
3.2.2. La necesidad de construir una *imposición única* de carácter material frente a construcciones formalistas ..... 33
3.2.3. La *imposición única* como tributación agregada: diferentes propuestas ..... 35
3.2.3.1. Avi-Yonah y la *imposición única* de carácter absoluto ..... 38
3.2.3.2. La OCDE y la imposición única de carácter relativo ..... 39
3.2.3.2.1. Imposición única "jurídica" ..... 40
3.2.3.2.2. La imposición única "económica": el principio de correspondencia y la Acción 2 del proyecto BEPS ..... 43
3.2.3.3. El futuro del principio de imposición única: el "Pilar 2" de la OCDE ..... 50
3.3. Elementos comunes para una definición coherente de la doble no imposición ..... 52

**4. La naturaleza de la doble no imposición** ..... **54**
4.1. El elemento volitivo en los resultados de doble no imposición internacional: la planificación fiscal agresiva ..... 54
4.2. El papel de los Estados en la doble no imposición internacional ..... 66
4.2.1. La doble no imposición internacional de carácter unilateral ..... 67
4.2.2. La doble no imposición internacional *stricto sensu* o de carácter bilateral ..... 68
4.2.2.1. El beneficio bilateral ..... 71
4.2.2.2. Doble imposición internacional y doble no imposición internacional: ¿dos caras de la misma moneda? ..... 73

**5. La interacción de diferentes normas como origen de la doble no imposición bilateral** ..... **80**
5.1. Doble no imposición como consecuencia de la aplicación los convenios ..... 80
5.2. Doble no imposición como consecuencia de la interacción de las normas nacionales y los convenios ..... 82
5.3. Doble no imposición con origen en las leyes nacionales ..... 84

**CAPÍTULO II – LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPOSICIÓN ÚNICA EN EL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL** ..... **86**

**1. El régimen fiscal internacional** ..... **86**
1.1. ¿Existe un régimen fiscal internacional? ..... 86

1.2. Estructura actual del régimen fiscal internacional ..... 87
1.2.1. El principio de empresa independiente: ¿a quién se atribuye la renta? ..... 88
1.2.2. Régimen dual residencia *versus* fuente: ¿dónde y cuánto se grava la renta? ..... 96
1.2.2.1. El principio de imposición única (*single tax principle*) ..... 100
1.2.2.2. El principio del beneficio (*benefits principle*) ..... 107
1.3. Conclusión: presente y futuro del régimen fiscal internacional ..... 115

**2. Fundamentos del principio de imposición única ..... 118**
2.1. La dimensión política del principio de imposición única: globalización, soberanía y competencia fiscal ..... 118
2.2. Una aproximación desde el Derecho internacional ..... 126
2.2.1. Dimensión subjetiva y objetiva del principio de imposición única ..... 126
2.2.1.1. La dimensión subjetiva: la competencia fiscal internacional ..... 126
2.2.1.2. La dimensión objetiva ..... 129
2.2.2. La existencia de un Derecho internacional tributario: metodología ..... 129
2.2.3. Aproximación metajurídica ..... 131
2.2.3.1. La justicia tributaria: la igualdad y la capacidad económica ..... 131
2.2.3.2. *Inter-nation equity* ..... 141
2.2.3.3. Neutralidad ..... 144
2.2.3.4. Reflexiones finales ..... 147
2.2.4. Limitaciones derivadas de la aproximación técnico-jurídica ..... 148
2.2.4.1. El Derecho internacional general en materia tributaria ..... 148
2.2.4.1.1. La existencia de un Derecho internacional general en materia tributaria ..... 148
2.2.4.1.2. La eficacia del Derecho internacional general en materia tributaria en los ordenamientos internos ..... 157
2.2.4.2. La conducta unilateral de los Estados como fuente de obligaciones internacionales: el *estoppel* 159
2.2.4.3. Las limitaciones de los CDIs frente a la doble no imposición ..... 161
2.2.4.3.1. Las estructura de los CDIs y el principio de no agravación ..... 161
2.2.4.3.2. La doble no imposición como consecuencia de la diferente aplicación de los CDIs: los conflictos de aplicación negativos ..... 166
2.2.4.3.3. La doble no imposición como consecuencia de la interacción entre la ley nacional y los CDIs 176
2.2.4.3.4. Reflexiones finales ..... 182
2.2.4.4. La doble no imposición y el Derecho de la UE: el régimen de ayudas de Estado prohibidas 183
2.2.5. Aproximación histórico-sociológica: la cooperación internacional y el *soft law* en el moderno Derecho fiscal internacional ..... 198

**CAPÍTULO III - LA DOBLE NO IMPOSICIÓN DERIVADA DE LA INTERACCIÓN DE LAS LEYES NACIONALES: LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS ..... 204**

**1. Introducción ..... 204**

**2. La función de la ley extranjera en el presupuesto de hecho de la norma tributaria española: el régimen tributario de los instrumentos financieros (deuda *vs.* capital) y de las entidades (opacidad *vs.* transparencia) ..... 206**
2.1. La calificación española de los instrumentos financieros híbridos ..... 206
2.1.1. Los instrumentos financieros híbridos en la regulación anterior a la LIS ..... 207
2.1.2. Los instrumentos financieros híbridos en la actual LIS ..... 216
2.1.3. La función de la ley extranjera en el régimen fiscal de los instrumentos financieros en España 217
2.1.3.1. El caso de las acciones preferentes australianas ..... 217
2.1.3.2. Los *juros* brasileños ..... 220
2.1.3.2.1. El presupuesto de hecho del artículo 21 del TRLIS: los efectos de la ley extranjera en la ley nacional ..... 222

2.2. El elemento subjetivo del hecho imponible: el régimen de atribución de la renta a las entidades ..... 226
2.2.1. Introducción ..... 226
2.2.2. Entidades híbridas y la calificación española ..... 227
2.2.3. El *trust*: problemas de atribución horizontal y vertical ..... 237
2.2.3.1. Doctrina de la DGT en torno al trust ..... 238

**3. La reacción nacional frente a la doble no imposición derivada de la ausencia de coordinación en las reglas de calificación nacionales ..... 243**

**4. La respuesta a las asimetrías híbridas en la Unión Europea: la Directiva Anti-Elusión Fiscal (ATAD) 249**
4.1. Las primeras iniciativas supranacionales frente a las asimetrías híbridas: alternativas propuestas ..... 249
4.2. La Acción 2 de BEPS: la estructura de las normas anti-híbridos ..... 254
4.2.1. El presupuesto de hecho de las normas anti-híbridos ..... 255
4.2.1.1. El resultado tributario: la asimetría ..... 255
4.2.1.2. La causa: el elemento híbrido ..... 260
4.2.1.3. El elemento material: el pago ..... 262
4.2.2. La regla anti-híbridos ..... 263
4.2.3. Particularidades de las distintas normas anti-híbridos ..... 265
4.2.3.1. Los instrumentos financieros híbridos ..... 265
4.2.3.1.1. Regla general ..... 265
4.2.3.1.2. Transferencias híbridas ..... 269
4.2.3.1.3. Pagos sustitutivos ..... 271
4.2.3.2. Las entidades híbridas (inversas) ..... 273
4.2.3.2.1. Momento de aplicación de la regla anti-híbridos en los supuestos de deducciones dobles 280
4.3. Aspectos formales de la ATAD: la idoneidad de la ATAD para luchar contra las asimetrías híbridas 281
4.3.1. La competencia de la Unión para combatir la planificación fiscal agresiva: la distorsión injustificada de la libre competencia como presupuesto habilitante de la ATAD ..... 282
4.3.2. La ATAD y el principio de subsidiariedad ..... 286
4.3.3. La ATAD y el principio de proporcionalidad ..... 291
4.3.4. Reflexión final ..... 293
4.4. Las medidas anti-híbridos en la ATAD ..... 294
4.4.1. Antecedentes y alternativas propuestas ..... 294
4.4.2. Redacciones previas: la propuesta de ATAD y la versión original (ATAD I) ..... 300
4.4.3. Análisis de las reglas anti-híbridos en la ATAD ..... 302
4.4.3.1. Alcance subjetivo de las reglas anti-híbridos ..... 304
4.4.3.1.1. Cuestiones generales ..... 304
4.4.3.1.2. Situaciones especiales ..... 308
4.4.3.2. Alcance objetivo de las reglas anti-híbridos ..... 310
4.4.3.2.1. Cuestiones generales ..... 310
4.4.3.2.2. Doble imposición económica ..... 312
4.4.3.2.2.1. Instrumentos financieros híbridos ..... 312
4.4.3.2.2.2. Pagos a través de entidades híbridas (o establecimientos permanentes) 313
4.4.4. Reglas anti-híbridos especiales ..... 315
4.4.4.1. La regla anti-híbridos especial relativa a los instrumentos financieros: el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial ..... 316
4.4.4.2. La regla anti-híbridos especial aplicable al doble aprovechamiento de un crédito fiscal en las transferencias híbridas: el artículo 9.6 de la ATAD ..... 323
4.4.4.3. La regla anti-híbridos especial aplicable a los establecimientos permanentes no computados: el artículo 9.5 de la ATAD ..... 324
4.4.4.4. La regla anti-híbridos especial aplicable a las entidades híbridas inversas: el artículo 9 bis de la ATAD ..... 329
4.4.4.5. Las normas CFC y su interacción con otras reglas anti-híbridos especiales ..... 333

4.4.4.6. La doble residencia: el artículo 9 ter de la ATAD ..... 336

**5. La implementación de las medidas anti-híbridos en España..... 339**
5.1. La implementación inicial ..... 340
5.2. La transposición de la ATAD II: el Real Decreto-ley 4/2021 ..... 343
5.2.1. La regla primaria ..... 347
5.2.2. La regla secundaria ..... 350
5.2.3. Reglas especiales..... 351
5.3. Reflexiones finales: la interacción de las normas anti-híbridos españolas con la ATAD en sus distintas etapas de implementación ..... 355

**CAPÍTULO IV - LAS REGLAS ANTI-HÍBRIDOS NACIONALES Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL..... 361**

**1. La interacción de las normas anti-híbridos con los convenios de doble imposición ..... 361**
1.1. ¿*Treaty override*? ..... 361
1.1.1. La regla anti-híbridos especial aplicable a los dividendos ..... 361
1.1.2. Las reglas anti-híbridos especiales aplicables a las entidades híbridas inversas y a los establecimientos permanentes no computados ..... 364
1.1.2.1. Reglas aplicables en la jurisdicción del inversor ..... 364
1.1.2.2. Reglas aplicables en la jurisdicción de la inversión ..... 371
1.1.3. Interacción entre la ATAD y los convenios de doble imposición ..... 373
1.2. El principio de no discriminación en los convenios de doble imposición ..... 376
1.2.1. El apartado cuarto del artículo 24 del MC OCDE y la regla anti-híbridos aplicable a los instrumentos financieros híbridos ..... 378
1.2.2. Reglas anti-híbridos aplicables a los pagos a entidades híbridas inversas ..... 386
1.2.3. Los apartados tercero y quinto del artículo 24 del MC OCD y las reglas anti-híbridos aplicables a los pagos híbridos resultantes en deducciones dobles ..... 388

**2. Las reglas anti-híbridos y las libertades fundamentales del TFUE ..... 390**
2.1. Introducción..... 390
2.2. Identificación de la libertad aplicable..... 391
2.3. El concepto de restricción prohibida de las libertades comunitarias y la doble no imposición 395
2.3.1. El elemento transfronterizo como factor de discriminación: el falso debate entre restricción y discriminación..... 395
2.3.2. La discriminación encubierta en las normas anti-híbridos ..... 399
2.3.3. La discriminación y la norma extranjera: el enfoque "país por país" ..... 400
2.3.3.1. El treaty-based overall approach ..... 403
2.4. La comparabilidad: un debate ilusorio ..... 411
2.5. Posibles causas de justificación ..... 416
2.5.1. La necesidad de prevenir el abuso..... 416
2.5.2. Coherencia interna vs. neutralidad..... 420
2.5.2.1. Coherencia..... 421
2.5.2.2. Neutralidad: las normas anti-híbridos como paradigma de medidas compensatorias 423
2.5.2.2.1. Las normas anti-híbridos con carácter general ..... 423
2.5.2.2.1.1. Doctrina del TJUE en el ámbito de las medidas compensatorias ..... 423
2.5.2.2.1.2. Propuesta interpretativa: la macro-coherencia ..... 428
2.5.2.2.2. La regla anti-híbridos secundaria en los resultados de deducción sin inclusión 431
2.5.2.3. Coherencia y neutralidad: el *overall approach* de *Marks & Spencer*..... 435
2.6. Conclusión..... 446
2.6.1. La validez de las normas anti-híbridos desde la perspectiva monolítica de las libertades fundamentales ..... 446

2.6.2. La validez de las normas anti-híbridos desde la perspectiva integral del Derecho primario de la UE 448

**CONCLUSIONES ..... 451**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 460**

## ABREVIATURAS

ACS: Authorised Contractual Scheme

AN: Audiencia Nacional

ATAD: Versión consolidada de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior

ATAD I: Versión original de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior

ATAD II: Directiva (UE) 2017/952 de Consejo de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting

BI(C)CIS: Base Imponible (Consolidada) Común del Impuesto sobre Sociedades

BV: Besloten Vennootschap

CDI: Convenio de Doble Imposición

CEN: Capital Export Neutrality

CFC: Controlled Foreign Corporation

CIN: Capital Import Neutrality

CV: Commanditaire Vennootschap

DGT: Dirección General de Tributos

EP: Establecimiento permanente

GAAR: General Anti-Avoidance Rule

ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas

IFA: International Fiscal Association

IRNR: Impuesto sobre la Renta de no Residentes

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IS: Impuesto sobre Sociedades

KG: Kommaditgesellschaft

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LIRPF: Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LIS: Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

LLC: Limited Liability Company

LLP: Limited Liability Partnership

LOB: Limitation on Benefits

LP: Limited Partnership

MC OCDE: Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

PGC: Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad

POEM: Place of Effective Management

PPT: Principal Purposes Test

REIT: Real Estate Investment Trust

SAAR: Specific Anti-Avoidance Rule

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SPV: Special Purpose Vehicle

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEAC: Tribunal Económico-Administrativo Central

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLIRNR: Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes

TRLIS: Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

TS: Tribunal Supremo

TUE: Tratado de la Unión Europea

UCITS: Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities

UE: Unión Europea

## RESUMEN

La presente tesis tiene el objetivo de abordar el estudio de la doble no imposición como resultado de la utilización de instrumentos y entidades híbridas. La investigación se enmarca dentro del contexto de un fenómeno que en los últimos años ha cobrado una importancia capital: la planificación fiscal agresiva. En un entorno cada vez más globalizado, las grandes empresas han acentuado su carácter multinacional, lo que ha generado nuevos desafíos para el régimen fiscal internacional. Las divergencias existentes entre los distintos sistemas fiscales nacionales en un contexto de internacionalización han brindado a las empresas que operan internacionalmente mecanismos para minimizar sus costes fiscales.

Los países más desarrollados, a través de la OCDE, y la Unión Europea han iniciado recientemente un proceso armonizador tendente a combatir este tipo de técnicas de planificación fiscal agresiva con el fin de evitar la erosión de sus bases imponibles y de su capacidad para financiar los costes de sus Estados de Bienestar. En este proceso ha tenido especial relevancia el Proyecto sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (Proyecto BEPS), promovido por la OCDE, en el que se han establecido unos estándares globales mínimos para combatir las técnicas de planificación fiscal agresiva. Dentro de este proyecto ha tenido especial relevancia la Acción 2, encaminada a establecer un conjunto eficaz de normas para combatir el fenómeno de las asimetrías híbridas. Se denominan asimetrías híbridas a aquellas situaciones de ausencia de imposición de una renta transfronteriza (que pueden tomar la forma de una deducción sin inclusión o de una deducción doble) provocadas por los conflictos en la calificación realizada por diferentes países de determinados instrumentos financieros, entidades o cualesquiera otros elementos del hecho imponible.

Entre los objetivos de esta investigación, el primero es construir una definición coherente y rigurosa del concepto de la doble no imposición, delimitando sus contornos y diferenciándola de otros fenómenos como pueden ser la elusión fiscal o la obsolescencia de determinados principios del régimen fiscal internacional. Esta

delimitación del concepto es vital para enmarcar adecuadamente el fenómeno de las asimetrías híbridas y así aislar los problemas específicos que tal fenómeno suscita.

En segundo lugar, otro de los objetivos de este trabajo es identificar si, en el estado actual del régimen fiscal internacional, existen principios o mecanismos generales efectivos frente a la doble no imposición, y en particular frente a las asimetrías híbridas, o si por el contrario es necesario desarrollar respuestas específicas, como las propuestas en la Acción 2 del Proyecto BEPS y la Directiva Anti-Elusión Fiscal.

Finalmente, el objetivo fundamental de esta investigación es realizar un estudio exhaustivo del régimen jurídico de las normas anti-híbridos establecidas en la Acción 2 del Proyecto BEPS y en la Directiva Anti-Elusión Fiscal, analizando su idoneidad y su interacción con otras normas tributarias, en particular con los convenios para evitar la doble imposición y con las libertades fundamentales de la Unión Europea. Así, las normas anti-híbridos suponen el ejercicio de potestades tributarias que en determinados casos pueden estar limitadas por los convenios, por lo que es necesario realizar un análisis sobre la compatibilidad de estas normas con los convenios. Además, también es necesario analizar las normas anti-híbridos a la luz de las libertades fundamentales de la Unión Europea en la medida en que se aplican únicamente cuando el contribuyente ejerce alguna de las libertades protegidas por el TFUE.

## ABSTRACT

This investigation is aimed at the study of the double non-taxation as a result of the use of hybrid entities and hybrid financial instruments. This investigation is framed within the context of a phenomenon that has earned great importance lasts years: aggressive tax planning. In globalized environment, big companies have become multinational, thus giving rise to new challenges for the international tax regime. Divergences between different domestic tax systems in an international setting have offered mechanisms to multinational companies to reduce their tax costs.

Most developed countries, through the OECD, and the European Union have recently commenced a harmonizing process leading to tackle aggressive tax planning techniques in order to prevent their tax base erosion and their ability to collect revenues to fund their welfare State. In this process, the Base Erosion and Profit Shifting Project, promoted by the OECD, has assumed a leading role, establishing global minimum standards to tackle aggressive tax planning structures. In this project, Action 2 has become relevant, aimed at establishing an effective set of rules for tackling the hybrid mismatch arrangements. Hybrid mismatch arrangements refer to double non-taxation situations (taking form of a deduction-no inclusion outcome or a double deduction outcome) resulting from the conflicts in the tax characterization by different countries of the financial instruments, entities and any other element of the taxable event.

Among the objectives of this investigation, the first one is to construct a coherent and rigorous concept of double non-taxation, delimiting its contours and distinguishing from other phenomena such as tax avoidance or the obsolescence of certain international tax principles. The delimitation of the double non-taxation concept is essential to properly frame the hybrid mismatch arrangements and thus to isolate the specific problems derived therefrom.

Secondly, another aim of this work is to identify whether, in the current state of the international tax regime, there are principles and effective general mechanisms against double non-taxation, and in particular against hybrid mismatch arrangements, or

whether, on the contrary, specific rules, such as the proposed in the BEPS Action 2 and the Anti-Tax Avoidance Directive, are needed.

Lastly, the main purpose of this investigation is to develop a detailed study of the legal regime of the anti-hybrid rules established by the BEPS Action 2 and the Anti-Tax Avoidance Directive, analyzing their suitability and their interaction with other tax rules, in particular with tax treaties and the EU fundamental freedoms. Thus, the application of anti-hybrid rules means exercising taxing rights which sometimes may be limited by a tax treaty; therefore, the compatibility between anti-hybrid rules and tax treaties must be examined. Besides, anti-hybrid rules may give rise to some concerns regarding to the EU fundamental freedoms to the extent that these rules are only targeted to situations in which the taxpayer is exercising a protected EU freedom.

## INTRODUCCIÓN. JUSTIFICACIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO

Desde hace unos años ha cobrado capital importancia el fenómeno de la denominada planificación fiscal agresiva. Esta realidad se caracteriza por la explotación, por parte de las empresas que operan multinacionalmente, de las diferencias normativas existentes entre los sistemas fiscales nacionales con el objeto de reducir la carga tributaria global a niveles inferiores de los que se derivarían si dichas empresas operasen exclusivamente en cualquiera de las jurisdicciones en las tienen actividad real.

En unos casos, estas diferencias se deben a los tipos de gravamen, diferencias que son aprovechadas para transferir la base imponible de una jurisdicción a otra mediante estrategias de precios de transferencia y, en otros, mediante el empleo de instrumentos financieros de deuda.

No obstante, a veces estas divergencias se manifiestan en la calificación de un elemento del hecho imponible, provocando que un mismo instrumento jurídico o supuesto de hecho sea calificado de manera diferente o "híbrida" en dos jurisdicciones, con consecuencias tributarias diversas; de forma que, en un contexto transfronterizo, estas diferencias pueden dar lugar a que la renta no sea gravada en ninguna jurisdicción, dando lugar al fenómeno que ha sido denominado como "asimetrías híbridas". Así, este trabajo pretende analizar el fenómeno de la doble no imposición producto de la utilización de los instrumentos o situaciones híbridas.

Las asimetrías híbridas son el paradigma de la "doble no imposición", término que ha sido acuñado por oposición a la doble imposición. Recientemente, la OCDE y la UE han iniciado un proceso de armonización fiscal en la comunidad internacional al objeto de combatir la planificación fiscal agresiva y la erosión de las bases imponibles de los países afectados por dichas técnicas de planificación. Entre las normas propuestas en este proceso armonizador, las normas destinadas a combatir las asimetrías híbridas han ocupado un papel relevante. Concretamente, a través de la Acción 2 del Proyecto BEPS, promovido por la OCDE, se diseñaron las *normas vinculadas* (*linking rules*) para combatir

las asimetrías híbridas de manera coordinada en la comunidad internacional, normas que posteriormente se incorporaron en el Derecho de la UE a través de la Directiva Anti-Elusión Fiscal (ATAD). Estas normas anti-híbridos se caracterizan porque hacen depender los efectos de las normas tributarias nacionales de los efectos de las normas extranjeras, para así asegurar el principio de imposición única (*single tax principle*).

La implementación en la comunidad internacional de medidas contra las asimetrías híbridas se explica fundamentalmente por razones de política fiscal, más que jurídicas, en la medida en que la doble no imposición (y en concreto las asimetrías híbridas) no implica necesariamente la existencia de elusión fiscal. Así, las asimetrías híbridas no necesariamente suponen conductas contrarias al ordenamiento jurídico que puedan ser combatidas mediante las doctrinas generales anti-abuso. No obstante, al margen de las consideraciones de política fiscal propias de las organizaciones internacionales que las han promovido, desde el punto de vista jurídico todo este proceso armonizador frente a la doble no imposición en general, y las asimetrías híbridas en particular, ha planteado numerosas cuestiones, por lo que es necesario un profundo análisis técnico de dichas normas y de su interacción con otras normas tributarias, nacionales e internacionales, y con los principios de justicia tributaria.

Por todo ello y por lo novedoso de esta normativa, la presente investigación, dirigida a obtener el grado de Doctor en Derecho, tiene por objeto el estudio del régimen jurídico-tributario de las normas encaminadas a reaccionar frente a la ausencia de imposición bilateral que puede derivarse de la utilización por los contribuyentes de las entidades e instrumentos financieros híbridos.

El presente trabajo está estructurado en cuatro capítulos. En el primero de ellos se realiza una delimitación conceptual de la doble no imposición con el objeto de enmarcar adecuadamente el fenómeno de las asimetrías híbridas. En este capítulo se pretende trazar los orígenes del concepto de la doble no imposición y situarlo adecuadamente dentro del contexto de la fiscalidad internacional.

En este sentido, los contornos del fenómeno de la doble no imposición se muestran difusos debido a un uso de dicho concepto un tanto fragmentario por parte de la literatura y de las organizaciones internacionales. A menudo, dentro de este concepto se han entremezclado de manera inconsistente elementos propios de la elusión fiscal, la posible obsolescencia de los principios nucleares que sustentan el actual régimen fiscal internacional (como es el *arm´s length*), o la existencia de economías de opción derivadas del aprovechamiento de las divergencias entre los sistemas fiscales nacionales. Ante ese difuso panorama conceptual, resulta difícil establecer una política fiscal coherente y respuestas jurídicas efectivas frente a la doble no imposición, y en particular frente a las asimetrías híbridas.

Por ello, en el primer capítulo del presente trabajo se pretende destilar un concepto riguroso del fenómeno de la doble no imposición, basado en un resultado material y al margen de elementos subjetivos que pudieran distorsionar la valoración de tal fenómeno. Y distinguir las posibles formas de doble no imposición en función del papel que desempeñan los Estados en su producción, entre las que destaca la *doble no imposición de carácter bilateral* como la forma más paradigmática de tal fenómeno.

En el segundo capítulo se profundiza en la cuestión de la posible existencia de un régimen fiscal internacional, delimitando los principios fundamentales que lo caracterizan: el principio de empresa independiente (*arm´s length*) y el régimen dual de residencia y fuente. El corolario de tal régimen es una tendencia internacional a eliminar la doble imposición y, desde hace unos años, la doble no imposición, de manera que parece haberse extendido la asunción de que existe un principio de imposición única (*single tax principle*). En este capítulo pretendemos analizar, desde una triple perspectiva, la validez de tal principio: desde la perspectiva de los principios y valores que lo legitiman, desde la perspectiva del Derecho positivo, y desde la perspectiva histórico-sociológica.

En el capítulo tercero se realiza un estudio en profundidad de la doble no imposición originada por la interacción de las leyes nacionales, que tiene su paradigma en el fenómeno de las asimetrías híbridas. En este capítulo se parte del análisis de las causas

que provocan las asimetrías híbridas, desde la experiencia española, para, a continuación, centrarnos en las recientes iniciativas de las organizaciones internacionales para combatir este fenómeno de manera coordinada. Así, es objeto de análisis la Acción 2 del Proyecto BEPS, en la que se diseña la estructura y funcionamiento de las normas anti-híbridos, y la recepción de dichas normas en el Derecho de la UE a través de la Directiva Anti-Elusión Fiscal en 2016 (que fue modificada en 2017 para incorporar las reglas anti-híbridos relativas a las asimetrías híbridas con terceros Estados, y para desarrollar las ya existentes). En particular, es objeto de estudio la competencia legal de la UE para adoptar este tipo de normas que imponen a los Estados Miembros la obligación de ejercer sus potestades tributarias, armonizando nuevas parcelas del ordenamiento tributario hasta ahora inéditas y que van más allá de las tradicionales medidas armonizadoras tendentes a eliminar barreras en el ejercicio de la libertad de establecimiento. Por último, muy recientemente, las normas anti-híbridos recogidas en la Directiva Anti-abuso han sido transpuestas en el nuevo artículo 15 bis de la LIS a través del Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, lo cual exige un estudio detallado para conocer en qué medida la transposición de dichas medidas es adecuada.

Por último, el cuarto capítulo está destinado a analizar la interacción de las normas anti-híbridos nacionales con el Derecho internacional. Concretamente, con los convenios para evitar la doble imposición y con el Derecho primario de la UE. En relación a los CDIs, las normas anti-híbridos plantean cuestiones en relación a la posible incompatibilidad de dichas normas con el reparto de las potestades tributarias fijado en un determinado CDI. Así, la aplicación de las normas anti-híbridos nacionales implica el ejercicio de potestades tributarias que a veces están limitadas por las disposiciones del CDI (bien a través de las reglas distributivas, bien a través del método de exención). El otro interrogante que plantean las normas anti-híbridos es si, en la medida en que solo son aplicables a las operaciones transfronterizas, su aplicación podría suponer una violación del principio de no discriminación establecido en el artículo 24 del MC OCDE.

Por último, realizamos un análisis de legalidad de las normas anti-híbridos nacionales a la luz de las libertades fundamentales del TFUE. Así, las normas anti-híbridos son aplicables esencialmente en el contexto transfronterizo (ya que a nivel puramente

interno un sistema fiscal goza de coherencia y no da lugar a conflictos de calificación), lo que implica que puedan ser susceptibles de provocar restricciones en el ejercicio de las libertades de establecimiento y de circulación de capitales. No obstante, el objetivo fundamental de las normas anti-híbridos es impedir el aprovechamiento de ventajas fiscales selectivas injustificadas, materializando así uno de los objetivos nucleares de la UE: el establecimiento de un marco de competencia igualitario donde todos los operadores económicos que concurren en el mercado europeo puedan competir en igualdad de condiciones. Por ello, en esta última parte del trabajo ponderamos y confrontamos ambos objetivos de la UE, el aseguramiento de un marco de competencia igualitario y las libertades fundamentales, con el objeto de intentar resolver el encaje de las normas anti-híbridos nacionales dentro del Derecho primario de la UE.

# CAPÍTULO I: EL FENÓMENO DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN

## 1. La doble no imposición en el escenario de la fiscalidad internacional

El tránsito a la presente centuria ha traído nuevas realidades económicas que están poniendo a prueba los pilares sobre los que descansa el régimen fiscal internacional. La primera de ellas es la creciente digitalización de la economía y del comercio internacional. Gran parte de las funciones de las empresas están siendo digitalizadas, lo cual está borrando paulatinamente la presencia física de muchas empresas en los Estados donde tradicionalmente operaba. Esta presencia física cada vez se hace más tenue y esto pone en entredicho algunos de los fundamentos de la estructura del régimen fiscal internacional en cuanto que este fue diseñado sobre principios de territorialidad. Por otra parte, de la mano de la globalización económica, la intensificación del proceso de internacionalización de las empresas ha llevado a que uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen fiscal internacional, la *residencia*, esté quedando cada vez más obsoleto[1]. Por último, la digitalización de la economía y el desarrollo de las telecomunicaciones han facilitado a los contribuyentes el acceso sin apenas coste a vehículos jurídicos puestos a disposición en otras jurisdicciones. Esto ha supuesto una presión sobre la dinámica de competencia fiscal entre Estados para atraer capital. Esta facilidad para acceder a instrumentos jurídicos de otros países ha propiciado que la industria tributaria haya refinado y sofisticado sus estrategias de planificación fiscal.

Este conjunto de desafíos ha supuesto un grave problema recaudatorio para los países desarrollados y para la financiación de sus Estados de bienestar. En primer lugar, porque la mencionada intensificación de la competencia fiscal internacional está presionando a los Estados para reducir la carga fiscal sobre aquellos factores más móviles (como el capital) ante el miedo a perder competitividad y perder inversión. Por otro lado, la sofisticación de las estrategias de planificación fiscal, junto con la digitalización del comercio, está revelando paulatinamente la obsolescencia de un régimen fiscal que está

[1] Véase Kleinbard (2011), pp. 702-707.

basado en nociones tan formalistas como la *residencia*, en clara disonancia con la internacionalización de las empresas, o la *fuente*, que no es capaz de responder plenamente a las nuevas realidades digitales.

De aquí nace una gran divergencia entre el comercio internacional y las leyes tributarias. Mientras la economía se ha globalizado plenamente, la globalización de las leyes tributarias no transcurre en paralelo, sino siempre por detrás y sometida continuamente a la barrera que supone la soberanía de los Estados. En este contexto de soberanía fiscal y de internacionalización del comercio, la heterogeneidad de las leyes tributarias nacionales ha creado grandes oportunidades de *arbitraje fiscal*[2] en favor de los contribuyentes, que explotan y monetizan las diferencias entre los diferentes sistemas fiscales nacionales. Resultando todo ello en un régimen fiscal internacional ineficiente y repleto de lagunas.

La OCDE y la Unión Europea están intentando liderar en la actualidad un proceso de revolución en el régimen fiscal internacional en aras de superar estos actuales desafíos y adaptar el Derecho tributario al nuevo paradigma económico. En este contexto, el proyecto BEPS ha supuesto el pistoletazo de salida de esta bienintencionada iniciativa reformista. Dicho proyecto ha puesto el foco en la planificación fiscal agresiva llevada a cabo por las grandes empresas multinacionales y que tiene como resultado la erosión de la base imponible de las mismas. El proyecto BEPS ha identificado y etiquetado las principales debilidades del régimen fiscal internacional a través de las cuales los grandes

[2] El concepto de *arbitraje fiscal* ha sido tomado por la literatura tributaria del ámbito financiero, véase Rosembuj (2011), pp. 26 y ss. En la disciplina financiera, *arbitraje* significa aprovecharse de las diferencias de cotización de un mismo activo financiero en dos mercados distintos. Así, el *arbitrajista* "arbitra" o explota las diferencias de precio de un activo en dos mercados diferentes, de manera que compra valores en un mercado para inmediatamente venderlos en otro mercado en el que cotizan a un precio más elevado; véase Shleifer y Vishny (1997), p. 35. El arbitraje financiero se aprovecha de las diferencias de rendimientos de un mismo activo mediante dos operaciones simultaneas de signo contrario: la adquisición y la venta de un mismo activo. En términos financieros supone adoptar simultáneamente una posición *larga* (la compra) y una posición *corta* (la venta), de manera que el *cash flow* neto resultante de dichas operaciones simultáneas debe ser positivo, asegurando un beneficio financiero libre de riesgo. En el ámbito tributario, se ha tomado por analogía el concepto de "arbitraje" para referir desde una perspectiva económica a todas aquellas operaciones libres de riesgo, en la medida en que se dan en el seno de un mismo grupo empresarial o bajo un mecanismo estructurado, por las que el contribuyente explota las diferencias fiscales existentes dentro de un mismo sistema fiscal o a través de varios sistemas fiscales, de manera que obtiene un beneficio financiero; véase Stiglitz (1985), p. 325.

contribuyentes reducen su carga fiscal, y ha propuesto soluciones *ad hoc* para cada una de estas debilidades.

Una de las principales debilidades de que adolece el régimen fiscal internacional es el fenómeno de la doble no imposición de carácter bilateral, y en concreto las asimetrías híbridas. Este fenómeno surge de la convivencia de normas tributarias nacionales dispares que, cuando interaccionan entre sí, generan resultados de doble no imposición[3]. El objeto de la presente tesis es tratar la problemática que se deriva de este fenómeno. Por ello, hemos considerado conveniente dedicar este primer capítulo a realizar una apropiada contextualización de este fenómeno dentro del régimen fiscal internacional y del fenómeno de la doble no imposición en general.

## 2. El fenómeno de la doble no imposición: un concepto indeterminado

En el presente trabajo, es objeto de estudio el fenómeno de la doble no imposición como consecuencia de la utilización de instrumentos híbridos. Por ello, es necesario hacer un previo acercamiento conceptual al fenómeno de la doble no imposición y así poder enmarcar las asimetrías híbridas en su debido contexto.

El concepto de la doble no imposición es un fenómeno relativamente reciente en comparación a la doble imposición internacional[4]. Al ser un fenómeno reciente, su desarrollo teórico es aún heterogéneo y hasta cierto punto confuso[5].

El primer problema al que nos enfrentamos es que no hay una definición universal o univoca de este fenómeno[6]. En un primer momento, este fenómeno nació vinculado a

[3] Las doble no imposición no solo surge como consecuencia de la interacción de normas nacionales diversas, sino también como consecuencia de la aplicación descoordinada de un mismo CDI por los dos Estados contratantes.

[4] En el contexto de los CDIs, es relevante el Informe Partnership de la OCDE (1999), o el congreso de la IFA en 2004, relativo a la doble no imposición, *Cahiers de droit fiscal international*, Volumen 89a. El proyecto BEPS, desarrollado por la OCDE, es quizá el primer intento de sistematizar en un único cuerpo normativo todos aquellos fenómenos que se engloban dentro de la planificación fiscal agresiva. Véase Dourado (2015a), p. 48. La autora engloba dentro del concepto de planificación fiscal los supuestos de elusión fiscal y el fenómeno de la doble no imposición involuntaria.

[5] Traversa y Helleputte (2009), p. 340.

[6] Helminen (2016), p. 67.

la doble imposición jurídica internacional[7]. De tal manera que la doble no imposición fue un término extrapolado mediante la "inversión" del concepto de doble imposición jurídica internacional. Mientras que la doble imposición jurídica internacional supone la tributación de una renta en dos países distintos, la doble no imposición implica que una renta sujeta a la potestad tributaria de varios países no es sometida a tributación en ninguno de ellos[8].

Sin embargo, en los últimos años, fruto de la creciente atención a las prácticas de planificación fiscal agresiva llevadas a cabo por las grandes multinacionales, el concepto de doble no imposición ha sido empleado también desde una perspectiva más amplia, para referir a aquel beneficio empresarial que, fruto de la planificación fiscal agresiva, no es gravado en ningún país[9]. En este sentido, la OCDE ha vinculado la doble no imposición al fenómeno BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*, por sus siglas en inglés), fruto de la ingeniería fiscal. De acuerdo a la OCDE, "*base erosion and profit shifting (BEPS) relates chiefly to instances where the interaction of different tax rules result in tax planning that may be used by multinational enterprises (MNEs) to artificially shift profits out of the countries where they are earned, resulting in very low taxes or even double non-taxation*"[10]. La OCDE establece que la planificación fiscal agresiva puede resultar en doble no imposición, pero no define claramente qué es este fenómeno. Parece incluso asociar este fenómeno a la aplicación de "*muy bajos impuestos*".

El proyecto BEPS se ha sustentado en tres pilares. El primer pilar es la consecución de un sistema fiscal internacional coherente y sin disparidades entre las leyes nacionales. El segundo pilar es la alineación entre la tributación y la "sustancia" de la actividad. Y el último pilar es el que se refiere a la necesidad de un sistema fiscal transparente. Sobre los dos primeros pilares, la OCDE establece lo siguiente:

---

[7] Véase Vogel (1986), pp. 59 y ss.; Lang (2004); Scapa y Henie (2005).

[8] Helminen (2016), p. 67. La doble imposición jurídica internacional "nace como resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo", en OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio* (MC OCDE, en adelante), párrafo 1 de la Introducción.

[9] Dourado (2015a), pp. 43 y 44.

[10] "Tax Annex to the St. Petersburg G20 Leader's Declaration" (2013), párr. 5, en https://www.oecd.org/g20/summits/saint-petersburg/Tax-Annex-St-Petersburg-G20-Leaders-Declaration.pdf

> "La erosión de la base imponible y el traslado de beneficios se relacionan sobre todo con ejemplos en los que las diferentes normas impositivas producen una **doble exención o una imposición inferior a la ordinaria**. También se relaciona con estructuras artificiosas que logran una baja o nula imposición mediante la retirada de los beneficios de las jurisdicciones donde tienen lugar las actividades que los generan. **La baja o nula imposición no son *per se* causa de preocupación, pero sí lo son cuando están asociadas a prácticas que disocian artificiosamente la base imponible de las actividades que la generaron**. En otras palabras, lo que crea preocupación a la política impositiva es que, debido a lagunas en la interacción de distintos sistemas impositivos, en algunos casos derivadas de tratados de doble imposición, los beneficios de las actividades transfronterizas puedan quedar sin gravar o quedar, sin razón, insuficientemente gravados."[11] (énfasis añadido)

A primera vista, podría parecer que la "doble no imposición" (o "doble exención") únicamente cubre aquellos supuestos de asimetrías híbridas, pero no aquellos casos de elusión fiscal. Sin embargo, la OCDE también emplea este concepto para referirse a casos de comportamientos artificiosos, tanto en el ámbito de la subcapitalización como en el ámbito del uso impropio de los CDIs[12]. Por tanto, parece que la OCDE emplea el término de *doble no imposición* o *doble exención* para referir a cualquier situación de erosión de la base imponible derivada de la interacción de exenciones (o gravámenes reducidos, por debajo del tipo ordinario)[13] y deducciones entre diferentes países. Esta acepción de la doble no imposición dejaría fuera los casos de elusión fiscal por traslado artificial del beneficio a un territorio con un tipo de gravamen ordinario más bajo que el del país donde verdaderamente se genera dicho beneficio.

[11] OCDE (2013), p. 12.
[12] OCDE (2013), pp. 19 y 21-22.
[13] OCDE (2013), p. 19. La OCDE utiliza el término *doble exención* para referir a supuestos de subcapitalización donde el prestamista está sujeto a un "régimen fiscal favorable (de baja imposición)".

En el marco de la UE, la doble no imposición ha sido definida también de manera ambigua[14]. En particular, la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) es una muestra de ello. Primeramente, y desde una perspectiva estrictamente técnica, la Comisión distingue entre "deducciones dobles" y "doble no imposición", produciéndose esta última cuando "la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia" para, a continuación, dar una definición más amplia en la que "un contribuyente se beneficia de ventajas fiscales mediante una gestión de su situación fiscal que evita la imposición de sus ingresos por las jurisdicciones fiscales competentes". En este mismo documento, la Comisión finalmente asocia la doble no imposición a aquellas "estructuras de planificación fiscal frecuentemente utilizadas, que aprovechan las discordancias existentes entre dos o más sistemas fiscales". Esta última definición es más ambigua ya que invita a preguntarse si la mera diferencia entre los tipos generales de gravamen de varios países (con las posibilidades de arbitraje entre dichos tipos, para así transferir bases imponibles) no implica de por sí la existencia de "discordancias existentes entre dos o más sistemas fiscales".

En cuanto a la doctrina, hay autores que han definido la doble no imposición como aquella que implica la "completa ausencia de tributación en dos o más jurisdicciones"[15]. Esta definición tiene el inconveniente de que no incluye los supuestos de existencia de tipos reducidos o exenciones parciales[16]. Otros autores han definido la doble no

[14] Véase Comisión Europea, *Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases,* (Bruselas, 5 de julio de 2012, TAXUD D1 D(2012)), pp. 8 y 9. En esta consulta pública se identifican una serie de cuestiones de variada naturaleza sobre las que los colaboradores son invitados a dar ejemplos concretos. Gran parte de los colaboradores en esta consulta (entre los que destaca la comunidad empresarial) ponen de manifiesto la ambigüedad y amplitud del concepto de doble no imposición y la heterogeneidad de muchas de estas cuestiones. En concreto, muchos de los colaboradores critican que esta consulta no distingue entre doble no imposición, que muchos colaboradores identifican con las asimetrías híbridas y con las lagunas legales, y competencia fiscal internacional.

[15] Parada (2017), p. 72. En este sentido también, Verstraeten (2009), p. 374. En contra, Marchgraber (2018), p. 26, establece que la doble no imposición en el contexto de la UE no tiene por qué ser total, sino que basta con que la tributación agregada de la renta transfronteriza sea inferior a la que habría en una situación doméstica comparable.

[16] De acuerdo a Bizioli (2009), p. 402, la doble no imposición puede ser completa o parcial. En este mismo sentido, Lang (2004), pp. 81-82, señala que la doble no imposición de carácter parcial ocurre en aquellos convenios que incorporen cláusulas de *tax sparing* o *matching credit*. Para Martínez Laguna (2017), p. 202, también existe doble no imposición parcial en los casos de deducibilidad fiscal de un interés nocional

imposición como "el resultado de la aplicación de normas que limitan los derechos tributarios de dos o más Estados para impedir la doble imposición, lo que conduce a la ausencia de tributación en el Estado involucrado de un ítem de renta (o riqueza) que habría sido gravado de haber sido obtenido en un contexto puramente doméstico"[17]. Esta definición presume que toda exención sobre la renta transfronteriza tiene por objeto eliminar la doble imposición internacional, de manera que si el otro Estado no grava la renta la exención excede de su función, generando un resultado involuntario[18]. Sin embargo, es difícil saber a ciencia cierta cuál es el objetivo genuino de las exenciones sobre las rentas transfronterizas (la eliminación de la doble imposición o simplemente la concesión de una ventaja fiscal para incentivar la inversión exterior).

A partir de todas estas definiciones, y mediante un análisis crítico de todas ellas, es posible extrapolar elementos comunes y elaborar un concepto integral de la doble no imposición que delimite de manera rigurosa este concepto.

## 3. Delimitación conceptual del fenómeno de la doble no imposición

### 3.1. El objeto sobre el que recae la doble no imposición internacional: la renta transfronteriza

Algunos autores han señalado de manera acertada que la *no imposición* nunca puede ser *doble* en la medida en que el doble de cero es siempre cero[19]. La ausencia de tributación sobre una la renta nunca puede ser doble[20]. Esta crítica semántica parte precisamente de un concepto material de la *imposición única*, vinculado a una

sobre una parte del beneficio de la entidad y la correspondiente exención sobre el reparto de dividendos a cargo de ese beneficio.

[17] Traversa y Helleputte (2009), p. 340. Véase también Ring (2002), p. 81.

[18] Véase nota 128.

[19] Falcón y Tella y Pulido Guerra (2013), pág. 115, deniegan la validez de la expresión "doble no imposición" por razones semánticas, ya que la no imposición nunca puede ser "doble, o triple". Véase también Shaviro (2016), p. 1294.

[20] El hecho de que una renta esté sujeta a la jurisdicción tributaria de varios Estados no implica que la *no imposición agregada* sea doble. Lo que es doble es el ejercicio de las potestades tributarias por dos (o más) Estados.

tributación agregada[21]. Efectivamente en el agregado, una renta nunca pueda ser "no gravada" varias veces. Como veremos más adelante, adoptando una perspectiva material de la doble no imposición, "doble" no significa necesariamente el otorgamiento de dos beneficios fiscales por sendos países sobre una misma renta, ya que un doble beneficio fiscal no implica necesariamente una *infraimposición* agregada. Además, tanto da decir que es doble el beneficio fiscal como que es doble el ejercicio de una potestad tributaria, ya que el mero otorgamiento de un beneficio fiscal (ya sea parcial o pleno) supone de por sí el ejercicio de una potestad tributaria. En otras palabras, la mera sujeción de una renta a la potestad tributaria de una jurisdicción ya supone el ejercicio de la misma[22]. Por tanto, si descomponemos la tributación agregada en las diferentes potestades tributarias que se ejercen sobre la renta observamos que la doble no imposición internacional es consecuencia de aplicación concurrente de mecanismos de *no imposición* por varios países que tienen conexiones con dicha renta[23].

Por tanto, si bien el resultado material no puede ser doble, sí puede serlo el origen o la fuente de dicho resultado. El término "doble" refiere a aquella *no imposición* que se da en el contexto de una **sujeción de la renta a la potestad tributaria de dos o más países**. Por tanto, el *objeto de la doble no imposición internacional debe ser necesariamente la renta transfronteriza*[24]. Cuando un resultado de infraimposición agregada se produce en el contexto de una doble (o múltiple) sujeción de una renta a la potestad tributaria de varios Estados, hablaremos entonces de doble no imposición internacional. De la misma

[21] Sobre esta cuestión, véase el Capítulo I, sección 3.2.2.

[22] De acuerdo a Martínez Laguna (2017), p. 194, la "no imposición" implica también el ejercicio de la soberanía tributaria por parte de un Estado.

[23] La *no imposición* debe entenderse como cualquier mecanismo que reduzca la deuda tributaria del país que lo aplica, de tal manera que pueden tomar forma de exenciones, gravámenes reducidos, deducciones, etc. Martínez Laguna (2017), p. 199, distingue entre varios mecanismos de no imposición: la no imposición activa, la pasiva, y la derivada de los compromisos internacionales; véase al respecto nota 161. Para este autor, la doble no imposición surge como resultado de la combinación transfronteriza de los distintos mecanismos de no imposición (p. 202).

[24] La renta transfronteriza puede serlo en un sentido jurídico o en un sentido económico. La renta en sentido económico es aquella que ignora los contribuyentes por los que transcurre. De tal manera que la renta queda sujeta a la potestad tributaria de dos jurisdicciones en caso de que la entidad que realice un pago y la entidad que lo recibe sean residentes en países distintos, siendo así susceptible de producirse un resultado de doble (no) imposición internacional. En este caso hablaríamos de doble (no) imposición económica. Véase al respecto el Capítulo I, sección 3.2.3.2.2.

forma, cuando hay una sobreimposición agregada en el contexto de una doble sujeción de la renta a dos jurisdicciones, hablaremos de doble imposición internacional[25].

Aunque no sea objeto de la presente tesis, la doble no imposición puede tener también carácter interno. Una renta de carácter puramente doméstico puede incurrir en doble no imposición en la medida en que esté sujeta a dos impuestos internos[26]. De la misma forma que la doble no imposición internacional, esta podrá ser jurídica o económica[27].

### 3.1.1. La conexión territorial[28]

Para poder ejercitar una potestad tributaria de manera reducida, debe cumplirse necesariamente la premisa de que haya una sujeción formal de la renta a la potestad tributaria de un Estado, con independencia de la intensidad con que se ejerza esa potestad, o de que se inhiba mediante un CDI. Así, solo podrá existir un la doble no imposición internacional en aquellos supuestos en que una renta esté previamente sujeta al impuesto de dos países[29]. La exención, el tipo reducido, la deducción o

[25] De acuerdo a Calderón Carrero (1996), p. 75, la doble imposición internacional está causada por la existencia de una pluralidad de criterios de sujeción.

[26] Bizioli (2009), p. 400, establece que la doble no imposición puede ser internacional o interna.

[27] La doble no imposición de carácter jurídico puede darse en Estados federales o autonómicos. La doble no imposición de carácter económico, por ejemplo, se da cuando determinados regímenes especiales consideran los intereses derivados de préstamos participativos exentos de tributación para el perceptor, mientras que al mismo tiempo se permite al pagador la deducibilidad fiscal de los mismos. En particular, la derogada Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades aplicable al Territorio Foral de Vizcaya, preveía en su artículo 60 un régimen especial para las denominadas Sociedades de Promoción de Empresas por el cual los intereses derivados de los préstamos participativos estaban exentos en sede del perceptor mientras que el pagador podía deducirlos fiscalmente.

[28] A lo largo del presente trabajo es importante no confundir las expresiones *conexión territorial sobre la renta* y *potestad tributaria sobre la renta*. En el primer caso, nos referimos a aquella situación en la que un determinado Estado ostenta conexión territorial suficiente sobre una determinada renta como para poder ejercer su potestad tributaria sobre la misma. Sin embargo, cuando hablamos de la *potestad tributaria sobre la renta* nos referimos a la sujeción formal de la renta a la potestad tributaria de un Estado, fruto de un "mejor" derecho reconocido por los principios del régimen fiscal internacional (bien a través de la costumbre internacional, bien a través de la red de CDIs). Véase Hellerstein (2003), pp. 35 y 36. Este autor distingue entre "jurisdicción substantiva" y "jurisdicción de ejecución". La primera refiere a aquella conexión territorial suficiente que legitima a un Estado para gravar una determinada renta. Mientras que la segunda refiere a la capacidad ejecutiva que tiene un Estado para recaudar un impuesto ("eficacia espacial de la norma tributaria").

[29] De acuerdo a Helminen (2016), 67, la doble no imposición se produce cuando la renta tiene conexión con dos o más Estados.

cualquier otro beneficio fiscal únicamente pueden producirse sobre aquellas rentas que estén previamente sujetas al impuesto. Por tanto, la múltiple sujeción de una renta a varias jurisdicciones es precisamente la relación jurídica que da carta de naturaleza a la renta transfronteriza. Se trata de una definición formal o positivista que presume que la conexión territorial entre renta y Estado no es lo suficientemente intensa si no hay sujeción formal. De lo contrario, de no haber sujeción, la conexión tributaria no se juzga suficiente como para atribuirse la potestad tributaria sobre dicha renta. Existe una identidad entre la sujeción múltiple de una renta a la potestad tributaria de varios países y la renta transfronteriza.

Esto implica que no hay una renta transfronteriza (y por tanto no podría haber doble no imposición internacional) en aquellos casos en que la renta solo está sujeta a la potestad tributaria de un país, pero tenga conexiones territoriales diferentes a las tradicionales con otros países[30]. Esto se debe a la estructura formalista de un cada vez más obsoleto régimen fiscal internacional. El régimen fiscal internacional está construido sobre dos principios cada vez más inoperantes, el principio de empresa independiente y el principio del beneficio.

El principio del beneficio reparte las potestades tributarias entre los Estados, bajo la asunción de una dualidad de sujeción, residencia y fuente, fuera de la cual no parece haber conexión territorial suficiente para gravar la renta. Así, los beneficios empresariales obtenidos en el extranjero solo tienen dos polos de atracción territorial suficiente para someterlos a la potestad tributaria: el Estado de residencia y el Estado donde radica el establecimiento permanente (la fuente de las rentas activas es monolítica, solo pueden derivar de la existencia de un establecimiento permanente). No obstante, las ineficiencias de este régimen dual han puesto sobre la mesa el debate sobre la posibilidad de extender la fuente de las rentas activas a otros polos de atracción

[30] Incluso tampoco habría renta transfronteriza, y por tanto no habría doble no imposición en sentido estricto, en aquellas situaciones en las que un contribuyente no tiene residencia fiscal en país alguno, quedando por tanto sus rentas no sujetas a la potestad tributaria de ningún país.

como, por ejemplo, el lugar donde se realizan las ventas[31]. Esta dualidad está quedando cada vez más obsoleta debido a la internacionalización de las empresas y al nacimiento de nuevas conexiones territoriales de la renta hasta ahora no concebidas debido a nuevas realidades comerciales y tecnológicas (por ejemplo, los servicios digitales) que han provocado que muchas veces los Estados no sean capaces de identificar claramente la fuente o la residencia de sus empresas multinacionales, quedando la renta sin gravar[32]. En esta nueva realidad, el concepto de doble no imposición queda sin sentido en la medida en que la definición propuesta solo tiene en cuenta aquellas rentas sometidas a una sujeción tributaria formal por varios Estados, es decir, sometidas a los tradicionales polos de atracción de residencia y fuente. De tal modo que hay *rentas sin Estado*[33] que extienden sus conexiones territoriales más allá de las jurisdicciones en las que la renta queda formalmente sujeta y se produce la doble no imposición.

Una determinada renta puede tener variadas conexiones territoriales con diferentes países y, por tanto, tener múltiples fuentes: el lugar donde se paga la renta, el lugar del establecimiento permanente, el lugar donde se localizan los clientes de la empresa, etc. Esto implica que todos aquellos países con capacidad territorial y/o legitimidad territorial para gravar una determinada renta, tienen conexión territorial con la misma. De tal modo que todos aquellos Estados que renuncian a gravar dicha renta por no considerarse competentes (de acuerdo a los principios tradicionales del régimen fiscal internacional) están aplicando una suerte de *no imposición* a la misma, pudiendo decir por tanto que la no imposición puede darse tantas veces como países con conexión territorial sobre la misma[34]. Pongamos el ejemplo de una empresa residente en el país A que vende sus productos, sin mediación de establecimiento permanente, en el país B. Por un lado, el país A, merced un régimen fiscal especial, bonifica la renta de dicha empresa y por otro lado la legislación interna del país B considera que, por carecer de

[31] Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de septiembre de 2017, COM(2017) 547 final, sobre un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital. Véase nota 538.
[32] Véase Kleinbard (2011), p. 706.
[33] Sobre el concepto de "rentas sin Estado", véase Kleinbard (2011), p. 702.
[34] Este razonamiento es igualmente aplicable a la conexión por razón de residencia, ya que la residencia puede ser determinada por multitud de factores, no solo por la permanencia física (en el caso de las personas físicas) o por el lugar de constitución de la entidad.

establecimiento permanente, la renta no se considera obtenida en su territorio. A primera vista no se diría que estamos ante un caso de doble no imposición, porque podría parecer que fuente y residencia confluyen en A y, por tanto, no existirá en puridad doble no imposición internacional debido a que el país B no sujeta a tributación los beneficios empresariales sin mediación de un EP[35]. Pero un análisis material no puede desconocer que B tiene conexión suficiente con la empresa (a través de sus consumidores) como para gravar la renta y que es precisamente el CDI (o la costumbre internacional) el que se lo impide[36].

Otro ejemplo es el de las prácticas de diferimiento en los grupos multinacionales. En este caso, el germen del problema está en la rigidez del principio de empresa independiente. De acuerdo a este principio, los beneficios empresariales son atribuidos a la entidad que desarrolla la actividad y, por tanto, solo son gravados en el país de residencia de dicha entidad o en el del establecimiento permanente. Por ello, salvo supuestos de abuso en los que son aplicables las normas de transparencia fiscal internacional, no es práctica habitual que los Estados graven los beneficios empresariales que sus residentes obtienen en el extranjero de manera indirecta, a través de entidades filiales extranjeras[37]. Pero esto no significa que el Estado de residencia de la entidad matriz no tenga conexión territorial suficiente con las rentas obtenidas por sus filiales extranjeras.

### 3.2. La construcción dogmática de la doble no imposición

#### 3.2.1. La doble no imposición como fenómeno basado en un resultado[38]

[35] Véase el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

[36] Para Lang (2004), p. 83, este caso sería un ejemplo de doble no imposición. De hecho, este tipo de situaciones plantean los mismos problemas que la doble no imposición en sentido estricto. En la actualidad estamos viendo que muchas empresas tecnológicas operan en multitud de países sin establecimiento permanente, razón por la cual la Unión Europea ha planteado la necesidad de modernizar el concepto de establecimiento permanente; al respecto, véase la nota 31 del presente trabajo.

[37] Sobre la interacción de las normas de transparencia fiscal y los CDIs, véase Aigner et al. (2004).

[38] Parada (2017), pp. 67 y ss., señala que la UE ha adoptado un "*consequentialist approach*" en su lucha contra la planificación fiscal agresiva.

Es importante no confundir la doble no imposición internacional con la elusión fiscal o la evasión fiscal[39]. En la elusión fiscal el contribuyente se vale de estructuras artificiales para conseguir un beneficio fiscal que de otro modo no tendría[40]. La elusión fiscal no se centra en el efecto o resultado (la doble no imposición) sino en cómo (mediante comportamiento artificioso) utiliza el contribuyente la ley para alcanzar dicho resultado[41]. En multitud de casos, la doble no imposición es resultado de una actividad con sustancia económica por parte del contribuyente[42]. No obstante, en otros casos, el contribuyente crea estructuras artificiosas para alcanzar este resultado de la doble no imposición[43]. Así, la doble no imposición no requiere necesariamente que exista elusión fiscal[44]. Esto plantea diferencias en cuanto a la legitimidad de ambos fenómenos. La

[39] Según el diccionario de términos fiscales *International Tax Glosary*, 6ª edición, IBFD, 2009, la elusión fiscal (*tax avoidance*) es un "término usado para describir el comportamiento del contribuyente dirigido a reducir la deuda tributaria que no llega a la evasión fiscal". Se considera a menudo inaceptable o ilegítimo, pero no ilegal. La elusión fiscal se encuentra "dentro de la literalidad de la ley, pero en contra del espíritu de la ley". Por el contrario, la evasión fiscal (*tax evasión*) es un término que describe un "comportamiento ilegal intencionado" o "una violación directa de la ley", que generalmente engloba supuestos de ocultación. Véase también Palao Taboada (2009), p. 22. De acuerdo a Bago Oria (2010), p. 1298, en la evasión fiscal el contribuyente cumple con los "presupuestos del hecho normativo tipificado en la norma fiscal", pero oculta a la Hacienda la realización de dicho presupuesto, evitando así pagar la deuda tributaria. La evasión fiscal no solo implica la ocultación de la realización del hecho imponible en un sentido negativo, sino que implica también la ocultación en un sentido positivo (es decir, el engaño o simulación). Por ejemplo, cuando un contribuyente crea un negocio simulado para encubrir el verdadero hecho imponible, o también cuando el contribuyente aplica beneficios fiscales que exigen la concurrencia de determinados presupuestos y condiciones que el contribuyente realmente no ha realizado (mediante, por ejemplo, la emisión de facturas falsas para deducir gastos que nunca se han realizado).

[40] La elusión fiscal es asimilada en el Derecho español con el fraude a la ley tributaria; véase Bago Oria (2010), pp. 1298-1299. Véase también Palao Taboada (2009), p. 21. Dourado (2015a), p. 50, establece que la elusión fiscal es un "concepto centrado en el comportamiento del contribuyente y no en la inadecuación de las normas tributarias existentes". Bühler (1968), pp. 226-227, se refiere a una "imposición inferior" ("*minderbesteuerung*") en aquellos "casos en los que la imposición queda por debajo de lo que arrojaría una recta aplicación de las leyes fiscales a los correspondientes presupuestos de hecho".

[41] El fenómeno de la doble no imposición no se centra en el cómo, sino en el efecto; véase Martínez Laguna (2017), p. 219.

[42] Ring (2002), p. 87.

[43] Por ejemplo, el *treaty shopping* implica una actuación elusiva del contribuyente, que establece una entidad en una jurisdicción intermedia sin otro propósito que el mero ahorro fiscal. En estos casos el objetivo perseguido suele ser la obtención de un resultado de doble no imposición en la repatriación de dividendos. En este sentido Scapa y Henie (2005), p. 266, distinguen la doble no imposición resultante del uso "propio" o "impropio" de los CDIs. Otro caso de utilización de la elusión fiscal para alcanzar efectos de doble no imposición lo encontramos en las asimetrías híbridas *importadas.* Se trata de operaciones de financiación entre entidades de un grupo que se valen del establecimiento de una entidad intermedia o instrumental en una jurisdicción intermedia en la cual la distribución del dividendo es deducible debido a una calificación tributaria diferente. Véase al respecto el ejemplo 8.1 de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015).

[44] Para Parada (2017), p. 60, cualquiera que sea el origen de la doble no imposición, ya sea o no el abuso de la norma, sigue siendo un resultado; y por tanto dicho resultado no representa por sí mismo una presunción de abuso o de conducta reprochable.

elusión fiscal es ilegítima de acuerdo a los principios de justicia tributaria ya que, merced a la manipulación de los tecnicismos y formalismos de la norma tributaria, se concede un tratamiento tributario dispar a dos situaciones de hecho sustancialmente idénticas. Es decir, en la elusión fiscal se crea artificialmente una renta transfronteriza para una actividad económica doméstica que genera beneficios de fuente claramente doméstica. Por el contrario, en la doble no imposición nos encontramos una renta realmente transfronteriza y que por tanto es sustancialmente diferente de otras rentas domésticas a las que aplica la *imposición única* y, por tanto, podría estar justificado un tratamiento tributario diferente merced a consideraciones de tipo territorial (la aplicación de mecanismos propios de una política de *Capital Import Neutrality* o CIN)[45].

De la misma forma, la elusión fiscal tampoco implica necesariamente la existencia de un resultado de doble no imposición *stricto sensu*. Aquellos supuestos de traslado artificial de beneficios de un país a otro con un tipo de gravamen inferior no suponen un resultado de doble no imposición en sentido estricto (entendida como una duplicación de beneficios fiscales por las jurisdicciones en las que transcurre la renta). Pero sí implican un ahorro fiscal para el contribuyente en relación a la tributación que habría de no utilizarse medios artificiosos.

Al igual que la doble no imposición, la elusión fiscal internacional puede plantear problemas de Derecho internacional en la medida en que esta sea permitida por los Estados[46]. Por lo general, la elusión fiscal suele ser ilegal de acuerdo a las normas del Estado en que se produce la misma en la medida en que la utilización abusiva de una norma es contraria al espíritu y finalidad de la misma. En España, la norma general anti-abuso para combatir la elusión fiscal se encuentra en el artículo 15 de la LGT, relativo al "conflicto en la aplicación de la norma tributaria". Es evidente que si un Estado tiene normas anti-abuso no se llegará a producir una pérdida de recaudación[47]. Sin embargo,

[45] Por ejemplo, potenciar la inversión transfronteriza puede ser un argumento en favor de la doble no imposición. Véase nota 157, Rosenbloom (2000).
[46] Por ejemplo, la Comisión Europea lleva años poniendo el foco sobre la excesiva permisividad por parte de algunos Estados Miembros frente a la utilización abusiva de sus normas internas por las empresas multinacionales, véase al respecto el Capítulo II, sección 2.2.4.4.
[47] Véase nota 148, Martínez Laguna (2017).

en determinados casos la elusión fiscal es permitida, de manera más o menos intencionada, por los Estados[48].

En otros casos las normas tributarias y el régimen fiscal internacional van detrás de las nuevas realidades digitales y los nuevos paradigmas económicos, razón por la cual el jurista tributario se encuentra permanentemente tratando de identificar y de definir cuál es la realidad y la sustancia económica que esconden estos nuevos paradigmas al objeto de diseñar normas que alineen substancia y tributación[49] En estos casos, la norma tributaria es demasiado formalista debido a que arrastra conceptos obsoletos y basados en prácticas comerciales y corporativas más rígidas que las que se dan actualmente en el contexto de la globalización y digitalización del comercio internacional. Es difícil calificar estos casos de elusión fiscal en un sentido jurídico-formal (aunque en nuestra opinión suponen una clara elusión fiscal en sentido material), ya que realmente suponen estructuras en las que no hay un artificio evidente, pero que por su sencillez no presentan riesgos y obligaciones económicas adicionales para el contribuyente. De tal modo que la renta muchas veces queda sujeta a la jurisdicción de países en los que no hay una conexión territorial verdaderamente sustantiva[50].

Es precisamente en estos últimos casos donde la doble no imposición y la elusión fiscal suelen ir de la mano. El formalismo del régimen fiscal internacional facilita que una empresa multinacional pueda crear las condiciones adecuadas para elaborar una estructura societaria que dé lugar a un resultado de doble no imposición (creando una renta transfronteriza que se beneficie del doble beneficio fiscal) sin que la empresa asuma apenas riesgos extrafiscales adicionales por dicha restructuración[51].

---

[48] Hay países que han desarrollado insuficientemente sus medidas anti-abuso específicas, fiando toda su defensa a la aplicación de medidas generales anti-abuso, las cuales muchas veces son aplicadas de manera más laxa por las autoridades fiscales. Véase Traversa y Zubimendi (2019), pp. 416 y 417.

[49] Uno de los objetivos principales del proyecto BEPS es la "realineación de la imposición y de las actividades productivas esenciales para restaurar los efectos y los beneficios pretendidos por los estándares internacionales, que puede que no hayan evolucionado a la par de los cambiantes modelos empresariales y de la evolución tecnológica", en OCDE (2013), p. 15.

[50] Kleinbard (2011), p. 706.

[51] Edgar (2003), p. 1097, "*the tax benefit obtained through the rearrangement of a transaction is equivalent to the riskless profit available when an asset has different prices in different markets*".

### 3.2.2. La necesidad de construir una *imposición única* de carácter material frente a construcciones formalistas

Si optamos por un concepto puramente formal de la doble imposición[52], el mero ejercicio de varias potestades tributarias sobre una misma renta ya resulta en doble (o múltiple) imposición. No obstante, el ejercicio de dos potestades tributarias concurrentes sobre una misma renta no resulta necesariamente en un mayor gravamen global. De hecho, el ejercicio de una sola potestad tributaria puede ser más gravoso para el contribuyente que el ejercicio de varias potestades tributarias[53]. El ejercicio positivo de una potestad tributaria puede ser sustancialmente idéntico que el "no ejercicio" de una potestad tributaria. Imagínese la situación en que una renta está exenta en el país de residencia y sujeta a un tipo de gravamen del 0,1% en el Estado de fuente[54]. Incluso la existencia de un tipo de gravamen del 0% supone el ejercicio teórico de la potestad tributaria sobre la renta sujeta, aunque de la aplicación de dicho tipo se derive una cuota tributaria de 0[55]. Por tanto, lo relevante no son el número de potestades tributarias que se ejerzan (es decir, "cuántas" potestades tributarias se ejercen), sino "cuánto" se ejercen, de manera que la doble (no) imposición sea un concepto material[56].

Ahora veamos la *imposición única* desde el prisma inverso, el de la doble no imposición. En este caso si optamos por una definición formal de la doble no imposición, definiríamos esta como la concesión a una misma renta de dos beneficios fiscales (entendido el beneficio fiscal como una tributación reducida respecto de la ordinaria de dicho país) por dos países distintos. Sigue siendo un concepto formalista de la *imposición única* ya que un doble beneficio fiscal no tiene por qué resultar necesariamente en un resultado de *infraimposición agregada*. Un ejemplo sería la tributación de una renta en el Estado de fuente a un tipo reducido mientras que el Estado de residencia concede a dicha renta un crédito fiscal por el impuesto pagado en fuente. En este caso,

[52] Véase Schoueri y Galdino (2018), p. 84.
[53] Véase nota 57.
[54] Schoueri y Galdino (2018), p. 85.
[55] Véase la nota 22 del presente trabajo.
[56] Schoueri y Galdino (2018), p. 85.

formalmente hay dos beneficios fiscales (el Estado de fuente aplica un tipo reducido y el Estado de residencia otorga un crédito fiscal por el impuesto de fuente extranjera), pero en el agregado no hay una *infraimposición*.

Por tanto, la doble imposición no puede definirse por el número de potestades tributarias que se ejercen sobre una misma renta, de la misma manera que la doble no imposición tampoco puede definirse por el número de beneficios fiscales que se otorgan sobre una misma renta. Un concepto material de la *imposición única* debe atender únicamente al nivel de tributación total o *agregado* al que es sometida una renta y no al número de veces que se ejerce o se deja de ejercer una potestad tributaria sobre la misma.

Shaviro señala que un concepto formal de la *imposición única* no produce efectos similares respecto de sus dos caras. De acuerdo a este autor, nos encontraríamos con la paradoja de que la doble imposición internacional no siempre supondría una tributación agregada mayor que una "única" imposición. Según este autor, dos gravámenes reducidos podrían suponer una carga tributaria agregada inferior que la carga tributaria ordinaria de cualquiera de los Estados[57]. No obstante, Shaviro advierte que esta misma lógica no es aplicable a la doble no imposición (entendida por el autor como la ausencia total de imposición en todos los países con los que existe conexión territorial con la renta) ya que la doble no imposición siempre va a resultar en una carga tributaria agregada inferior a la carga tributaria ordinaria de cualquiera de los Estados[58]. El problema es que, en nuestra opinión, Shaviro toma como comparación un concepto formal de la doble imposición (entendida como número de gravámenes) y un concepto sustantivo de la doble no imposición (entendida como ausencia total de tributación agregada). Si por el contrario definimos la *imposición única* de una manera sustantiva, a partir de una tributación agregada, sí cobra sentido hablar de las dos caras de este fenómeno: la doble imposición y la doble no imposición. En este sentido, el fenómeno de la *imposición única* de carácter material centra la cuestión de la doble no imposición en parecidos términos que la doble imposición: como una cuestión de relaciones

[57] Shaviro (2016), pp. 1294 y ss.
[58] Shaviro (2016), pp. 1294 y ss. y pp. 1299 y ss.

internacionales, de política económica y de justicia tributaria que afecta a principios como son la soberanía, la neutralidad, la capacidad económica, etc.

### 3.2.3. La *imposición única* como tributación agregada: diferentes propuestas[59]

La existencia de un umbral de tributación agregada que ejerce de límite superior a partir del cual se produce la doble imposición, y de límite inferior a partir del cual se produce la doble no imposición, implica necesariamente definir ese umbral[60]. Ese umbral ha sido denominado como *principio de imposición única* (*single tax principle*) o principio de imposición ordinaria[61]. Sin la determinación de un umbral de tributación agregada no podemos definir en un sentido material la doble (no) imposición. ¿Cómo se define este umbral de *imposición única*?

Una visión puramente doméstica conducirá a respuestas heterogéneas. Los Estados son soberanos para decidir su política fiscal, y por tanto para definir el nivel de tributación más adecuado a sus necesidades de financiación del gasto público.

Sin embargo, si adoptamos un enfoque internacional, hay autores que han defendido la existencia de una serie de principios que conforman un régimen fiscal internacional que efectivamente consagra un nivel de tributación mínimo, por debajo del cual existiría una

[59] No se enjuicia en esta sección la juridicidad de este fenómeno. Solo se define un fenómeno al objeto de delimitarlo de otras figuras semejantes y crear un marco conceptual didáctico y coherente. La juridicidad de tal concepto es analizada en el Capítulo II de la presente tesis, en el cual se estudiará si la doble no imposición es una cuestión de soberanía o si, por el contrario, existen unos límites impuestos por el ordenamiento internacional.

[60] De acuerdo a Helminen (2016), p. 67, la doble no imposición ocurre cuando una renta con conexiones en dos o más países no tributa completamente o está sometida a muy baja tributación.

[61] Fue Avi-Yonah (1997), pp. 517 y ss., quien primero acuñó el término *single tax principle*. Aunque dicho principio pueda traducirse literalmente como *principio de imposición única*, consideramos quizá más adecuada la denominación de *principio de imposición ordinaria* debido a que hace referencia a ese sentido material del principio por el cual la tributación apropiada se mide por comparación de la tributación agregada con la tributación "ordinaria" nacional, y no por el número de gravámenes. En este sentido, la traducción española del informe preliminar de 2013 relativo al Plan de Acción BEPS de la OCDE hace referencia a "una imposición inferior a la ordinaria" para referir a la tributación por debajo del *single taxation;* véase OCDE (2013), p. 12.

doble no imposición[62]. Cuestión diferente es analizar la validez de esos principios y si son vinculantes para los Estados y por tanto suponen un límite a su soberanía tributaria[63]. Un tipo de gravamen de cero (o muy bajo) no supone en sí algo necesariamente perjudicial desde el punto de vista de la competencia fiscal internacional[64]. Pero sí puede resultar perjudicial desde un punto de vista recaudatorio (y por tanto afectar a la financiación del Estado de Bienestar) en la medida en que los factores más móviles puedan cambiar de país, elevando por tanto la carga fiscal de los factores más inmóviles, y afectando por tanto a principios de justicia tributaria. Además, el nivel de tributación plantea también cuestiones relativas a la neutralidad (y eficiencia económica) y a cómo interaccionan las normas tributarias con las decisiones empresariales. No obstante, no es objeto de esta sección hacer una valoración sobre la idoneidad de los principios que subyacen a la *imposición única* ni tampoco determinar si esta forma parte del régimen fiscal internacional, sino solo definirla conceptualmente de una manera coherente.

El principal principio económico que ha venido justificando la existencia de este umbral mínimo de tributación es el principio de neutralidad. Dicho principio constituye el ADN

[62] Avi-Yonah (1997), pp. 517 y ss.; Brauner (2003), nota 21 en p. 264; Brauner (2014), p. 80, establece que el principio de imposición única es uno de los pilares del proyecto BEPS.

[63] Sobre la distinción de jurisdicción y soberanía, véase Martínez Laguna (2017), pp. 192 y 193; Monsenego (2012), pp. 31 y ss. En nuestra humilde opinión, en el Derecho tributario hay cierto abuso del término *soberanía*, confundiendo la fuente con el agua que mana de ella. Mientras la soberanía es la fuente o voluntad de la que emanan los poderes del Estado, la jurisdicción es el objeto concreto sobre el que se ejerce la soberanía. La jurisdicción es el ejercicio de dicha soberanía, la concreción de la misma. De hecho, como establece Martínez Laguna (2017), p. 194, la "no imposición" debe entenderse como otra manera de ejercitar la soberanía. En este sentido, los convenios internacionales en materia fiscal o el Derecho de la UE no limitan la soberanía tributaria de los Estados, que sigue intacta en la medida en que pueden denunciar dichos tratados o abandonar dichas organizaciones internacionales, pero sí limitan el ejercicio de dicha soberanía, es decir, su jurisdicción. El origen de esta confusión terminológica está en que la jurisdicción tiende a proyectarse sobre el ámbito espacial del hecho imponible precisamente porque es en este aspecto donde tradicionalmente se han planteado los límites del Derecho tributario internacional (por ejemplo, la existencia de límites para gravar hechos imponibles sin conexión territorial con el Estado, la división de las potestades tributarias sobre hechos imponibles transfronterizos mediante convenios para evitar la doble imposición, o las normas internacionales tendentes a evitar prácticas de competencia fiscal lesiva dirigidas a dificultar el ejercicio de la soberanía tributaria a otros países), pero la jurisdicción también se proyecta sobre el resto de elementos que configuran el hecho imponible. Prueba de ello es que es precisamente en los últimos años, el proyecto BEPS ha puesto sobre la mesa el debate sobre si existen límites a la jurisdicción de los Estados con respecto a elementos no estrictamente espaciales del hecho imponible (por ejemplo, elementos cuantitativos como el nivel de tributación apropiado). No obstante, a lo largo del presente trabajo se utilizarán indistintamente ambos términos.

[64] Kane (2004), p. 114; OCDE (1998), párr. 46.

que informa las políticas fiscales de las principales organizaciones supranacionales que ejercen mayor liderazgo en la fiscalidad internacional, como son la UE y la OCDE. El principio de neutralidad ha sido el principio nuclear que viene informando el diseño de la normativa tributaria internacional por estas organizaciones, al objeto de asegurar un sistema fiscal internacional libre de distorsiones que socaven la eficiencia de los mercados. Tradicionalmente, el principio de neutralidad ha sido utilizado por estas organizaciones internacionales como pilar sobre el que se ha construido un umbral máximo de tributación (que delimita la doble imposición internacional), y en los últimos años también ha servido para el diseño de un umbral mínimo de tributación como respuesta a la creciente preocupación por la erosión de las bases imponibles fruto de la planificación fiscal agresiva. De tal manera que el sistema o régimen fiscal internacional ha ido incorporando un *principio de imposición única que opera de manera bidireccional*[65].

El principio de neutralidad establece que la tributación no debe influir en las decisiones económicas de las empresas. De tal modo que solo un sistema tributario neutral es capaz de alcanzar resultados eficientes en el mercado. La materialización de este principio ha llevado, por lo general, a mirar con cierta reticencia cualquier régimen fiscal ventajoso que se aparte del régimen tributario ordinario de un determinado país. Desde la OCDE, como organismo internacional líder en materia de política fiscal internacional, se ha ido imponiendo esta visión, primero a través de su inicial proyecto sobre la competencia fiscal lesiva en 1998[66], y posteriormente a través del reciente proyecto BEPS. El principio de neutralidad ha venido requiriendo que, en aras a favorecer el comercio y la inversión transfronteriza, la renta transfronteriza no debe estar sometida a una carga fiscal mayor que la doméstica[67]. Es decir, pretende impedir medidas tributarias de corte proteccionista al objeto de favorecer el comercio internacional. El

[65] Para Avi-Yonah (1997), p. 518, tanto infraimposición como la sobreimposición de la renta transfronteriza con respecto a la renta interna plantean distorsiones al principio de neutralidad y la eficiencia de las decisiones económicas. En el mismo sentido, Brauner (2003), p. 291.
[66] Véase OCDE (1998).
[67] Véase nota 183 y texto que la acompaña.

principio de neutralidad pretende también impedir que la renta transfronteriza se vea favorecida fiscalmente en detrimento de las inversiones domésticas[68].

El principio de imposición única, ideado a partir del principio de neutralidad, impone un nivel de tributación agregada apropiado. Este *nivel apropiado de tributación agregada* no es un concepto unívoco, sino que puede variar dependiendo de qué consideremos que significa *apropiado* y de los elementos de comparabilidad que tomemos.

#### 3.2.3.1. Avi-Yonah y la *imposición única* de carácter absoluto

La primera propuesta de lo que significa una *tributación apropiada* nos la ofrece Avi-Yonah, quien primero acuñó y delimitó el principio de imposición única. Esta primera propuesta se centra en asegurar un tipo de gravamen apropiado más que en una adecuada distribución de potestades tributarias[69].

Avi-Yonah establece que la tributación apropiada a efectos del principio de imposición única viene determinada por el principio del beneficio. El principio del beneficio distribuye las potestades tributarias entre Estados, de manera que el Estado de residencia es quien ostenta la potestad tributaria principal sobre las rentas pasivas, y el Estado de fuente es quien ostenta la potestad tributaria principal sobre las rentas activas[70]. No obstante, en caso de que el Estado con la potestad tributaria principal ejerciese la misma de manera insuficiente, entonces el otro Estado con conexión territorial debería ejercer una suerte de potestad tributaria residual[71]. Avi-Yonah, no obstante, interpreta la imposición única a la luz de la neutralidad en la exportación de

[68] Véase nota 65. Uno de los pilares de la política fiscal de la Unión Europea se fundamenta en evitar discriminaciones que otorguen un trato de favor a la renta transfronteriza en perjuicio de la renta interna, tanto a través de la lucha contra la planificación fiscal agresiva como a través de la normativa sobre Ayudas de Estado.

[69] De Lillo (2017), p. 12.

[70] Avi-Yonah (1997), p. 517.

[71] Avi-Yonah (1997), p. 519; Avi-Yonah (2016a), p. 13. Este autor establece que la renta debe tributar al tipo de gravamen ordinario del Estado al que corresponde la potestad tributaria principal de acuerdo con el principio del beneficio (en las rentas activas, el Estado de fuente, y en las rentas pasivas, el Estado de residencia). Pero si dicho Estado no gravase la renta suficientemente, entonces es el otro Estado con conexión territorial sobre la renta quien debería gravarla.

capitales (*Capital Export Neutrality* o CEN). Para este autor, la tributación territorial distorsiona la localización del capital, pudiendo incentivar o desincentivar la inversión transfronteriza, mientras que la tributación residual por el país de residencia pretende asegurar que la carga tributaria agregada de una inversión sea la misma con independencia del país en el que invierta[72]. Por ello este autor defiende la tributación residual cuando el Estado con la potestad tributaria principal tiene tipos de gravamen muy inferiores a los de la media de la comunidad internacional[73]. Por tanto, parece que Avi-Yonah tiene una noción de la *imposición única* vinculada a un nivel de tributación absoluta que considera "apropiado", cuya desviación puede incurrir en doble imposición o doble no imposición[74]. El problema de esta propuesta es que tiene una perspectiva parcial, ya que solo existirá infraimposición desde la perspectiva de los países exportadores de capital, que generalmente tienen un nivel de tributación superior a los países importadores de capital, imponiendo así un nivel de tributación "normal"[75].

#### 3.2.3.2. La OCDE y la imposición única de carácter relativo

[72] Avi-Yonah (1997), p. 518.

[73] Avi-Yonah (1997), p. 522. Hay autores, como Schoueri y Galdino (2018), pp. 86-87, que consideran que uno de los problemas de la *imposición única* que propone Avi-Yonah es la excesiva divergencia de tipos de gravamen en la comunidad internacional, entendiendo que no puede haber una verdadera *imposición única* sin una convergencia de tipos de gravamen. Creemos que esta afirmación no tiene en cuenta la soberanía fiscal de los Estados y su libertad para fijar los tipos de gravamen que consideran necesarios para financiar el nivel de gasto público que consideran oportuno. De tal suerte que es imposible pretender una convergencia internacional de tipos y obtener un tipo de gravamen absoluto desentendiéndose de las diferentes estructuras económicas de cada país. Por ello, el tipo de gravamen al que opera el principio de imposición única no se puede entender sino vinculado a los Estados por los que transcurre la renta transnacional.

[74] Para Parada (2017), p. 11, la *infraimposición* es un resultado de tributación que deriva del aprovechamiento legítimo de los bajos tipos de gravamen (más bajos que la media de la comunidad internacional) de ciertas jurisdicciones, mientas que la doble no imposición deriva de la ausencia absoluta de imposición sobre una renta. En nuestra opinión, como ya hemos establecido con anterioridad, no hay diferencia entre la ausencia absoluta de tributación y la tributación reducida, por cuanto que ambos resultados derivan de un ejercicio de potestades tributarias; es decir, lo único que diferencia ambos resultados es la intensidad con que se ejercita la potestad tributaria.

[75] En España la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, aplica una cláusula *switch-over* cuando la tributación del otro país sea inferior al 10% (arts. 21 y 22). Visión de la doble no imposición que evidentemente no coincidirá con la del otro país con una tributación muy inferior. De hecho, el propio Avi-Yonah (2000a), p. 173, establece que los paraísos fiscales no son socios adecuados con los que firmar convenios ya que la tributación sobre sus residentes es nula o muy baja. De tal modo que en estos casos el Estado de fuente suele aplicar retenciones en fuente elevadas ante la baja tributación del Estado de residencia.

#### 3.2.3.2.1. Imposición única "jurídica"

En nuestra opinión, la propuesta de Avi-Yonah adolece de cierta confusión ya que, por un lado, este autor establece que el nivel apropiado de la *imposición única* viene determinado por el principio del beneficio (es decir, por el Estado que ostenta la potestad principal sobre la renta), para a continuación decir que cuando el Estado con la potestad principal grava de una manera inapropiada, el otro Estado puede ejercer su potestad tributaria residual[76]. Si el nivel apropiado de la *imposición única* viene determinado por el Estado con la potestad tributaria principal, ¿cómo puede ser que el Estado con la potestad principal pueda ejercer una tributación inapropiada?

Por ello, creemos que el principio territorial es el único punto de conexión capaz de articular el principio del beneficio y la *imposición única*. Así, una segunda propuesta, podría asociar la *infraimposición* a aquellos casos en los que la renta transfronteriza está sometida a una carga tributaria agregada inferior a la tributación ordinaria del país que ostenta la potestad tributaria principal sobre la renta, sin importar el nivel de tributación que exista en esta. En esta propuesta, el principio del beneficio sí determina el nivel de la *imposición única*[77].

Como acabamos de decir, esta propuesta de *imposición única* parece estar vinculada al principio de territorialidad, imperante de las principales organizaciones internacionales. Se fundamenta, al contrario que la propuesta de Avi-Yonah, en preservar la competitividad de las empresas multinacionales y un adecuado clima de competencia fiscal internacional, sin más límites que los derivados de las prácticas de competencia fiscal desleal o, en el caso de la UE, la prohibición de ayudas de Estado. La OCDE y la UE

[76] Avi-Yonah (1997), p. 517.

[77] Schoueri y Galdino (2018), p. 87, critican el principio de imposición única por considerar que la asignación de potestades tributarias es diferente en cada relación bilateral entre Estados (hay Estados que se abstienen completamente de gravar por razón de fuente ciertas rentas pasivas y otros Estados que sí las gravan), de tal manera que consideran que el principio del beneficio no puede determinar el nivel adecuado de la *imposición única* de manera universal. En nuestra opinión, el hecho de que haya Estados que gravan, por razón de fuente, más intensamente determinadas rentas pasivas, no invalida la afirmación de que el Estado de residencia tiene la potestad tributaria principal sobre esas rentas en la medida en que los CDIs aplicables suelen limitar la retención en fuente de las rentas pasivas y el Estado de residencia suele ejercer la tributación residual sobre dichas rentas sin más límite que el crédito fiscal por el impuesto extranjero.

en teoría permiten cualquiera de los dos sistemas, tanto el sistema territorial como el sistema de tributación en residencia por la renta mundial. No obstante, estas organizaciones parecen haberse decantado en mayor medida por el sistema territorial en aras de preservar la competitividad[78]. Además, el sistema de renta mundial en la práctica se enfrenta a límites que impiden su verdadera efectividad. Estos son el diferimiento fiscal y la no existencia de un sistema de imputación plena, los cuales sitúan este sistema en la práctica más cerca del sistema territorial[79]. Por tanto, si tomamos el sistema territorial como referencia, que es el que predomina en la práctica, existirá doble no imposición cuando una determinada renta transnacional es gravada por el Estado de fuente (quien ostenta la potestad tributaria principal sobre las rentas empresariales) a un nivel inferior al que dicho Estado grava las rentas domésticas.

Esta propuesta presenta varias dificultades. Una primera cuestión radica en saber si habría doble no imposición en una situación por la cual un país con un sistema de imputación plena (incluso con un sistema tendente a la imputación plena como es el sistema de *cestas* de los Estados Unidos), con respecto de aquellas rentas derivadas de un país con una tributación más alta que la de residencia, sometiera dichas rentas a una carga tributaria total inferior a la del Estado de fuente (el país con la potestad tributaria principal). La segunda cuestión estriba en la posibilidad de que el Estado de residencia

[78] En el ámbito de la UE, la propuesta de la Directiva Fiscal Anti-abuso incluía una cláusula *switch-over* que establecía que un Estado debía denegar la exención por obtención de rentas de fuente extranjera en caso de que tales rentas hubieran estado sometidas "a un impuesto sobre los beneficios a un tipo legal del impuesto sobre sociedades inferior al 40 % del tipo impositivo legal que se habría aplicado en el marco del sistema del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro del contribuyente", de acuerdo al artículo 6 de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, COM(2016) 26 final, de 28 de enero de 2016. Sobre esta cláusula, véase Dourado (2016), p. 441, y Navarro, Parada y Schwarz (2016), pp. 121 y ss. Esta cláusula, que ni siquiera ha sido incluida en el proyecto BEPS, finalmente fue retirada de la redacción definitiva de la Directiva Anti-abuso. De acuerdo a Dourado (2016), p. 441, "*it is questionable from the BEPS project perspective, whether the EU may interfere with tax policies in third-country jurisdictions and neutralize them. (…) But this technique of comparing rates leading to compensatory taxation in the residence country, can lead to a result that is the opposite of the one intended by the Commission*". Por todo ello, creemos que la OCDE y la UE mantienen una postura cercana a una *imposición única* de carácter *relativo.* Este carácter relativo de la *imposición única* lo encontramos en el punto 3 de la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), donde se establece una cláusula *subject-to-tax* que prevé la no aplicación de exenciones sobre rentas transfronterizas cuando la renta no está sometida a tributación en otros Estados, sin establecer un tipo mínimo de gravamen. Sobre esta cláusula, véase Dourado (2015a), p. 51, y Marchgraber (2014).

[79] Kofler (2012), p. 79.

tenga un tipo de gravamen inferior al tipo reducido que ha aplicado el Estado de fuente y por tanto el primero no pueda restaurar esa *imposición única*.

Por último, la cuestión más importante. La validez de esta propuesta depende de la existencia de un sistema fiscal internacional sin fisuras y con una distribución clara de las potestades tributarias. Pero, ¿qué sucede cuando dos Estados con conexiones territoriales sobre la renta implementan los principios del régimen fiscal internacional de manera heterogénea y, por tanto, ambos Estados consideran que a ninguno de ellos les corresponde la potestad tributaria principal sobre la renta? Esta diversidad que caracteriza a los distintos sistemas fiscales nacionales hace que en muchos casos los países con conexiones con la renta transfronteriza consideren que no tienen la potestad tributaria principal sobre la misma. En estos casos, la descoordinada implementación del principio del beneficio y del principio de empresa independiente provoca que no tengamos referencias para saber cuál es el nivel de la *imposición única*. Esta *no imposición pasiva*[80] por varios países sobre una misma renta genera lo que hemos denominado como *doble no imposición de carácter bilateral*[81]. Los mecanismos de tributación subsidiaria o residual adoptados por la OCDE[82] sugieren *un criterio de mínimos por el cual la tributación mínima (imposición única) es igual a la tributación ordinaria de cualquiera de los países con sujeción sobre la renta*[83].

El interrogante que se plantea ante la ausencia de un país con potestad tributaria principal sobre una renta puede sugerir dos respuestas. La primera es no hacer nada y respetar las normas domésticas de los países involucrados; la segunda, la que ha seguido tradicionalmente la OCDE, es asignar una potestad tributaria principal a uno de los países implicados y una potestad secundaria o residual al otro.

---

[80] Véase nota 161.

[81] Sobre la doble no imposición de carácter bilateral, véase el Capítulo I, sección 4.2.2.

[82] A través de cláusulas específicas en los CDIs (como las cláusulas *subject-to-tax*), o del *new approach* aplicable a los conflictos de calificación del Informe Partnership, en OCDE (1999) y párrafo 32.6 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE. Pero también a través de la Acción 2 del proyecto BEPS sobre asimetrías híbridas.

[83] Esta propuesta no se contradice en modo alguno con la proposición de que el principio del beneficio determina la tributación apropiada si asumimos que realmente las rentas activas siempre tributan en el Estado de fuente, ya sea en su rol de Estado de fuente principal o "Estado de fuente supletorio". Al respecto, véase Zubimendi (2018), p. 214.

#### 3.2.3.2.2. La imposición única "económica": el principio de correspondencia y la Acción 2 del proyecto BEPS

Si tomamos un concepto de renta en un sentido económico o extrajurídico, es decir, desvinculada del contribuyente, ¿cómo identificamos el nivel de la *imposición única*? En estos casos se ha vinculado la *imposición única* con el denominado *principio de correspondencia*. Este criterio ha sido adoptado por la OCDE en la Acción 2 del proyecto BEPS relativa a los instrumentos híbridos. El *principio de correspondencia* estima que una transacción entre dos contribuyentes debe tener un tratamiento fiscal coherente[84] en ambos contribuyentes, al objeto de no distorsionar las decisiones de los agentes económicos ni erosionar la eficiencia[85]. En el ámbito particular de las transacciones empresariales, el principio de correspondencia dicta que donde un contribuyente aplica una deducción el otro contribuyente debe incluir dicha cuantía como ingreso tributable[86].

El principio de correspondencia tiene su origen en los impuestos indirectos, donde la preservación de la neutralidad es el valor fundamental[87]. En estos impuestos la materia imponible es la renta agregada (renta en un sentido económico), desvinculada del titular jurídico de la misma. Por el contrario, los impuestos directos sobre la renta se centran

[84] La acción 2 del proyecto BEPS pretende hacer efectivo uno de los tres pilares sobre los que se asienta dicho proyecto: asegurar la coherencia del Impuesto sobre Sociedades a nivel internacional, en OCDE (2013), p. 15. Este pilar pretende implementar el principio de imposición única (en su dimensión económica) en el régimen fiscal internacional.

[85] Roin (1993), p. 814, 818 y 823-824. Véase también Avi-Yonah (2000a), p. 173.

[86] Roin (1993), p. 816. Por el contrario, en las transacciones de consumo, hay una doble imposición ya que el consumidor no puede deducirse fiscalmente dicho gasto; Roin (1993), p. 817.

[87] Avi-Yonah (2000a), p. 173. El principio de correspondencia, en su más pura concepción, tiene más que ver con la neutralidad que inspira los impuestos indirectos sobre el valor agregado, de manera que cualquier renta debe soportar una presión fiscal agregada determinada, sin importar por cuántos agentes económicos transite dicha renta ni su estatus. Así, los impuestos indirectos sobre el consumo son impuestos *objetivos* sobre la renta *económica* o valor *agregado,* y por tanto deben ser neutrales para el empresario, soportando la carga tributaria el consumidor. Los impuestos directos, por el contrario, inciden precisamente sobre la capacidad económica del contribuyente considerado individualmente (son impuestos *subjetivos*) y, por tanto, en mayor o menor medida, distorsionan sus decisiones. En el ámbito de los impuestos directos, la aplicación del principio de correspondencia determina el nivel de integración fiscal de la renta a través de los contribuyentes por los que transita.

en la capacidad económica del perceptor de la renta, considerado individualmente; de manera que no es ocioso decir que el objeto imponible es la renta en un sentido jurídico[88]. Así, si un país gravase los dividendos intersocietarios, pudiendo generarse una doble imposición económica, es precisamente porque quiere gravar la capacidad económica *individual* del perceptor del dividendo, de manera que para dicho país sería indiferente que la entidad pagadora de dicho dividendo lo hubiese deducido (por ejemplo, porque en su país de residencia tiene tratamiento fiscal de retribución de deuda) o no. Por ello, como bien dice Roin, el principio de correspondencia no puede ser un principio absoluto que opere en "todo caso", sino que debe ceder ante determinadas políticas fiscales orientadas a incentivar o desincentivar determinadas situaciones[89]. No hemos de olvidar que los impuestos sobre la renta son de suyo ineficientes y en muchos casos están orientados a beneficiar o desincentivar ciertas conductas o actividades[90].

[88] Sin perjuicio de que en determinadas situaciones el legislador tome como materia imponible la renta en un sentido económico, en atención a la unidad de dirección o a la existencia de un determinado control sobre la renta, e implemente determinadas medidas de cara a mitigar la doble imposición económica mediante mecanismos de exención de los dividendos intersocietarios, mecanismos de consolidación fiscal, o mecanismos de transparencia fiscal. Estos mecanismos son más una exigencia derivada del principio de capacidad económica y del principio de igualdad real, que del principio de neutralidad (y el pretendido principio de correspondencia). De la misma forma, la deducción fiscal de un gasto no responde al principio de correspondencia, sino más bien al principio de capacidad económica y a la propia definición del hecho imponible (el beneficio) que exigen que los gastos que sean necesarios para obtener unos ingresos deben ser deducibles. Prueba de ello encontramos en el artículo 15.g de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, que permite la deducibilidad fiscal de los pagos hechos a entidades residentes en paraísos fiscales siempre que se pruebe la realidad de dicho gasto.

[89] Roin (1993), p. 814. De hecho, en la Acción 2 de BEPS no se aplica este principio de correspondencia en todo caso, sino que solo se aplica en caso de situaciones híbridas, en las que se presume que la doble no imposición no es fruto de una política fiscal deliberada, sino una consecuencia involuntaria de la interacción de las normas de diferentes países. En particular, las normas anti-híbridos no se aplican cuando la asimetría es consecuencia del estatus jurídico tributario especial de un contribuyente o del contexto o circunstancias en las que el instrumento financiero es poseído; OCDE (2015), párrs. 91-98. En particular, el ejemplo 1.5 del informe final de la Acción 2 de BEPS establece que no se aplica la norma anti-híbridos en aquellos casos en que la doble no imposición es causada por el estatus especial de entidad exenta que ostenta del receptor del pago.

[90] Pongamos el ejemplo de una persona física que realiza una actividad económica, siendo su tipo marginal el 45%. Esta persona tiene dos proveedores, también personas físicas. Uno de sus proveedores tiene un tipo marginal también del 45%, mientras que el otro tiene un tipo marginal del 30%. Parece obvio adivinar que aquel negociará un precio menor con el proveedor situado en el tipo marginal del 30% para repartirse entre ambos ese diferencial del 15% bajo amenaza de no contratar con él. Es cierto que, en este ejemplo, se recuperaría el equilibrio en cuanto que el proveedor con el que contrata subiría sus ventas, situándose a la postre ambos en un mismo tipo marginal, sin que al final haya distorsión alguna en el comportamiento. No obstante, la distorsión no es corregida si los dos proveedores están sometidos a dos tipos marginales diferentes, no por razón de su renta, sino por razón de su estatus jurídico-personal. Así, se revela cómo el sistema fiscal directo ya tiene un carácter eminentemente distorsivo en cuanto que favorece ciertas situaciones. Para Roin (1993), p. 817 nota 10, en un sistema fiscal con escalas progresivas

Por tanto, el principio de correspondencia no es un principio absoluto que prohíba en todo caso la doble (no) imposición económica, y por tanto debe ser analizado a la luz de la política fiscal del Estado, siempre respetando, claro está, los principios de justicia tributaria. Es por ello que el arbitraje fiscal (entendido como el aprovechamiento financiero de las diferencias fiscales entre varios contribuyentes o entre varios instrumentos jurídicos) es algo inherente a los impuestos directos. Debido a esta legítima existencia de casos de doble (no) imposición ligados a políticas fiscales para incentivar o desincentivar ciertas situaciones, el principio de correspondencia debe limitar su aplicación únicamente a contrarrestar supuestos en los que el legislador ha hecho depender, de manera tácita, los efectos tributarios del contribuyente de los efectos tributarios de la contraparte en una transacción. Consideramos que es importante no perder de vista esto ya que, de lo contrario, caeríamos en una incomprensible estigmatización de la doble no imposición, perdiendo de vista ese carácter intrínsecamente ineficiente de los impuestos sobre la renta.

No obstante, se ha utilizado el principio de correspondencia para construir un principio de *imposición única* de carácter más económico[91]. Para que pueda existir la doble (no) imposición económica es requisito que una misma renta está sujeta a tributación en sede de dos contribuyentes distintos, y con independencia de si se trata de una renta transfronteriza o no[92]. En particular, habrá doble no imposición cuando una renta no es gravada en sede de ninguno de los contribuyentes a través de los que transcurre[93].

---

de gravamen no es realista un cumplimiento absoluto del principio de correspondencia, por lo que dichas diferencias en tipos de gravamen deben ser justificadas (desde los principios de justicia tributaria) y explicadas para que sean aceptables.

[91] De Lillo (2017), p. 43.

[92] Este tipo de supuestos se basan en una doble sujeción de la renta en sentido económico, no jurídico, por cuanto que una misma renta genera dos hechos imponibles distintos. Cabe recordar que los elementos del hecho imponible son el elemento objetivo (la obtención de la renta) y el elemento subjetivo (a quién se atribuye la realización del elemento objetivo). Sin identidad del elemento subjetivo no puede haber identidad del hecho imponible y por tanto no se puede producir la doble (no) imposición en un sentido jurídico.

[93] De Lillo (2017), p. 43. Si, además, el Estado de fuente tampoco grava, por razón real, al sujeto perceptor de la renta, podemos estar ante lo que se ha denominado *triple no imposición* o *white income*; en Eberhartinger y Six (2007), p. 5. En este supuesto habría una triple sujeción ya que la renta está sometida a tres impuestos diferentes: en el Estado de fuente, pagador y perceptor están sometidos al impuesto y en el Estado de residencia el perceptor también está sometido al impuesto.

Observamos que se trata de una noción económica de la doble (no) imposición, en el sentido de que su objeto es la renta en un sentido agregado, es decir, desligada del contribuyente, más próxima al objeto imponible de los impuestos indirectos sobre el valor agregado[94]. Esta noción económica de la *imposición única* ignora el fenómeno de la doble (no) imposición en un sentido jurídico[95]. De tal forma que la doble no imposición en un sentido jurídico (con respecto a un mismo contribuyente) puede estar justificada debido a que ha habido imposición en sede de otro contribuyente[96]. Por el contrario, la doble imposición jurídica siempre conlleva una doble imposición económica, ya que un doble gravamen sobre un mismo contribuyente siempre será doble en el agregado económico, salvo que la otra parte de la transacción haya deducido doblemente un mismo gasto o pérdida (más que una *no imposición*, sería una suerte de subvención fiscal que exigiría una doble inclusión[97]), en cuyo caso la doble imposición jurídica puede estar justificada a la luz del principio de *imposición única*.

La aplicación de este principio tiene sentido a nivel doméstico, dado que los contribuyentes tienen un mismo tipo impositivo, de manera que la doble (no) imposición formal (entendida como número de gravámenes o de beneficios fiscales) y material (entendida como tributación agregada) son fenómenos coincidentes. De hecho, la propia Acción 2 de BEPS ha incluido entre sus supuestos de doble no

[94] Véase nota 87.

[95] No obstante, algunos autores han puesto de manifiesto que, desde el punto de vista del marco jurídico-positivo que conforma el régimen fiscal internacional, hay una suerte de asimetría entre la doble imposición y la doble no imposición. Estos autores sostienen que la *imposición única* aplica en un sentido jurídico con respecto a su cara positiva (doble imposición), mientras que aplica en un sentido económico respecto de su cara negativa (doble no imposición). Así, según estos autores, la *imposición única* solo exigiría la eliminación de la doble imposición en un sentido jurídico, pero no en un sentido económico; mientras que con respecto a la doble no imposición lo relevante para la *imposición única* es que no se produzca en un sentido económico, siendo indiferente que haya doble no imposición jurídica (es decir, la ausencia de tributación con respecto a un mismo contribuyente). Véase De Lillo (2017), p. 44. En este mismo sentido, Schoueri y Galdino (2018), pp. 89-91. No compartimos esta opinión por varias razones. En primer lugar, la doble imposición jurídica siempre comporta la existencia de doble imposición económica, por cuanto que un doble gravamen sobre un mismo contribuyente siempre será doble en el agregado económico. Además, la prohibición de la doble imposición económica también debería quedar amparada por la *imposición única* debido a la que la comunidad internacional aplica de manera extendida la exención en los dividendos intersocietarios con una participación significativa.

[96] De acuerdo a De Lillo (2017), p. 44, en las entidades híbridas inversas es indiferente que haya doble no imposición jurídica (es decir, ausencia de gravamen en el Estado de fuente y en el Estado de residencia) en sede de la entidad matriz siempre y cuando la entidad pagadora no deduzca fiscalmente dicho pago. Véase OCDE (2015), párrs. 149 y ss.

[97] El mecanismo de *renta de doble inclusión* (*dual inclusión income*) revierte el efecto de la doble no imposición derivada de una doble deducción de gastos o pérdidas. Véase OCDE (2014), párr. 169.

imposición ciertos casos puramente domésticos en los que se producen asimetrías tributarias por una diferente aplicación de la normativa contable por dos entidades[98].

Sin embargo, a nivel transfronterizo evidentemente no se puede exigir una compensación absoluta de un beneficio fiscal debido a la diferencia de tipos de gravamen. En efecto, un pago desde una jurisdicción a una entidad residente en un país con un tipo de gravamen inferior supone en cierta medida la ineficacia de este principio por las posibilidades de arbitraje que se presentan y que pueden dar lugar a resultados contrarios a la eficiencia, lo cual es absolutamente inherente al contexto de competencia fiscal internacional. Por otra parte, la diferencia de tipos de gravamen está plenamente justificada por cuanto que la naturaleza de los impuestos directos es gravar la renta que obtiene un contribuyente considerado individualmente, sin atender a la situación de otros contribuyentes por los que transcurre esa misma renta, y por ello no es requisito que el crédito fiscal que obtiene un pagador como consecuencia de la deducción fiscal de su pago sea absolutamente compensado por una cuota tributaria exactamente por la misma cuantía en manos del perceptor.

Por ello, en el contexto transfronterizo este principio únicamente exige que el beneficio fiscal (con respecto a la tributación ordinaria) del que goza una renta en una jurisdicción sea compensado en la otra jurisdicción con una integración como renta ordinaria en la misma proporción[99]. No obstante, la existencia de diferentes tipos de gravamen no evita que la aplicación de este principio alcance resultados arbitrarios y contrarios a la pretendida neutralidad que busca. De hecho, se puede dar a la paradoja de que la existencia de dos beneficios fiscales sobre una renta no resulte en una pérdida neta de recaudación[100].

Así, la Acción 2 del proyecto BEPS tiene por objeto restaurar la tributación ordinaria o principio de correspondencia en aquellos casos de *asimetrías híbridas*. Una *asimetría* se

[98] OCDE (2015), ejemplos 1.13 y 1.21.
[99] La doble no imposición puede ser total o parcial en dependiendo de en qué medida se integre como renta ordinaria en el Estado de residencia del perceptor. En este sentido, véase Martínez Laguna (2017), p. 202.
[100] Véase nota 103 y texto que la acompaña.

produce en dos tipos de supuestos: a) un pago que da lugar a una doble deducción en dos contribuyentes diferentes, o b) un pago que da lugar a una deducción en sede del pagador y una exención o aplicación de un tipo inferior al de la "renta ordinaria" en sede del perceptor[101]. En este último caso, la asimetría únicamente se produce en la medida o proporción en que la renta que es objeto de un beneficio fiscal pleno en una jurisdicción (mediante la deducción) no se integra plenamente como renta ordinaria en el otro Estado. Debe, por tanto, haber correspondencia entre la proporción del beneficio fiscal en una jurisdicción (la medida en que se reduce la tributación con respecto a la tributación ordinaria) y la integración como renta ordinaria en la otra jurisdicción. Por tanto, a la luz de la Acción 2 de BEPS podríamos concluir que hay infraimposición cuando los distintos países que tienen conexión territorial sobre la renta transnacional ejercen sobre dicha renta sus respectivas potestades tributarias de manera nula o reducida resultando en un ejercicio combinado de potestades tributarias en una proporción inferior a la que correspondería a una renta *ordinaria*[102].

| | | **Situación previa** | | | | **Corrección en A** | | **Corrección en B** | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **<u>Situación 1</u>: Doble no imposición** | | **Tipo de gravamen ordinario** | **Renta** | **Impuesto pagado** | **Integración como renta ordinaria** | **Impuesto pagado** | **Integración como renta ordinaria** | **Impuesto pagado** | **Integración como renta ordinaria** |
| | **A (residencia)** | 40% | 100 | 20 | 50% | 40 | 100% | 20 | 50% |
| | **B (fuente)** | 15% | 100 | 0 | 0% | 0 | 0% | 7,5 | 50% |
| | **TOTAL** | | | **20** | **50%** | **40** | **100%** | **27,5** | **100%** |

| **<u>Situación 2:</u> Tributación reducida sin doble no imposición** | | **Tipo de gravamen ordinario** | **Renta** | **Impuesto pagado** | **Integración como renta ordinaria** |
|---|---|---|---|---|---|
| | **A (residencia)** | 40% | 100 | 20 | 50% |
| | **B (fuente)** | 30% | 100 | 15 | 50% |
| | **TOTAL** | | | **35** | **100%** |

[101] OCDE (2015), p. 17.

[102] Véanse los ejemplos 1.2, 1.3, 1.4 y 1.11 del informe final sobre la Acción 2 de BEPS, OCDE (2015). La Acción 2 del proyecto BEPS considera que existe tributación ordinaria (y por tanto podría haber habrá asimetría) por el mero hecho de que las rentas pasivas estén sujetas a un tipo de gravamen de carácter reducido, en OCDE (2015), párrs. 42 y 415.

La doble no imposición se centra en la pérdida de recaudación con respecto a una transacción que tribute de manera *ordinaria* conforme al principio de correspondencia. Por ello, la doble no imposición también abarca supuestos en los que la tributación agregada de la renta transfronteriza es superior a la que habría en alguno de los países implicados de haber sido una transacción puramente doméstica. Por ejemplo, como vemos en la "situación 1" del cuadro anterior, podría darse el caso de que el tipo de gravamen del Estado de fuente fuera inferior al tipo de gravamen reducido aplicado en el país de residencia. En esta hipótesis no habría una pérdida de recaudación global (para ambas partes, con respecto a la tributación de dicha transacción si fuera puramente doméstica)[103]. En este sentido la Acción 2 de BEPS está dirigida a eliminar las asimetrías derivadas de elementos híbridos sin importar "en qué jurisdicción surge el beneficio fiscal"[104]. En este caso planteado, es difícil asegurar que haya una distorsión del principio de neutralidad que sustenta el pretendido principio de *imposición única* (que exige que haya un tratamiento neutral de las transacciones transfronterizas con respecto a las domésticas)[105]. De tal modo que, de la propuesta realizada por la Acción 2 de BEPS, no es posible afirmar que la doble imposición y la doble no imposición sean dos caras de una misma moneda en todo caso.

Este principio de *imposición única* de carácter económico solo se aplica en el ámbito de las asimetrías híbridas. La OCDE considera que la quiebra del principio de correspondencia es únicamente injustificada cuando deriva de la existencia de vehículos jurídicos híbridos. Se entiende por vehículos jurídicos híbridos aquellos que, sin tener un estatus tributario especial ni responder a una política fiscal determinada, producen resultados contrarios al principio de correspondencia o imposición ordinaria. Esta circunstancia (el hecho de no tener un estatus especial) acredita por sí misma una suerte

[103] No obstante, en el anteproyecto sometido a consulta pública relativo a la Acción 2 del Proyecto BEPS se establece que las medidas anti-híbridos están dirigidas a aquellos mecanismos híbridos en los que la asimetría resulta en una carga fiscal global menor para las partes, en OCDE (2014), párrs. 17, 26 y 32. Sin embargo, para Schler (2014), pp. 491, 492 y 496, se trata de una mera declaración sin efecto, ya que las normas propuestas por la OCDE en su informe final sobre la Acción 2 se aplican aunque no haya una pérdida de recaudación global. Véase el ejemplo 1.4 del informe final de la Acción 2 del Proyecto BEPS, OCDE (2015).

[104] OCDE (2015), párr. 278. Encontramos muestra de ello en el ejemplo 1.5 de dicho informe. En dicho ejemplo se aplican las reglas anti-híbridos aunque no hay verdadera erosión de la base imponible con respecto a la tributación nacional de ambos países. Véase también De Lillo (2017), p. 49.

[105] Véase nota 65.

de presunción de que la violación del principio de correspondencia es un resultado involuntario e indeseado, fruto de la descoordinación de las distintas normas tributarias que aplican a las distintas partes en una transacción. Así, a través de la Acción 2 del proyecto BEPS, la OCDE pretende dar pautas homogéneas sobre qué jurisdicción tiene la potestad tributaria principal sobre una renta cuando ambas jurisdicciones se consideran incompetentes debido a un tratamiento híbrido, y evitar así mayores distorsiones fruto de respuestas unilaterales.

#### 3.2.3.3. El futuro del principio de imposición única: el "Pilar 2" de la OCDE

En la actualidad parece que los vientos soplan en favor de un posible cambio de paradigma por la OCDE hacia un principio de imposición única de carácter *absoluto* como el que propone Avi-Yonah, en el que dicho principio se defina por un tipo impositivo mínimo global.

Dentro del marco de referencia del proyecto BEPS, y en concreto de la Acción 1 del proyecto BEPS relativa a los desafíos fiscales que plantea la economía digital, la OCDE continuó trabajando estos últimos años en propuestas que profundizasen en medidas contra la erosión de bases imponibles resultantes de la digitalización de la economía[106]. Fruto de estos trabajos, en 2020 se publicó el informe sobre el denominado "Pilar 2" relativo a una propuesta global frente a la erosión de las bases imponibles (*Global Anti-Base Erosion Proposal* o "GloBE")[107].

Este informe relativo al Pilar 2 establece la necesidad de adoptar un tipo impositivo efectivo mínimo global. Uno de los problemas es que la aplicación de un tipo impositivo efectivo mínimo a nivel global requiere de una armonización de la base imponible. Por

[106] Las propuestas en relación a los desafíos de la digitalización de la economía han sido divididas en dos pilares. El Pilar 1 está centrado en desarrollar una asignación coherente de potestades tributarias, de manera que busca superar, adaptándose a las nuevas realidades digitales, el criterio de presencia física en el nexo de atribución de potestades tributarias a los Estados. Por el contrario, el Pilar 2 se centra en establecer un umbral mínimo global de tributación efectiva. Véase el programa de trabajo adoptado en mayo de 2019, OCDE (2019).
[107] OCDE (2020).

ello, la OCDE señala que la adopción de esta propuesta debería descansar sobre la adopción global de principios de contabilidad generalmente aceptados, como las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)[108], de manera que el tipo impositivo efectivo mínimo opere sobre una base imponible común.

La propuesta establecida por la OCDE descansa básicamente sobre mecanismos similares a los de las normas de transparencia fiscal internacional (*Income Inclusion Rule* o IIR) y ajustes sobre las deducciones derivadas de pagos intragrupo (*Undertaxed Payments Rule* o UTPR)[109]. Por el momento esta propuesta esta dirigida a grandes grupos multinacionales con un importe de la cifra de negocio superior a 750 millones de euros.

Esta propuesta por el momento está en fase de negociaciones, tanto en lo relativo al tipo impositivo mínimo global como en relación a la excesiva complejidad de los mecanismos empleados. Sin perjuicio de los pertinentes cambios que serían necesarios en la red de CDIs para hacer compatibles determinados mecanismos de esta propuesta con los CDIs actualmente vigentes[110], en el marco de la UE la eventual aplicación de esta propuesta por los Estados Miembros debería garantizar, para que no haya colisiones con las libertades fundamentales del TFUE, que no se realizase de manera discriminatoria con respecto a la tributación de las empresas que operan de manera puramente doméstica[111].

No obstante, esta propuesta establece determinada una cláusula de exclusión con respecto a aquellas rentas obtenidas en una determinada jurisdicción que no excedan de la retribución "normal" que el grupo multinacional obtendría derivada de los medios materiales y humanos que el mismo tenga en dicha jurisdicción[112]. De tal manera que

[108] OCDE (2020), párrs. 166 y ss.
[109] Para un análisis de la propuesta de la OCDE relativa al Pilar 2, véanse Dourado (2020) y Pistone et al. (2020).
[110] OCDE (2020), párrs. 671, 675, 677 y 679-696.
[111] Pistone et al. (2020), p. 63.
[112] OCDE (2020), párrs. 286: "*a formulaic substance-based carve-out which is intended to exclude a fixed return for substantive activities within a jurisdiction from the scope of the GloBE rules. Excluding a fixed return from substantive activities focuses the GloBE rules on 'excess income', such as intangible-related*

esta propuesta parece pretender aplicar solamente a situaciones de elusión fiscal, bien en sentido estricto, o bien debidas a una deficiente y obsoleta aplicación del principio del beneficio (es decir, a una desalineación territorial entre la tributación y el lugar donde se genera el valor).

Por lo que tampoco podemos afirmar taxativamente que el propósito de la OCDE sea derogar su concepción tradicional de un principio de imposición única de carácter relativo para imponer un principio de imposición única de carácter absoluto. Sino por el contrario, la OCDE parece pretender reforzar el principio de residencia con respecto a aquellas rentas de difícil localización territorial, como las derivadas de los activos intangibles[113].

### 3.3. Elementos comunes para una definición coherente de la doble no imposición

A pesar de que tanto la doctrina como las organizaciones internacionales empleen de manera ambigua el concepto de la doble no imposición, es posible extrapolar una serie de elementos comunes que nos permita incorporar dentro de dicho fenómeno todos aquellos supuestos que son sustancialmente similares.

En primer lugar, la doble no imposición es un *fenómeno basado en un resultado* que conviene ser distinguido (y situado adecuadamente en su contexto) de otros fenómenos como la elusión fiscal, la cual se caracteriza por un uso abusivo de la norma tributaria por el contribuyente[114]. Por ello, la doble no imposición, ya que no implica necesariamente un comportamiento abusivo del contribuyente, es un *fenómeno apriorísticamente legal* desde la perspectiva de los Estados que, en aplicación de las

*income, which is most susceptible to BEPS risks*". Sobre esta cláusula véase la sección 4.3 del informe sobre el Pilar 2, en OCDE (2020), pp. 93 y ss.

[113] Tal y como ha defendido Zubimendi (2018), pp. 211-214, la tributación por razón de residencia no suponen en ningún modo una conculcación del principio de territorialidad en la medida en que las nuevas realidades económicas y la globalización exigen que el Estado de residencia, de manera residual, sea el competente para gravar determinadas rentas de difícil atribución territorial.

[114] Sobre esta cuestión, véase el Capítulo I, sección 3.2.1.

normas tributarias (nacionales o internacionales), se abstienen de gravar dicha renta[115]. Esta estricta legalidad a nivel doméstico plantea incógnitas desde un punto de vista internacional.

La doble no imposición tiene por objeto la renta transfronteriza, entendida como aquella renta que está sujeta a la potestad tributaria de varias jurisdicciones. No obstante, adoptar una definición positivista o formalista de la renta transfronteriza puede llevarnos a considerar que la doble no imposición internacional solo se da con respecto a aquellos países con los que la renta tiene una sujeción puramente formalista en atención a los tradicionales criterios de residencia y fuente. Esta visión de la renta transfronteriza impide en muchos casos avanzar hacia la construcción de nuevos criterios de conexión territorial más eficaces que sean capaces de capturar las *rentas sin Estado*[116].

La doble no imposición no se define por el número de beneficios fiscales que se aplican sobre una renta. Desde un enfoque material, lo relevante es el nivel de tributación agregada al que es sometida la renta transfronteriza. Para ello es imprescindible concebir un nivel de tributación apropiada que ejerza de umbral a partir del cual se produzca la doble imposición o la doble no imposición: el principio de *imposición única*.

Este principio de *imposición única* se ha construido a partir del principio de neutralidad, de manera que la renta transfronteriza debe tener un tratamiento tributario igual a la renta doméstica al objeto de evitar distorsiones en las decisiones empresariales. A partir de este principio, se pueden advertir dos propuestas sobre la *imposición única*. La primera propuesta, de Avi-Yonah, es de carácter *absoluto* y vincula la *imposición única* a un nivel de tributación determinado por los tipos de gravamen habituales en la comunidad internacional. La segunda propuesta, que hasta ahora parecía ser la acogida por las organizaciones internacionales, postula una *imposición única* de carácter *relativo* a la tributación ordinaria de los Estados que ostentan conexiones territoriales con la

[115] De acuerdo a la OCDE (2008), *Study into the Role of Tax Intermediaries*, p. 10, las autoridades fiscales siempre van "un paso por detrás" de los planificadores fiscales.
[116] Sobre las "rentas sin Estado", véase Kleinbard (2011), p. 706.

renta transfronteriza. El principio territorial imperante en el sistema fiscal internacional parece sugerir tal conclusión. No obstante, las actuales propuestas de la OCDE podrían cambiar este paradigma y acabar cristalizando en un tipo impositivo mínimo global.

## 4. La naturaleza de la doble no imposición

Del análisis de los elementos que componen la doble no imposición internacional hemos extraído la conclusión de que se trata de un fenómeno que se caracteriza por un resultado tributario material y absolutamente desligado de la intencionalidad del contribuyente. No obstante, la doble no imposición internacional puede tener una naturaleza diversa en atención al origen de la misma. Según su origen, podemos clasificar la doble no imposición en función del elemento volitivo del Estado (intencionada o involuntaria) o en función del papel del Estado (unilateral o bilateral).

### 4.1. El elemento volitivo en los resultados de doble no imposición internacional: la planificación fiscal agresiva

Por lo general, la doctrina ha distinguido entre aquellos casos en que la doble no imposición es un resultado intencionado por los Estados y aquellos otros en que es un resultado involuntario fruto de lagunas legales[117]. Esta distinción, demasiado simplificadora, tiene su origen en el proyecto de la OCDE sobre competencia fiscal lesiva lanzado en 1998, donde se distinguen las prácticas de competencia fiscal lesiva (intencionada) de aquellas situaciones de "asimetrías involuntarias"[118].

[117] Kane (2004), p. 101; Van de Vijver (2015), p. 249; Helminen (2016), p. 67. Para Ring (2002), p. 86, hay que distinguir el fenómeno de la competencia fiscal internacional del fenómeno del arbitraje fiscal internacional, presumiendo este último como un fenómeno no deseado por los Estados.

[118] OCDE (1998), p. 15, párr. 28. No obstante, la OCDE advierte que en la medida en que la coordinación bilateral o la implementación de medidas unilaterales no solucione estos problemas de "asimetrías involuntarias", tal situación podría ser reconducida al ámbito de la competencia fiscal lesiva.

La *doble no imposición de carácter voluntario* se caracteriza por ser un resultado querido (o, al menos, previsto y asumido) por alguno de los ordenamientos de los que deriva tal resultado. Si bien la doble no imposición de carácter voluntario supone una quiebra del principio de *imposición única*, su legalidad o legitimidad internacional debe ser analizada desde los actuales estándares de *soft law* relativos a la competencia fiscal lesiva y, en su caso, desde la normativa comunitaria relativa a las Ayudas de Estado.

Por el contrario, la *doble no imposición de carácter involuntario* se basa en la existencia de lagunas legales en el ordenamiento tributario que provocan resultados no deseados por el legislador. En estos casos, el legislador (ya sea en la legislación nacional, en los CDIs o el en ordenamiento de la UE) establece un mecanismo de *no imposición* bajo la condición tácita de que la renta será gravada en otro Estado. En otras palabras, el legislador asume por seguros unos determinados efectos tributarios en otros países, por lo que configura el beneficio fiscal sin incluir condiciones expresas[119]. No obstante, la existencia de lagunas en el ordenamiento tributario no puede ser colmada mediante una interpretación de la ley que extienda el hecho imponible más allá de su literalidad, por lo que solo caben soluciones legislativas. La aplicación de beneficios fiscales contrarios al espíritu de la norma (ya sean los CDIs, la normativa comunitaria o el ordenamiento doméstico) es lo que ha llevado a las organizaciones internacionales a considerar un verdadero problema esta forma de doble no imposición y a combatir la principal causa de la misma: la *planificación fiscal agresiva*. El fenómeno de la planificación fiscal agresiva ha tomado relevancia en los últimos años como consecuencia del creciente esfuerzo de la OCDE y la UE en su lucha contra la erosión de las bases imponibles llevadas a cabo por las grandes empresas.

No obstante, centrar la legitimidad de la doble no imposición en el elemento volitivo presenta grandes problemas.

[119] Véase West (1996), pp. 150 y ss. A nivel puramente interno es más improbable que se puedan dar casos de doble no imposición involuntaria ya que el legislador es uno solo, con una sola política fiscal, y coordina en un mismo ordenamiento jurídico los efectos tributarios entre las partes involucradas en una transacción o estructura jurídica.

Fuera ámbito de la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición, no es apropiado hablar de doble no imposición *voluntaria* o *involuntaria* en términos abstractos (como categoría jurídica)[120]. La aplicación de ordenamientos nacionales diversos (elaborados por diferentes legisladores y con objetivos diversos) a una misma transacción supone que no podamos atribuir una naturaleza unívocamente involuntaria o voluntaria a un resultado de doble no imposición desde una perspectiva universal. La (in)voluntariedad depende de la perspectiva desde la que se apliquen las distintas normas nacionales que interaccionan[121]. Por ejemplo, un instrumento financiero híbrido podrá producir un resultado involuntario desde el punto del país que recibe la renta exenta, pero al mismo tiempo ser un resultado previsible y asumido desde el punto de vista del Estado que paga la renta como consecuencia de una política tendente a facilitar la atracción de inversión extranjera[122]. De la misma forma, la perspectiva que tenga un país sobre el principio de *imposición única* también puede diferir sobre su legitimidad. Así, un Estado de residencia puede condicionar la aplicación de la exención sobre las rentas de fuente extranjera a una tributación mínima en el Estado de fuente (principio de *imposición única de carácter absoluto*), mientras que el Estado de fuente puede ser indiferente a que el Estado de residencia aplique la exención (principio de *imposición única de carácter relativo*)[123].

No obstante, cuando la doble no imposición surge como consecuencia de la aplicación de un convenio, entonces sí puede distinguirse propiamente entre doble no imposición

[120] Como advierte Martínez Laguna (2017), p. 207, no puede existir, en términos abstractos, un resultado no intencionado en la medida en que la doble no imposición surge del ejercicio paralelo de la soberanía tributaria y en concreto, de la aplicación de normas nacionales diversas que pueden responder a distintos objetivos. No obstante, para Helminen (2016), p. 67, sí parece que pueda haber doble no imposición involuntaria fuera del contexto de los CDIs. Esta autora señala que la doble no imposición es perjudicial cuando es un resultado involuntario fruto de la aplicación simultánea (o no aplicación) de las normas tributarias nacionales y los convenios por dos o más países.

[121] Para Martínez Laguna (2017), p. 211, cuando un país concede un incentivo fiscal deliberado sobre una renta transfronteriza, la doble no imposición será considerada, como mínimo, unilateralmente aceptable desde la perspectiva del proveedor del incentivo fiscal, ya que de otra forma dicho incentivo sería inútil.

[122] Por ejemplo, desde 1997, con la introducción de las normas *check-the-box*, los Estados Unidos facilitaron a los grupos multinacionales que pudieran generar resultados de doble no imposición; véase Avi-Yonah y Xu (2016), p. 192. Sobre este tipo de estructuras, véase Holland (2017) y Ting (2014), pp. 51 y ss.

[123] Véase nota 75.

voluntaria o involuntaria[124] en la medida en que estamos ante un mismo cuerpo normativo, basado en una "perspectiva pactada", siguiendo a Martínez Laguna[125]. En este sentido, los CDIs derivan del ejercicio pactado y coordinado de dos soberanías nacionales.

Por otra parte, merece ser objeto de crítica la imprecisión de los términos "involuntario", "no intencionado", etc., con que se identifica a este fenómeno[126]. La única evidencia cierta y objetiva sobre la no intencionalidad del legislador es la efectiva existencia de medidas tendentes a eliminar la doble no imposición[127]. En ausencia de tales medidas, nos movemos en un terreno ambiguo donde no hay certeza sobre la verdadera voluntad de legislador con respecto al resultado de la doble no imposición[128]. Así, en el ámbito de los CDIs las intenciones de las partes solo deben ser relevantes si

[124] Al margen de los casos de aplicaciones híbridas del CDI, es difícil encontrar supuestos de doble no imposición involuntaria en el contexto de los convenios. De hecho, por lo general la razón por la que un Estado firma un CDI renunciando a ejercer su potestad tributaria es porque confía en que el otro Estado contratante gravará la renta. Salvo casos extraordinarios como la cooperación con países en vías de desarrollo, los Estados contratantes por lo general incorporan cláusulas frente a la doble no imposición; véase Martínez Laguna (2017), p. 204. Con respecto a los paraísos fiscales, es difícil imaginar que un Estado esté dispuesto a firmar un CDI renunciando a su potestad tributaria cuando el otro Estado es un paraíso fiscal; Avi-Yonah (2000a), p. 173.

[125] Es lo que Martínez Laguna (2017), p. 203, ha denominado como "*proper double non-taxation*". Véase también Scapa y Henie (2005), pp. 266-67, y Lang (2004), pp. 81-88

[126] Martínez Laguna (2017), p. 206.

[127] Véase Martínez Laguna (2017), p. 207. De acuerdo a Van de Vijver (2015), p. 250, la exención sobre las rentas de fuente extranjera puede tener dos finalidades: eliminar la doble imposición (en cuyo caso la doble no imposición sería un resultado no querido) o mantener la competitividad de las inversiones en el extranjero (en cuyo caso, la doble no imposición sería un resultado asumido como válido). Con lo cual, la única certeza sobre la finalidad de la exención es la existencia de cláusulas *subject-to-tax* o *switch-over*; véase Martínez Laguna (2017), pp. 203 y 204. De acuerdo a este autor, en el ámbito de los convenios solo es posible determinar la involuntariedad de la doble no imposición por la existencia de medidas que impidan este resultado "por adelantado". Sobre la finalidad de la exención sobre dividendos del artículo 21 de la LIS, véase Barreiro Carril (2016), p. 16.

[128] La cláusula *subject-to-tax* del punto 3 de la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) parece asumir de manera ciertamente atrevida que toda exención sobre las rentas de fuente extranjera tiene la finalidad de eliminar la doble imposición, a juzgar por el título que encabeza la citada cláusula: "Limitación a la aplicación de normas destinadas a evitar la doble imposición". Dicha Recomendación parece presumir que toda exención sobre renta de fuente extranjera tiene la finalidad exclusiva de eliminar la doble imposición, por lo que la doble no imposición sería un resultado involuntario. Esta presunción de involuntariedad es ciertamente arriesgada cuando hablamos de exenciones derivadas de la ley nacional. Para Dourado (2015a), p. 51, esta cláusula *subject-to-tax* es una cláusula general que está destinada tanto a supuestos de doble no imposición intencionados como no intencionados. De acuerdo a Kane (2004), p. 101, y a Avi-Yonah (2016a), p. 14, el legislador americano ha consentido que el contribuyente haga uso de las normas conocidas como *check-the-box* (que permite al contribuyente elegir el estatus fiscal de la entidad en relación a la atribución de sus rentas: transparente u opaco) para alcanzar resultados de doble no imposición.

están plasmadas en el convenio[129], postura esta que se alinea con el principio de legalidad tributaria, por el cual no debe extenderse el hecho imponible más allá de su literalidad[130]. Por ejemplo, el hecho de que un Estado grave, por razón de origen, un determinado tipo de renta en el momento de suscripción de un CDI en el que el Estado de residencia se obliga a eximir de tributación dicha renta, no presupone que la intención de dicho CDI sea vincular dicha exención a una tributación efectiva en el Estado de fuente; por el contrario, se debe asumir que los Estados contratantes aceptan ulteriores cambios en la legislación nacional que den lugar a un resultado de doble no imposición[131].

A nivel doméstico, un ejemplo de la dificultad de determinar la verdadera *voluntad* de la ley lo encontramos en las deducciones fiscales de los gastos. La norma que establece la deducibilidad fiscal de un pago no tiene por qué estar necesariamente basada en la confianza de que dicho pago tributará en sede del perceptor ya que, como hemos advertido anteriormente, el impuesto sobre los beneficios es un impuesto de naturaleza ineficiente que tiene por objeto gravar la capacidad económica del contribuyente considerado individualmente (en este caso, la capacidad económica individual del pagador, no la capacidad económica *consolidada* del pagador y receptor)[132]. De hecho, creemos que es inconsistente desde la perspectiva de la política fiscal española el hecho de que se prohíba la deducción de un gasto financiero relativo a un instrumento híbrido[133] mientras que sí se permite la deducibilidad de los pagos realizados a entidades residentes en paraísos fiscales (siempre y cuando se demuestre la realidad de dicho gasto)[134]. Esta inconsistencia refuerza aún más el argumento sobre la futilidad del elemento volitivo en la doble no imposición en el sentido de que, en ausencia de medidas legales que combatan dicho resultado, es inútil vincular la legitimidad de un resultado de doble no imposición al elemento volitivo. Así, las organizaciones

[129] Scapa y Henie (2005), p. 268.
[130] Así, desde la perspectiva del Estado que aplica el Derecho, es irrelevante cuál es la voluntad de una norma nacional o un CDI con respecto a la doble no imposición, puesto que el principio de seguridad jurídica impide extender el hecho imponible más allá de su literalidad.
[131] Lang (2004), p. 85.
[132] Véase nota 88 y texto que la acompaña.
[133] Art. 15.j de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades.
[134] Art. 15.g de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades.

internacionales no pueden actuar como una suerte de "gendarme fiscal mundial"[135] que pretenda deslegitimar determinados resultados de doble no imposición (como las asimetrías híbridas o los conflictos de aplicación de los CDIs) bajo la asunción de que son indubitadamente *involuntarios,* pretendiendo así ejercer una suerte de paternalismo sobre los legisladores nacionales como si sus políticas fiscales nacionales fueran inefectivas.

En resumen, el factor de involuntariedad no puede ser determinante para determinar la posible ilegitimidad internacional de la doble no imposición internacional. La involuntariedad de la doble no imposición solo es verificable desde la perspectiva parcial de la política fiscal cada Estado (o desde la perspectiva pactada de cada CDI), y siempre de manera *ex post*, es decir, atendiendo a la existencia o no de medidas contra la doble no imposición. No obstante, lo que sí pueden hacer las organizaciones internacionales es identificar los posibles focos de doble no imposición y poner a disposición de los Estados las herramientas apropiadas para, si la consideran ilegítima de acuerdo a su política fiscal doméstica, combatirla de manera efectiva y desde la coordinación internacional para no crear mayores distorsiones (en forma de doble imposición) que las que se pretenden evitar. La voluntariedad o involuntariedad de la doble no imposición no alteran su naturaleza, y por tanto no alteran su posible carácter perjudicial de acuerdo a los principios (fundamentalmente económicos, como la neutralidad) que inspiran el régimen fiscal internacional.

Bajo el paraguas del término de *planificación fiscal agresiva* se han englobado todos aquellos focos y técnicas que son aprovechadas por las empresas para alcanzar resultados de doble no imposición de carácter involuntario. La identificación de estos focos ha sido liderada por la OCDE a través del proyecto BEPS y por la UE. ¿Cómo se ha definido la planificación fiscal agresiva? Si bien el concepto de planificación fiscal agresiva ha sido empleado de manera ambigua y vaga por la OCDE y la UE en el contexto

[135] Véase nota 196, Falcón y Tella y Pulido Guerra (2013).

del proyecto BEPS[136], este fenómeno está siendo en la actualidad objeto de un análisis más científico por la doctrina[137].

El empleo por la OCDE del concepto de *planificación fiscal agresiva* se remonta a 2008, donde se identifica este fenómeno con la planificación que implica una estrategia fiscal que es admisible pero que tiene consecuencias fiscales involuntarias e inesperadas[138]. Esta primera aproximación al fenómeno de la planificación fiscal agresiva es amplia e indeterminada[139]. Posteriormente, la OCDE ha seguido vinculando el fenómeno de la planificación fiscal agresiva a la obtención de beneficios fiscales legales pero no intencionados para el legislador[140]. Hay autores que han identificado la planificación fiscal agresiva con el fenómeno BEPS[141]. Esta asociación de fenómenos puede explicarse por el hecho de que la gran mayoría de acciones del proyecto BEPS son supuestos de explotación de lagunas legales, mientras que solo la Acción 5 (sobre prácticas fiscales perniciosas) refiere a beneficios fiscales de carácter intencionado. De hecho, el propio proyecto BEPS establece una distinción entre la planificación fiscal agresiva y la competencia fiscal perniciosa[142].

Es probablemente en el contexto de la UE donde más se ha profundizado en el fenómeno de la planificación agresiva, principalmente a partir de la Recomendación de

[136] Dourado (2015a), p. 44.

[137] Pistone (2016), p. 117, sostiene que la planificación fiscal agresiva consta de tres elementos que deben concurrir simultáneamente: *a)* el disfrute de la disparidad entre sistemas diversos con la finalidad de obtener una ventaja fiscal; *b)* la desalineación entre la fuente de la renta y el lugar donde los impuestos son pagados; y *c)* la existencia de un resultado de doble no imposición no pretendido por los Estados.

[138] OCDE (2008), *Study into the Role of Tax Intermediaries* pp. 10 y 87. En particular la OCDE dice que la planificación fiscal agresiva refiere a "*planning involving a tax position that is tenable but has unintended and unexpected tax revenue consequences. Revenue bodies' concerns relate to the risk that tax legislation can be misused to achieve results which were not foreseen by the legislators.*" No obstante, en este informe la OCDE señala que la planificación fiscal agresiva se debe al "abuso" ("*misuse*") de la norma fiscal, por lo que parece referir únicamente a supuestos de elusión fiscal, dejando fuera aquellos supuestos de ventajas fiscales no previstas en los que hay verdadera motivación económica. De hecho, el informe parece no considerar como planificación fiscal agresiva a aquellos casos de asimetrías híbridas en que existe verdadera sustancia económica (p. 49). Véase Martínez Laguna (2017), p. 216.

[139] Martínez Laguna (2017), p. 215.

[140] Véase OCDE (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning;* OCDE (2011), *Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure.*

[141] Dourado (2015a), pp. 49-50.

[142] OCDE (2013), p. 15: "los gobiernos deben seguir trabajando conjuntamente para abordar las prácticas impositivas perjudiciales y la planificación agresiva de la imposición".

la Comisión Europea sobre la planificación fiscal agresiva[143]. De acuerdo a la Comisión, la planificación fiscal agresiva consiste en "aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria"[144]. Si esta definición se lee en conexión con las dos medidas principales de la Recomendación, las conclusiones son más claras. La Recomendación se centra en dos focos o mecanismos de planificación fiscal agresiva: la doble no imposición (punto 3)[145] y la elusión fiscal (punto 4)[146], cuyo hilo conductor es la obtención de un **beneficio fiscal**[147] **contrario al espíritu de la ley pero amparado por la literalidad de la misma**, tal y como se establece en la exposición de motivos de la citada Recomendación cuando se señala que estas prácticas "reducen la deuda tributaria a través de mecanismos que, pese a ser estrictamente legales, son contrarios al espíritu de la ley"[148].

La planificación fiscal agresiva consta, por tanto, de tres elementos: la existencia de un beneficio fiscal, el amparo de dicho beneficio por la literalidad de la norma, y la ilegitimidad de dicho beneficio fiscal en cuanto a que es un resultado no querido por el legislador[149]. En otras palabras, la planificación fiscal agresiva es cualquier economía de opción no deseada por el legislador. El primer elemento exige un beneficio fiscal. El beneficio fiscal puede darse con respecto a la tributación ordinaria de las inversiones domésticas (en cuyo caso, tomará forma de doble no imposición); o con respecto a la

[143] Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), DO L 338 de 12.12.2012, pp. 41-43.

[144] Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), DO L 338 de 12.12.2012, p. 41. Véanse también los informes de la Comisión Europea (2015 y 2017), p. 23 de ambos informes.

[145] Sobre esta cláusula, véanse notas 78 y 128.

[146] Sobre la elusión fiscal, véase el Capítulo I, sección 3.2.1.

[147] Mientras que el punto 3 de la Recomendación de la Comisión sobre planificación fiscal agresiva está orientado a combatir los resultados de doble no imposición en forma de "deducciones dobles (…) y la doble no imposición", el punto 4 está orientado a combatir cualquier forma de minoración de la factura fiscal (como se deduce del punto 4.7 de la Recomendación) que se produzca como consecuencia de la manipulación o abuso de las normas tributarias.

[148] Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), DO L 338 de 12.12.2012, p. 41, punto 1 de la Exposición de motivos. Martínez Laguna (2017), p. 217, señala que es un oxímoron el hecho de que una práctica pueda ser "estrictamente legal" y a la vez ser contraria al espíritu de la ley. Creemos que esta apreciación es correcta en cuanto a las prácticas de elusión fiscal, en las que la manipulación de la norma implica *ipso facto* su ilegalidad, sin perjuicio de que en ciertos países la práctica administrativa sea más laxa o condescendiente con estas prácticas. No obstante, fuera de los casos de abuso de Derecho, un beneficio fiscal que es amparado por la literalidad de la norma tributaria será perfectamente legal por muy indeseados y contrarios al espíritu de la ley que sean sus efectos.

[149] Véase Dourado (2015a), p. 48.

tributación propia del vehículo jurídico habitual en ausencia de artificio (en cuyo caso estamos ante un uso abusivo de la norma, esto es, la elusión fiscal). El segundo elemento de este fenómeno es que el beneficio fiscal queda amparado por la literalidad de la norma tributaria. El último elemento es precisamente la involuntariedad de ese beneficio fiscal. La mera existencia de un resultado de doble no imposición no deseado por el Estado provoca la ilegitimidad de este fenómeno, pero no comporta necesariamente su ilegalidad si no hay comportamiento artificioso[150]. Por tanto, la planificación fiscal agresiva tiene dos focos fundamentales. El primero de ellos es la no alineación (ya sea alineación entre fondo y forma o alineación territorial) entre la tributación y sustancia. La segunda de las causas es la doble no imposición como consecuencia de la implementación descoordinada de los principios que subyacen al régimen fiscal internacional[151]. Precisamente estos dos focos de planificación agresiva se corresponden con los dos pilares fundamentales sobre los que se ha construido el proyecto BEPS[152].

Respecto a la no alineación entre la tributación y sustancia, en nuestra opinión, estas "brechas" o *loopholes* son consustanciales a todo sistema fiscal en la medida en que la inevitable imperfección de las reglas tributarias permite que la localización fiscal de una actividad se deslinde de su localización real[153]. Esta imperfección se explica en el hecho

[150] Para Dourado (2015a), p. 48, las lagunas legales tienen que ser resueltas mediante la ley, debido al principio de legalidad tributaria. No obstante, las lagunas legales, en la medida en que no responden a los fines que busca el legislador, dejan de ser legítimos a pesar de su estricta legalidad. Es precisamente la ineficiencia de las leyes para cumplir sus fines la que menoscaba la soberanía del Estado. Y, por tanto, un Estado nunca puede ser plenamente soberano en tanto sus leyes no respondan plenamente a la voluntad de sus órganos legislativos.

[151] El punto 5 de la Exposición de motivos de la Recomendación de la Comisión sobre la planificación fiscal agresiva establece que es necesario abordar los casos en los que el contribuyente lleva a cabo una "gestión de su situación fiscal que evita la imposición de sus ingresos por las jurisdicciones fiscales competentes (doble no imposición)".

[152] OCDE (2013), p. 15.

[153] Slemrod (2010), pp. 845-846, manifiesta que las sociedades son "ficciones legales" y que por tanto asignar la actividad de una empresa multinacional a una jurisdicción concreta es un "problema conceptualmente difícil". No es un problema ubicar los factores físicos de producción, pero sí determinar dónde se ha generado el valor de la empresa. Por todo esto, Slemrod manifiesta que la movilidad de las bases imponibles ("*tax location*") es consustancial al régimen fiscal internacional. Por su parte, Kleinbard (2011), p. 704, establece que "la renta sin Estado es un inevitable *subproducto"* derivado de las normas fundamentales del régimen fiscal internacional, tales como el reconocimiento de las entidades jurídicas como contribuyentes independientes de su grupo empresarial, o la deducibilidad de los intereses, que posibilitan la subcapitalización. Este autor también sugiere la "relativa libertad" que el *arm's length standard* otorga a los grupos empresariales a la hora de fijar los precios en sus operaciones intragrupo.

de que el actual sistema fiscal internacional permite un alto grado de movilidad de las bases imponibles muy alejado de la relativa inmovilidad de las actividades que las generan[154]. Este hecho explica que la principal función de las normas anti-abuso esté dirigida a alinear la localización real de la actividad de la empresa con la localización fiscal, valga la redundancia, de las bases imponibles. En particular, estas normas anti-abuso están dirigidas a actividades especialmente volátiles (como las actividades financieras), donde es muy sencillo deslocalizar las corrientes de pagos y las rentas sin necesidad de deslocalizar la actividad real. En este sentido, la financiación intragrupo es un sencillo vehículo para transferir bases imponibles entre Estados sin necesidad de transferir la actividad. Se puede concluir que la planificación fiscal agresiva representa el fracaso o agotamiento del régimen fiscal internacional en el contexto global actual.

Hay autores que han criticado que la actual cruzada de las organizaciones internacionales contra la planificación fiscal agresiva ha estigmatizado cualquier forma de planificación fiscal tendente a la doble no imposición[155]. Las razones de estos autores son que el comportamiento del contribuyente es plenamente legítimo cuando hay verdadera sustancia económica, con independencia de la motivación fiscal. No obstante, en nuestra opinión, no podemos olvidar que en el contexto de la UE la legitimidad o ilegitimidad de la planificación fiscal de los contribuyentes no se debe medir por el comportamiento del contribuyente (si se realiza manipulando la norma doméstica o si por el contrario se realiza conforme a verdaderos motivos económicos), sino conforme a si los resultados son contrarios a los principios nucleares que sustentan la Unión Europea[156]. En este sentido, la planificación fiscal agresiva, por muy válido y genuino que sea el comportamiento del contribuyente, es contraria al mantenimiento de un marco de competencia empresarial igualitaria sobre el que se inspira la política fiscal de la UE

[154] Kleinbard (2011), p. 703, puntualiza que el fenómeno del "*stateless income*" es diferente al fenómeno de la movilidad del capital. La movilidad del capital comprende la capacidad de una persona para localizar su actividad real en una jurisdicción al objeto de reducir su carga tributaria. Por el contrario, el "renta sin Estado" comprende el movimiento de bases imponibles dentro de un grupo multinacional sin modificar la actividad real del grupo ni ningún otro factor de producción. Slemrod (2010), p. 844, define la movilidad como "la capacidad de cambiar de localización".

[155] Parada (2017), pp. 67 y ss.

[156] Por ejemplo, el régimen europeo de ayudas de Estado prohibidas, del cual los Estados Miembros son destinatarios, se centra en los efectos de las normas tributarias (la existencia de ventajas selectivas) y no en *cómo* explotan esas normas los contribuyentes. Véase al respecto el Capítulo II, sección 2.2.4.4.

en la medida en que determinadas empresas multinacionales pueden verse favorecidas. La erosión de las bases imponibles de los Estados Miembros genera distorsiones en el mercado común en forma de ventajas competitivas en favor ciertas empresas.

Fuera del contexto de la UE, esta valoración de la planificación fiscal agresiva se debe hacer también a la luz de los resultados (analizando si el principio de *imposición única* tiene carácter imperativo para los Estados; o si el mantenimiento de una legislación permeable a la planificación fiscal agresiva es una manifestación legítima de la soberanía de los Estados o si por el contrario choca con la soberanía de otros Estados) y no del comportamiento del contribuyente (lo cual es una cuestión interna de cada Estado). No debemos olvidar que el destinatario del Derecho internacional tributario son los Estados, y no los contribuyentes. En otras palabras, la doble no imposición pertenece al ámbito de la competencia fiscal internacional, área jurídica de carácter internacional que explora los límites a la soberanía tributaria de los Estados, mientras que el comportamiento del contribuyente pertenece a la esfera del Derecho nacional. Por ello, creemos firmemente que el Derecho internacional no debe interferir en cómo la ley nacional alcanza unos resultados (es decir, si establece incentivos fiscales expresos, o si por el contrario permite la erosión de sus bases mediante una legislación colmada de lagunas)[157] sino en si los resultados producidos por esas leyes son o no lesivos para otros países o si son contrarios a valores meta-jurídicos supranacionales que informan el régimen fiscal internacional.

Sin embargo, hemos de reconocer que, si bien compartimos el fondo respecto a las medidas contra la planificación fiscal agresiva, no compartimos la etiqueta de "planificación fiscal agresiva". Esta etiqueta sugiere un comportamiento elusivo que no necesariamente se cumple en todo fenómeno de doble no imposición, estigmatizando absolutamente todo comportamiento del contribuyente; sin perjuicio de que consideramos que, por muy transparente que sea su comportamiento, la doble no imposición que no responda a finalidades legítimas del legislador debe ser combatida.

[157] En aras de fomentar la competitividad de las empresas nacionales en el extranjero, no hay diferencia entre la aplicación de incentivos fiscales deliberados o la utilización de técnicas propias de la planificación fiscal agresiva. Ambos casos son una cuestión de competencia fiscal internacional. Véase Rosenbloom (2000), pp. 148 y ss.

Al margen de la ilegitimidad internacional de la planificación fiscal agresiva, que debe valorarse a la luz de sus efectos y no del comportamiento del contribuyente ni de la voluntariedad de sus resultados, debería concebirse el proyecto BEPS[158] como una suerte de *código sobre la planificación fiscal agresiva de carácter dispositivo*[159] puesto a disposición de aquellos Estados que quieran implementar sus normas para luchar contra la planificación fiscal agresiva cuando consideren que es contraria a su política fiscal. Además, esta codificación presenta la ventaja de adoptarse de una manera supranacional y de acuerdo a principios de coordinación, al objeto de evitar actuaciones unilaterales que generen distorsiones en forma de doble imposición. En definitiva, es tarea de las organizaciones internacionales poner "negro sobre blanco" e identificar estos focos muchas veces no previstos por los legisladores nacionales al objeto de que estos tomen conciencia y adapten sus legislaciones al verdadero espíritu de sus políticas fiscales, cualesquiera que sean estas.

Además, el foco puesto sobre la planificación fiscal agresiva tiene importancia porque ha destapado las carencias y la obsolescencia de muchos de los conceptos sobre los que se asienta el régimen fiscal internacional, y ha supuesto una exigencia para que los Estados pongan todos los medios para eliminar estas lagunas. Estas lagunas derivan de un régimen fiscal internacional que se asienta sobre conceptos que son demasiado

[158] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 28 de enero de 2016: "Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE", COM(2016) 23 final. Dentro del marco del Paquete de lucha contra la elusión fiscal, se ha aprobado la Directiva del Consejo 2016/1164/UE, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

[159] La OCDE ha revolucionado el panorama tributario internacional debido al desarrollo de su programa BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). A mi entender este programa no supone una verdadera revolución en cuanto a la estructura del régimen fiscal internacional ni plantea medidas radicalmente nuevas. No obstante, supone una suerte de sistematización y ordenación de todos los principios y medidas desarrolladas hasta la actualidad en materia de erosión de bases imponibles. Por ello no conviene menospreciar este ingente proyecto, no solo por su función codificadora, sino también por su indudable valor persuasivo y de concienciación en relación a la doble no imposición internacional. Serrano Antón (2015), pág. 92, ha llegado a sugerir que el proyecto BEPS es el "régimen internacional por antonomasia sobre medidas antiabuso". En el ámbito de la UE, las normas contra la planificación fiscal agresiva, implementadas a través de la Directiva Anti-abuso, son vinculantes para los Estados Miembros precisamente porque tienen efectos contrarios al mercado común. Además, el hecho de que dicha Directiva se haya adoptado por unanimidad por todos los Estados Miembros (ya que en la UE las directivas fiscales se deben adoptar por unanimidad) alinea la voluntad de sus políticas fiscales nacionales con las de la UE.

formalistas y rígidos, y por tanto no son capaces de adaptarse a las nuevas y flexibles realidades del comercio internacional. El problema es que la eliminación de estas lagunas no debe dejarse a la iniciativa unilateral sin una labor de supervisión y coordinación supranacional, ya que el establecimiento de medidas contra la planificación fiscal agresiva entraña potenciales riesgos (como el principio de no discriminación o la doble imposición internacional) que exigen un enfoque de coordinación. De esta necesidad de coordinación internacional para superar la obsolescencia de ciertos institutos jurídico-tributarios que dan lugar a lagunas legales (y, por tanto, a oportunidades para la planificación fiscal agresiva) ha surgido el proyecto BEPS.

Como conclusión, creemos que la presunción de involuntariedad de los beneficios fiscales derivados de la planificación fiscal agresiva es puramente apriorística. Apriorística porque de la reciente codificación de las estrategias de planificación fiscal agresiva en el contexto del proyecto BEPS, solo pueden desprenderse dos consecuencias: que los Estados implementen medidas efectivas contra la planificación fiscal agresiva, en cuyo caso la planificación fiscal agresiva deja de existir (ya que se trata de un fenómeno que obtiene su carta de naturaleza precisamente por su legalidad, aunque sea indeseable); o que los Estados no implementen tales medidas, en cuyo caso, la previsibilidad de los resultados de doble no imposición, evidenciados por su codificación, sitúa la cuestión en el contexto de la soberanía y de la competencia fiscal, pudiendo en muchos casos ser calificada dicha actitud como de competencia fiscal lesiva.

### 4.2. El papel de los Estados en la doble no imposición internacional

Una vez sentado que la intencionalidad es un factor impreciso a la hora de catalogar la doble no imposición internacional, creemos que un factor más riguroso es el del papel o "responsabilidad" de los Estados en la producción de los resultados de doble no imposición. Mientras que el factor de intencionalidad depende de algo tan subjetivo y

etéreo como es el espíritu de la norma, el factor de responsabilidad está vinculado a la función que asume el Estado en la generación de dicho resultado.

En función de si un Estado desempeña un papel activo o pasivo en la producción de un resultado de doble no imposición, la doble no imposición internacional puede ser clasificada como unilateral o bilateral. La importancia de esta distinción nos puede ayudar a situar adecuadamente determinados supuestos de doble no imposición en su debido contexto en relación a las normas internacionales de competencia fiscal perniciosa. Como veremos más adelante, la "responsabilidad", por acción o por omisión, en la erosión de las bases imponibles permite identificar a aquellos países que incurren en prácticas de competencia fiscal lesiva en ciertos casos[160].

### 4.2.1. La doble no imposición internacional de carácter unilateral

La doble no imposición internacional unilateral se produce cuando el Estado con la potestad tributaria principal sobre una determinada renta transfronteriza se abstiene de gravarla. Y ello con independencia de si existe una intención en producir un resultado de doble no imposición o no. Esta categoría nos permite superar la ambigua y etérea distinción entre doble no imposición intencionada e involuntaria que hemos desarrollado con anterioridad. De tal manera que el Estado responsable de gravar dicha renta, de acuerdo con a los principios del régimen fiscal internacional, no ejerce su potestad tributaria o lo hace por debajo de su tributación ordinaria. Dentro de esta categoría se incluyen aquellas situaciones en las que un Estado utiliza mecanismos de *no imposición* o *desimposición activa* fruto de regímenes fiscales preferentes y de incentivos fiscales[161].

[160] Tradicionalmente las prácticas de competencia fiscal lesiva han cubierto los casos en los que un país, mediante el empleo de regímenes fiscales preferentes y/o prácticas de opacidad fiscal, trata de atraer capitales o actividades muy móviles (como las financieras y las de servicios), erosionando así la capacidad de otros Estados de gravar las bases imponibles que legítimamente les corresponden (por localizarse allí su actividad), en OCDE (1998), párr. 29.

[161] Martínez Laguna (2017), p. 199, distingue entre mecanismos de *no imposición activa* y *pasiva*. Para Martínez Laguna, la no imposición pasiva son todos aquellos mecanismos tributarios cuyo objetivo es asegurar una coherencia interna (el principio de correspondencia, antes explicado) y el principio de capacidad económica. Consideramos más apropiado incluir también dentro de esta categoría aquellos

### 4.2.2. La doble no imposición internacional *stricto sensu* o de carácter bilateral

La doble no imposición internacional *stricto sensu* o de carácter bilateral ocurre cuando ninguno de los Estados en los que está sujeta la renta transfronteriza se considera competente para gravarla, la cual sí tributaría en cualquiera de dichos países si fuera doméstica. En estos casos, hay una suerte de "ausencia de competencia o responsabilidad"[162] por los Estados con conexión territorial sobre la renta.

Esta forma de doble no imposición se produce como resultado de la aplicación bilateral de mecanismos de *desimposición pasiva*[163] por aquellos países en los que la renta transfronteriza queda sujeta a su potestad tributaria[164]. Estos mecanismos de "no imposición pasiva" derivan de la aplicación del sistema fiscal de conformidad con el principio de capacidad económica y la tributación sobre el beneficio neto[165]. En este

otros mecanismos orientados a asegurar una coherencia externa, ya sea en forma de exenciones para evitar la doble imposición internacional o normas para implementar el principio territorial. Respecto a esto último, tal y como ha sugerido Martínez Laguna (2017), p. 198, podría considerarse como un mecanismo de no imposición activa la utilización del método de exención sobre las rentas de fuente extranjera cuando ha sido implementado en aras de mantener la competitividad en vez de para eliminar la doble imposición; sin embargo en la práctica es imposible distinguir si esta es la motivación de tal mecanismo o por el contrario su motivación es la eliminación de la doble imposición internacional, por lo que consideramos más apropiado considerarlo como un mecanismo de no imposición pasiva en la medida en que se trata de un mecanismo que delimita territorialmente el hecho imponible. Por último, el hecho de que un país como EEUU solo considere como residentes fiscales a aquellas entidades que estén constituidas en dicho país, con independencia de su sede de dirección, ha posibilitado multitud de estrategias de elusión fiscal. Por ello, aunque la renta de una entidad no esté formalmente sujeta al impuesto americano, sí que puede haber una conexión territorial con dicho país, y por tanto puede existir una suerte de *no imposición pasiva*, si bien no de carácter formal por no haber sujeción en sentido formal. Por tanto, creemos que la desimposición pasiva debe incluir tanto aquellos supuestos de no sujeción en los que existe una cierta conexión con la renta, como de aquellas exenciones de carácter técnico para eliminar la doble imposición.

[162] Ausencia de responsabilidad porque la especificación autónoma por cada país de los principios del régimen fiscal internacional determina que ninguno de ellos tiene potestad tributaria sobre la renta.

[163] Véase nota 161.

[164] Para Martínez Laguna (2017), p. 203, la doble no imposición es resultado de "la aplicación paralela de disposiciones de no imposición en cada jurisdicción". Como ya hemos advertido, la doble no imposición puede darse no solo cuando hay una sujeción formal en varios países, sino también cuando hay una conexión territorial. Por ejemplo, la creación de entidades sin residencia fiscal en ningún país. La ausencia de residencia fiscal implica una ausencia de sujeción a la potestad tributaria de dicho país, pero ello no elimina su naturaleza de verdadera doble no imposición, en nota 30. Marian (2013), pp. 471 y 472, analiza la estrategia de Apple por la cual su filial Apple Operations International evitó la residencia fiscal en Irlanda (donde estaba constituida dicha sociedad) y en EEUU (donde estaba la sede de dirección efectiva).

[165] Martínez Laguna (2017), p. 196.

mismo sentido, Traversa y Helleputte señalan que la doble no imposición puede ser un resultado natural de la aplicación de reglas dirigidas a limitar las potestades tributarias de los Estados contratantes con el objetivo de eliminar la doble imposición[166]. Pero esta desimposición pasiva también engloba aquellas exenciones de carácter técnico y aquellos supuestos de no sujeción en donde hay algún tipo de conexión territorial con la renta[167].

Estos casos de doble no imposición de carácter bilateral implican la existencia de dos Estados que aplican concurrentemente, o de manera "cruzada", normas cuyo objetivo aparente es asegurar la neutralidad del sistema fiscal. Y decimos "aparente" porque no podemos saber a ciencia cierta la intención del legislador (no sabemos si este no quiere este resultado, si lo quiere deliberadamente, o si simplemente es indiferente y lo asume como posible). La única certeza es que ambos Estados aplican de manera híbrida los principios del régimen fiscal internacional, y por tanto ambos son responsables de este resultado (o ninguno es responsable) debido a que se trata de situaciones que si se dieran a nivel puramente doméstico no producirían ese beneficio fiscal en ninguno de los países implicados[168]. Así, la doble no imposición no es fruto de la aplicación de un incentivo fiscal unilateral[169], sino que deriva de la aplicación concurrente por varios países de los mecanismos que delimitan negativamente el hecho imponible (tanto en su aspecto espacial como en su aspecto objetivo y subjetivo), tomando forma de deducciones, exenciones técnicas, supuestos de no sujeción, etc. Por tanto, ninguno de los países en los que está sujeta la renta transfronteriza se considera a sí mismo competente para gravar la misma.

[166] Traversa y Helleputte (2009), pp. 340 y 361.
[167] Véase nota 161.
[168] Por tanto, la pérdida de recaudación no se puede entender imputada de manera aislada para cada uno de los Estados implicados, sino de manera conjunta y consolidada a ambos países.
[169] En este sentido la Acción 2 del proyecto BEPS no cubre aquellos supuestos en los que la asimetría es atribuible únicamente a la aplicación de un estatus fiscal especial por alguna de las partes en la transacción, en OCDE (2015), párr. 96 y ejemplo 1.5. De la misma manera, la Acción 2 del proyecto BEPS tampoco cubre aquellos supuestos en los que la asimetría no deriva de un "pago", por entenderse que cualquier deducción de un interés nocional o bonificación es un incentivo fiscal, en OCDE (2015), párr. 11. No obstante, de acuerdo a la Acción 2 de BEPS, pueden solaparse ambos fenómenos (la doble no imposición unilateral y la bilateral) cuando una entidad de estatus especial recibe una renta con un tratamiento híbrido, en cuyo caso se reputa como una estructura híbrida que debe ser sometida a la norma anti-híbridos; véase OCDE (2015), párr. 96 y ejemplo 1.5.

Por tanto, la *causa directa y atribuible de esta forma de doble no imposición es el ejercicio paralelo de la soberanía tributaria*[170]. En unos casos el ejercicio paralelo de la soberanía tributaria se hace de manera coordinada a través de un mismo cuerpo normativo, los convenios. Que se haga de manera coordinada no implica que los Estados contratantes no puedan buscar deliberadamente resultados de doble no imposición, como es el caso de las cláusulas *matching credit* y *tax sparing* incorporadas en ciertos CDIs con países en vías de desarrollo[171]. No obstante, no es infrecuente que los Estados contratantes apliquen un CDI de manera descoordinada; se trata de situaciones en las que cada Estado contratante califica de manera diferente un mismo elemento del hecho imponible (la renta, el sujeto pasivo, etc.) produciéndose resultados contrarios a la *voluntad* pactada del convenio[172]. Al margen de los convenios, el ejercicio paralelo de la soberanía tributaria se realiza a través de diferentes cuerpos normativos, con diferentes objetivos e idiosincrasias, que a menudo implementan de manera autónoma y descoordinada los principios jurídicos que informan el régimen fiscal internacional, originando por tanto resultados de doble no imposición bilateral.

Dos son los principios que determinan el reparto de las potestades tributarias entre los Estados. El primero es el principio de empresa independiente, que responde a la pregunta de quién es el contribuyente que obtiene la renta y qué renta se atribuye a este. Este principio pretende concretar los elementos objetivo y subjetivo del hecho imponible. El segundo principio es el principio del beneficio, que responde a la cuestión de cómo se divide la cuota tributaria entre los países con conexiones territoriales sobre la misma, es decir, concreta el elemento espacial del hecho imponible[173].

En términos generales, el principio de empresa independiente establece que la renta debe gravarse en sede del perceptor cuando esta derive de un instrumento financiero de deuda, mientras que debe gravarse en sede del pagador cuando se trate de un instrumento financiero de capital. Sin embargo, un determinado país puede establecer

[170] Recordemos que la *no imposición* también es una manifestación del ejercicio de la soberanía tributaria de los Estados, en nota 22.
[171] Véase nota 124.
[172] Véase nota 124.
[173] Avi-Yonah (1997), p. 520.

que un determinado instrumento financiero sea tratado fiscalmente como deuda, mientras que otro Estado puede otorgarle un tratamiento fiscal asimilado al del capital. Si el país del pagador es quien trata fiscalmente el instrumento financiero como deuda (siendo deducible el pago de la renta), mientras que el país del perceptor trata dicho instrumento como capital (permitiendo una exención sobre dicha renta), el resultado será una doble no imposición bilateral. El principio de empresa independiente también determina cuándo una renta se atribuye a una entidad y cuándo se atribuye directamente a sus socios. Generalmente, la existencia o no de personalidad jurídica determinará si la entidad es opaca o por el contrario es transparente. El resultado de doble no imposición bilateral puede surgir cuando una misma entidad es considerada opaca en un país y transparente en otro[174].

En cuanto al principio del beneficio, un país puede aplicar un sistema territorial puro (dejando exentas todas las rentas obtenidas por sus residentes en el extranjero) mientras que otro país puede tener un sistema de renta mundial puro (gravando solo a sus residentes), de tal modo que la renta quedaría sin gravar en ambos países. No obstante, este es un ejemplo extremo ya que la mayoría de países tiene sistemas duales que gravan tanto la residencia como la fuente, por lo que la regla general es la doble imposición y no la doble no imposición. Sin embargo, pueden darse resultados de doble no imposición bilateral cuando los Estados difieren en la definición de determinados elementos que determinan el aspecto espacial del hecho imponible, como son la *residencia fiscal* o el *establecimiento permanente*.

#### 4.2.2.1. El beneficio bilateral

La doble no imposición bilateral se materializa en que *la renta transfronteriza soporta una carga tributaria global inferior a la que soportaría dicha renta en cualquiera de los*

[174] La Acción 2 del proyecto BEPS establece que las entidades híbridas inversas son aquellas entidades que son consideradas transparentes en el país en el que están establecidas, pero son tratadas como opacas en el país de residencia de la entidad matriz, en OCDE (2015), párr. 140. Fruto de ese tratamiento desigual, la renta que percibe la entidad no está sometida a tributación en ningún país, mientras que la entidad pagadora de la renta se aplica la correspondiente deducción.

*países involucrados de haber sido una renta puramente doméstica de carácter comparable*. Es decir, la doble no imposición se da únicamente a nivel transfronterizo, resultado que no se daría si la misma renta o transacción fuera enteramente doméstica[175]. De acuerdo a Rosenzweig, la pérdida de recaudación representa un *beneficio bilateral* ("*bilateral surplus*") sobre el cual cualquier país podría igualmente reclamar todo o parte de la recaudación perdida[176].

La existencia de este *beneficio bilateral* se asemeja al beneficio obtenido en las operaciones de arbitraje financiero[177], razón por la cual la utilización de estructuras tendentes a resultados de doble no imposición bilateral ha sido denominada como "arbitraje fiscal internacional". En efecto, se ha definido el *arbitraje fiscal internacional* como aquel fenómeno que se produce por la explotación por parte del contribuyente de las diferencias entre las normas tributarias de varios Estados para conseguir una tributación agregada inferior a la que se derivaría de haber sido una renta puramente doméstica[178]. La existencia de un beneficio bilateral se ha considerado por los organismos internacionales como una evidencia de que la doble no imposición es un resultado no querido por los Estados y las ha incluido en su catálogo de focos de planificación fiscal agresiva, en concreto incluyéndolos en el proyecto BEPS (Acción 2) y en el artículo 9 de la Directiva Fiscal Anti-abuso (ATAD). En concreto, la existencia de un *beneficio bilateral* evidencia de manera clara una aplicación concurrente de mecanismos de *desimposición pasiva*, de tal manera que esta (la aplicación bilateral de mecanismos

[175] Este requisito es clave para diferenciar la doble no imposición bilateral de la doble no imposición unilateral. La Acción 2 del proyecto BEPS no exige expresamente este "beneficio bilateral" para que se considere una asimetría híbrida. Sin embargo, la exigencia de que la asimetría se produzca sobre un *pago* (párr. 11) y no derive solamente de un estatus tributario especial del contribuyente ni de un contexto especial (párr. 91) ya presume de por sí que dicha transacción no incurriría en una asimetría de haberse tratado de una transacción doméstica en cualquiera de los países. No obstante, esta circunstancia no siempre se cumple como ya hemos advertido, en nota 103 y texto que la compaña.

[176] Rosenzweig (2007), p. 588.

[177] Véase nota 2. Sobre la similitud entre el arbitraje financiero y el arbitraje fiscal internacional, véase Kane (2004), pp. 109 y 110.

[178] La definición tradicional del arbitraje fiscal internacional engloba aquellos supuestos en los que las diferencias entre las normas tributarias de varios países que gobiernan una transacción transfronteriza resultan en una tributación agregada inferior a la que habría correspondido en cualquiera de los países implicados de haber sido una transacción puramente doméstica. Véanse Ring (2002), pp. 80 y 85; Dell´Anese (2006), p. 81; Shaviro (2004), p. 116; West (1996), p. 171; Rosenzweig (2007), p. 560.

de desimposición pasiva) lleva necesariamente a la otra (la existencia de un beneficio bilateral).

#### 4.2.2.2. Doble imposición internacional y doble no imposición internacional: ¿dos caras de la misma moneda?

El concepto de doble no imposición internacional tiene un desarrollo y evolución teórico menos arraigado que el de la doble imposición internacional. Una de las causas es que su importancia histórica no ha evolucionado de manera paralela al concepto de doble imposición internacional[179]. Otra posible causa, y quizá la más importante, es que dicho concepto viene a menudo confundido, tanto en la literatura como en el ordenamiento tributario, con otras figuras como la elusión fiscal, cuyo elemento central es la intencionalidad elusiva del contribuyente, en vez del resultado objetivo de la doble no imposición.

Desde una perspectiva política, ambos fenómenos reflejan un problema clave del régimen fiscal internacional: la distribución de las potestades tributarias entre los Estados. La distribución de dichas potestades es la piedra clave sobre la que pivota el régimen fiscal internacional. La doble imposición internacional implica que dos Estados con pretensiones legítimas se atribuyen y ejerciten su potestad tributaria sobre una misma renta. Dos potestades que se superponen. Por el contrario, la doble no imposición internacional implica que los Estados con pretensiones tributarias legítimas se inhiben de ejercerla, bien de manera activa o unilateral, bien porque debido a las diferencias legislativas nacionales no se consideran competentes para gravar la renta[180]. Por ello la solución a ambos fenómenos pasa por reevaluar el reparto de potestades tributarias entre los Estados implicados[181].

[179] Ring (2002), p. 81.
[180] Kaufman (1998), pp. 149-151.
[181] Rosenzweig (2014), pp. 1077-1078 evidencia la necesidad de introducir un adecuado reparto de las potestades tributarias a la hora de implementar medidas contra la erosión de las bases imponibles y la doble no imposición.

No obstante, la doble no imposición bilateral es la forma más pura y genuina de doble no imposición internacional ya que supone en muchos casos la cara inversa de la doble imposición internacional:

- Existe un resultado de infraimposición con respecto a una renta doméstica comparable, de la misma manera que en la doble imposición internacional existe un resultado de sobreimposición con respecto a una renta doméstica comparable[182]. Para Calderón Carrero, la doble imposición internacional se produce cuando la doble tributación resulta en "una carga fiscal global superior a la que se originaría si dicho hecho imponible se hubiera realizado con sujeción a un solo sujeto activo"[183]. Esta definición podría ser aplicada a la doble no imposición bilateral cambiando únicamente la expresión "superior" por "inferior".

- Si tomamos en consideración los principios de justicia tributaria, la doble imposición y la doble no imposición internacional parecen plantear obstáculos a la consecución de un régimen fiscal internacional equitativo[184]. La construcción de un sistema tributario justo requiere que el reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes se realice conforme a criterios de igualdad y conforme al principio de capacidad económica[185].

- Con respecto al principio de neutralidad, los efectos de la doble no imposición bilateral plantean los mismos problemas que plantea la doble imposición internacional[186]. La doble no imposición bilateral se caracteriza por la existencia

[182] Véase Marchgraber (2018), pp. 25-29, sobre la definición de la doble no imposición internacional en el contexto de la UE.
[183] Calderón Carrero (1996), pp. 130 y 135.
[184] Véase Fleming, Peroni y Shay (2001), Van de Vijver (2015), Avi-Yonah (2000b).
[185] Vega Borrego (2003), p. 92, establece que "los convenios de doble imposición contribuyen a la realización efectiva de los principios de capacidad económica e igualdad eliminando la doble imposición internacional. De igual manera, parece razonable pensar que los convenios de doble imposición no deben contribuir a generar la situación opuesta: que por el mero hecho de que las rentas tengan carácter internacional eludan cualquier tipo de tributación".
[186] Véase nota 65. Sobre el principio de neutralidad y los impuestos sobre la renta, véase el principio de correspondencia, en el Capítulo I, sección 3.2.3.2.2. En este sentido, el principio de neutralidad requiere que beneficios y pérdidas, ingresos y gastos, sean dos caras de una misma moneda que "habrán de

de un trato fiscal favorable de la renta transfronteriza con respecto de la renta doméstica (al igual que la doble imposición se caracteriza por un trato desfavorable) que afecta a las decisiones de inversión y por tanto a la eficiencia. La eficiencia internacional busca maximizar la asignación de las inversiones de la manera más productiva posible[187]. La actual movilidad del capital y la coexistencia de sistemas fiscales diferentes compitiendo entre sí distorsionan y condicionan la asignación eficiente de los recursos a nivel internacional[188]. *Prima facie*, la doble imposición y la doble no imposición internacional, suponen obstáculos a la eficiencia, o al menos invitan a un análisis del mismo[189]. En el contexto de la Unión Europea, como consecuencia del establecimiento de un mercado único y sin distorsiones, el principio de neutralidad tributaria ha guiado la política fiscal de la Unión Europea: de manera enérgica con respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido, y de una manera más tímida respecto de los impuestos directos, sobre los cuales los Estados Miembros aún conservan gran parte de su soberanía[190]. El objetivo principal de la UE es asegurar el establecimiento de un mercado único entre los Estados Miembros, sin barreras al comercio intracomunitario y sin distorsiones a la libre competencia.

- En cuarto lugar, en ambos casos el resultado de infraimposición o sobreimposición es causa directa del ejercicio paralelo de potestades tributarias[191]. Hay una *relación de causalidad* entre el ejercicio múltiple de la

tratarse de modo simétrico en el marco de un mismo sistema fiscal, con el fin de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados", en la sentencia del TJUE, de 13 de diciembre de 2005, C-446/03 (*Mark & Spencer*), párr. 43.

[187] Kofler (2012), pp. 78 y ss.

[188] Sobre la discusión de la competencia fiscal internacional y sus efectos sobre la eficiencia véase Avi-Yonah (2000b), pp. 1604 y ss.

[189] Véase Ring (2002), pp. 102 y ss., y Avi-Yonah (2007), p. 9.

[190] El extinto artículo 293 CE establecía la necesidad de que los Estados Miembros firmasen entre ellos convenios internacionales al objeto de eliminar la doble imposición internacional en el seno de la Unión Europea. La Directiva 2011/96/UE (en adelante, Directiva Matriz-Filial), ha sido implementada con el objetivo de eliminar barreras al comercio intracomunitario mediante la abolición de la doble imposición internacional en el reparto de dividendos. En cuanto a la doble no imposición, la Directiva Fiscal Anti-abuso (ATAD) ha supuesto también un claro ataque frontal a este fenómeno.

[191] Ring (2002), p. 81, establece que "el conflicto en las normas produce uno de dos resultados: imposición por dos países (doble imposición) o imposición por ninguno (no imposición)". Por su parte, Kaufman (1998), pp. 149 y 151, establece que el "existente marco jurisdiccional opera como una espaldera sobre la que cuelgan las normas tributarias internacionales, superpuestas e *infra-puestas,* de varios países. El solapamiento de las normas fiscales internacionales provoca doble imposición sobre una misma renta (…).

potestad tributaria y la doble (no) imposición internacional. De la misma forma que no puede existir doble imposición internacional cuando un Estado grava a un determinado sector industrial a un tipo superior a su tipo de gravamen general, tampoco existirá doble imposición internacional cuando el Estado de residencia grava a un tipo superior únicamente las rentas de fuente extranjera (es decir, rentas transfronterizas). En este caso, la sobreimposición deriva del ejercicio unilateral por un Estado. Sin embargo, ambos supuestos son sustancialmente idénticos en cuanto a que desincentivan la inversión transfronteriza[192]. De hecho, el Tribunal de Justicia de la UE ha considerado que ambos casos tienen efectos nocivos para el mercado interior; sin embargo, el propio Tribunal, ha permitido la doble imposición derivada del "ejercicio paralelo por dos Estados miembros de su potestad tributaria"[193] mientras prohíbe los supuestos de *sobreimposición unilateral* sobre la renta transfronteriza. De la misma manera, cuando hablamos de doble no imposición internacional, la UE no ha considerado como Ayudas de Estado prohibidas los supuestos de doble no

En el otro extremo del espectro, las lagunas entre las normas tributarias de varios países pueden permitir que las rentas escapen por completo de tributación".

[192] Una situación por la cual un Estado impone a una renta transfronteriza una tributación superior a que soportan las rentas domésticas mientras que el otro Estado con potestad tributaria se abstiene de gravar, no cambia por el hecho de que este último imponga un tipo de gravamen del 0,1% sobre dicha renta. En el primer caso no habría doble imposición internacional en sentido estricto, mientras que en el segundo caso sí habría doble imposición internacional. No obstante, ambas situaciones son sustancialmente idénticas.

[193] Sentencia del TJUE, de 14 de noviembre de 2006, C-513/04 (*Kerckhaert y Morres*), párrs. 20-21. Aunque el TJUE se ha manifestado repetidamente su incompetencia para eliminar la doble imposición internacional, ha expresado no obstante sus "efectos negativos" en el funcionamiento del mercado comunitario. Por su parte, es célebre la Opinión del Abogado General Geelhoed en el asunto C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*). En dicha Opinión el Abogado General Geelhoed califica de "cuasirrestricciones" a las situaciones de doble imposición internacional (párr. 38).

imposición bilateral[194], pero sí ha considerado prohibida la doble no imposición unilateral[195].

- Igualmente, desde el punto de vista de la soberanía de los Estados, podemos decir que ambos fenómenos tienen parecidas implicaciones[196]. Hasta hace relativamente poco, el Derecho internacional tributario se centraba más en el reparto de las potestades tributaria entre Estados con el fin de evitar la doble imposición[197]. En este contexto, los Estados autolimitaban su derecho a gravar, pero no autolimitaban su derecho a "no gravar". En las últimas décadas, primero fruto de la competencia fiscal lesiva y posteriormente fruto de la planificación fiscal agresiva, los Estados han ido incorporando cláusulas frente a la doble no imposición tanto en sus normas domésticas como en las normas

[194] En la Decisión de la Comisión C(2018) 7848 final, de 19 de diciembre de 2018, relativa a la ayuda estatal SA.34914 (*Gibraltar Corporate Tax regime - ITA 2010*), párrs. 94 y 106, se desprende que la aplicación de un sistema territorial puro no puede considerarse Ayuda de Estado prohibida. De la misma manera, la Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 relativa a las resoluciones fiscales SA.38945 (*Mc Donald's – Luxemburgo*) concedidas por Luxemburgo a McDonald's Europe (DO L 195 de 23.7.2019, p. 20), estableció que la doble no imposición derivada de una diferente calificación del establecimiento permanente por las normas de EEUU y Luxemburgo no es una ayuda de Estado prohibida. En esta Decisión, párr. 43, la Comisión se hace eco de la sentencia de la *Cour Administrative* de Luxemburgo en el asunto *La Coasta*, que establece que "la ausencia de un establecimiento permanente desde el punto de vista francés es irrelevante y, por tanto, Luxemburgo no puede recuperar su derecho de gravar los ingresos simplemente porque Francia no los considere gravables" (*Tribunal administratif* de Luxemburgo, sentencia de 3 diciembre de 2001, n°. 12831, confirmada por la *Cour Administrative* de Luxemburgo, sentencia de 23 abril 2002, n°. 14442c).

[195] Asimismo, las normas internacionales sobre competencia fiscal lesiva establecen que los regímenes fiscales ventajosos dirigidos únicamente a inversiones transfronterizas (*ring-fenfing*) pueden ser potencialmente perjudiciales. OCDE (1998), párr. 62.

[196] En sentido contrario, Falcón y Tella y Pulido Guerra (2013), p. 116, defienden que la doble imposición internacional y doble no imposición internacional son fenómenos cuya naturaleza es independiente, y por lo tanto deben ser afrontados de manera separada. La razón es que los Estados no pueden actuar como "una especie de gendarme fiscal mundial que diga a los demás Estados cómo deben proceder", tanto en los supuestos de doble no imposición intencionada por los Estados, como en los supuestos de doble no imposición fruto del aprovechamiento de lagunas legales involuntarias. Compartimos esta apreciación, pero creemos que es igualmente válida con respecto a la doble imposición internacional en el sentido de que las organizaciones internacionales tampoco pueden ejercer una suerte de paternalismo sobre los Estados deslegitimando la doble imposición, siendo el proteccionismo fiscal una política fiscal tan válida como cualquier otra desde un punto de vista jurídico.

[197] Para Falcón y Tella y Pulido Guerra (2013), p. 116, el hecho de que el objetivo de los convenios de doble imposición sea "limitar el ejercicio de las potestades tributarias de los Estados contratantes (…), y no lo contrario", significa que las cláusulas que limitan la doble no imposición (como las *cláusulas subject-to-tax*) son de carácter accesorio, mientras que el artículo 23 del Modelo de Convenio de la OCDE es de carácter esencial, precisamente porque eliminar la doble imposición es la razón de ser de los convenios.

internacionales[198]. No obstante, no hay que pasar por alto que en las cláusulas de los CDIs orientadas a eliminar la doble no imposición no suponen una obligación de gravar para el Estado contratante, tan solo eliminan las limitaciones del CDI para que el Estado contratante que ve limitada su potestad tributaria por el CDI pueda ejercerla, si lo desea conforme a ley interna, cuando el Estado contratante con la potestad tributaria primaria no la ejerza[199]. Por lo que, en última instancia, la eliminación de la doble no imposición pasa necesariamente por ejercer potestades tributarias establecidas en las leyes internas.

- Por último, en el contexto de la competencia fiscal internacional, si analizamos estos dos fenómenos a la luz de la eficiencia nacional de los Estados que compiten entre sí en la escena internacional, podemos ver que se alcanza un punto de equilibrio fruto de las tensiones entre las distintas necesidades de los Estados. A la luz del análisis de Dagan, en un mundo sin convenios de doble imposición, se alcanzaría un punto de equilibrio entre las necesidades de los Estados importadores de capital (generalmente en el rol de Estado de fuente) y los exportadores de capital (generalmente en el rol de Estado de residencia)[200].

  Generalmente los exportadores de capital se corresponden con los países más industrializados, mientras que los países importadores de capital son aquellos en vías de desarrollo. Los países desarrollados tienen importantes necesidades de financiación pública para sostener sus Estados de bienestar, mientras que los

[198] Para De Lillo (2017), p. 12, el principio de *imposición única* tiene dos caras con respecto al contribuyente: el derecho a no ser gravado más de una vez y la obligación de ser gravado al menos una vez. Correlativamente para el Estado, en cuanto sujeto activo de la relación jurídico-tributaria, la *imposición única* también tiene dos caras: la obligación de no gravar más de una vez y el derecho a gravar al menos una vez.

[199] Tal y como refleja Lang (2004), p. 87, la función de los convenios de doble imposición es distribuir las potestades tributarias entre los Estados, "de una manera que asegure que al menos uno de los dos Estados contratantes retiene el derecho a gravar de acuerdo al convenio". No obstante, la soberanía estatal preserva el derecho del Estado contratante a no gravar. Lang advierte que solamente algunas reglas de los CDIs están orientadas a alcanzar un "*single taxation"*; son aquellos casos en que el Estado contratante únicamente renuncia a su potestad tributaria en la medida en que el otro Estado grava de manera real y efectiva la renta.

[200] Véase Dagan (2000), pp. 995-996.

países en vías de desarrollo buscan principalmente atraer inversión extranjera desde los países desarrollados ofreciendo incentivos fiscales y una tributación más baja que dichos países.

Según Dagan, al objeto de atraer capitales, un Estado de fuente estaría dispuesto a abstenerse de gravar las rentas originadas en su territorio en caso de que el Estado de residencia no eliminase la doble imposición internacional[201]. Por otra parte, los países exportadores de capital compiten entre sí ofreciendo condiciones fiscales favorables a las multinacionales, por lo que la eliminación de la doble imposición internacional es una de sus principales preocupaciones[202]. Esta tendencia a mejorar la competitividad tributaria de los Estados para atraer de capitales, es suavizada por la creciente preocupación de la comunidad internacional con respecto a fenómenos como la elusión fiscal internacional y la competencia fiscal lesiva, fenómenos ambos que amenazan con socavar los pilares del Estado de Bienestar[203]. En el punto de equilibrio entre la competencia fiscal internacional y la creciente preocupación por asegurar una tributación justa que permita asegurar unos niveles dignos de gasto público, está situado el *single tax principle*, es decir una tributación que no sea ni demasiado baja, ni demasiado alta.

Se puede concluir que, si bien la doble imposición y la doble no imposición presentan particularidades que exigen un estudio individualizado[204], ambos fenómenos tienen una estructura dogmática similar y plantean interrogantes comunes.

[201] Dagan (2000), p. 952.
[202] Véase Kofler (2012), pp. 80 y ss. Este autor pone de manifiesto cómo la creciente tendencia de los Estados a aplicar el método de exención sobre el de imputación, para así asegurar la competitividad de sus multinacionales (p. 89).
[203] Rosenzweig (2010), pp. 944 y ss. y 995-996, mantiene que el deseo de los países desarrollados por alcanzar la neutralidad fiscal (eliminando la doble imposición internacional) unido al objetivo de penalizar cualquier atisbo de competencia fiscal por debajo de los estándares que dichos Estados consideran adecuados, es lo que está exacerbando prácticas de competencia fiscal aún más dañinas y agresivas. Lo que el autor denomina "paradoja de la neutralidad del capital".
[204] Lang (2004), pág. 81, expresa la necesidad de afrontar el fenómeno de la doble no imposición de una manera independiente al de la doble no imposición, ya que los convenios, en términos generales, no están orientados a la eliminación de la doble no imposición.

## 5. La interacción de diferentes normas como origen de la doble no imposición bilateral

La doble no imposición bilateral nace del ejercicio paralelo de diferentes potestades tributarias sobre una renta transfronteriza. Por tanto, el origen de esta puede nacer de la aplicación paralela por dos países de sus respectivos cuerpos legislativos nacionales, de la aplicación por dos países de un mismo cuerpo legislativo (un convenio internacional o las normas comunitarias), o de la aplicación paralela por dos países de un CDI y una ley doméstica[205].

Esta clasificación se complica en el contexto de la UE, donde podemos distinguir entre la doble no imposición que es resultado de la interacción entre el Derecho de la UE y las leyes domésticas, y aquella que es consecuencia de la interacción entre el Derecho de la UE, los convenios y las leyes domésticas[206].

### 5.1. Doble no imposición como consecuencia de la aplicación los convenios

La doble no imposición que surge de la aplicación los CDIs supone que el propio convenio impide a ambos Estados contratantes la posibilidad de gravar una renta. Este tipo de supuestos se suelen encontrar en aquellos CDIs con países en vías de desarrollo que contienen cláusulas de *tax sparing* o *matching credit.* Este tipo de cláusulas han sido concebidas para que los países en vías de desarrollo puedan ofrecer una tributación atractiva al inversor extranjero sin que el Estado de residencia pueda anular estas ventajas fiscales mediante mecanismos de tributación residual. En particular, el Estado de residencia debe otorgar un crédito fiscal por un importe superior a la cuantía máxima que puede gravar el Estado de fuente de acuerdo al CDI[207]. También se produce una

[205] Scapa y Henie (2005), pp. 266 y 267; Bizioli (2009), p. 401.
[206] Bizioli (2009), pp. 401 y 402. La doble no imposición como consecuencia de la interacción entre el Derecho de la UE, los convenios y las leyes nacionales puede darse en el contexto de la Directivas 2003/49/CE, de Intereses y Cánones, cuando estas rentas están exentas en el Estado de residencia.
[207] Lang (2004), p. 82.

doble no imposición derivada de la aplicación de los tratados en aquellos casos en que el CDI establece el método de exención para eliminar la doble imposición económica derivada de la obtención de dividendos, mientras que la retención sobre los dividendos en el Estado de fuente también queda limitada de acuerdo al convenio.

La doble no imposición como consecuencia de la aplicación de los CDIs no suscita problemas en la medida en que se trate de un fenómeno producido deliberadamente por el propio CDI[208], como es el caso de las cláusulas *matching credit* y *tax sparing*, que buscan ofrecer condiciones atractivas a la inversión transfronteriza con los países en vías de desarrollo; o cuando se persiga eliminar la doble imposición económica[209].

No obstante, dentro de esta categoría, no siempre nos encontramos con que la doble no imposición es un resultado deseado. En otras ocasiones, la doble no imposición se produce como consecuencia de una aplicación descoordinada del CDI por ambos Estados[210]. En determinados casos la aplicación por cada Estado de categorías jurídicas diferentes puede originar resultados de doble no imposición que presumiblemente no son cubiertos por el espíritu del convenio de referencia. Por ejemplo, es presumible pensar que los Estados contratantes únicamente incorporarían en su CDI una exención sobre las rentas de fuente extranjera bajo la condición de que dicho CDI permitiese al Estado de fuente gravar dicha renta (cuestión diferente es que su legislación interna la gravase o no). Así, si un Estado contratante considera que un residente suyo está ejerciendo una actividad en el otro Estado contratante mediante un establecimiento permanente, mientras que este último Estado considera que dicha actividad no tiene la calificación de establecimiento permanente, ambos Estados contratantes estarán impedidos, de acuerdo al convenio, para gravar la renta transfronteriza. La discrepancia sobre la existencia de un establecimiento permanente resulta en que ambos Estados se

[208] Lang (2004), p. 82.
[209] En determinados casos en los que el CDI limite la potestad tributaria del Estado de fuente o la propia legislación interna de dicho país conceda una tributación reducida, las cláusulas *matching credit* y *tax sparing* obligan al Estado de residencia a otorgar un crédito fiscal por un importe superior al impuesto efectivamente pagado en el Estado de fuente; véase Schoueri (2013), pp. 107-111; Hortalá i Vallvé (1995), pp. 463-466. En determinados CDIs, además de limitar la potestad tributaria del Estado de fuente sobre los dividendos, se prevé que el Estado de residencia exima de gravamen los dividendos al objeto de atenuar la doble imposición económica.
[210] Scapa y Henie (2005), p. 267.

consideran incompetentes para gravar la renta. Básicamente, en esta situación hay una diferente implementación del principio del beneficio en cuanto a que el Estado de residencia considera que la renta es de fuente extranjera mientras que el Estado de fuente considera que dicha renta no se ha obtenido en su territorio; en concreto, hay una implementación descoordinada del principio de territorialidad, que determina que las rentas empresariales deben ser gravadas en el Estado de fuente.

La doble no imposición también puede ser debida a una interpretación dispar de las propias disposiciones del convenio o de los hechos.

### 5.2. Doble no imposición como consecuencia de la interacción de las normas nacionales y los convenios

En segundo lugar, nos encontramos con aquellos casos en que la doble no imposición se produce como consecuencia de la interacción de la norma nacional con el CDI[211]. Los casos más paradigmáticos son aquellos en que la ley nacional del Estado de residencia establece el método de exención para eliminar la doble imposición económica derivada de la obtención de dividendos, mientras que la retención sobre los dividendos en el Estado de fuente queda limitada de acuerdo al CDI. Otros casos son aquellos de cláusulas *matching credit* o *tax sparing* en donde el Estado de fuente no queda limitado por CDI pero se autolimita mediante su propia ley nacional[212]. Esta categoría de doble no imposición no ofrece problemas en la medida en que los Estados contratantes toleren dicho resultado[213].

No obstante, hay supuestos en que uno de los Estados contratantes renuncia, mediante el CDI, a su potestad tributaria bajo la expectativa de que el otro Estado contratante ejercitará la suya[214]. Este tipo de situaciones nos remiten a una cuestión de Derecho

[211] Scapa y Henie (2005), p. 267.
[212] Véase nota 209.
[213] Lang (2004), p. 83.
[214] Lang (2004), pp. 84 y 85. Es paradigmático el denominado caso de los *Bonos Austriacos*. La redacción original del CDI firmado entre Austria y España señalaba en su artículo 11.3 que los intereses de la deuda

internacional de los tratados en la medida en que hay que analizar cuál fue la voluntad de las partes contratantes en el momento de la firma del CDI. Sin embargo, en ausencia de cláusulas expresas de sujeción efectiva (*subject-to-tax*) en el CDI, es extremadamente difícil probar que las partes contratantes habrían negociado otras cláusulas de haber previsto que la intención de una de las partes era abstenerse de gravar la renta[215]. A diferencia de los casos de conflictos en la aplicación de los CDIs, vistos en el apartado anterior, estos casos de doble no imposición no entran en contradicción, *prima facie*, con el espíritu del tratado. Además, incluso aunque el propósito genuino del CDI fuera evitar la doble no imposición, el principio de legalidad tributaria podría impedir extender el hecho imponible más allá de sus términos.

Por tanto, dado que el objetivo de los tratados es repartir las potestades tributarias entre las partes contratantes, pero en ningún caso establecer una obligación de gravar la renta, la única manera de protegerse frente a estos resultados es incluir cláusulas de sujeción efectiva[216] en los CDIs a fin de permitir al Estado contratante que se ve restringido de gravar conforme al CDI, poder ejercer su potestad tributaria ilimitadamente en caso de que el otro Estado contratante se abstenga de hacerlo.

Las entidades híbridas inversas son un ejemplo de doble no imposición originado por la interacción del convenio y las normas internas[217]. Una entidad establecida en el país P recibe el pago de un interés desde el país S. Sin embargo, el país P considera que, en aplicación de su normativa interna, la entidad es una entidad fiscalmente transparente y por lo tanto la renta debe ser atribuida a sus socios, que son residentes en el país R. Además, si el país R en el que residen los socios califica a dicha entidad como opaca, tampoco atribuirá dicha renta a estos socios. El país S, en aplicación del CDI entre S y R, considera que está impedido de establecer retención alguna sobre los intereses

pública emitida por alguno de los Estados contratantes solo podían ser gravados por el Estado que realizase la emisión (es decir, el Estado de fuente). De tal manera que el Estado de residencia quedaba, de acuerdo con el CDI, impedido para gravar dichas rentas. No obstante, las leyes nacionales de ambos Estados también establecían la exención en fuente de dichas rentas. Sobre el caso de los *Bonos Austriacos,* véase Almudí Cid et al. (2004), p. 635.

[215] Véase nota 131.

[216] Almudí Cid et al. (2004), pp. 637 y ss.; Lang (2004), pp. 86 y 101 y ss.

[217] Véase OCDE (1999), pp. 20 y 27, ejemplos 3 y 7.

obtenidos en su territorio por los residentes en R[218]. Entonces nos encontraríamos ante una *triple no imposición,* derivada de la interacción del CDI entre S y R (que impide gravar a S) y las leyes nacionales de R y P (que atribuyen la renta a personas de otro país).

Esta situación no sería problemática si adoptásemos un enfoque económico del principio de *imposición única* y, en aplicación de las normas anti-híbridos propuestas por la acción 2 de BEPS, el país B denegase la deducibilidad fiscal del interés a la entidad pagadora. En este sentido, la triple no imposición jurídica quedaría legitimada en la medida en que la renta *económica* ya ha tributado *una vez* (en sede de la entidad pagadora)[219].

Otro ejemplo de este tipo de doble no imposición lo encontramos en aquellos casos en los que un CDI obliga al Estado de residencia a eximir las rentas de fuente extranjera mientras que paralelamente el Estado de fuente, de acuerdo a su ley nacional, considera que una determinada renta no tiene la suficiente conexión con su territorio y por tanto renuncia a ejercer su potestad tributaria[220].

### 5.3. Doble no imposición con origen en las leyes nacionales

Por último, nos encontramos con los casos de doble no imposición con origen en las leyes nacionales[221]. Estos casos comprenden situaciones en las que, existiendo o no un CDI, es la ley nacional de ambos países la que impide gravar la renta.

Esta categoría no plantea controversia alguna ya que el CDI permite a ambos Estados contratantes gravar la renta (ostentando uno de ellos la potestad principal, pero no exclusiva), pero no impone obligación de hacerlo. Dejando a la voluntad de dichos Estados el ejercicio efectivo de las potestades tributarias. Consecuentemente, la

[218] Esta problemática, así como las soluciones propuestas por la OCDE, se abordan en el Capítulo II, sección 2.2.4.3.3.
[219] Véase en nota 96, De Lillo (2017).
[220] Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 (*Mc Donald's – Luxemburgo*).
[221] Scapa y Henie (2005), p. 266. Lang (2004), p. 83.

solución a estos casos pasa únicamente por modificar la legislación interna de los Estados para incluir cláusulas de tributación residual, como las que se proponen en la Acción 2 del proyecto BEPS, y que serán objeto de análisis a lo largo del presente trabajo.

# CAPÍTULO II – LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPOSICIÓN ÚNICA EN EL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

## 1. El régimen fiscal internacional

### 1.1. ¿Existe un régimen fiscal internacional?

Más allá de la cuestión de si existe un Derecho fiscal internacional, vinculante para la comunidad internacional, es importante analizar previamente si existe un régimen o sistema fiscal internacional. En otras palabras, este apartado pretende demostrar la existencia de un régimen fiscal internacional desde un punto de vista fáctico, sin profundizar, por el momento, en su naturaleza jurídica[222].

La importancia de analizar con carácter previo la existencia de un régimen fiscal internacional, desde un punto de vista fáctico, radica en dos circunstancias. En primer lugar, es importante analizar cómo la dinámica de las relaciones tributarias entre Estados, y entre estos y los contribuyentes en relación a sus transacciones transnacionales, ha cristalizado en un conjunto de reglas comunes para gestionar de una manera eficaz dichas relaciones. En segundo lugar, es importante analizar si dichas reglas dan una respuesta satisfactoria a los nuevos problemas y retos que plantea la creciente internacionalización de la economía.

El Diccionario de la RAE define un régimen como aquel "conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad". Muy similarmente, el Diccionario de la RAE define un sistema como aquel "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí".

[222] Avi-Yonah (2007), pp. 2-4, es el autor que más enérgicamente ha defendido la existencia de un régimen fiscal internacional. Por el contrario, otros autores como Rosenbloom (2000) han puesto en duda la existencia de dicho régimen. En una postura intermedia, Brauner (2003) ha sugerido existencia de un régimen fisca internacional en "cristalización", fruto a la progresiva "modelización" de las normas fiscales y gracias a la cooperación internacional impulsada en el seno de las organizaciones internacionales.

Por ello, para determinar la existencia de un régimen fiscal internacional es menester conocer si hay un conjunto de reglas y principios que gobiernen de manera más o menos universal y permanente las relaciones tributarias internacionales.

### 1.2. Estructura actual del régimen fiscal internacional

El régimen fiscal internacional está sustentado en dos pilares principales, a saber: el principio de empresa independiente y el régimen dual de residencia *versus* fuente.

El régimen fiscal internacional es un sistema que regula las relaciones tributarias internacionales, es decir, aquellas que tienen por objeto la tributación de las rentas transnacionales[223]. La característica de dichas relaciones es su trilateralidad. Es decir, en un mundo donde los Estados ejercen su potestad tributaria en el ejercicio de su soberanía, los Estados disputan entre sí por gravar las rentas de los contribuyentes, aplicando principios de atracción de dichas rentas. La primera relación es la que se da entre Estado y contribuyente. Los Estados, en el ejercicio de su soberanía tributaria, definen el hecho imponible e identifican al contribuyente, originándose la relación jurídico-tributaria entre el Estado y el contribuyente[224]. En este contexto, no es osado afirmar que hay un reparto de la renta entre Estado y contribuyente.

Al contribuyente, en su calidad de sujeto generador de dicha renta, le corresponde una parte de la misma. Por el contrario, el Estado, en su calidad de poder público garante de bienes y servicios públicos, se atribuye una parte residual de la renta generada por el

[223] En puridad y desde la perspectiva meramente jurídica, la renta transnacional o transfronteriza es aquella que se obtiene en un determinado país (el Estado de fuente) por un sujeto residente en otro país (el Estado de residencia). Sin embargo, el contenido y materialización de esta definición es a vacuo por cuanto que a menudo la determinación concreta de la fuente de la renta responde a consideraciones de tipo práctico y a un compromiso político de la comunidad internacional, más que a un construcción teórica coherentemente articulada; véase Lokken (2012), p. 140; Vogel (1988), p. 223. De una manera más genérica, renta transnacional es toda renta procedente de actividades económicas, obtenida por un grupo multinacional en un país diferente al del domicilio de la multinacional (generalmente el Estado de residencia de la sociedad matriz), en Kleinbard (2011), p. 702. Para una definición sustantiva de la "renta transfronteriza", véase el Capítulo I, sección 3.1.

[224] El artículo 17.1 de la LGT define la relación jurídico-tributaria como "el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos".

contribuyente. Por tanto, la relación jurídico-tributaria, tanto en su aspecto material (tanto cuantitativo como cualitativo o estructural) como en el formal, es definida de manera independiente por cada Estado, y por tanto cada Estado se atribuye de manera diferente, en cuantía y en tipología, esa porción de renta del contribuyente.

Una segunda relación se da entre los propios Estados, los cuales "disputan" entre sí por atribuirse, en el ejercicio de su soberanía fiscal, esa porción de la renta del contribuyente.

Se trata por tanto de una relación triangular entre tres sujetos (Estado-Estado y Estado-contribuyente) con un objeto bien definido: la renta.

En esa dinámica de relaciones, la comunidad internacional ha construido una serie de reglas de cierta universalidad en torno a dos elementos fundamentales de la estructura del hecho imponible: el contribuyente y la localización del hecho imponible. En este sentido, ambos elementos se manifiestan en dos principios que responden a las grandes preguntas que plantea la fiscalidad internacional. En primer lugar, el principio de empresa independiente responde a la cuestión de quién es el sujeto a quien se atribuye a renta. Por el contrario, el régimen dual residencia *versus* fuente responde a una doble cuestión, ¿dónde y cuánto se grava la renta?

### 1.2.1. El principio de empresa independiente: ¿a quién se atribuye la renta?

El principio de empresa independiente se construye en el contexto de la anteriormente mencionada relación jurídico-tributaria entre el Estado y el contribuyente.

Puede parecer una obviedad hablar de este principio en el contexto de entidades absolutamente independientes y concurriendo en el mercado internacional. Sin embargo, este principio cobra todo su sentido en el contexto de los grupos multinacionales, que operan mediante multitud de sociedades bajo control unitario.

En primer lugar, es imprescindible citar el principio de capacidad económica como principio legitimador de los tributos, junto con el principio del beneficio[225]. Este principio jurídico-sustantivo establece que los tributos han de recaer sobre "quienes puedan hacer frente a la carga económica derivada de su aplicación"[226]. Este principio tiene especial importancia en la imposición sobre la renta por razón de residencia. Así pues, la tributación de las rentas de acuerdo a un criterio territorial no puede valorar con tanto rigor el principio de capacidad económica[227]. Por esta razón la delimitación de la figura del contribuyente no es tan relevante en la tributación por razón de fuente de la renta, ya que valora la capacidad económica desde un punto de vista puramente objetivo[228].

Sin embargo, para delimitar la figura del contribuyente es necesario delimitar primero la titularidad de la capacidad económica o capacidad de pago de los tributos. Este principio general no establece quién es el sujeto que debe pagar el impuesto, o la "unidad imponible"[229]. ¿Quién es el titular de la capacidad económica?[230] Es el legislador nacional el que debe concretar dicho principio delimitando la figura del contribuyente con respecto a los impuestos sobre la renta.

Además, la práctica internacional exige un umbral mínimo de conexión con un Estado a partir del cual dicho contribuyente se considera sujeto al impuesto sobre la renta, bien por razón de residencia, bien por razón de origen de la renta[231].

---

[225] El Informe de los 4 economistas emitido por la Sociedad de Naciones (1923), pp. 18 y ss., fundamenta el impuesto sobre la renta en el principio de capacidad económica en conjunción con la doctrina del "*economic allegiance*" (o principio del beneficio, de acuerdo a Avi-Yonah [2005], p. 319).

[226] Menéndez Moreno (2008), p. 79.

[227] Fleming, Peroni y Shay (2001), pp. 311-313. Rosenzweig (2015), pp. 477-478, manifiesta que de acuerdo al régimen fiscal internacional la tributación en fuente únicamente se justifica por el principio del beneficio, sin tener en cuenta la capacidad económica del contribuyente. Por el contrario, para este autor la tributación por razón de residencia descansa fundamentalmente en el principio de capacidad económica. En sentido contrario, Avi-Yonah (1996), p. 1311, establece que el contribuyente resulta gravado de acuerdo a su capacidad económica global en el agregado de la tributación por razón de fuente sobre todas sus rentas.

[228] Herrera Molina (1998), p. 113, sugiere que las personas físicas tributan conforme a su capacidad económica objetiva y subjetiva, mientras que las personas jurídicas, cuyas rentas activas tributan por razón de fuente de acuerdo al principio del beneficio, tributan únicamente conforme a su capacidad económica objetiva.

[229] Carmona Fernández (2008), p. 84.

[230] Rosenzweig (2015), pp. 477 y 480; Fleming, Peroni y Shay (2001), p. 309.

[231] Rosenzweig (2015), p. 477. Con respecto a la tributación por razón de residencia, el umbral mínimo para conectar una determinada manifestación de capacidad económica a un Estado se determina en base

En la actualidad y en el contexto internacional, se considera a las entidades jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, estableciendo tributos *ad hoc*, como el impuesto sobre sociedades[232]. No obstante, hay autores que han puesto en entredicho que las entidades jurídicas puedan ser titulares de una "capacidad económica", por cuanto que en última instancia, son los inversores, los trabajadores y los consumidores quienes soportan económicamente y en última instancia la carga fiscal del impuesto[233]. Esta crítica está en perfecta sintonía con el hecho de que los beneficiarios del gasto público, beneficios en forma de bienes y servicios, recae en última instancia en las personas físicas (ya sea en su condición de inversores, de trabajadores o de consumidores). Además, esta doble titularidad de la capacidad económica (de las entidades jurídicas y de las personas físicas) lleva aparejado un riesgo de doble imposición económica, si bien dicho fenómeno puede ser mitigado mediante mecanismos de eliminación de la misma, mediante un sistema fiscal de integración[234].

El Reino Unido mantuvo durante largo tiempo el llamado *advanced corporate tax* (ACT), un sistema fiscal de integración plena, mediante el cual el impuesto sobre sociedades era concebido como una suerte de ingreso a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Este sistema de integración parecía otorgar la titularidad de la capacidad económica a la persona física[235].

No obstante, la ficción legal por la cual las entidades jurídicas son titulares de capacidad

---

a criterios subjetivos y personales. Mientras que en la tributación por razón de fuente el umbral mínimo se determina en atención a circunstancias objetivas relativas a la actividad económica desarrollada.

[232] El artículo 7.1 de la LIS establece que los sujetos pasivos de dicho impuesto serán "las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil". En el mismo sentido el artículo 5 del TRLIRNR, establece que son contribuyentes por este impuesto las "entidades no residentes en territorio español".

[233] Rosenzweig (2015), p. 478; Avi-Yonah (2000b), p. 1647. No obstante, tradicionalmente la literatura relativa a la neutralidad fiscal ha negado que el Impuesto sobre Sociedades pudiera ser trasladado de manera indirecta a otros factores (trabajadores y consumidores). Sin embargo, esta tendencia está cambiando en la actualidad y parece reconocerse que dichos factores soportan de alguna manera los impuestos sobre las rentas del capital (Kofler [2012), pp. 84-85). Por su parte, Clausing (2013), pp. 179-180, pone en entredicho que los trabajadores soporten el Impuesto sobre Sociedades, no obstante no niega que los inversores sí lo soporten.

[234] Helminen (2010), p. 17.

[235] Brauner (2005), p. 72.

económica y por ende contribuyentes del impuesto sobre la renta, está en perfecta sintonía y es coherente con la ficción iusprivatista de considerar a las entidades jurídicas titulares de derechos y obligaciones, y por tanto de una capacidad económica independiente de sus socios. Es más, la imposición a las entidades jurídicas estaría justificada por razones de ejecutividad de las normas, para evitar los supuestos de elusión impositiva a través de la transferencia de las rentas a entidades jurídicas, y por razones de aplicabilidad y sencillez, ya que los regímenes de transparencia fiscal y aquellos sistemas de integración tienen una aplicación a menudo más compleja[236].

Uno de los principales problemas de atribuir a cada entidad jurídica la condición de contribuyente del impuesto sobre las rentas de capital, es el riesgo de doble imposición económica dentro de los grupos de empresas. Si aceptamos la afirmación de que cada entidad jurídica es titular de una capacidad económica distinta y diferenciada de la de sus accionistas y sus filiales, podríamos llegar a la conclusión de que una misma renta que fluye a través de dos entidades distintas supone la manifestación de dos capacidades económicas distintas también. Es plausible que esta sea la justificación de aquellos sistemas fiscales clásicos, en los cuales la doble imposición económica derivada de la distribución de dividendos inter-societarios sea completamente aceptada.

Sin embargo, existen métodos de eliminación de la doble imposición económica inter-societaria (tales como la exención o el método de imputación). No obstante, el resultado no es del todo satisfactorio por cuanto que estos mecanismos únicamente integran las rentas positivas.

No obstante, no existen mecanismos igual de efectivos orientados a integrar las rentas negativas (debido a la imposibilidad de compensar las bases imponibles negativas de una sociedad con las positivas de otras), y por tanto incurriendo en otro tipo de, aunque no en sentido estricto, doble imposición económica que podría erosionar el principio de capacidad económica de la empresa considerada como unidad económica.

[236] Vrijburg (2014), pp. 15-16, y Rosenzweig (2015), pp. 478.

Afortunadamente y para paliar estas deficiencias, existen regímenes electivos que parecen otorgar la titularidad de la capacidad económica, si bien no a las personas físicas, al menos a la empresa entendida como conjunto de entidades sometidas a una dirección unitaria[237]. En este sentido existen regímenes voluntarios como los de consolidación fiscal o determinados tipos de entidades en régimen de atribución de rentas a sus socios, cuyo objetivo es la integración de los beneficios empresariales obtenidos por distintas entidades. Sin embargo, el acceso a estos regímenes no es del todo universal ni alcanza en muchos casos al ámbito internacional[238]. Por otra parte, existen regímenes forzosos impuestos por ley, que pretenden lo contrario a los anteriores: eliminar las posibilidades de doble no imposición económica. El paradigma de esto son los regímenes de transparencia fiscal, tanto nacional como internacional.

En segundo lugar, el régimen fiscal internacional establece un criterio de atribución de las rentas a los contribuyentes, guiado por el principio de empresa independiente. Este principio tiene su principal manifestación en el sistema de contabilidad separada o *separate accounting system*. Este método configura el modelo de atribución de las rentas y adquiere su importancia en el seno de los grupos societarios bajo un control unitario. Así pues, este principio atribuye las rentas "a la entidad como si fuera independiente y separada de su grupo societario"[239]. En el contexto del régimen fiscal internacional, el sistema de contabilidad separada se extiende también a los establecimientos permanentes, aún sin gozar de personalidad jurídica propia[240].

[237] Fleming, Peroni y Shay (2001), p. 312. Para una definición económica de la empresa, Bühler (1968), p. 120, establece que los "concernos comprenden una pluralidad de empresas sometidas a una dirección económica, no jurídico-civil, con una finalidad de dominio del mercado; el resultado de esa integración puede ser tan consistente que constituya una persona jurídica, a efectos fiscales, por ejemplo, en el caso de un balance de concerno". En este sentido Bühler (p. 125) afirma que las normas tributarias se encuentran a medio camino entre el concepto económico de empresa y el concepto jurídico-mercantil (las distintas entidades de un grupo empresarial constituyen empresas jurídicamente independientes). Por su parte Avi-Yonah (1996), p. 1308, define a una "firma" como un "proyecto conjunto de personas que invierten en ella, buscando rentabilidad".

[238] En España el acceso al régimen de consolidación fiscal requiere una participación de al menos el 75% sobre las sociedades dominadas. Además, dicho régimen no es aplicable a las filiales residentes en el extranjero.

[239] Thomas (1996), p. 99.

[240] Artículo 7.2 del MC OCDE.

Por otra parte, el principio de empresa independiente tiene su corolario tributario en el principio de libre competencia (*arm´s length standard*) como principio modulador[241]. Este principio exige valorar las operaciones entre entidades con una vinculación especial como si fueran sujetos absolutamente independientes.

El sistema de contabilidad separada y el principio de libre competencia, en cuanto manifestaciones del principio de empresa independiente, son pilares fundamentales del régimen fiscal internacional desde los orígenes del mismo. Mitchell B. Carroll reflejó en su informe para la Sociedad de Naciones, publicado entre 1932 y 1933, que la mayoría de los países de la comunidad internacional empleaban el principio de empresa separada en sus regímenes fiscales[242]. En dicho informe Carroll refleja la necesidad de emplear el *arm´s length standard* en las operaciones entre sociedades del mismo grupo, afirmando que "la renta debería ser atribuida a la sociedad filial sobre la base de lo que habría ganado de haber tratado con una empresa independiente"[243]. Asimismo, Carroll señala la necesidad aplicar estos mismos principios a los establecimientos permanentes sin personalidad jurídica[244].

El régimen fiscal internacional en cristalización por aquel entonces incorporó estos principios a su acervo estructural. El principio de libre competencia se incorporó por vez primera en el modelo de convenio adoptado por la Sociedad de Naciones en 1933 (modificado en 1935) relativo a la atribución de beneficios empresariales, convenio que fue concebido como instrumento multilateral pero que no llegó a cuajar[245]. Posteriormente la OCDE ha incorporado estos principios en sus sucesivos modelos, desde su primer modelo de convenio, de 1963, hasta la actualidad[246]. En cuanto a la

[241] Calderón Carrero (2008), p. 161. El principio de libre competencia se consagra en el artículo 9 del MC OCDE y en el artículo 18 de la LIS. Véase Trapé Viladomat (2008), pp. 195 y ss.
[242] Sociedad de Naciones (1932).
[243] Sociedad de Naciones (1933), p. 177.
[244] Sociedad de Naciones (1933), p. 177.
[245] El artículo 3 del modelo de convenio relativo a la atribución de beneficios empresariales entre Estados, adoptado por la Sociedad de Naciones en 1933, exigía a los establecimientos permanentes seguir el criterio de contabilidad separada, y valorar el beneficio de acuerdo al *arm´s length standard:* véase League of Nations Fiscal Committee, *Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, Doc. C.399. M.204. 1933.II.A., disponible en http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/league_of_nations_1933-06.html.
[246] Con respecto a la tributación en fuente de los beneficios empresariales (establecimientos permanentes), el actual MC OCDE establece en su artículo 7.2 que los establecimientos permanentes

tributación de las empresas por razón de residencia, el *arm´s length standard* se ha ido imponiendo en las legislaciones nacionales a lo largo de la segunda mitad del siglo XX[247].

El principio de empresa independiente, en la medida en que especifica con criterios específicos la noción de "origen/fuente" de las rentas activas, influye de manera indirecta en el reparto de potestades tributarias entre los Estados. El principal problema del principio de empresa independiente es que, por su excesivo formalismo, puede conducir a un reparto artificial y arbitrario de la base imponible entre los Estados, y que además sea susceptible de manipulación por el contribuyente. En cuanto a las rentas activas, la potestad principal de gravar dichas rentas corresponde al Estado donde se realiza la actividad económica que las origina: el Estado de fuente. El problema surge cuando una actividad no alcanza el umbral mínimo para ser considerada un establecimiento permanente en el Estado de fuente, y por tanto se considera que no hay una capacidad económica bastante que merezca ser gravada[248].

Además, el principio de libre concurrencia o *arm´s length standard* incide en cómo se financian las sociedades del grupo, bien a través de deuda o bien a través capital[249]. El método de financiación repercute de manera indirecta en cómo se divide la base imponible de un grupo multinacional entre los distintos Estados en que opera. El

deben calcular su beneficio empresarial de acuerdo al sistema de contabilidad separada y valorar el mismo como si de una empresa independiente se tratara, es decir de acuerdo al *arm´s length standard*. Con respecto a la tributación según el criterio de residencia de las empresas (sociedades), si bien la elección del método de valoración del beneficio empresarial está fuera de la competencia de los convenios, el artículo 9.1 reconoce expresamente a los Estados contratantes la facultad para realizar ajustes valorativos en la base imponible de las empresas respecto de sus operaciones con entidades vinculadas para adecuar el beneficio empresarial al *arm´s length standard;* al objeto de evitar supuestos de doble imposición internacional derivados de estos ajustes unilaterales, el artículo 9.2 exige al otro Estado contratante la realización de los ajustes valorativos pertinentes.

[247] Thomas (1996), pp. 125-126, resalta que la proliferación en la comunidad internacional del principio de *arm´s length* se debió principalmente al informe de Mitchell B. Carroll y a la "campaña" llevada a cabo por EEUU para internacionalizar dicho sistema.

[248] "La concurrencia del establecimiento permanente opera como umbral de imposición en el Estado donde está ubicado", Calderón Carrero (2008), p. 125. Uno de los abusos más habituales por las multinacionales es el uso de comisionistas (entidades jurídicas independientes, pero dependientes del grupo empresarial) que intermedien sus ventas en el Estado de fuente, y así eludir la utilización de un establecimiento permanente en el Estado de fuente. La Acción 7 del proyecto BEPS se ha dirigido a intentar frenar este tipo de estrategias.

[249] Vega Borrego (2002), pp. 89 y ss.

régimen fiscal distingue entre la financiación con recursos propios (capital) y financiación con recursos ajenos (deuda).

La financiación por medio de recursos propios, por lo general, implica que el beneficio empresarial pertenece íntegramente a la sociedad financiada y, por consiguiente, dicho beneficio tributa íntegramente en sede de la misma (no obstante, el reparto de dicho beneficio puede tributar de manera residual en la entidad inversora). Por el contrario, en la financiación por medio de deuda hay un reparto del beneficio empresarial entre la entidad inversora y la sociedad financiada. Este sistema favorece que las empresas decidan la manera de financiarse movidas únicamente por motivos puramente fiscales, a través de las llamadas estrategias de subcapitalización, por medio de las cuales los grupos multinacionales transfieren su base imponible de una jurisdicción a otra. Además, como veremos más adelante, la coexistencia de sistemas tributarios nacionales con diferentes definiciones (y/o consecuencias tributarias diversas) de capital y deuda, conlleva un potencial reparto incoherente de las potestades tributarias, con posibles resultados de doble imposición o doble no imposición internacional.

No obstante, el contexto económico actual de globalización plantea dudas acerca de la validez de estos principios. La existencia de multinacionales que operan a través de multitud de sociedades por todo el mundo requiere una revisión absoluta de estos principios tradicionales. Es necesario valorar hasta qué punto el principio de empresa independiente sigue siendo válido en un contexto en el que las sociedades ya no operan de manera aislada, sino bajo la dirección unitaria de los grupos multinacionales que operan por todo el mundo a través de complejas estructuras societarias. En este sentido, desde hace tiempo hay voces muy críticas con el *arm´s length standard* que plantean posibles alternativas, como el sistema de reparto formulario (*formulary apportionment approach*)[250]. No obstante, la OCDE, aún defendiendo la validez y vigencia del *arm´s length standard,* lleva tiempo matizando sus posturas hacia métodos de valoración más próximos al reparto formulario[251].

[250] Véase Picciotto (2016); Avi-Yonah (1996), pp. 1352 y ss.
[251] Véase Singh y Mathur (2013); Arora, Sheppard y Madara (2013).

### 1.2.2. Régimen dual residencia *versus* fuente: ¿dónde y cuánto se grava la renta?

Este régimen se ha construido en el contexto de la relación tributaria entre distintos Estados. Este conjunto de reglas pretende dar una respuesta satisfactoria al reparto de potestades tributarias entre los diferentes Estados que se atribuyen competencias tributarias sobre una misma renta.

Este pilar del régimen fiscal internacional responde a la cuestión de dónde se grava la renta e, indirectamente, cuánto se grava la misma. En un entorno globalizado y en las que las empresas multinacionales se han convertido en el principal actor económico, el beneficio empresarial tiene una naturaleza frecuentemente internacional. En este contexto se hace necesario determinar a qué país pertenece esa renta empresarial y, por tanto, qué Estado es competente para ejercer su potestad tributaria.

Este régimen cristaliza al abrigo de la Sociedad de Naciones en la primera mitad del siglo XX, dando forma a un régimen ya latente. De acuerdo a dicho régimen, las rentas transnacionales son gravadas conforme a dos puntos de conexión alternativos: la residencia del sujeto que obtiene la renta y la fuente u origen material de dicha renta[252]. De aquí nace la figura de dos Estados con pretensiones tributarias concurrentes sobre una misma renta: el Estado de residencia del contribuyente y el Estado de origen o fuente de la renta[253]. La articulación de un conjunto eficaz de reglas que mitigue las distorsiones derivadas de la superposición de potestades tributarias en la comunidad internacional es la piedra filosofal del régimen fiscal internacional.

[252] Véase Avi-Yonah (2004), pp. 484-486. El autor distingue dos puntos de conexión: nacionalidad y territorialidad. La nacionalidad abarca todos aquellos puntos de conexión personales, tales como la ciudadanía, residencia fiscal, sede de dirección de la empresa o lugar de constitución de la entidad. Por el contrario, el criterio de territorialidad vincula la renta a su lugar de generación.

[253] Thomas S. Adams escribió que "el impuesto sobre la renta es realmente una cosa dual: primero, sobre personas físicas gravadas aproximadamente de acuerdo a su capacidad económica; y segundo, sobre la renta donde es obtenida", en Carta de T.S. Adams a Edward E. Rhodes, Vice President, Mutual Benefit Life Insurance Company, 1 (5 de enero de 1923), citado por Graetz y O'Hear (1997), p. 1036.

Esta dicotomía parte de la existencia de dos criterios jurídicamente contrapuestos de sujeción tributaria: el criterio de residencia y el criterio de territorialidad o fuente[254]. La elección de uno u otro criterio determina la extensión espacial de la ley tributaria y por tanto determina la localización del hecho imponible[255].

El criterio de residencia se encuadra dentro de los puntos de conexión personales. La sujeción tributaria de un contribuyente a una determinada jurisdicción se justifica en base a un "vínculo cualificado de la persona" con dicha jurisdicción[256].

Por el contrario, el criterio de territorialidad se encuadra dentro de los criterios de sujeción reales (del latín *res,* "cosa", por oposición a "persona")[257]. El principio de territorialidad vincula una determinada renta a la jurisdicción donde se obtiene (por oposición al criterio de residencia, que vincula a la persona con la jurisdicción), sometiéndola a tributación por obligación real. Bajo este criterio de sujeción subyacen principalmente criterios de efectividad y oportunismo[258], pero también el principio del beneficio, de acuerdo al cual el tributo es impuesto como una suerte de contraprestación por los beneficios públicos de los que se beneficia la actividad económica generadora de la renta[259].

En este sentido es importante mencionar que por lo general la mayoría de Estados utilizan ambos criterios de sujeción, el personal y el territorial, aunque de una manera heterogénea y descoordinada[260]. Es posiblemente la soberanía la que brinda una oportunidad al Estado para ampliar la extensión espacial de la ley tributaria tanto como la eficacia espacial de la misma le permita. En este sentido, la potencial eficacia en el espacio de la ley tributaria permite al Estado poder extender su soberanía tributaria tanto a las rentas de origen extranjero de sus residentes, como a las rentas de fuente nacional de los no residentes.

---

[254] Para un estudio de los métodos de sujeción tributaria véase Calderón Carrero (1996), pp. 37 y ss.
[255] Véase Berliri (1964), p. 151. Berliri diferencia entre la eficacia y la extensión de la ley en el espacio.
[256] Vega Borrego (2003), p. 23.
[257] Baena Aguilar (1994), p. 59.
[258] Véase nota 310.
[259] Véase nota 296.
[260] Calderón Carrero (1996), pp. 47 y ss.

La potencial eficacia espacial de la ley tributaria es la que determina la potencial extensión espacial de la misma. En otras palabras: gravar tanto como el principio de soberanía territorial permita[261]. Por ello quizá no haya que buscar explicaciones más allá de un mero oportunismo recaudatorio por parte del Estado[262]. En este sentido los Estados tienen una vocación unánime de gravar las rentas de fuente nacional, ya sea bajo un criterio de residencia, ya sea bajo un criterio de territorialidad.

Sin embargo, Vogel pone de manifiesto que no existe unanimidad en cuanto a la tributación de las rentas de fuente extranjera[263]. En este sentido, hay países que adoptan lo que se ha dado en llamar un sistema de renta mundial, por el cual las rentas de fuente extranjera son sometidas a tributación en el Estado de residencia. Por el contrario, hay países que eximen de tributación a las rentas de origen extranjero percibidas por sus residentes. Este es el llamado sistema territorial.

La "horquilla" en la que se mueve la extensión espacial de la norma tributaria es por tanto muy amplia, tanto como le permita la eficacia espacial de la norma. En ese amplio margen de discrecionalidad que poseen los Estados, se producen multitud de variantes, utilizando cada Estado diferentes criterios de sujeción o variantes de los mismos; y en cada criterio las definiciones muchas veces difieren de unos Estados a otro[264]. En este alto grado de descoordinación y heterogeneidad en cuanto a la extensión espacial de la norma tributaria es donde se manifiestan los resultados de doble imposición y doble no imposición internacional. Obviamente, la ausencia de actividad real, de presencia física, o de nexo económico real en una jurisdicción, no es óbice para que un Estado pueda extender su potestad tributaria sobre todas aquellas bases imponibles sin sustancia económica, ya que la eficacia espacial de la norma se mueve en el terreno de la posibilidad. El régimen fiscal internacional tiene por objeto coordinar este heterogéneo

[261] Para López Espadafor (2013), p. 148, el principio de soberanía territorial es un límite a la eficacia espacial de la norma tributaria.
[262] Véase nota 310.
[263] Vogel (1988), p. 217.
[264] Véase nota 260.

panorama internacional, repartiendo la base imponible entre los Estados, conforme a criterios económicos, jurídicos y de practicidad.

En este contexto de concurrencia de criterios de sujeción tributaria se sitúa el origen directo de la doble imposición internacional. Una renta transnacional es gravada según el criterio territorial en un país y resulta igualmente gravada según el criterio de residencia en otro distinto. Y esta fue la motivación principal que empujó a la Sociedad de Naciones para impulsar la vía convencional y solucionar el problema de la superposición de potestades tributarias sobre una misma renta. Sin embargo, con el paso del tiempo, la internacionalización del comercio y la competencia fiscal internacional puso cada vez más de manifiesto el fenómeno reverso: la renuncia a ejercer las potestades tributarias por los dos Estados con pretensiones tributarias legítimas sobre la renta (el Estado de residencia y el Estado de fuente). A este fenómeno se sumaban los frágiles y a menudo formalistas pilares sobre los que se asentaban los dos criterios de sujeción tributaria (residencia y territorialidad), lo cual es caldo de cultivo para el oportunismo de los contribuyentes en forma de elusión fiscal.

La propia comunidad internacional, a través fundamentalmente de la vía convencional, ha ido diseñando una serie de mecanismos que, tal y como ha señalado el profesor Avi-Yonah, son el resultado de responder a dos cuestiones básicas: ¿cuál es el nivel apropiado de tributación que debe ser impuesto sobre una renta transfronteriza? y ¿cómo debe ser distribuida dicha tributación entre las jurisdicciones con pretensiones tributarias? Avi-Yonah señala que el principio de imposición única (*single tax principle*) responde a la primera pregunta, mientras que el principio del beneficio (*benefits principle)* responde a la segunda[265]. Precisamente los dos pilares del proyecto BEPS han sido el reforzamiento de ambos principios: la coherencia del régimen fiscal internacional y la alineación territorial entre el ejercicio de las potestades tributarias y la actividad económica.

[265] Avi-Yonah (1997), pp. 517–523, donde por primera vez desarrolla estos principios. Véase Avi-Yonah (2007), pp. 8 y ss.

#### 1.2.2.1. El principio de imposición única (*single tax principle*)

El *single tax principle*[266] o principio de imposición única consagra la obligatoriedad de que la renta transfronteriza deba ser gravada una vez, ni más ni menos, prohibiendo la doble imposición y la doble no imposición[267].

En primer lugar, este principio incorpora el tradicional objetivo de eliminar la doble imposición internacional, objetivo principal y sobre el que pivotó la implantación del régimen fiscal internacional por la Sociedad de Naciones en los años 20 y 30 del siglo XX[268]. Sobre la base de este principio se han construido los dos métodos fundamentales para eliminar la doble imposición internacional: el método de exención y el método de imputación. Dichos métodos son anteriores al modelo de convenio impulsado por la Sociedad de Naciones y posteriormente por la OCDE.

Es más, no es necesario acudir a la vía convencional para demostrar que la eliminación de la doble imposición internacional forma parte del acervo fiscal internacional. La práctica unilateral de los Estados nos demuestra que la doble imposición internacional es un fenómeno que no tiene cabida en el actual sistema fiscal.

En primer lugar, los métodos de eliminación de la doble imposición ya se venían consagrando en las legislaciones nacionales, aunque en formas más precarias y menos sofisticadas, con anterioridad a los primeros tratados. Dagan sostiene que en la actualidad los convenios internacionales para eliminar la doble imposición tienen un carácter superfluo, y en ciertas ocasiones incluso negativo[269]. La razón de la superfluidad de los convenios estriba en que los propios Estados ya disponen de incentivos para implementar unilateralmente en sus legislaciones nacionales medios para aliviar la doble imposición internacional, como de hecho ocurre en paralelo a los convenios. Sin embargo, Dagan va más allá y afirma que la rúbrica de dichos convenios puede imponer

[266] El *single tax principle* fue por primera vez acuñado por Avi-Yonah (1997), p. 517.
[267] Avi-Yonah (1997), p. 517.
[268] Avi-Yonah (1997), p. 517. Avi-Yonah alude también al objetivo de eliminar la doble no imposición, aunque como un objetivo secundario de la Sociedad de Naciones (véase nota 272).
[269] Véase Dagan (2000).

ciertas restricciones a los países en vías de desarrollo, imponiéndoles límites de tributación sobre las rentas pasivas, y cediendo por tanto su recaudación tributaria en beneficio de aquellos Estados más desarrollados.

Sin embargo, tal y como defiende Dagan, esta superfluidad de la vía convencional es matizable y en ningún modo absoluta. Por ello, la autora se encarga de remarcar los defectos de los convenios en aquellos casos en que las partes contratantes enfrentan posiciones asimétricas[270]. Esta postura es absolutamente lógica dado que no parece justo para ambas partes contratantes suscribir un convenio, que generalmente contiene derechos y obligaciones recíprocas, cuando las posiciones estratégicas de los Estados contratantes no son recíprocas.

Por el contrario, en aquellos casos donde las posiciones ambos Estados contratantes son simétricas, un convenio con obligaciones y derechos recíprocos, puede ser ventajoso. Una de las principales ventajas es que la vía convencional es un vehículo eficaz para superar las diferencias e idiosincrasias fiscales de cada país que pueden suponer un obstáculo a la eliminación de la doble imposición internacional, asegurando la compatibilidad entre las normas tributarias internacionales de los Estados contratantes[271].

En definitiva, los convenios internacionales suponen un avance ya que posibilitan un consenso en cuanto a la distribución de las potestades tributarias con respecto a los distintos tipos de rentas. Por otra parte, los convenios posibilitan una aproximación terminológica uniforme, la cual facilita una aplicación del régimen *residencia vs. origen* de manera simétrica y sin distorsiones. Sobre estas cuestiones, que forman parte del fenómeno de las asimetrías tributarias, a la postre tema central de la tesis, me iré pronunciando a lo largo de la misma. Baste decir por el momento que la eliminación de la doble imposición internacional forma parte del genoma del régimen fiscal internacional.

[270] Dagan (2000), p. 987. Estas situaciones asimétricas se suelen dar en aquellos casos en que un Estado contratante es un Estado exportador de capitales o de inversión, mientras que el otro Estado contratante es receptor de inversiones extranjeras (generalmente los países en vías de desarrollo).
[271] Dagan (2000), p. 983.

Por otra parte, y aunque de manera más gradual, el Derecho fiscal internacional ha ido poco a poco incorporando medidas tendentes a evitar la doble no imposición internacional. Este interés en limitar la elusión fiscal nace en un principio en sede del Estado de residencia para limitar la doble no imposición provocada por el Estado de fuente. El crédito fiscal o método de imputación fue el primer paradigma de esta inquietud[272]. El crédito fiscal apareció por primera vez antes incluso que los primeros convenios. Mientras en la Europa continental tradicionalmente regía un sistema territorial, llevado a cabo mediante el método de exención, el Reino Unido y los Estados Unidos implementaron por primera vez el método de imputación a principios del siglo XX. En 1914 en el Reino Unido, como consecuencia de la derogación parcial del sistema de *remittance basis*[273], se hizo necesario articular un mecanismo que eliminase la doble imposición internacional: un sistema de crédito fiscal sobre el impuesto pagado en el extranjero.

Poco después fueron los Estados Unidos lo que introdujeron en 1918 el crédito fiscal[274]. De acuerdo al artífice de dicho mecanismo en los Estados Unidos, T. S. Adams, "el Estado que, con un delicado respeto con los derechos del contribuyente, pone especial cuidado en eliminar la doble imposición, puede equitativamente tomar medidas para asegurar que la persona o propiedad pague al menos un impuesto"[275]. Tanto de la experiencia

[272] De acuerdo a Graetz y O'Hear (1997), y posteriormente a Vogel (2002), p. 5, la función originaria del crédito sobre el impuesto pagado en el extranjero fue doble: por un lado, eliminar la doble imposición internacional, dando primacía a la tributación del Estado de fuente, y por otro lado evitar la doble no imposición recaudando en defecto del Estado de fuente. Esta segunda función recaudadora se ha visto desdoblada con el paso del tiempo y el desarrollo de nuevos principios económicos. Así, en la actualidad el crédito fiscal, en cuanto a su función recaudadora, presenta una doble naturaleza: por un lado, como garante de ciertos principios económicos como la neutralidad en la exportación de capitales (*capital export neutrality* o CEN), que muchos autores ven como consagración del principio de residencia, y por otro lado como mecanismo limitador de la doble no imposición internacional.

[273] El sistema británico de *remittance basis* consagraba una suerte de sistema territorial por el cual los residentes británicos estaban exentos de tributación en Reino Unido por las rentas de fuente extranjera (en concreto, aquellas originadas en las colonias británicas) hasta que dichas rentas fueran efectivamente remitidas al Reino Unido. El *Finance Act* de 1914*,* sec. 5, derogó parcialmente este régimen para aquellas rentas procedentes de títulos valores (instrumentos financieros en general) y arrendamientos. Únicamente mantuvo este régimen para los llamados *non-domiciled*, aquellos extranjeros con residencia en el Reino Unido. Véase Avery Jones (2012), p. 72.

[274] Véase Revenue Act of 1918, ch. 18, 40 Stat. 1057.

[275] Thomas S. Adams (1932), "Interstate and International Double Taxation", en Roswell Magill (ed.), *Lectures on Taxation* 101, pp. 112-113, citado por Avi-Yonah (2015), p. 313.

británica como de la estadounidense, se deja entrever que el método de crédito nace con una idea subyacente, la de un principio de imposición única que garantice un solo gravamen, ni más ni menos, sobre las rentas transnacionales[276]. El primer modelo de convenio, diseñado por la Sociedad de Naciones en 1927, reconoce expresamente este principio en sus comentarios:

> "Desde muy al principio, el Comité se dio cuenta de la necesidad de tratar sobre las cuestiones de la evasión fiscal y la doble tributación en coordinación mutua. Es altamente deseable que los Estados debieran llegar a un acuerdo con vistas a asegurar que un contribuyente no sea gravado sobre la misma renta por diferentes países, y parece igualmente deseable que tal cooperación internacional debiera impedir que determinadas rentas eludan la tributación por completo. Los más elementales e indiscutibles principios de justicia tributaria, así, requerían que los expertos debieran idear un esquema por el cual todas las rentas fueran gravadas una vez, y solo una vez."[277]

En términos generales, la comunidad internacional ha establecido medidas para paliar también los efectos de la doble imposición económica internacional derivada de la distribución de dividendos entre sociedades de un mismo grupo empresarial[278]. Este objetivo se ha conseguido bien mediante el método de un crédito fiscal indirecto[279], bien mediante el método de exención. El crédito fiscal indirecto pretende consagrar el principio de residencia en la tributación del beneficio global de las multinacionales, si bien en la práctica el diferimiento permanente en el reparto de dividendos por las filiales extranjeras dificulta la consecución de este objetivo. Por otra parte, el método de exención deja en manos del Estado de fuente la tributación íntegra sobre las sociedades filiales extranjeras. Estos dos mecanismos, pensados inicialmente para eliminar la doble imposición jurídica y económica internacional, desplegaron un abanico de posibilidades

[276] Avi-Yonah (2015), pp. 313-314.
[277] Sociedad de Naciones (1927), p. 23.
[278] Párrafos 50-52 de los Comentarios al artículo 23 A y 23 B del MC OCDE. En estos apartados la OCDE expresa su preocupación sobre la doble imposición económica internacional y cómo supone una barrera al comercio internacional. Sin embargo, deja al arbitrio de los Estados contratantes su implementación.
[279] El *indirect tax credit* fue introducido en los Estados Unidos en 1918, al mismo tiempo que el crédito fiscal. Véase Revenue Act of 1918, ch. 18, 40 Stat. 1057, y Worley (1996).

para la planificación fiscal internacional mediante la deslocalización de las actividades empresariales a territorios de nula o baja fiscalidad, a menudo sin un motivo económico, más allá del puramente fiscal, que lo justificase.

Consecuentemente, la comunidad internacional fue poco a poco articulando nuevas medidas tendentes a evitar la doble no imposición internacional desde un punto de vista del Estado de residencia. Dentro de este tipo de acciones las más importantes son las llamadas normas sobre transparencia fiscal internacional. Este tipo de medidas tienen el objetivo el objetivo de combatir que empresas residentes en de un determinado país establezcan sus filiales en territorios de baja fiscalidad y retengan indefinidamente sus beneficios en dichos territorios, difiriendo indefinidamente la tributación en el país de residencia.

Hoy en día las normas sobre transparencia fiscal internacional están plenamente asentadas en los países desarrollados, sobre todo en aquellos con un saldo exportador de capitales neto, a quienes no les interesa que sus empresas residentes desvíen sus capitales a países de baja tributación. Estados Unidos, que durante buena parte del siglo XX fue el mayor exportador de capitales de la comunidad internacional, fue el precursor de este tipo de medidas para impedir que sus residentes erosionaran sus bases imponibles. Primero, mediante la adopción en 1937 del régimen tributario especial relativo a las *Foreign Personal Holding Corporations* (FPHC), sociedades extranjeras controladas por residentes estadounidenses y cuyos ingresos eran mayoritariamente rentas pasivas[280]. Hasta 1937 no era infrecuente que los residentes estadounidenses desviaran sus rentas pasivas a sociedades establecidas en jurisdicciones de baja tributación. Con la adopción de las normas FPHC, se sometió a los residentes estadounidenses a una suerte de régimen de transparencia fiscal internacional, por el cual las rentas pasivas obtenidas por una sociedad *off-shore* contralada por dichos residentes debían tributar en los Estados Unidos sobre la base del llamado *deemed dividend*. En 1962 la Administración Kennedy introdujo el denominado régimen de las *Controlled Foreign Coprporations* (CFC)[281].

[280] Revenue Act of 1937. Avi-Yonah (2004), p. 487.
[281] Revenue Act of 1962. Avi-Yonah (2004), p. 488.

Este régimen extendía potencialmente la regla del *deemed dividend* a todas aquellas filiales extranjeras de multinacionales controladas por residentes estadounidenses, no solo a aquellas que obtuvieran principalmente rentas pasivas. La regla del *deemed dividend* se aplicaba tanto a las rentas pasivas, como a las rentas activas sin conexión económica real con el país de establecimiento de dicha filial. Con el tiempo, este tipo de regímenes de transparencia fiscal internacional ha proliferado en gran parte de la comunidad internacional.

También desde el punto de vista del Estado de residencia, se han ido generalizando las cláusulas de sujeción efectiva o *subject-to-tax*, implementadas tanto de manera unilateral como de manera convencional[282]. Estas cláusulas permiten por lo general al Estado de residencia no aplicar el método de exención cuando el Estado de fuente no ejerce su potestad tributaria[283]. En estos casos el Estado de residencia tiene la facultad para sustituir el método de exención por el método de crédito. El ejemplo más evidente de estas cláusulas a nivel unilateral son aquellas que deniegan la exención de los dividendos inter-societarios cuando la sociedad que los reparte es residente en un territorio calificado como paraíso fiscal[284]. A nivel convencional, desde el último cuarto del siglo XX han proliferado estas cláusulas[285].

No obstante, hasta finales del siglo XX la comunidad internacional prestó una menor atención a la erosión de las bases imponibles desde la perspectiva del Estado de fuente que se veía limitado, total o parcialmente, por un CDI para gravar determinadas rentas, cediendo así la potestad tributaria al Estado de residencia. Así, con la proliferación de

[282] Véase Lampe (1999). El Informe Partnership, OCDE (1999), propuso la introducción de la cláusula *switch-over* en el MC OCDE (párrafo cuarto del artículo 23A). Esta cláusula tiene por objeto denegar el método de exención (aplicando obligatoriamente el método de imputación) en supuestos de doble no imposición derivados de la diferente interpretación del convenio por los Estados contratantes.

[283] Estas cláusulas se caracterizan por su heterogeneidad, tanto en su diseño como en su interpretación, pudiendo establecerse en favor del Estado de residencia cuando la potestad tributaria recae sobre el Estado de fuente como en el caso inverso. Unas veces, la jurisprudencia internacional ha interpretado dicha cláusula en el sentido de condicionar el método de exención a que el Estado de fuente grave de manera efectiva la renta; en otros casos se ha condicionado la aplicación del método de exención a que la renta simplemente esté sujeta a tributación en el Estado de fuente, con independencia de si dicha renta está exenta o no (Van de Vijver [2015], p. 252).

[284] Artículo 21.1(b) de la LIS.

[285] Véase Lampe (1999) y Scapa y Henie (2005), p. 280.

una extensa red de tratados internacionales, muchos contribuyentes empezaron a elaborar estrategias de *treaty shopping*[286]*.* Ante esta situación se hizo necesario tomar medidas defensivas contra la elusión fiscal, pero desde un punto de vista del Estado de fuente, que es quien ve erosionada su capacidad recaudatoria en este tipo de planificación fiscal. Las cláusulas de limitación de beneficios (LOB, por sus siglas en inglés), son el mecanismo principal con el que se combate este tipo de elusión fiscal internacional[287]. Su mecanismo consiste en denegar el beneficio de un tratado (principalmente los tipos de gravamen reducidos concedidos por el Estado de fuente) a aquellos contribuyentes que establezcan vehículos de inversión *ad hoc* en una jurisdicción interpuesta entre su Estado de residencia y el Estado de fuente. Este tipo de estructuras interpuestas se aprovechan de la existencia de convenios con beneficios fiscales especiales entre el Estado de fuente y Estado de la SPV[288]. No ha sido hasta los comienzos del presente siglo que han proliferado las cláusulas contra el *treaty shooping*[289]*.*

No obstante, empezaron a ser introducidas tímidamente en la segunda mitad del siglo XX[290]. Los primeros modelos de convenio aprobados por los Estados Unidos, en 1977 y en 1981, contenían medidas LOB en las cuales se incorporaban cláusulas que condicionaban la aplicación del tratado a un suficiente nivel de tributación en el Estado de residencia[291]. Estas primeras medidas LOB, que se configuraron como una suerte de

[286] Véase Vega Borrego (2003).

[287] El Modelo de convenio de los EEUU ha incorporado desde hace años una cláusula LOB (*Limitation on Benefits*) obligatoria para aquellos Estados que quieran subscribir un convenio con dicho país.

[288] *Special Purpose Vehicle*.

[289] La Acción 6 del proyecto BEPS ha propuesto la introducción de ciertas cláusulas en el MC OCDE orientadas a mitigar el *treaty shopping,* a través de las cláusulas de *Limitation on Benefits* (LOB) y del *Principal Purposes Test* (PPT).

[290] Véase. Rosenbloom (1983), pp. 779 y ss. El convenio entre Estados Unidos y Reino Unido firmado en 1945 contenía ciertas cautelas a la aplicación del tipo de gravamen reducido para las distribución de dividendos a la sociedad matriz. Posteriormente, en el convenio firmado en 1962 entre los Estados Unidos y Luxemburgo los Estados Unidos introdujeron una cláusula que limitaba los beneficios del tratado a un cierto tipo de entidades luxemburguesas que ostentaban beneficios fiscales especiales en su Estado de residencia.

[291] Véase Rosenbloom (1983), pp. 792 y ss. El modelo de convenio de EEUU de 1977 incorporaba una cláusula denegando la aplicación del convenio a aquellos casos en que el contribuyente tuviera una vinculación insuficiente con el Estado de residencia (que el contribuyente estuviera participado mayoritariamente por un residente de un tercer Estado) y que su tributación en dicho Estado de residencia fuera insuficiente. Por otra parte, el modelo de convenio de EEUU de 1981 fue aún más lejos e incorporó dentro de las cláusulas LOB una provisión denegando los beneficios del tratado aquellos

cláusula general de sujeción efectiva en muchos casos (una especie de cláusulas *subject-to-tax* inversas, desde el punto de vista del Estado de fuente), ponen de manifiesto que la intención originaria de este tipo de medidas era, más allá de imponer la tributación en origen a aquellos residentes en terceros Estados sin convenio con los EEUU, evitar supuestos de doble no imposición y preservar el *single tax principle*, tal y como postulan Avi-Yonah y Rosenbloom[292].

No obstante, en la actualidad las medidas contra el *treaty shooping* han abandonado, debido a sus dificultades de aplicación, las cláusulas generales de sujeción efectiva, centrándose principalmente en la existencia de un motivo económico válido y la existencia de un vínculo suficiente entre contribuyente y Estado de residencia[293].

Sobre la idoneidad del principio de imposición única nos pronunciaremos más adelante, tanto en su dimensión jurídica, como en sus implicaciones económicas. Por el momento conviene resaltar que la existencia de un *single tax principle*, al menos en el plano fáctico, parece una realidad generalizada en la comunidad internacional.

#### 1.2.2.2. El principio del beneficio (*benefits principle*)[294]

Avi-Yonah sitúa este principio como el otro pilar básico del régimen fiscal internacional. Una vez determinado que el régimen fiscal internacional está orientado a gravar una sola vez, ni más ni menos, las rentas transnacionales, la siguiente cuestión es determinar cómo se divide la carga tributaria entre los Estados con pretensiones tributarias

contribuyentes sometidos a una tributación privilegiada en el Estado de residencia, con independencia de la existencia de un nexo con dicho Estado.

[292] Avi-Yonah (2015), pp. 317 y 318; Rosenbloom (1983), pp. 764-73 y 776, establece que "una posible opción sería que el país X no firmase un tratado a menos que estuviera convencido de que fuera probable que el Estado Y impusiera un impuesto pleno sobre todas las personas sobre las que tuviera jurisdicción por razón personal. **En teoría, entonces, será recaudado al menos un único y substancial impuesto**" (énfasis añadido).

[293] Vega Borrego (2003), nota 496 de la p. 171. Véase nota 289.

[294] Avi-Yonah (1997), Avi-Yonah (2007), Lokken (2012), Pinto (2007), Rosenzweig (2015), Vogel (1988).

legítimas: bien dando preeminencia al Estado de fuente, bien dando preeminencia al Estado de residencia[295].

El principio del beneficio surge como justificación económica a la potestad tributaria que un determinado Estado ejerce sobre una renta. Un Estado ejerce su potestad tributaria sobre las rentas de un contribuyente de acuerdo al aprovechamiento que dicho contribuyente hace de los bienes y servicios públicos de dicho Estado[296]. El hecho de que los Estados oscilen entre la tributación en residencia y la tributación por razón de origen pone de manifiesto que ambos criterios forman parte del principio más amplio de "interés económico" o "*economic allegiance*"[297]. En efecto, la teoría del *economic allegiance*, como expresión del principio del beneficio[298], fundamenta la tributación por razón de residencia y origen en la existencia de un nexo entre la jurisdicción que presta servicios públicos y la capacidad económica del contribuyente, que bien obtiene su riqueza o bien la disfruta en dicho territorio[299]. Este nexo es el interés económico o *economic allegiance*[300]. Por tanto, cada jurisdicción basa su pretensión tributaria en la existencia de un vínculo económico suficiente con el contribuyente al objeto de justificar los impuestos como una contribución legítima por los beneficios estatales obtenidos por el contribuyente.

[295] Véase Avi-Yonah (1997), pp. 520-523 y Avi-Yonah (2007), pp. 11-13.

[296] Lokken (2012), p. 141. Por su parte, Thomas S. Adams estableció que "una gran parte del coste del gobierno es atribuible a la necesidad de mantener un entorno empresarial adecuado (…) las actividades económicas deben ser gravadas porque cuesta dinero mantener un mercado y esos costes deberían de alguna manera ser distribuidos sobre todos los beneficiarios de ese mercado", en Thomas S. Adams, "The Taxation of Business", 11 *National Tax Association Proceedings* 185 (1917), p. 186, citado por Graetz y O'Hear (1997), p. 1036.

[297] Sociedad de Naciones (1923), p. 20. En dicho informe, se desarrolla este principio como criterio de reparto de las potestades tributarias entre los Estados. No obstante, tal y como señala Vogel (1988), p. 219, fue Georg von Schanz quien primero acuñó este principio en su artículo publicado en 1892, "Zur Frage der Steuerpflicht" ("Regarding Tax Liability").

[298] Avi-Yonah (2005), p. 319, sitúa la teoría del *economic allegiance* como un "*benefits-based concept*".

[299] Esta conexión puede ser territorial en sentido estricto (origen de la renta) o jurídico-política (residencia).

[300] El informe emitido por los cuatro economistas para la Sociedad de Naciones defiende que los impuestos que un contribuyente debe pagar a un Estado conforme al principio del beneficio deben ser distribuidos entre los Estados en atención a la doctrina de "*economic allegiance*", de acuerdo a la cual las potestades tributarias se deben repartir determinando a qué países debe "lealtad económica" el contribuyente, en Sociedad de Naciones (1923), pp. 22 y ss. El informe establece que los más importantes vínculos económicos que unen a un contribuyente con una jurisdicción son el lugar donde se origina o produce la renta (la fuente) y el lugar donde se consume o ahorra la misma (la residencia).

No obstante, el principio del beneficio debe de ser ponderado por el principio de capacidad económica. Esto supone que la contribución que una persona realiza a un Estado por los servicios que disfruta no debe ser medida en términos absolutos, sino en términos relativos, atendiendo a la parte de su capacidad económica total vinculada a dicho territorio. Por tanto, la doctrina del *economic allegiance* es incompleta en la medida en que un mismo contribuyente pueda deber "lealtad económica" a varios Estados, incurriendo en doble imposición internacional, con posibles efectos confiscatorios. Por ello, el principio de capacidad económica, como medida de distribución de los gastos públicos, obliga a los Estados a repartirse las potestades tributarias al objeto de que la capacidad económica de los contribuyentes sea gravada una sola vez[301]. La Sociedad de Naciones estimó que era necesario realizar un análisis de los elementos del *economic allegiance* para determinar en qué Estado radicaba el "verdadero interés económico", al objeto de distribuir las potestades tributarias sobre una misma manifestación de capacidad económica o renta[302].

Sobre la base de este principio, la Sociedad de Naciones impulsó la proliferación de una red de convenios internacionales que distribuyeran de manera negociada y pacífica las potestades fiscales entre Estado de residencia y Estado de fuente, Fruto del impulso a la vía convencional por la Sociedad de Naciones y posteriormente por la OCDE, se materializa un compromiso según el cual las rentas activas debían ser gravadas por el Estado de fuente y las rentas pasivas debían ser gravadas por el Estado de residencia[303].

En particular, Avi-Yonah establece que el principio del beneficio asigna de manera principal al Estado de residencia la potestad sobre las rentas pasivas y al Estado de fuente la potestad tributaria sobre las rentas activas[304]. Es cierto que esta división de la

[301] En su informe, la Sociedad de Naciones (1923), p. 20, establece que "la solución ideal es que la entera facultad del individuo debería ser gravada, pero que debería ser gravada solamente una vez, y que la deuda tributaria debería ser dividida entre las jurisdicciones fiscales de acuerdo a sus intereses relativos en cada una." Una capacidad económica que ya ha sido gravada por un Estado no puede ser gravada íntegramente por un segundo Estado en la medida en que esa primera tributación supone una reducción en la susodicha capacidad económica.

[302] Sociedad de Naciones (1923), p. 20.

[303] El informe de la Sociedad de Naciones (1923), pp. 27 y ss., sienta las bases de este reparto que, en lo esencial, permanece intacto hoy en día.

[304] Avi-Yonah (1997), p. 520. Para una justificación sobre la distinción entre rentas activas y rentas pasivas véase Avi-Yonah (1996), pág. 1309.

renta transnacional, sin ser rigurosa ni aplicable a la totalidad de relaciones tributarias entre Estados, muestra una tendencia clara y predominante en la comunidad internacional[305]. De hecho, en la negociación de convenios, el Estado de fuente tiende a eximir de tributación, total o parcialmente, las rentas pasivas bajo la confianza de que el Estado de residencia las someterá a gravamen. De la misma manera, el Estado de residencia en muchas ocasiones exime de tributación las rentas activas originadas en el extranjero también bajo el convencimiento de que el Estado de fuente las gravará. Por ello, los paraísos fiscales no son "buenos socios de tratado"[306]. Podemos ver una muestra perfecta de esta tendencia en la actual regulación de las rentas pasivas en la Unión Europa. Las Directivas 2011/96/UE ("Matriz-Filial") y 2003/49/CE ("Intereses y Cánones") eliminan la potestad del Estado de fuente para gravar dividendos, intereses y cánones.

La potestad principal sobre las rentas pasivas se otorga al Estado de residencia debido a que la residencia de las personas físicas, principales perceptores de estas rentas, es fácilmente determinable y más difícil de manipular que la residencia de las empresas. Asimismo, desde un punto de vista de equidad, el principio de tributación en residencia permite una mayor política redistributiva respecto a las personas físicas. Además, las personas físicas obtienen unas mayores prestaciones públicas de sus países de residencia que justifican el pago de impuestos. En este sentido, el principio del beneficio y el principio de capacidad económica se superponen y coexisten en la jurisdicción de residencia. Por el contrario, la residencia de las entidades jurídicas, principales perceptoras de rentas activas, es más fácilmente manipulable que la fuente de la renta, razón por la cual, se ha preferido gravar las rentas activas en origen. Asimismo, de acuerdo a la teoría del principio del beneficio, las empresas se aprovechan

[305] Avi-Yonah (1996), pp. 1307-1308. Con respecto a las rentas pasivas, Avi-Yonah afirma que, si bien la tributación en origen no está abolida completamente, se ha reducido en la mayoría de los tratados a los niveles más bajos posibles. Sin embargo, no estoy de acuerdo en la afirmación de que "no toda renta activa está gravada principalmente en el Estado de origen, sino solamente la renta que es atribuida a un establecimiento permanente". En mi opinión, toda renta activa está gravada en el Estado de origen ya que toda renta activa, en virtud del principio de empresa independiente y contabilidad separada, se atribuye en última instancia a un establecimiento permanente o a una sede fija de negocio. Cuestión diferente es si el establecimiento permanente y la sociedad titular del mismo se ubican en el mismo Estado, en cuyo caso, jurisdicción de residencia y jurisdicción de fuente confluyen en un mismo Estado (véase al respecto Vogel [2005]).

[306] Avi-Yonah (2000a), p. 173.

significantemente de los beneficios e infraestructuras que les brinda el Estado de fuente, justificando así la tributación en origen[307].

Otra de las razones para atribuir al Estado de residencia la potestad tributaria sobre las rentas pasivas es que la determinación concreta de la fuente de las rentas pasivas es difícil de definir[308]. Establecer dónde se origina de un interés o un dividendo puede dar lugar a diferentes respuestas si adoptamos un criterio económico o jurídico. Si adoptamos un criterio económico parece lógico concluir que el origen de un dividendo o un interés está allí donde se han generado las rentas subyacentes al mismo. Es decir, la localización de las rentas pasivas debería situarse allí donde el prestatario o la sociedad filial han utilizado los fondos para desarrollar su actividad. Sin embargo, este criterio se antoja muy engorroso, por la potencial multiplicidad de Estados reclamando jurisdicción fiscal sobre el origen de la renta[309].

A pesar de esta dificultad para definir el origen de la renta, la tributación en fuente es inevitable, ya que desde una perspectiva eminentemente pragmática el Estado de fuente es quien da el "primer mordisco a la manzana"[310]. Es el Estado de fuente quien ostenta la primera y más sencilla oportunidad para gravar una renta transnacional, dado que se ha originado en su territorio. No es razonable por tanto que el Estado de fuente renuncie a gravar las rentas activas, especialmente cuando parece poco probable que un contribuyente esté dispuesto a renunciar a la cuota de mercado en dicho Estado simplemente por cuestiones fiscales. A tenor de lo anterior, no parece sensato que el

[307] Véase nota 296, y Avi-Yonah (1997) pp. 520-521. Graetz y O'Hear (1997), pp. 1035-1037, analizan el dilema planteado en los años 20 del siglo XX relativo a la distribución de potestades tributarias sobre las rentas activas. Dicho dilema enfrentaba dos posturas contrarias. Por un lado, la postura defensora del principio de residencia, cuya justificación radicaba en el principio de capacidad económica del contribuyente, y representada por Edwin Seligman (véase Sociedad de Naciones [1923], pp. 18 y 51). Por otro lado, la postura que defendía el principio de territorialidad, fundamentado en el *benefits principle,* y apoyada principalmente por Thomas S. Adams, (véase "The Taxation of Business", 11 *National Tax Association Proceedings* 185 [1917], p. 186). Tanto en los EEUU como en los primeros modelos de convenio elaborados por la Sociedad de Naciones en 1927 y 1928 se terminó por imponer las ideas de Adams, y por tanto se consagró el principio de territorialidad sobre las rentas activas.
[308] Slemrod (2010), p. 846, y Avi-Yonah (2004), p. 490.
[309] Lokken (2012), p. 145; Sociedad de Naciones (1923), p. 36.
[310] Avi-Yonah (1997), p. 521; Pinto (2007), p. 289; Vogel (1988), p. 217.

Estado de residencia se "obceque" en imponer el principio de residencia[311]. Además, esta inevitabilidad de la tributación en fuente se debe también a que, en el contexto de las empresas, la tributación por razón de residencia es mucho más manipulable y más carente de sustancia económica que la tributación en fuente[312].

Dentro de los límites de la "imposición única" (determinada por el *Single Tax Principle*), el principio del beneficio determina el tipo de gravamen global al que se somete al contribuyente[313]. Si bien, el tipo de gravamen global y el reparto de las potestades tributarias son dos cuestiones aparentemente inconexas, en la práctica van unidas. En lo que respecta a las rentas pasivas, los perceptores suelen ser personas físicas en su mayoría. El hecho de que las rentas pasivas tengan una tributación en fuente a bajos tipos de gravamen implica que se está cediendo el grueso de la tributación al Estado de residencia, quien a la postre determina el tipo de gravamen global. Por el contrario, en lo que respecta a las rentas activas, cuyos principales perceptores suelen ser sociedades, la tributación en fuente suele ser similar a la tributación en el Estado de residencia, y más en el actual contexto de competencia fiscal internacional, por la cual los tipos de gravamen sobre las rentas empresariales tienden a converger.

Como consecuencia de este reparto de potestades tributarias, las rentas activas quedan bajo la competencia principal del Estado de fuente. Cuando dichas rentas se obtienen en el extranjero, el Estado de residencia puede aplicar una tributación residual sobre las mismas (*worldwide taxation*) o eximirlas de tributación (sistema territorial). Hay autores que han puesto en entredicho el sistema de territorial o método de exención en relación a las rentas activas, por considerar que quebranta el principio de capacidad económica a favor del principio del beneficio[314]. Estos autores han asumido que el principio del beneficio y el de capacidad económica son principios incompatibles. Si bien es cierto que los cuatro economistas consideraron más útil el sistema renta mundial (*worldwide*

[311] *Cfr.* Graetz y O'Hear (1997), pp. 1037-1038. Los autores citan a Thomas S. Adams como principal valedor del principio de efectividad como justificación al principio de territorialidad.
[312] Avi-Yonah (2004), p. 491.
[313] Avi-Yonah (1997), pp. 517, 520 y 522.
[314] Fleming, Peroni y Shay (2001), p. 337. Los autores defienden que la mejor manera de respetar el principio de capacidad económica es mediante un sistema de tributación de acuerdo a la renta mundial, que ponga fin al diferimiento fiscal (*deferral*).

*taxation*)[315], en ningún momento se puede considerar que el sistema territorial viole el principio de capacidad económica[316]. En primer lugar, el principio del beneficio se sitúa en un plano diferente al de capacidad económica[317]. El principio de capacidad económica supone un criterio de reparto de los gastos públicos entre los contribuyentes; por el contrario, el principio del beneficio asigna las potestades tributarias a un determinado Estado de acuerdo a la vinculación económica del contribuyente con el territorio. La elección de un sistema territorial significa que el Estado de residencia no gravará la capacidad económica total de sus residentes, sino solo las manifestaciones de capacidad económica originadas en su territorio, por considerar que solo estas deben "lealtad económica" a su jurisdicción. La capacidad económica será gravada en el agregado de la tributación por razón de fuente de todos los países[318].

El sistema territorial no atenta contra el principio de capacidad económica ya que la renta ha sido obtenida en otro país como consecuencia de una actividad desarrollada en dicho territorio, razón por la cual, de acuerdo al principio del beneficio, los servicios públicos que obtiene el contribuyente se vinculan con ese otro país. Todo esto implica que un contribuyente con actividad y rentas en el extranjero no esté en una situación comparable a la de un contribuyente con rentas de origen interno, y por consiguiente se trata de situaciones que justifican un trato desigual, sin que por ello haya violación del principio de capacidad económica o del principio de igualdad[319].

---

[315] Sociedad de Naciones (1923), p. 51.

[316] Vogel (1988), pp. 217-222, pone de manifiesto que el sistema de renta mundial no es en absoluto evidente ni infalible, evidenciando la falta de consenso al respecto.

[317] Lokken (2012), pp. 141, defiende la sinergia de combinar el principio del beneficio y el principio de capacidad económica. Para este autor ninguno de estos dos principios por sí solos puede sostener la tributación por razón de fuente. En mi opinión, es precisamente el principio del beneficio el que otorga el nexo económico entre territorio y contribuyente, de manera que legitima la potestad tributaria del Estado sobre el contribuyente, ya sea por razón de residencia (vínculo personal o jurídico-político) o por razón de origen (vínculo territorial en sentido estricto).

[318] Avi-Yonah (1996), p. 1311, considera que la tributación por razón de fuente resulta "en el contribuyente siendo gravado en el agregado de su renta global de acuerdo a su capacidad económica. (…) el hecho de que la renta de un contribuyente pueda ser gravada a un tipo más bajo en un Estado de fuente no da automáticamente al Estado de residencia el derecho residual de gravar la renta".

[319] No obstante, no se debe pasar por alto que aunque un Estado adopte un sistema territorial, los residentes de dicho Estado verán gravada su capacidad económica de una manera más precisa que la de los no residentes obteniendo rentas en dicho Estado. Por tanto, el sistema territorial no es inmune a potenciales violaciones del principio de igualdad en caso de que los no residentes que obtienen rentas en

A pesar del indudable valor teórico del principio del beneficio y del anhelo de justicia que representa, este principio requiere concretarse en criterios específicos que guíen el reparto de potestades, tanto definiendo las fuentes de cada tipo de renta, como identificando una noción equitativa y coherente de residencia. Y es aquí donde dicho principio flaquea.

Comparto la convicción de que la división de la base imponible entre Estados es una cuestión que responde en una gran parte a condicionamientos de tipo práctico, recaudatorio y político, y no puramente a los muy loables principios que inspiraron a los cuatro economistas[320]. Por tanto, el principio del beneficio exige determinar si una renta es de fuente extranjera o no, y en caso de serlo, cuál es el país de fuente con "mejor" derecho. La solución a estos dilemas tiene a veces una explicación práctica, como se ve en el hecho de que los beneficios empresariales se consideren de fuente extranjera únicamente si se obtienen a través de un establecimiento permanente; y artificiosa, como es el umbral mínimo del establecimiento permanente o el propio *arm's length standard*. Otras veces, la determinación del origen de una renta tiene un carácter político en la medida en que es fruto de la evolución de la política fiscal de la OCDE o de la política unilateral de un país en ausencia de convenio.[321]

Por último, la definición del principio de residencia (entendido como aquel principio que permite a un Estado gravar a un contribuyente en atención a un punto de conexión de carácter personal, como es su residencia o su nacionalidad) también ha evolucionado desde los inicios del Derecho fiscal internacional para abrazar un concepto de residencia más amplio y más sustantivo, abarcando a las filiales extranjeras de un grupo multinacional, a través de la propia definición de residencia y de las normas CFC

un Estado sean tratados de manera más desfavorable que los residentes de dicho Estado. En el ámbito de la Unión Europea, la sentencia del TJUE en el asunto *Schumacker* es paradigmática (asunto C-279/93).

[320] Vogel (1988), p. 223, defiende la idea de que el concepto de "origen" es ambiguo. Por su parte Lokken (2012), p. 140, manifiesta que las reglas o puntos de conexión de la tributación en origen no expresan un concepto general de "fuente". Esto imposibilita extrapolar una regla general ante supuestos de tributación en fuente no expresamente previstos en la ley. Asimismo, Lokken (2012), p. 143, apela a la utilización de puntos de conexión que sean de fácil aplicación, como en el caso de las rentas pasivas, cuyo punto de conexión es el domicilio del pagador.

[321] Avi-Yonah (2004), pp. 490-91.

(transparencia fiscal internacional)[322]. Este fenómeno es consecuencia, en términos generales, de la intensificación de la competencia fiscal internacional y la movilidad del capital, y en particular de la elusión fiscal internacional y de las prácticas de competencia fiscal lesiva. No obstante, no creo que este fenómeno esté modificando el reparto de potestades tributarias consagrado por el principio del beneficio. El Estado de fuente sigue teniendo la competencia primaria sobre las rentas activas debido a que el principio de empresa independiente (*separate accounting system* y *arm´s length standard*) sigue vigente.

### 1.3. Conclusión: presente y futuro del régimen fiscal internacional

El régimen fiscal internacional nació con un objetivo predominante: limitar la doble imposición internacional, mientras que la doble no imposición parecía un problema menor. A medida que nuevas formas más sofisticadas de doble no imposición han aparecido y que la competencia fiscal internacional se ha intensificado, el problema de la doble no imposición ha ido ganando importancia. Como consecuencia de lo anterior, han ido apareciendo nuevas medidas contra este fenómeno, lo que ha dado lugar a que el régimen evolucione.

Este sistema fiscal reposa sobre un conjunto, más o menos coherente, de mecanismos y principios que articulan las relaciones tributarias entre los Estados y entre estos y los contribuyentes. El régimen fiscal internacional propone un reparto *primario* de potestades tributarias[323]. Por un lado, este reparto primario parte de la actuación unilateral de los Estados con necesidades homogéneas[324]. Por otro lado, esta distribución emana de practicas convencionales y compromisos alcanzados por la

[322] Avi-Yonah (2004), pp. 486-490, sobre la expansión del principio de residencia ("*expansión of nationality jurisdiction"*).
[323] Dentro del ámbito de la UE, Kofler da cuenta este de tipo de reglas distributivas, a las que llama "*natural priority*", en Kofler (2011a), p. 131.
[324] Para Dagan (2000), el reparto convencional de potestades tributarias no es necesario ya que la propia dinámica de la competencia fiscal internacional se encarga de "premiar" a aquellos países que eviten la doble imposición internacional. De hecho, los convenios internacionales entre Estados con posiciones no recíprocas ni homogéneas (países desarrollados y países en vías de desarrollo) tienden a realizar un reparto injusto de las potestades tributarias.

comunidad internacional para repartir las potestades tributarias entre el Estado de fuente y el Estado de residencia, de acuerdo al principio del beneficio.

Con independencia de su valor jurídico, el cual discutiremos más adelante, es innegable que dichas notas distintivas conforman un régimen fiscal internacional en el sentido más amplio de la palabra. Por tanto, no se puede negar que la creciente internacionalización de la economía, la globalización y la cada vez mayor interdependencia económica han cristalizado en un régimen fiscal internacional con unas reglas y características bien definidas que gobiernan su funcionamiento[325].

No obstante, esta armonización no es absoluta. La coexistencia de diferentes sistemas fiscales nacionales conlleva el riesgo de que algunos Estados no apliquen, o apliquen de diferente manera, los principios y mecanismos que rigen este régimen. La soberanía de los Estados y las consiguientes diferencias entre los sistemas fiscales nacionales distorsionan el principal objetivo del régimen fiscal internacional: la distribución y el ejercicio de las potestades tributarias de una manera coherente.

La soberanía fiscal deja en manos de los Estados la facultad de ejercer sus potestades tributarias. En el ejercicio de dicha soberanía, y por motivos generalmente económicos y de competitividad fiscal, a veces ciertos Estados se abstienen voluntariamente de ejercer su potestad tributaria. Muchas otras veces, la coexistencia de legislaciones nacionales diferentes provoca una distribución incoherente de las potestades tributarias, unas veces porque ningún Estado se considera competente sobre la renta, y en otros casos porque ambos Estados se consideran con derecho a gravarla.

De todo lo anterior se deduce que el régimen fiscal internacional camina hacia un escenario cada vez más repleto de medidas correctoras para preservar la coherencia y justicia del reparto de potestades tributarias. En los últimos años, la OCDE a través del proyecto BEPS ha profundizado tanto en la consagración del principio de imposición

[325] Brauner (2003), p. 263, observa un verdadero régimen fiscal internacional en cristalización debido a la creciente armonización *de facto* de las normas fiscales internacionales. En esta armonización, el liderazgo de la OCDE está jugando un papel fundamental.

única como en la redefinición del principio del beneficio. Los dos pilares fundamentales sobre los que se asienta el proyecto BEPS son la "realineación de la imposición y de las actividades productivas esenciales" y la "coherencia del impuesto sobre sociedades a nivel internacional"[326].

La "realineación de la imposición y de las actividades productivas esenciales" persigue formular un principio del beneficio más adaptado a las nuevas realidades digitales, donde la verdadera fuente de las rentas empresariales no sea un constructo formalista y manipulable por el contribuyente. Así, asegurando la tributación donde realmente se ha generado el valor, se asegura también el principio de imposición única ya que los grupos multinacionales deberían tributar a los mismos tipos impositivos efectivos que las empresas domésticas establecidas en los mismos países donde estas multinacionales tienen sus cadenas de producción[327].

Por otro lado, la "coherencia del impuesto sobre sociedades a nivel internacional" supone un verdadero espaldarazo al principio de imposición única, por cuanto que consagra la necesidad de que las rentas transfronterizas estén sometidas a una carga tributaria total no inferior a la de las rentas puramente domésticas[328].

Ante esta tesitura, cada vez es más frecuente que la doctrina se plantee si estamos ante un excesivo remiendo[329] del régimen y si no sería más conveniente rediseñar un nuevo

[326] OCDE (2013), p. 15.

[327] Ante las nuevas realidades derivadas de la globalización y la digitalización de la economía, el propio Avi-Yonah (2016b), p. 30, se ha replanteado la validez del principio del beneficio, afirmando que quizás en un futuro inmediato haya que avanzar hacia un sistema de tributación en residencia para las rentas activas (gravando a las multinacionales en la jurisdicción de la entidad matriz) y de tributación en fuente para las rentas pasivas. En nuestra opinión, este planteamiento no tiene por qué necesariamente revertir el paradigma tradicional del principio del beneficio ya que la tributación en la jurisdicción de residencia de la entidad matriz es residual a la del Estado de fuente, es decir, no excluye la potestad principal de la jurisdicción de fuente sobre de las rentas activas (véase nota 113, Zubimendi [2018]). Así, reforzar el principio de residencia pero sin excluir la potestad principal del Estado de fuente es la solución que la OCDE ha propuesto en su reciente informe del Pilar 2 (*Global Anti-Base Erosion* Proposal o "GloBE"); véase al respecto OCDE (2020).

[328] Este objetivo de coherencia se manifiesta principalmente en la lucha contra las asimetrías híbridas, cuyo principal plan de acción se encuentra en la Acción 2 del Proyecto BEPS.

[329] Picciotto (2016), p. 234, manifiesta que "desafortunadamente, el enfoque adoptado por los expertos de la OCDE se ha dirigido en gran parte a un remiendo del actual sistema".

régimen mundial armonizado al objeto de realizar una distribución de las potestades tributarias más eficaz[330].

## 2. Fundamentos del principio de imposición única

En el primer capítulo del presente trabajo hemos tratado de definir desde un punto de vista técnico el creciente fenómeno de la doble no imposición, del que las asimetrías híbridas son un claro paradigma.

A continuación, en la primera parte de este capítulo hemos detallado la existencia de un régimen fiscal internacional en el que crecientemente se están tomando medidas para limitar la erosión de las bases imponibles en general y la doble no imposición en particular. Algunos autores han defendido la existencia de un principio de imposición única[331], cuya existencia no ponemos en duda desde un plano fáctico[332]. Es evidente que la comunidad internacional lleva varias décadas poniendo cerco a fenómenos como la evasión y elusión fiscal. Además, en los últimos años, los grandes escándalos tributarios de multinacionales y grandes fortunas están formando una conciencia popular absolutamente en contra de estos fenómenos[333].

### 2.1. La dimensión política del principio de imposición única: globalización, soberanía y competencia fiscal

[330] Brauner (2003) es una de las principales voces que reclaman la armonización de la base imponible a nivel mundial (dejando libertad sobre los tipos de gravamen) para eliminar distorsiones al *single tax principle.*

[331] Véase nota 267.

[332] Véase nota 325.

[333] En la última década, se han filtrado al gran público varios casos de prácticas tributarias de carácter polémico. Los casos de mayor repercusión han sido los de la filtración de la famosa "lista Falciani", que contenía los datos de más de 130.000 personas con cuentas en el banco suizo HSBC, y que empujó a las autoridades europeas a investigar potenciales casos de evasión fiscal. Más recientemente el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación sacó a la luz una serie de acuerdos tributarios *ad hoc* y de cuestionable transparencia entre el Estado de Luxemburgo y numerosas multinacionales. Véase https://www.icij.org/project/luxembourg-leaks.

Es importante en primer lugar definir las notas características que caracterizan el modelo económico actual, y cómo encajan en el régimen fiscal internacional diseñado hace ya un siglo.

El contexto económico actual se define por una palabra: globalización[334]. El comercio internacional se ha desarrollado de manera intensiva a partir de la segunda mitad del siglo XX, principalmente por la evolución de las comunicaciones y los avances tecnológicos. En particular, la aparición del comercio electrónico ha supuesto una revolución sin precedentes en la internacionalización del comercio.

Las características estructurales del comercio internacional han evolucionado como consecuencia de la globalización. Es interesante el análisis que realiza McLure, en el que se hace eco de esta evolución y de cómo dicha evolución ha influido en la tributación internacional. Previamente a la globalización el comercio internacional apenas estaba desarrollado. Las inversiones y el comercio eran principalmente de naturaleza nacional. El peso del comercio internacional era lo suficientemente pequeño como para no generar presiones sobre el sistema fiscal nacional. Por ello, ofrecer una fiscalidad atractiva a los inversores extranjeros no era una prioridad de la política fiscal a nivel nacional. Asimismo, el comercio internacional se basaba fundamentalmente en bienes tangibles, mientras que las comunicaciones eran lentas y las telecomunicaciones no estaban suficientemente desarrolladas. Esto requería la presencia física para casi cualquier actividad comercial. El mercado financiero ofrecía productos financieros sencillos[335].

Sin embargo, la globalización ha supuesto un vuelco en el comercio internacional. El intercambio de bienes tangibles ha dejado paso al intercambio de intangibles y servicios. Mientras, los productos financieros se han vuelto extremadamente complejos. En muchos casos, el desarrollo de las telecomunicaciones y en especial del comercio

[334] *Vid.* Calderón Carrero (2012a); Caamaño y Calderón (2002); McLure (2001); Lodin (2000); Avi-Yonah (2000b).
[335] McLure (2001), pp. 333-334.

electrónico ha eliminado la necesidad de mantener una presencia física para operar en un mercado. El capital se ha vuelto extremadamente móvil y se ha internacionalizado[336].

En este nuevo contexto económico, las empresas se han convertido en verdaderas compañías multinacionales que rastrean cualquier oportunidad económica que pueda haber en cualquier lugar del mundo. Las empresas operan no solo donde puedan encontrar mejores oportunidades comerciales y mayores ventas, sino también segregando y deslocalizando sus funciones allí donde puedan encontrar las mejores condiciones económicas, ya sea en forma de un mercado laboral barato y flexible, un entorno tecnológico favorable, o incluso una tributación atractiva[337]. La fiscalidad, por tanto, se ha convertido en un foco de oportunidades económicas para las empresas. Es por ello que la localización empresarial se ha vuelto extremadamente sensible a la tributación[338].

Y viceversa, la tributación se ha vuelto sensible a la movilidad empresarial. La competencia fiscal internacional es uno de los más importantes efectos de la globalización[339]. Los Estados compiten por atraer inversiones y en esta competición, la fiscalidad se ha vuelto uno de los principales instrumentos al servicio de los Estados[340]. Esta competencia fiscal se manifiesta en general en la paulatina rebaja de los tipos de gravamen, pero también en el establecimiento de regímenes tributarios especiales para determinadas actividades, como las financieras.

No es el objetivo de esta tesis analizar en profundidad los efectos económicos de la competencia fiscal internacional. Baste decir que existen opiniones diversas y variadas al respecto[341].

---

[336] McLure (2001), p. 334.
[337] Lodin (2000), p. 214.
[338] Avi-Yonah (2000b), p. 1591; Zodrow (2010), p. 890; Slemrod (2010) introduce un análisis sobre la movilidad de las bases imponibles, al margen de la movilidad de los factores de producción. Wilson (1993), p. 196, establece que para las multinacionales el factor fiscal es determinante a la hora de localizar actividades no sujetas a consideraciones extrafiscales, como son las actividades de administración o distribución.
[339] Tiebout (1956); Wilson (1999); Zodrow (2010).
[340] Caamaño y Calderón (2002), p. 183; Lodin (2000), p. 213.
[341] Autores como Avi-Yonah (2000b), Brauner (2003), Caamaño y Calderón (2002) han puesto de relieve los problemas de la competencia fiscal internacional. Por el contrario, otros autores como Roin (2000),

Para los críticos de este fenómeno, la competencia fiscal internacional supone una limitación externa a la soberanía de los Estados[342]. En un entorno de alta movilidad empresarial, en el cual el capital se ha vuelto extremadamente volátil, la política fiscal de los Estados no tiene más remedio que regirse por criterios de competitividad para atraer capitales extranjeros. Los Estados ven limitada su capacidad de mantener altos sus tipos de gravamen sobre las rentas del capital.

El problema ha llegado a un punto en el que la política fiscal de los Estados tiende a reducir la presión fiscal sobre las rentas de capital, no ya para atraer capitales, sino para evitar la huida de los mismos a otras jurisdicciones más ventajosas. Esta tendencia actual ha dado lugar al fenómeno que gran parte de la doctrina ha dado en llamar el "deterioro fiscal"[343].

La secuencia es la siguiente. Los Estados rebajan paulatinamente la presión fiscal sobre las empresas motivados por objetivos puramente económicos. Ante el riesgo de debilitar la estructura del Estado de Bienestar, los gobiernos trasladan la presión fiscal a otros factores de producción, generalmente el trabajo y el consumo, más inmóviles, y por tanto menos sensibles a la presión fiscal.

Para estos autores, los principios jurídicos tradicionales, constitucionalmente amparados por el Estado de Bienestar, están siendo relegados en beneficio de objetivos puramente economicistas, como son la competitividad empresarial y la eficiencia[344]. No obstante, estos principios clásicos de justicia tributaria vienen determinados por la política redistributiva y proveedora del Estado de Bienestar propio de los países desarrollados.

Dagan (1998) o Bracewell (2001 y 2003) han defendido la actuación unilateral de los Estados y la competencia fiscal internacional como motor de la eficiencia internacional.

[342] McLure (2001), p. 329. Wildasin (1989) analiza este efecto en el ámbito de los tributos locales.

[343] Caamaño y Calderón (2002), p. 198; Avi-Yonah (2000b), p. 1576.

[344] Calderón Carrero (2012a), p. 348.

Sin embargo, no todos los países tienen las mismas necesidades y preferencias, y por lo tanto su política fiscal difiere[345]. Existen otras tipologías de países que se definen por características estructurales diferentes (demográficas y económicas), y por lo tanto parten de situaciones de partida diferentes. Consecuentemente las políticas fiscales propias del Estado de Bienestar podrían no serles aplicables, al menos en el corto plazo. Los países en vías de desarrollo, a pesar de necesitar una recaudación fiscal importante dada su alta demografía, se guían muchas veces por criterios de atracción de capitales para generar crecimiento económico.

Por otra parte, los países desarrollados con una muy baja demografía necesitan una cantidad de impuestos menor para financiar una misma cuota per cápita de servicios públicos. A veces, este último tipo de países se convierten en paraísos fiscales. Por otra parte, las empresas tampoco tienen preferencias ni necesidades homogéneas en cuanto a la ubicación de su inversión. De todo esto se puede concluir que el mercado de capitales no es perfectamente homogéneo, sino que está segmentado en atención a las diferentes necesidades de los oferentes (los Estados) y los demandantes (las empresas).

A menudo, esta discusión parte del fundamento jurídico-político de los tributos. Los autores que defienden la legitimidad de la competencia fiscal internacional asimilan el tributo como una suerte de "*benefit tax*"[346]. De acuerdo a esta idea, el impuesto sobre las rentas de capital es una suerte de contraprestación por los servicios públicos de los que se beneficia el contribuyente[347]. Las diferentes necesidades de los Estados y las empresas, en cuanto a oferentes y demandantes de servicios públicos, configuran un escenario internacional de diversidad, donde cada agente busca colmar sus preferencias. No existe una "fungibilidad" de gobiernos y jurisdicciones. Los inversores no buscan únicamente el mayor beneficio "después de impuestos", sino que el mercado está segmentado en las diferentes necesidades y preferencias de los inversores, en

[345] Avi-Yonah (2000b), pp. 1586 y ss.
[346] Uno de los precursores de esta idea ha sido Tiebout (1956). Este autor establece un modelo de eficiencia en el ámbito de la Administración local. De acuerdo a este modelo la competencia fiscal establece un punto de eficiencia que maximiza las preferencias de los ciudadanos en cuanto a los servicios públicos, y los recursos de las administraciones locales para prestar dichos servicios.
[347] Roin (2000), p. 555.

cuanto a los servicios públicos y los impuestos que están dispuestos a pagar por ellos. La armonización fiscal eliminaría la posibilidad de colmar esa diversidad de preferencias[348]. Bajo estas premisas, la atracción de capitales es una función plenamente legítima de cualquier política fiscal[349].

Esta visión se contrapone a la de quienes atribuyen a los impuestos sobre el capital una función puramente redistributiva, función que fundamenta los principios de justicia tributaria[350]. La competencia fiscal puede acabar erosionando esta función redistributiva. La competencia fiscal internacional tiende a armonizar "por abajo" el nivel impositivo de los países que compiten entre sí. Por tanto, a la larga, el factor fiscal deja de ser determinante, dado que los Estados competidores ofrecen la misma tributación. La consecuencia es que los Estados ceden parte de su recaudación fiscal en favor de las multinacionales a cambio de nada[351].

No obstante, la competencia fiscal internacional puede ejercer de contrapeso a la natural ineficiencia de los Estados y la función pública. En este sentido, la armonización fiscal conduciría a una sobredimensión del poder estatal, y la consiguiente ineficiencia en la prestación de servicios públicos[352]. Por ello, la competencia fiscal internacional obligaría a los Estados a ser eficientes en cuanto a la gestión de sus recursos.

Más allá de la discusión sobre la competencia fiscal internacional, una gran parte de la doctrina se mantiene en una postura intermedia, según la cual la competencia fiscal internacional relativa a los tipos generales de gravamen es beneficiosa o, como mínimo, no es lo suficientemente perjudicial como para requerir una restricción de la soberanía. Incluso aquellos autores que han manifestado más enérgicamente los males de la competencia fiscal internacional han visto en la armonización de los tipos de gravamen un remedio peor que la enfermedad[353]. En este sentido una armonización absoluta de

[348] Roin (2000), p. 561.
[349] Roin (2000), p. 603.
[350] Fleming, Peroni y Shay, (2001), p. 337. Desde el punto de vista de la política fiscal de EEUU, los autores defienden el principio de capacidad económica como motor de los impuestos sobre las rentas de capital.
[351] *Vid.* Zodrow y Mieszkowski (1986), p. 368. Avi-Yonah (2000b), p. 1646, sugiere que los incentivos fiscales de países competidores entre sí se neutralizan mutuamente.
[352] Avi-Yonah (2000b), p. 1614, utiliza la analogía del Estado como Leviatán, de Hobbes.
[353] Brauner (2003) propone una armonización de la base imponible, dejando libertad a los Estados para fijar los tipos de gravamen. Por su parte, Avi-Yonah (2000b), pp. 1643-48, ha manifestado enérgicamente

los tipos de gravamen, aún alcanzándose la pretendida neutralidad fiscal, supondría obligar a los contribuyentes a pagar un mismo precio por los servicios públicos dondequiera que se establezcan y con independencia de sus necesidades y preferencias particulares. En cuanto a los Estados, una armonización absoluta supondría la imposición a determinados Estados de un "modelo productivo" que no tiene por qué ser el más útil ni el que más se adapte a sus características estructurales. Esto impone a los contribuyentes un claro desperdicio e ineficiente asignación de recursos, sobre todo para aquellos contribuyentes que no demandan un elevado nivel de infraestructuras públicas[354].

Incluso los propios contribuyentes pueden tener concepciones diferentes del impuesto. Así, un contribuyente puede querer pagar un alto tipo de gravamen, y contribuir así al mantenimiento del Estado de Bienestar y su función redistributiva, (aún a costa de una menor rentabilidad que la que obtendría si deslocalizase su actividad a otro país con una menor tributación). No es raro ver como algunas multinacionales, movidas por la presión popular o por un genuino altruismo, relocalizan sus actividades más móviles (como por ejemplo el comercio electrónico) en su país de residencia y se avienen a pagar impuestos más elevados[355].

Por tanto, no se puede obviar la doble función de los impuestos sobre las rentas de capital: redistributiva y como *benefit tax*[356]. En particular, la competencia fiscal internacional se da principalmente con respecto a las rentas activas, cuya tributación se da en fuente, tributación que se sitúa conceptualmente cercana a los *benefit taxes*[357].

---

su disconformidad a la competencia fiscal en cuanto a incentivos fiscales especiales, pero respaldando la libertad de cada Estado para fijar sus tipos de gravamen generales.

[354] Dagan (1998), p. 377, defiende la heterogeneidad de un sistema fiscal internacional, en el que los Estados puedan ofrecer diferentes "paquetes" de servicios por diferentes "precios", mientras que inversores y residentes podrían elegir libremente aquellas combinaciones que mejor se adaptasen a sus necesidades.

[355] Tal es el caso de la empresa Inditex, que ha trasladado recientemente su actividad *e-commerce* desde Irlanda a España. http://economia.elpais.com/economia/2011/09/15/actualidad/1316071978_850215.html

[356] Véase nota 317.

[357] Avi-Yonah (2000b), pp. 1626-1627. Fleming, Peroni y Shay (2001), estudian la prevalencia del principio del beneficio sobre el principio de capacidad económica en los sistemas territoriales que otorgan la potestad tributaria íntegra al Estado de fuente.

En este mismo sentido, las organizaciones internacionales han adoptado una solución de compromiso que equilibre los principios jurídicos enfrentados: la soberanía por un lado, y los principios jurídico-tributarios propios del Estado de Bienestar por otro lado[358]. Este compromiso se ha materializado en el establecimiento de una línea que separa la competencia fiscal legítima de la que se ha dado en considerar dañina, tanto por la literatura como por las organizaciones internacionales[359]. Entre otros caracteres, la competencia fiscal dañina comprende aquellas actuaciones gubernamentales que tienden a facilitar la evasión y la elusión fiscal en otros países[360].

Para concluir, la soberanía es el principio jurídico-político que legitima y da cobertura jurídica a la competencia fiscal internacional como fenómeno económico. Ambos son dos manifestaciones de una misma realidad: desde una dimensión jurídica, la soberanía, y desde una dimensión económica, la competencia fiscal internacional. La competencia fiscal internacional se ha entendido tradicionalmente como la política fiscal encaminada a reducir la carga impositiva al objeto de atraer inversión.

No obstante, como se ha evidenciado, esta es una visión un tanto estrecha. La competencia fiscal internacional debe ser el arte por el cual los Estados persiguen la máxima eficiencia en la gestión de sus recursos, dadas unas preferencias y unas necesidades particulares previas. Por tanto, la competencia fiscal internacional no solo puede manifestarse en una tributación baja, sino también, en una tributación elevada en la medida en que el Estado en cuestión busque proveer de unos servicios públicos de calidad a sus contribuyentes. En este marco jurídico de soberanía es en el que se determina la carga tributaria de los contribuyentes, unas veces fruto de medidas

[358] Avi-Yonah (2000b), pp. 1625-1626, hace un llamamiento a buscar un equilibrio entre la soberanía de los Estados, manifestada en su legítimo anhelo a expresar las "divergentes preferencias de los ciudadanos de democracias para particulares tamaños de gobierno" y los efectos nocivos de la competencia fiscal internacional en cuanto a eficiencia, igualdad y redistribución de la riqueza.

[359] Es relevante el informe sobre *harmful tax competition* de la OCDE (1998). En el ámbito de la Unión Europea es importante el paquete de medidas impulsado por la Comisión Europea para luchar contra la competencia fiscal lesiva (*A Package to Tackle Harmful Tax Competition in the European Union*, COM[97] 564 final, 5 de noviembre de 1997), aprobado por el Consejo ECOFIN el 1 de diciembre de 1997; en concreto el Código de Conducta y la recientemente derogada Directiva 2003/48/CE del Ahorro.

[360] Lampreave (2011).

tributarias generales, otras veces fruto de incentivos fiscales específicos, y otras fruto de las lagunas legales no deliberadas.

Cada Estado decide soberanamente el nivel de tributación más adecuado a sus intereses nacionales. En este sentido, quienes niegan la existencia del principio de imposición única[361], amparándose en principios de soberanía tributaria, no dejan de tener cierta razón si tomamos este principio en una dimensión cuantitativa o absoluta[362]. Así, a nuestro entender, un principio de imposición única de carácter absoluto, que proscriba un nivel mínimo absoluto de imposición a nivel mundial, no parece que pueda tener ningún soporte ni legitimidad desde una perspectiva global y pretendidamente universal. Cuestión diferente es que los países desarrollados apliquen una tributación residual sobre sus grupos multinacionales residentes en sus jurisdicciones. Pero la tributación residual en residencia solo responde a una política fiscal de neutralidad en la exportación de capitales para los países que son precisamente exportadores de capitales, pero en ningún caso es un principio de carácter universal.

No obstante, si tomamos el principio de imposición única en una dimensión relativa o cualitativa[363], es decir como aquel principio que proscribe la doble no imposición bilateral (aquella que no se produciría en el contexto puramente interno), sí es posible contrastarlo a la luz de determinados principios que también han servido para legitimar desde instancias internacionales la lucha contra la elusión fiscal y la competencia fiscal lesiva.

## 2.2. Una aproximación desde el Derecho internacional

### 2.2.1. Dimensión subjetiva y objetiva del principio de imposición única

#### 2.2.1.1. La dimensión subjetiva: la competencia fiscal internacional

[361] Véase Rosenbloom (2000).
[362] Sobre el principio de imposición única de carácter absoluto, véase el Capítulo I, sección 3.2.3.1.
[363] Sobre el principio de imposición única de carácter relativo, véase el Capítulo I, sección 3.2.3.2.

En la sección anterior se ha descrito la competencia fiscal internacional como un fenómeno económico que tiene una dimensión jurídico-política: la soberanía. El fenómeno de la competencia fiscal internacional sin embargo es el catalizador de la doble no imposición internacional. Los Estados y sus leyes tributarias son los que facilitan a los contribuyentes la erosión de sus bases imponibles, bien por medio de actuaciones deliberadas, bien de manera inconsciente merced a lagunas legales que facilitan la transferencia de bases imponibles a jurisdicciones con fiscalidad más ventajosa, o simplemente por la confluencia e interacción de leyes tributarias descoordinadas que generan resultados incoherentes. Es la soberanía la que, a priori, ampara y da cobijo a la doble no imposición internacional y, en general, a cualquier manifestación de planificación fiscal agresiva, incluso a la evasión fiscal[364].

Responder a la pregunta de si existen unos principios de carácter general que puedan vincular a los Estados y limitar así su soberanía, es uno de los puntos centrales de este capítulo.

La subjetividad y la soberanía de los Estados tiene una de sus manifestaciones en la configuración estatal de las economías de opción. El derecho a las economías de opción, como manifestación tributaria del principio de autonomía de la voluntad, está amparado por los principios de legalidad y reserva de ley, permitiendo a los contribuyentes organizar sus negocios en la forma en que le sea más favorable, dentro de los límites que marca la ley.

Son los Estados los que delimitan los elementos del tributo mediante el principio de reserva de ley. En la medida en que el alcance de las leyes es diferente en cada país, los contribuyentes pueden decidir obtener unos beneficios tributarios, siempre y cuando la ley tributaria aplicable lo permita, sin importar las consecuencias materiales de potencial doble no imposición. El Estado, merced a su autonomía legislativa y soberanía, modula el hecho imponible a su antojo, de manera que el principio de legalidad ampara

[364] Es precisamente la soberanía tributaria la que ampara a los paraísos fiscales en sus políticas de opacidad.

al contribuyente en su optimización fiscal. Por todo esto, el Derecho internacional no es competente para valorar la intención elusiva del contribuyente, esto es competencia de la legislación nacional[365]. Por el contrario, el Derecho internacional es competente para valorar si la ley nacional produce resultados antijurídicos (bien para la sociedad, bien para otros Estados): si existen lagunas legales que faciliten a los contribuyentes eludir sus obligaciones fiscales o si dicho Estado ha implementado medidas anti-abuso, ya sean generales o especiales.

El hecho de cómo implemente un Estado dichas medidas y si se tiene en cuenta el ánimo elusorio del contribuyente, es competencia del legislador nacional. Esto va en la línea de la teoría clásica de considerar al Estado, y nos los contribuyentes, como destinatario del Derecho internacional[366]. Más aún, en ausencia total de medidas anti-abuso (generales o específicas) en un determinado país, la mera intencionalidad del contribuyente de desviar su base imponible a un territorio distinto al de su actividad real, entra dentro de su economía de opción, y es perfectamente legal en la medida en que su ley ampara dicho privilegio. Toda intención, por muy defraudatoria que sea, no puede ser ilegal mientras la ley interna la ampare (valga la redundancia). Esto nos lleva a considerar el aspecto intencional como un aspecto meramente incidental de la doble no imposición, y no como un aspecto estructural.

Otra de las manifestaciones de esta dimensión subjetiva es la competencia fiscal lesiva. Este fenómeno puede ser definido como una "política fiscal implementada sobre la iniciativa de un país que ofrece un amplio rango de incentivos fiscales y ventajas para atraer factores móviles (inversión) a ese país en ausencia de transparencia e intercambio de información efectiva con otros países"[367]. La finalidad de dicho fenómeno es atraer capitales procedentes de otros países a coste cero (en la medida en que se bonifica

[365] Véase García Prats (2010), pp. 58-60, y Palao Taboada (2009), pp. 177-184, en relación a las distintas aproximaciones nacionales al fenómeno del abuso. Para García Prats (2010), p. 61, el abuso de derecho comprende aquellas situaciones en las que el contribuyente busca deliberada y principalmente un beneficio fiscal mediante el abuso y uso artificioso de una norma tributaria.

[366] Cuestión diferente es determinar si los contribuyentes pueden ampararse en ese Derecho internacional para exigir al Estado que revierta las situaciones injustas. Esta cuestión es tratada en la aproximación técnico-jurídica o positivista, en el Capítulo II, sección 2.2.4.

[367] Lampreave (2011).

fiscalmente actividades selectivas, generalmente de ámbito transfronterizo), a costa de erosionar la capacidad recaudatoria de dichos Estados[368]. No es ocioso afirmar que este fenómeno implica de alguna manera que las prácticas de competencia fiscal lesiva afectan al ejercicio de la soberanía tributaria de otros Estados, por lo cual podrían derivarse posibles implicaciones en relación al Derecho internacional. En este sentido, la Comisión Europea ha considerado, de cara a una posible inclusión en su lista de jurisdicciones no cooperadoras, como prácticas de competencia fiscal lesiva la ausencia de medidas efectivas para combatir la planificación fiscal agresiva en cualquiera de sus formas (tanto la elusión fiscal como la doble no imposición)[369].

#### 2.2.1.2. La dimensión objetiva

No obstante, la doble no imposición tiene también una dimensión material u objetiva, referida a los efectos que origina. Resultados tanto en su vertiente económica, generalmente en términos de eficiencia y neutralidad, como en su vertiente jurídica, que analiza el menoscabo de ciertos principios jurídicos como el de igualdad o el de capacidad económica.

A de las siguientes páginas se verá que tanto la dimensión subjetiva como la objetiva, de aparentemente distinto signo, presentan puntos de encuentro[370].

### 2.2.2. La existencia de un Derecho internacional tributario: metodología

[368] En su informe sobre *harmful tax competition*, la OCDE (1998) califica estas prácticas como *"'poaching' as the tax base 'rightly' belongs to the other country"*. (p. 16, párr. 29).

[369] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Estrategia exterior para una imposición efectiva", COM (2016) 24 final, de 28 enero de 2016, sec. 2.2 y Anexo 1. Véase también Traversa y Zubimendi (2019), p. 418.

[370] Han aparecido en los últimos tiempos trabajos que intentan conciliar este análisis material de la competencia fiscal internacional (en cuanto a sus consecuencias económicas) con el fenómeno de la elusión fiscal. Es revelador el trabajo de Slemrod (2010), diferenciando entre *"tax location"* y *"real location"*. Clausing (2009), diferencia entre *"real tax avoidance"* y *"financial tax avoidance"*. Por su parte Vrijburg (2014), pp. 20-22, analiza un modelo de competencia fiscal internacional incorporando la planificación fiscal agresiva como un elemento más y exponiendo sus potenciales beneficios.

Para muchos autores, los convenios para eliminar la doble imposición son la única fuente formal de Derecho internacional en el ámbito tributario[371]. No obstante, para otros autores, la costumbre y los principios generales del Derecho prohíben tanto la doble imposición como la doble no imposición internacional[372].

Analizar el principio de imposición única desde un prisma del Derecho internacional nos remite en primer lugar a determinar la perspectiva que adoptaremos. El Derecho internacional puede ser cubierto bajo diferentes perspectivas[373].

La primera aproximación es la axiológica o metajurídica, que conecta el Derecho internacional con el mundo de los ideales y los valores. Esta perspectiva es importante de cara a analizar el Derecho tributario a la luz de los principios de justicia tributaria.

Una segunda perspectiva es la aproximación técnico-jurídica que busca analizar el Derecho internacional desde un punto de del Derecho positivo. Esta perspectiva es sumamente importante en el ámbito del Derecho internacional tributario, por cuanto los convenios de doble imposición forman la base sobre la que se ha construido el régimen fiscal internacional.

Por último, la aproximación histórico-sociológica exige un análisis del Derecho tributario a la luz de la evolución de la comunidad internacional, sus intereses y valores cambiantes, y los diferentes intereses políticos que se enfrentan a los Estados. Se trata de una aproximación eminentemente dinámica. El preponderante papel del *soft law* en el ámbito tributario hoy en día gira en torno a esta perspectiva.

No debemos pasar por alto que a menudo las discusiones que giran en torno al fenómeno de la doble no imposición internacional parten de perspectivas y

[371] Rosenbloom (2000), p. 140.
[372] Avi-Yonah (2007), p. 5, defiende la existencia del *single tax principle* y el *benefits principle* como elementos fundamentales de un régimen fiscal internacional, el cual es parte de un Derecho internacional consuetudinario. Otros autores, como Thomas (1996), apoyan la existencia de una costumbre internacional que prescribe el *arm´s length standard.* Véase Van Thiel (2011), pp. 164 y ss.
[373] Tomaremos como referencia la perspectiva poliédrica de Pastor Ridruejo (2009), pp. 23 y ss.

aproximaciones diferentes. Por ello, toda discusión sobre el Derecho fiscal internacional debe estar guiada por una coherencia aproximativa, es decir, partir de perspectivas similares para alcanzar resultados, sean cuales sean, coherentes. Bajo nuestra humilde opinión, la discusión de la doble no imposición internacional a menudo adolece de este problema[374].

### 2.2.3. Aproximación metajurídica

En el primer capítulo del presente trabajo se ha descrito el fenómeno de la doble no imposición internacional desde un punto de vista puramente técnico y funcional. No obstante, esta definición es absolutamente vacía y carente de utilidad en tanto en cuanto no se identifiquen una serie de principios universales que sean contravenidos por dicho fenómeno. En otras palabras, la definición de la doble no imposición internacional debe venir necesariamente definida por aquellos principios que son vulnerados. De otro modo, y tal y como hemos referido anteriormente, la doble no imposición quedaría reducida a un mero resultado fruto de la interacción de las soberanías tributarias nacionales y de la competencia fiscal internacional[375].

#### 2.2.3.1. La justicia tributaria: la igualdad y la capacidad económica

Sin perjuicio de que la igualdad y la capacidad económica son principios jurídicos consagrados en gran parte de las legislaciones internas, nos hemos tomado la licencia de incluirlos en esta "aproximación metajurídica" ya que dichos principios no son siempre plenamente operativos a la hora de combatir eficazmente la doble no imposición. Y ello sin perjuicio de que dichos principios deban informar las legislaciones nacionales al objeto de evitar los resultados de doble no imposición.

---

[374] Es paradigmática la ya clásica discusión entre Rosenbloom y Avi-Yonah en relación a la existencia de una costumbre internacional que pudiera prohibir el arbitraje fiscal internacional. Rosenbloom (2000) adopta una perspectiva eminentemente positivista en su planteamiento, denegando la existencia de tal costumbre internacional. Por el contrario, Avi-Yonah (2000a y 2007) adopta un punto de vista más sociológico e histórico a la hora de defender la existencia de una costumbre internacional.

[375] Véase el Capítulo II, sección 2.2.1.1, en relación a la dimensión subjetiva del *single tax principle*.

Si hacemos un análisis de los tradicionales principios de justicia tributaria, el fenómeno de la erosión de las bases imponibles plantea serias dudas sobre su legitimidad. Son muchos los autores que han expresado sus reservas sobre el encaje de la planificación fiscal agresiva en el contexto de los principios de igualdad, capacidad económica y no discriminación[376].

El sostenimiento de las cargas públicas mediante los impuestos directos tiene dos pilares: el principio de igualdad y el principio de solidaridad. La capacidad económica opera como medida del principio de igualdad[377]; y a la vez la capacidad económica es el corolario o concreción jurídico-tributaria del principio de solidaridad, principio que opera como criterio de reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes[378]. De esta manera, cada contribuyente debe colaborar en el sostenimiento de las cargas públicas en función de su capacidad económica.

La igualdad, en un sentido aristotélico, exige un elemento de comparabilidad entre dos situaciones[379]. Es decir, la igualdad exige que dos situaciones comparables sean tratadas de la misma manera; y de la misma forma exige que dos situaciones no comparables sean tratadas de diferente manera. Esta idea desdobla el principio de igualdad en dos dimensiones, la igualdad horizontal y la igualdad vertical[380]. La capacidad económica opera como medida de comparabilidad entre dos situaciones en el contexto tributario.

---

[376] Véase Van de Vijver (2015); Happé (2007), p. 545; Avi-Yonah (2000b), pp. 1616 y ss.; Vega Borrego (2003), p. 91.

[377] Herrera Molina (1998), pp. 87-88.

[378] Herrera Molina (1998), pp. 92-94.

[379] Van de Vijver (2015), p. 243.

[380] Sobre la diferenciación entre una igualdad horizontal y vertical véase Musgrave (1959 y 1990), Kaplow (1989), Repetti y McDaniel (1993) y Repetti y Ring (2012). Musgrave (1959), p. 160, sugiere que la igualdad horizontal y vertical son dos caras de la misma moneda. Por su parte Kaplow (1989), p. 140, manteniendo la línea de Musgrave, afirma que la igualdad horizontal y la igualdad vertical son principios inútiles en la medida en que no se concreten en una unidad de medida. Posteriormente Musgrave (1990), p. 116, reevalúa su postura y manifiesta que la igualdad horizontal tiene relevancia normativa, mientras que la igualdad vertical carece de toda virtualidad normativa. En este sentido Musgrave afirma que "la necesidad de igualdad horizontal permanece esencialmente sin variaciones (…), la igualdad vertical, por el contrario, experimenta un cambio drástico bajo las diferentes aproximaciones. Mientras la igualdad horizontal se cumple por los distintos resultados de igualdad vertical, esto no significa que la igualdad horizontal se derive de la igualdad vertical. Si esto sugiere algo, es que la igualdad horizontal es una norma primaria más fuerte". Por su parte Herrera Molina (1998) profundiza en el rol de la capacidad económica como medida de la igualdad.

Es importante dejar a un lado el principio de no discriminación. Aún teniendo su fundamento en el principio de igualdad, no deben confundirse ambos principios. El principio de no discriminación opera de manera formal, en sentido negativo, y únicamente con respecto a la igualdad en sentido horizontal.

Opera en sentido negativo por cuanto que supone una obligación de "no hacer"[381]. Por el contrario, el principio de igualdad tributaria supone una obligación positiva para los poderes públicos[382]. El principio de igualdad tributaria exige una intervención activa por parte del Estado. Los poderes públicos deben diseñar un sistema fiscal justo, orientado a conseguir una igualdad real y efectiva de todos los contribuyentes. El legislador debe remover todas aquellas normas tributarias que faciliten, de manera deliberada o no, la elusión fiscal de los contribuyentes, en aras de alcanzar un sistema fiscal equitativo.

El principio de no discriminación a su vez opera únicamente en el contexto de la igualdad horizontal[383], por cuanto que la discriminación supone una violación de la igualdad horizontal. Las situaciones de discriminación se producen en el seno de situaciones comparables que reciben un trato diferenciado sin justificación, pero no contiene criterio de diferenciación adecuado con respecto a las situaciones desiguales, es decir, no contiene criterio alguno sobre cómo debe operar la igualdad vertical[384]. El hecho de tratar de manera semejante dos situaciones diferentes es una violación de la igualdad vertical, pero en ningún caso supone una violación del principio de no discriminación[385].

[381] Santa-Bárbara Rupérez (2001), p. 43, define la no discriminación como "una regla que prohíbe violar la igualdad, pero sin obligar a fomentar esa misma igualdad".
[382] Santa-Bárbara Rupérez (2001), p. 46.
[383] Bammens (2012), pp. 22 y 989.
[384] De acuerdo a Kaplow (1989), p. 140, y a Musgrave (1990), p. 113, la igualdad vertical exige un adecuado patrón de diferenciación entre las personas que no son iguales.
[385] Si bien es cierto que la jurisprudencia comunitaria establece que la discriminación surge por la "aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes" (párr. 30 de la sentencia del TJUE en el asunto *Schumacker*, C-279/93), en la práctica esta misma jurisprudencia viene imponiendo este principio únicamente en el seno de situaciones comparables. De hecho, el propio TJUE reconoce que "no se opone" a que el Estado trate de manera diferente situaciones distintas (párrafo 35 de la citada sentencia *Schumacker*); pero en ningún caso "obliga" ni establece criterios específicos con respecto al tratamiento de estas situaciones diferentes, decisión que queda a la soberanía de cada Estado Miembro. Fruto de esta inoperancia del principio de no discriminación en el plano vertical de la igualdad, se manifiestan las "cuasi restricciones" en el ámbito de

La capacidad económica otorga el baremo o parámetro adecuado para distinguir aquellas situaciones desiguales que por consiguiente merecen tratos igualmente diferentes[386]. En otras palabras, la capacidad económica como medida de la igualdad vertical[387]. Pondré el ejemplo de un Estado X que impone una determinada tasa de acuerdo exclusivamente al principio del beneficio, sin valorar la capacidad económica. El principio de no discriminación obliga a este país X a gravar a residentes y no residentes según el mismo criterio, pero sin obligar en ningún momento a decantarse por la capacidad económica en vez de por el criterio del beneficio.

Como consecuencia de la desvinculación del principio de no discriminación respecto del principio de capacidad económica y del reparto de potestades tributarias entre los Estados[388], se puede afirmar que el principio de no discriminación opera de una manera más formalista que el principio de igualdad material. Así, la violación del principio de no discriminación proviene del diferente trato que ***un mismo Estado*** otorga a dos contribuyentes en igual situación. No obstante, la doble (no) imposición proviene de la ***interacción de las normas de dos Estados distintos***. En otras palabras, el principio de no discriminación permite que un Estado pueda aplicar las mismas medidas a dos contribuyentes que están en una situación no comparable desde un punto de vista fáctico, generando unos efectos inequitativos e injustos desde una perspectiva global.

No obstante, ya hemos avanzado que si bien el principio de no discriminación no puede constituir la piedra filosofal sobre la que erigir el principio de imposición única, el

la UE. El TJUE no ha encontrado recursos para eliminar estas "cuasi restricciones", véase el asunto *Kerckhaert-Morres* (C-513/04).

[386] Sobre la capacidad económica como medida de la igualdad véase Herrera Molina (1998), pp. 87-88.

[387] Autores como Van de Vijver (2015), pp. 248-252 y 256, han argumentado que la doble no imposición es ilegal por cuanto que vulnera la exigencia de una tributación justa y de acuerdo con la capacidad económica, valores ambos recogidos a través del principio de no discriminación de la Convención Europea de Derecho Humanos en su artículo 14.

[388] Tanto el principio de capacidad económica (criterio de reparto de las cargas tributarias entre los contribuyentes) como el criterio de *economic allegiance* (que sustenta el reparto de potestades tributarias entre Estados) son criterios de comparabilidad que guían la actuación de los Estados. En el ámbito de la UE el principio de no discriminación es inoperante en cuanto al reparto de potestades tributarias entre Estados. El principio de no discriminación no contiene criterio alguno de reparto de potestades tributarias, y esto supone una barrera para que el TJUE pueda revertir las situaciones de doble imposición internacional. Párrafo 22 de la sentencia del TJUE en el asunto *Kerckhaert-Morres*, C-513/04.

principio de igualdad material, modulado por el principio de capacidad económica, sí que puede desempeñar esta función.

Desde una perspectiva internacional, el principio de capacidad económica no puede gobernar de una manera independiente y autónoma el análisis sobre el principio de imposición única, sino en conjunción con el principio de igualdad. Al tratarse de una especificación del principio de igualdad material, el principio de capacidad económica no tiene autonomía normativa en sí misma[389]. En mi opinión el principio de capacidad económica es un criterio de reparto de los gastos públicos inherente a todo impuesto sobre la renta, y el principio universal que debe gobernar tal criterio es el principio de igualdad, y no al revés[390].

Pongamos el ejemplo de un Estado que aplica una tasa a sus ciudadanos por la prestación de un determinado servicio público. En este ejemplo, el contribuyente soporta una carga tributaria, no conforme al principio de capacidad económica, sino conforme a un criterio de coste o beneficio de dicho servicio. El hecho de que el principio de capacidad económica no gobierne la aplicación de estas tasas no significa que no siga existiendo una obligación por parte del Estado de aplicar el criterio de coste o beneficio conforme al principio de igualdad, sin que sea posible que un determinado ciudadano o grupo de ciudadanos disfruten de ese servicio público sin pagar la correspondiente tasa[391].

Por otra parte, el principio de igualdad tributaria tampoco significa nada si no se dota de contenido. Tal y como Kaplow y Musgrave han defendido, el principio de igualdad

[389] Véase nota 377.

[390] Musgrave (1990), pp. 116-117, defiende que la igualdad horizontal tiene un peso mayor y más universal que la igualdad vertical, la cual necesita materializarse en criterios concretos. La igualdad horizontal, dice Musgrave, es una regla primaria más fuerte. Para Kaufman (1998), pp. 202, el principio de capacidad económica no puede explicar la estructura del régimen fiscal internacional. Para esta autora el principio de capacidad económica aborda la distribución de la carga tributaria de un solo país, es un "asunto intranacional".

[391] Aunque la teoría del beneficio o coste, en cuanto a criterio de reparto del gasto público entre sus contribuyentes (que no entre los Estados), ha quedado obsoleta en favor del principio de solidaridad y del de capacidad económica, Kaufman (1998), p. 152, manifiesta que cada Estado puede adoptar sus impuestos sobre diferentes concepciones de la igualdad. Así un Estado puede fundamentar su sistema fiscal sobre el principio de capacidad económica, mientras que otro Estado puede diseñar sus impuestos sobre el principio del beneficio.

tributaria por sí solo no sirve para construir un sistema tributario justo. La igualdad es un concepto vacío que depende de la determinación de una medida para distinguir los iguales de los distintos[392]. La igualdad necesita ser traducida en criterios y principios específicos[393].

La aplicación del principio de igualdad requiere hacer un análisis de comparabilidad entre situaciones objeto de análisis. La igualdad en un sentido material implica comparar dos situaciones iguales en el plano horizontal, pero a su vez implica encontrar un parámetro racional que justifique un tratamiento diferente en el plano vertical[394].

Este parámetro es la capacidad económica. La capacidad económica justifica que dos contribuyentes tributen de diferente manera[395]. Tradicionalmente, buena parte de la doctrina, debido a un cierto influjo germánico, ha concebido la igualdad tributaria como un mandato de "interdicción de la arbitrariedad". De acuerdo a esta teoría, la capacidad económica es un patrón más de diferenciación, pero no el único, pudiendo ceder cuando existan otros motivos que lo justifiquen[396]. No obstante, esta teoría ha conducido muchas veces a degradar el peso del principio de capacidad económica[397].

Sin entrar de lleno en esta cuestión, la movilidad real del capital parece, a priori, no suponer violación del principio de igualdad. Imaginemos a dos contribuyentes que residen en un mismo país con sistema territorial o de exención. El contribuyente A obtiene 100€ de rentas de fuente extranjera (las cuales tributan en el Estado de fuente a un tipo muy reducido), y el contribuyente B obtiene rentas de fuente interna por valor de 100€. Es cierto que ambos contribuyentes están sometidos a una carga tributaria diferente, y que hay una violación del principio de capacidad económica. No obstante,

[392] Musgrave (1959), p. 160.
[393] Para Kaplow (1989), p. 140, y Musgrave (1990), p. 113, la igualdad vertical exige identificar un "apropiado patrón de diferenciación".
[394] Véase nota 393.
[395] Para Herrera Molina (1998), p. 186, la capacidad económica constituye ese "criterio razonable" que justifica una diferencia de trato.
[396] Herrera Molina (1998), p. 24.
[397] Herrera Molina (1998), pp. 24-25. Para este autor, la teoría de igualdad como "interdicción de la arbitrariedad" ha supuesto barreras al control constitucional sobre cualquier medida tributaria mínimamente justificada que supusiera un desvío del principio de capacidad económica.

la diferencia de trato a ambos contribuyentes viene justificada por la consideración de lo que se ha denominado *inter-nation equity*[398]. En este sentido, el hecho de que una actividad se haya originado en otro país otorga al mismo, de acuerdo el principio del beneficio, la potestad principal para gravar dicha actividad. El Estado de residencia renuncia a gravar la capacidad económica originada en el extranjero bajo el presupuesto de que ese otro Estado tiene un "mejor derecho" en atención a su mayor vinculación económica.

Otros motivos que justifican el sistema territorial son de corte más económico. Por ejemplo, la necesidad de mantener la competitividad de las empresas que operan en el extranjero. Un último motivo es la necesidad de preservar la *Capital Import Neutrality* (CIN). Por tanto, parece un criterio razonable permitir que toda actividad desarrollada en el extranjero pueda estar sometida a una carga tributaria menor que la del Estado de residencia. En este supuesto, las rentas de ambos contribuyentes han sido originados en distintos Estados, y por tanto cada país ha ejercido sus propias potestades tributarias sobre las rentas que legítimamente le pertenecen de acuerdo al reparto consagrado por el régimen fiscal internacional. De la misma manera, estas consideraciones de *inter-nation equity* pueden justificar desvíos en el principio de igualdad y de capacidad económica en aquellos supuestos en que el Estado de residencia renuncia a gravar las rentas originadas en países en vías de desarrollo, mediante la aplicación de cláusulas de *tax-sparing* o *matching-credit*. En definitiva, dos contribuyentes con actividades económicas en distintos Estados están en situaciones no comparables. Por tanto, esta diferente circunstancia justifica un tratamiento tributario igualmente diferente. Desde una aproximación meta-jurídica, esta postura justifica la legitimidad de la competencia fiscal internacional, y otorga más peso a la idea de que la elaboración de un concepto jurídico riguroso de la doble no imposición no puede contener elementos puramente cuantitativos.

[398] Véase Avi-Yonah (2000b), pp. 1648 y ss.; Kaufman (1998), pp. 188 y ss. El principio de *inter-nation equity* fue desarrollado por Peggy Musgrave. Este principio está orientado a la distribución de las potestades tributarias conforme a criterios de justicia, como puede ser la doctrina del *economic allegiance* desarrollada por los cuatro economistas en su informe para la Sociedad de Naciones (1923).

La doble no imposición bilateral precisamente se aprovecha de los mecanismos de territorialización del hecho imponible. Así, precisamente es la aplicación cruzada de mecanismos tendentes a asegurar la neutralidad en la importación de capitales (CIN), tales como deducciones y exenciones (o no sujeción), la que genera resultados de doble no imposición bilateral. En estos casos varios Estados se consideran incompetentes territorialmente para gravar una renta, por lo que la renta no tributa en ningún país.

En nuestra opinión, únicamente cuando la doble no imposición bilateral otorga una verdadera ventaja económica para alguna de las partes implicadas o cuando se da entre empresas de un mismo grupo de control (sometidas a una dirección unitaria) se está monetizando el beneficio fiscal derivado de la asimetría híbrida, por lo que claramente se vulnera el principio de capacidad económica. No parece que la *inter-nation equity* pudiera servir de justificación en la medida en que precisamente lo que legitima la *inter-nation equity* es un reparto coherente y justo de potestades tributarias entre países, y precisamente lo que caracteriza a las situaciones de doble no imposición bilateral es la incoherencia en tal reparto (ya que los países implicados en una situación de doble no imposición bilateral se consideran incompetentes para gravar la renta). Al margen de las asimetrías híbridas y supuestos de doble no imposición que se producen en operaciones intragrupo, conviene matizar que no necesariamente siempre se va a producir una vulneración de la capacidad económica. Por ejemplo, cuando una asimetría híbrida se produce como consecuencia de una relación de socio-sociedad (por ejemplo, una deducción sin inclusión derivada de una distribución de beneficios a un socio, o una doble deducción derivada de la utilización de una entidad híbrida) da igual que las entidades sean o no de un mismo grupo, ya que el beneficiario del pago obtiene un beneficio financiero de la asimetría híbrida en la medida en que el pagador traslada íntegramente al beneficiario del pago el beneficio fiscal en forma de un mayor dividendo exento, y por tanto sí se produce una quiebra del principio de capacidad económica. No obstante, cuando una asimetría híbrida no deriva de una relación de socio-sociedad, entonces la quiebra del principio de capacidad económica solo se dará respecto de la parte que realmente saque ventaja económica de la operación (bien el pagador cuando reduzca el importe del pago sobre el precio de mercado -es decir, se tarifique el

beneficio fiscal en el importe del pago-, o bien el beneficiario del pago exento cuando no haya reducción del importe de dicho pago).

Al margen de la doble no imposición bilateral, la elusión fiscal, entendida como el aprovechamiento del formalismo de determinadas normas tributarias para desviar artificialmente la base imponible a otro Estado, también plantea un claro conflicto con respecto al principio de igualdad material y la capacidad económica. En este caso no parece haber justificación para que dos contribuyentes, uno que traslada artificialmente sus bases imponibles a otro país y otro que no, tributen de manera diferente ya que ambos realizan su actividad en el mismo país. En efecto, cuando nos adentramos en el contexto de la planificación fiscal agresiva, esta justificación de *inter-nation equity* también parece desvanecerse. Es decir, la "localización fiscal" de una actividad no se encuentra alineada con su localización real. Esta circunstancia puede quebrar el principio de igualdad. En estas situaciones sí existe comparabilidad entre dos contribuyentes en el sentido de que ambos desarrollan su actividad real en el mismo país, y por tanto ambos contribuyentes tienen el derecho y la obligación de ser tratados de acuerdo a su capacidad económica global, sin que quepa excepción alguna por razón de reparto de competencias tributarias. De acuerdo al principio del beneficio, no parece legítimo que un contribuyente cuya actividad se beneficia del gasto público y las infraestructuras de un país, no contribuya de manera igualitaria al sostenimiento del gasto público.

Ante esta circunstancia, caben dos preguntas. La primera pregunta que cabe hacerse es en qué medida todos los contribuyentes tienen capacidad real, más allá del derecho que le brinda el principio de la autonomía de la voluntad para realizarla, para ejecutar este tipo de planificación fiscal agresiva. Las bases imponibles del factor trabajo son más inmóviles que las bases imponibles empresariales, las cuales disponen de más oportunidades legales para trasladarse sin necesidad de transferir la actividad subyacente[399]. Por otra parte, en la medida en que la planificación fiscal agresiva exige al contribuyente el consumo de grandes recursos, solo las grandes empresas pueden

[399] Brauner (2003), p. 302.

acceder a este tipo de "privilegios". Por tanto, si bien es cierto que formalmente toda empresa puede acceder a este tipo de economías de opción, en la práctica solo las grandes multinacionales pueden hacerlo[400]. No es arriesgado decir que no todas las bases imponibles empresariales son igual de móviles.

La segunda pregunta es si esta diferencia de trato de que gozan las técnicas de planificación fiscal agresiva puede venir justificada por la necesidad de atraer o mantener inversión. Es decir, ¿la competitividad fiscal de un país puede justificar el otorgamiento de ciertos privilegios? Si observamos los denominados *production tax havens*[401]*,* más allá de sus implicaciones de corte económico[402], no suelen plantear problemas de legitimidad debido que están orientados a generar riqueza y atraer inversión. Por ello, cualquier desvío del principio de igualdad parece que puede ser justificado por razones de interés general.

No obstante, cuando son las lagunas legales las que facilitan privilegios fiscales a los contribuyentes, es difícil mantener la misma opinión. Es decir, cuando los privilegios fiscales no responden a una política económica abiertamente deliberada y transparente al resto de contribuyentes y ciudadanos podemos llegar a dos conclusiones. La primera es que, en la medida en que la elusión fiscal pudiera ser un objetivo no perseguido por el Estado, no se puede alegar causa justificativa que permita una violación del principio de igualdad. La segunda consecuencia es que, en caso de que realmente fueran lagunas legales deliberadas, la falta de transparencia sobre la voluntad del Estado provoca un menoscabo del principio de legalidad tributaria, el cual exige transparencia en las

[400] El informe inicial sobre el proyecto BEPS de la OCDE (2013), pp. 8-9, sugiere que las empresas que operan domésticamente tienen dificultades para competir con las multinacionales, quienes tienen la capacidad de trasladar sus bases imponibles de unos Estados a otros. Un claro ejemplo es el caso *Engie* (nota 562), donde Luxemburgo alega que no se trata de una ayuda de Estado ya que todas las empresas pueden acceder a estructurar su financiación intragrupo a través de instrumentos financieros híbridos como el utilizado por el grupo Engie, a lo que acertadamente responde la Comisión que si así fuera cualquier empresa de Luxemburgo podría optar por no pagar ningún impuesto, véanse notas 563 y 564.
[401] La expresión "*production tax havens"* ha sido acuñada por Avi-Yonah (2000b), pp. 1588 y ss., para definir a aquellos regímenes fiscales preferentes dirigidos a atraer inversión extranjera. Se diferencian de los *harmful preferential tax regimes* en que están dirigidos a atraer actividades productivas y que exigen verdadera presencia física (generalmente actividades industriales). Sin embargo, al igual que los *harmful preferential tax regimes* estos incentivos fiscales suelen tener un alcance sectorial (*ring-fenced*).
[402] Avi-Yonah (2000b), pp. 1639 y ss.

leyes[403]. Hay autores que han defendido le legitimidad de la *formal avoidance* amparándose en argumentos económicos como la competitividad internacional[404]. No obstante, no creemos que los motivos económicos puedan estar por delante de principios democráticos como los de legalidad y transparencia. Entre el "derecho a equivocarse" de los ciudadanos y la "obligación de acertar", sin duda debe prevalecer el primero por cuanto que el principio de legalidad es la garantía última de que dispone cualquier Estado de Derecho[405].

Es decir, aún considerando el principio de igualdad material como una obligación de interdicción de la arbitrariedad que pudiera justificar cualquier desigualdad que no fuera arbitraria, lo que caracteriza a la planificación fiscal agresiva (tanto en su modalidad de doble no imposición como en la de elusión fiscal) es precisamente la opacidad de tales beneficios fiscales, los cuales no se han positivizado en la ley expresamente bajo una exposición de motivos que pudiera justificarlos. Todo lo contrario, se trata de beneficios fiscales que, sean o no deseables para el Estado, no gozan de la suficiente legitimidad democrática precisamente por la opacidad de su existencia.

#### 2.2.3.2. *Inter-nation equity*

El previo análisis sobre los principios de igualdad y capacidad económica parten de una presunción: que hay un Estado a quien corresponde legítimamente la potestad tributaria sobre una renta. ¿Quién ese Estado? ¿conforme a qué criterios se reparten las potestades tributarias entre los Estados? Sin una respuesta a estos interrogantes la existencia de un principio de imposición única es un concepto vacío. Es decir, si el

[403] Véase nota 456. La presión a los Estados por los *lobbies* empresariales para mantener ciertos "privilegios" fiscales en forma de brechas y lagunas legales generalmente adolece de transparencia. Es aquí donde el debate legislativo se torna opaco y al margen de los ciudadanos. Van de Vijver (2015), pp. 253 y ss., sugiere que el principio de legalidad debe guiar al Estado en el análisis de la doble no imposición.
[404] Bracewell-Milnes (2003), p. 96, diferencia entre "*substantive avoidance*", fruto de la movilidad real de la inversión, y "*formal avoidance*", fruto de la movilidad de las bases imponibles. Para este autor, la *formal avoidance* es más beneficiosa que la *substantive avoidance*, ya que la primera evita que los países pierdan inversión privada gracias a que las empresas pueden tributar por tipos efectivos de gravamen muy bajos.
[405] En otras palabras, es mejor un debate abierto sobre las leyes tributarias, aunque lleve a resultados económicamente negativos, que un debate opaco que lleve a resultados económicos óptimos.

principio de imposición única obliga a los Estados a repartirse las potestades tributarias al objeto de evitar tanto la doble imposición como la doble no imposición, entonces necesariamente el reparto de competencias tributarias determinará indirectamente el nivel del principio de imposición única aplicable a cada hecho imponible[406].

Por ello, sin un reparto de potestades tributarias coherente y justo, el principio de igualdad tributaria se queda en principio absolutamente vacío. Para poder hablar de quiebra del principio de capacidad económica hay que atribuir esa capacidad económica a un Estado. **Coherente** porque es necesario que el reparto de potestades no produzca resultados híbridos por los cuales ningún país se atribuye la potestad tributaria, o ambos países se la atribuyen. El reparto debe ser también **justo** para los Estados. Es necesario que los criterios de reparto cumplan con ciertos estándares de justicia y no den lugar a repartos artificiales que puedan ser manipulables por el contribuyente. Puede ocurrir que los países desarrollados reclamen un reparto que se asiente sobre criterios que impidan la erosión de sus bases imponibles y la elusión fiscal. Por el contrario, los países en vías de desarrollo estarán a favor de un reparto que potencie la movilidad de las bases imponibles. Establecer la línea divisoria entre lo que se considera movilidad real del capital y lo que se considera movilidad artificial de las bases imponibles es quizá el dilema más importante del Derecho fiscal internacional; y según los intereses estratégicos de cada país la respuesta puede variar. En este sentido es oportuno preguntarse si un reparto formulario es o no más justo que el actual *arm's length*.

Este anhelo de justicia se manifiesta en la *inter-nation equity*, principio orientado a identificar aquellos criterios de justicia que orienten y diseñen el reparto de potestades tributarias. Mientras el principio de igualdad tributaria se relaciona con la justicia entre los contribuyentes, la *inter-nation equity* tiene que ver con la justicia entre Estados[407].

De la misma manera que la igualdad tributaria requiere su especificación en criterios concretos, como la capacidad económica, la *inter-nation equity* requiere asimismo

[406] Véase nota 313.

[407] Kaufman (1998), p. 188. Para esta autora la *"interindividual equity*" es un asunto nacional, mientras que la *inter-nation equity* es un asunto de justicia internacional.

dotarse de contenido y de criterios igualmente concretos. Los límites de la base imponible que pertenece a un país, así como la identificación de sus contribuyentes, son aspectos que en última instancia determinan este reparto de potestades[408]. Y en este sentido, mas allá de la teoría desarrollada por Peggy Musgrave y del principio del beneficio desarrollado por los cuatro economistas, no hay una teoría rigurosa al respecto.

El principio del beneficio[409] descansa sobre asunciones y conceptos demasiado etéreos, débiles y ambiguos, como es el concepto de "origen de la renta", como para establecer un reparto internacional aceptable.

Si bien es indiscutible que existen dos títulos, residencia y origen, que otorgan derecho al Estado para gravar la renta, no es menos cierto que dichas potestades nacen de consideraciones de tipo posibilista más de que de tipo jurídico[410]. En este sentido, el concepto de residencia no tiene una formulación uniforme[411]. Además, la noción de residencia se ha ido modulando y expandiendo, a través de las normas de transparencia fiscal internacional, para abrazar una noción menos formalista[412].

Por otra parte, la normativa sobre tributación en origen es un conjunto de reglas específicas basadas en consideraciones de practicidad y arbitrariedad. Por ello, aunque el concepto de "origen" sea un concepto necesario y que incorpore un anhelo de *inter-nation equity* (a través de principios como la *economic allegiance* o principio del beneficio), se trata de un concepto un tanto vacío[413]. Por ejemplo, la determinación del origen de las rentas activas descansa sobre el principio de empresa independiente, el cual a su vez descansa sobre la noción de establecimiento permanente y el *arm's length standard*. Tanto el umbral del establecimiento permanente como el *arm´s length*

[408] Kaufman (1998), p. 188.
[409] Recordemos que el principio del beneficio otorga la potestad tributaria principal al Estado de fuente respecto de las rentas activas, y al Estado de residencia respecto de las rentas pasivas.
[410] Véanse notas 310 y 444.
[411] Avi-Yonah (2007), p. 24; Zubimendi (2018), pp. 214 y ss.
[412] Avi-Yonah (2007), p. 24.
[413] Sobre la vacuidad del concepto de *fuente*, se manifiestan Vogel (1988), p. 223, Avi-Yonah (2000b), p. 1648, Avi-Yonah (2007), p. 27, y Lokken (2012), p. 140.

*standard* son normas susceptibles de manipulación y que en muchos casos generan una distribución de la base imponible un tanto artificiosa[414].

Por todo lo anterior se puede decir que no existe una teoría general y coherente sobre el concepto de "origen" que permita una especificación pacífica y uniforme y su extrapolación a situaciones complejas, como por ejemplo para diseñar medidas contra los instrumentos híbridos. El establecimiento de medidas específicas contra las calificaciones híbridas pasa por asignar potestades tributarias a quienes no se consideran competentes. Tal y como se verá a lo largo del presente trabajo, diseñar este tipo de medidas requiere la difícil tarea de reevaluar el reparto competencial y decidir a qué Estados corresponde el ejercicio de dichas potestades.

#### 2.2.3.3. Neutralidad

Hay autores que han valorado el principio de imposición única desde un punto de vista de la eficiencia internacional o neutralidad[415]. En concreto Avi-Yonah ha manifestado que la doble imposición internacional desincentiva la inversión transnacional, mientras que la "*undertaxation*" desincentiva la inversión interna en beneficio de la inversión transfronteriza[416]. No obstante, creo que conviene obrar con cierta cautela respecto de la neutralidad económica.

Es cierto que, desde una perspectiva supranacional, la doble no imposición favorece las transacciones transfronterizas en detrimento de las internas[417]. Esto tiene una doble consecuencia. En primer lugar y desde una perspectiva macroeconómica, una asignación ineficiente de recursos, que son asignados a operaciones transfronterizas, en

[414] Para Kleinbard (2011), pp. 752-753, la planificación fiscal agresiva se nutre de la artificialidad de las normas de tributación en origen. Por su parte, Green (1993), p. 70, ha reflejado el agotamiento del principio de territorialidad. Según este autor, la creciente competencia fiscal lesiva y la facilidad de las empresas de desviar sus beneficios a jurisdicciones más beneficiosas pone de manifiesto que el principio de territorialidad está erosionando el principio de tributación de acuerdo a la capacidad económica.
[415] Hay autores que han basado fundamentalmente la existencia de un principio de imposición única en criterios de eficiencia económica. Entre otros Avi-Yonah (2007), pp. 8-10, Brauner (2003), p. 291, y Ring (2002), pp. 109 y ss.
[416] Avi-Yonah (2007), p. 9.
[417] Lopes Dias (2015), p. 43.

perjuicio de las internas, por motivos puramente fiscales. En segundo lugar, y desde una perspectiva microeconómica, la distorsión de la libre competencia entre las empresas que concurren en un mercado, de manera que se ven favorecidas aquellas empresas que sean grupos multinacionales que operen transfronterizamente o aquellas empresas con recursos suficientes para estructurar sus operaciones de tal manera que puedan aprovecharse de las ventajas de la planificación fiscal agresiva[418].

En una unión económica supranacional, con unos intereses comunes, como es la Unión Europea, tal principio puede tener relevancia. Pero en un contexto de competencia fiscal internacional, donde los intereses económicos de unas regiones, en función de si son exportadores o importadores de capital, pueden ser diferentes, el principio de neutralidad no puede ser elevado a la categoría de principio universal de recomendado cumplimiento.

En primer lugar, tal y como hemos puesto de manifiesto anteriormente[419], consideramos que el hecho de que los impuestos no sean neutrales no tiene por qué ser algo necesariamente negativo[420]. De hecho, la propia esencia del impuesto sobre sociedades, por la cual pagan más impuestos aquellas empresas que más capacidad económica tienen, es de suyo ineficiente. De tal modo que el impuesto sobre sociedades sirve a otros propósitos al margen de la eficiencia[421]. En concreto, la visión de los impuestos directos como *benefit taxes,* es decir, como pago en contraprestación por los servicios e infraestructuras públicas de que disfrutan los contribuyentes[422]. La variable impuestos-servicios públicos es en teoría un elemento más a tener en cuenta a la hora de establecerse en un país u en otro. Creo que es innegable considerar los impuestos directos como *benefit taxes*. No se trata de que los Estados establezcan impuestos para "cobrar" a sus contribuyentes por los servicios públicos que presta, sino precisamente lo contrario: son las empresas las que, en un contexto de movilidad, acuden a uno u otro territorio movidas por esta variable de impuestos-infraestructura pública. Eliminar la

[418] Sobre esta cuestión, véase el Capítulo III, sección 4.3.1.
[419] Véase nota 354 y texto que la acompaña.
[420] Sobre la noción de los impuestos como *benefit taxes* véase nota 346 y texto que la acompaña.
[421] Marian (2013), p. 473.
[422] Para Roin (2000), p. 589, la definición de neutralidad se expande para incluir los beneficios públicos.

capacidad de los Estados para competir a través de sus impuestos puede poner en peligro la capacidad de los mismos para atraer inversión y crecer en el largo plazo.

En este sentido, hay voces que defienden que los Estados deben permitir en cierta medida tanto la elusión fiscal internacional como los incentivos fiscales específicos como medios para atraer inversiones extranjeras[423]. Para estos autores es importante beneficiar a los factores más móviles a costa de gravar a los más inmóviles, como el factor trabajo o las pequeñas empresas que operan internamente. De esta manera el Estado puede mantener un alto nivel de recaudación sin perder inversión.

No obstante, este tipo de prácticas pueden plantear problemas desde el punto de vista de la igualdad tributaria y, sobre todo, a largo plazo, pueden socavar la capacidad de financiar el Estado de Bienestar[424].

Por otro lado, la tradicional diferencia entre CEN y CIN se está desdibujando paulatinamente en la medida en que la competencia fiscal internacional se ha exacerbado[425]. En este sentido, la confusión entre los tradicionales roles de países exportadores de capital y los países importadores de capital está haciendo inservible esta distinción[426].

---

[423] Véase en nota 404, Bracewell-Milnes (2003), quien sugiere que la elusión fiscal permite a los Estados mantener su competitividad en la atracción de inversiones. En la misma línea Vrijburg (2014), pp. 20-23, manifiesta que aquellas inversiones más volátiles deben ser tratadas con mayor deferencia tributaria.

[424] Véase nota 351. Para Avi-Yonah (2000b), p. 1646, los incentivos fiscales específicos cuestan a los Estados recaudación a cambio de nada, ya que a la larga dichos incentivos en países competidores se anulan mutuamente, no generando nueva inversión. Véase también nota 203, Rosenzweig (2010).

[425] En ausencia de un impuesto sobre la renta mundial absolutamente armonizado (incluido el tipo de gravamen), la neutralidad absoluta en inviable. Tanto el CEN (*capital export neutrality*) como el CIN (*capital import neutrality*) se excluyen mutuamente. Una política de CIN implica que existe neutralidad en cuanto a la procedencia de la inversión. No obstante, no hay neutralidad en cuanto al destino de la inversión. La decisión de invertir en un determinado país o en otro se verá afectada por la tributación de dichos países. Por el contrario, en una política de CEN hay neutralidad en cuanto al destino de las inversiones, pero no hay neutralidad en cuanto a procedencia de la inversión. En el actual contexto de movilidad de capitales, una multinacional puede basarse en criterios de tributación a la hora de establecer su residencia fiscal.

[426] Graetz (2001), p. 264. Esta realidad ya fue de algún modo vaticinada por los "cuatro economistas" en el informe emitido por la Sociedad de Naciones en 1923: "en cuanto los países semi-desarrollados se industrialicen más (…) el principio de capacidad personal en el lugar de residencia llegará a ser más ampliamente comprendido y apreciado y la diferencia entre los dos principios será menos obvia" (Sociedad de Naciones [1923], p. 51).

Por último, no hay unanimidad en cuanto a qué política es mejor, CEN o CIN, de cara a alcanzar la eficiencia internacional. De hecho hay quien sugiere que se trata de un juego de ganadores y perdedores donde cada Estado adopta la política que mejor sirve a sus intereses. En este sentido, el CEN y el CIN han sido utilizados como herramientas de cara a maximizar la eficiencia nacional y los intereses domésticos, por encima de consideraciones de eficiencia internacional[427].

#### 2.2.3.4. Reflexiones finales

La vulneración de los principios de igualdad y de capacidad económica no supone un conflicto con el derecho de los contribuyentes a las economías de opción. Por el contrario, el derecho a las economías de opción determina el derecho de todo contribuyente a elegir la opción fiscalmente más ventajosa dentro de los límites de la ley. El núcleo de la cuestión radica en someter a análisis, la legitimidad de leyes que, bien de manera deliberada o involuntariamente, permiten a los contribuyentes eludir sus obligaciones tributarias.

Por tanto, el principio de igualdad debe de informar no solo la actividad del legislador, sino también la de los jueces en la interpretación de la ley[428]. Por consiguiente, debe ser un mandato para los poderes públicos diseñar un sistema fiscal y unas leyes tributarias más justas, que favorezcan la alineación entre la localización de la base imponible y la localización de la actividad real del contribuyente.

Del mismo modo, la *inter-nation equity* debe guiar a la comunidad internacional para elaborar un reparto de potestades tributarias conforme a criterios de justicia. El principal dilema estriba en identificar qué reparto de la carga tributaria entre países es justo y qué no.

[427] Graetz (2001), p. 293.
[428] Van de Vijver (2015), p. 252.

### 2.2.4. Limitaciones derivadas de la aproximación técnico-jurídica

En el terreno del derecho positivo es donde el principio de imposición única se encuentra con numerosas limitaciones que le hacen muchas veces ineficaz.

#### 2.2.4.1. El Derecho internacional general en materia tributaria

##### 2.2.4.1.1. La existencia de un Derecho internacional general en materia tributaria

Si atendemos al Derecho Internacional en su sentido más clásico, como aquel ordenamiento que regula las relaciones entre los Estados y delimita el ámbito de las potestades de los mismos al objeto de que puedan coexistir pacíficamente, la doble imposición internacional es una materia susceptible de quedar amparada bajo el paraguas del Derecho internacional[429]. No queremos decir que el Derecho internacional general (la costumbre internacional o los principios generales del Derecho) efectivamente prohíba la doble imposición internacional, sino que la figura de la doble imposición internacional es susceptible de quedar potencialmente cubierta por el ordenamiento internacional, en la medida en que pretende regular el potencial conflicto entre dos Estados cuando ejercen dos potestades concurrentes sobre un mismo objeto: el hecho imponible.

No obstante, para que el Derecho internacional general pueda cubrir efectivamente estas situaciones, no basta con que certifique la existencia de un conflicto internacional,

[429] Véase Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares, en vigor desde el 24 de abril de 1964 y 19 de marzo de 1967, respectivamente. La codificación internacional de las relaciones diplomáticas tiene un origen consuetudinario que hunde sus raíces en el Derecho internacional clásico. En dicha codificación se recogen exenciones tributarias sobre el personal diplomático. Parece por tanto razonable poder incluir la prohibición de la doble imposición como una materia susceptible de ser regulada por el ordenamiento internacional. Aunque a primera vista podría parecer que el hecho de que un Estado ejerza su potestad tributaria sobre un objeto no excluye la posibilidad de que otro Estado pueda hacerlo también (y por tanto podría parecer que el ejercicio concurrente de la potestad tributaria por dos Estados no viola mutuamente su soberanía fiscal), lo cierto es que en determinadas situaciones un gravamen suficientemente alto por un Estado podría erosionar la capacidad del contribuyente de pagar impuestos en otro Estado.

sino que además es preciso que identifique los criterios concretos de reparto que han sido violados[430], al objeto de reasignar a qué Estado corresponde la potestad tributaria y eliminar así la doble imposición.

En otras palabras, el principio de imposición única será un principio absolutamente inoperante en la medida en que el ordenamiento internacional no lo concrete mediante criterios específicos de reparto de las potestades tributarias. ¿Bajo qué premisa puede el ordenamiento internacional prohibir la doble imposición y la doble no imposición derivada de situaciones híbridas si este mismo ordenamiento no prescribe criterios de reparto que permitan identificar qué Estado tiene la potestad tributaria?

Si como dice Avi-Yonah, el principio del beneficio es el que determina el tipo de gravamen del principio de imposición única[431]*,* ¿cómo podemos saber cuál ese tipo de gravamen si el ordenamiento internacional no determina a qué Estado corresponde la potestad tributaria?[432] En este sentido, el reparto de potestades que realiza el principio del beneficio (el Estado de residencia tiene competencia principal sobre las rentas pasivas, y el Estado de fuente sobre las rentas activas) es un reparto vacío en la medida en que la definición de "origen" y "residencia" se asiente sobre nociones y criterios cambiantes y no universales, como son la noción de establecimiento permanente o el *arm's length*[433]*.*

No obstante, el anterior razonamiento no resulta aplicable a la doble no imposición internacional[434]. Lo primero que debemos tener en cuenta es que un Estado puede

[430] En el contexto de los CDIs, son los propios Estados contratantes los que negoción y finalmente determinan los criterios de reparto de las competencias tributarias entre cada Estado al objeto de que no se ejerciten potestades o competencias concurrentes y así no haya conflicto.
[431] Véase nota 313.
[432] Esta ausencia de criterios universales de reparto de potestades tributarias se evidencia en el ámbito del Derecho primario de la UE, véase la sentencia *Kerckhaert-Morres*, C-513/04, párr. 22.
[433] Sobre la evolución del *arm's length,* véase nota 251
[434] A pesar de que los fenómenos de la elusión fiscal internacional y la doble no imposición no parecen quedar cubiertos por el Derecho internacional clásico, guiado bajo el principio de coexistencia, no hay que olvidar que las nuevas corrientes de Derecho internacional tienen una orientación cooperativa. Para Friedman "la costumbre es un medio inapropiado para el Derecho Internacional de la cooperación o del bienestar. Este último exige la regulación positiva de cuestiones económicas, sociales, culturales y administrativas, lo cual solo puede ser eficaz por la formulación y promulgación específicas.", citado por Pastor Ridruejo (2009), p. 66.

abstenerse de disponer de los recursos que legítimamente le corresponden, de manera que la prohibición de la doble no imposición internacional no parece que pueda ser cubierta por el ordenamiento internacional *prima facie*.

Además, no parece probable que ningún Estado pueda sentirse ofendido ni ver comprometida su soberanía fiscal, y emprender una acción de responsabilidad internacional, simplemente porque otro Estado no haya ejercido sus potestades tributarias[435]. Es decir, la mera existencia de tipos de gravamen reducidos (o incluso de regímenes fiscales preferentes destinados a atraer bases imponibles o actividades muy móviles) no puede dar lugar a la violación de ningún precepto del Derecho internacional, puesto que comporta la libre voluntad de un Estado para disponer de sus recursos en la cuantía que considere más oportuna, no violando con ello ninguna obligación que haya contraído con otros Estados[436].

Por tanto, la cuestión estriba en determinar si la costumbre internacional puede prohibir a los Estados de manera imperativa ciertos elementos cualitativos que subyacen al genoma de la doble no imposición internacional, como son la falta de transparencia, la desigualdad, o la falta de alineación entre la localización de la base imponible y la localización real de la actividad empresarial.

[435] El hecho de que un Estado tenga reglas muy formalistas, que faciliten la atracción de las bases imponibles relativas a una actividad desarrollada realmente en otro Estado, no constituye en sí una violación a la soberanía de este otro Estado (Eden y Kudrle [2005], p. 108). Todos los Estados tienen reglas de este tipo. El sistema fiscal internacional está plagado de fallas que hacen las bases imponibles muy móviles, convirtiéndolo en un mal endémico. La propia noción de residencia es un criterio absolutamente susceptible de manipulación por las multinacionales que facilita la transferencia de bases imponibles. El propio *arm´s length standard* facilita también el desvío de beneficios (nota 153).

[436] Es quizá en el contexto de los paraísos fiscales donde sí podría defender la existencia de un Derecho internacional. Partiendo de la teoría clásica del Derecho internacional como derecho de coexistencia, cabe preguntarse si es lícito que un Estado ponga trabas, mediante prácticas de opacidad, a que otro Estado ejercite su potestad tributaria, ya sea principal o residual, que legítimamente le corresponde de acuerdo al régimen fiscal internacional. Estas prácticas erosionan la capacidad de los Estados para recaudar impuestos y financiar su actividad pública. ¿Existe una violación a la soberanía tributaria de un país? Por esta razón, es perfectamente legítimo de acuerdo al Derecho internacional que los países agraviados establezcan medidas defensivas. No obstante, en nuestra opinión, este tipo de situaciones se refieren más a prácticas de determinados Estados tendentes a facilitar la evasión fiscal de los contribuyentes en otros países, y no a las actitudes relajadas ante la planificación fiscal agresiva.

La existencia de un Derecho internacional general en materia tributaria nos remite a la posible existencia de unos principios o normas que operen de manera universal. La discusión se ha centrado a menudo en la identificación del principio de imposición única como costumbre internacional[437]. La existencia de una costumbre internacional supone analizar la posible concurrencia de los elementos configuradores de la misma: el elemento material o práctica reiterada, y el elemento espiritual u *opino iuris*[438]*.* Esta aproximación puede resultar insuficiente. La mera confirmación de que se cumplen los dos elementos necesarios de la costumbre no supone en sí su efectividad. Ello porque la costumbre internacional solo puede derogar las actuaciones de los Estados en la medida en que sea de naturaleza imperativa o *ius cogens*[439]*.* Esta distinción es importante ya que una primera aproximación a la eventual obligatoriedad del principio de imposición única requiere conocer si se trata de una norma imperativa o por el contrario puede ser derogada por la mera voluntad de los Estados.

Cabe preguntarse entonces, ¿es el principio de imposición única una norma de *ius cogens*? ¿Son la doble imposición y la doble no imposición internacional igualmente reprochables?

El problema con que nos encontramos aquí es que el cuerpo normativo que forma el *ius cogens*, por lo general, no tiene un origen convencional, e incluso algunos autores, los voluntaristas, han negado su existencia[440]. Por tanto, la responsabilidad de determinar

[437] Para Rosenbloom (2000), p. 166, el régimen fiscal internacional "parece ser imaginario". Este autor niega la existencia de un Derecho fiscal internacional que prescriba un *single tax principle*. Por el contrario, Avi-Yonah ha defendido el principio de imposición única como parte de un régimen fiscal internacional con rango de costumbre internacional, Avi-Yonah (2000a), pp. 168-171, Avi-Yonah (2007), pp. 2-10, Avi-Yonah (2015). Kane (2004), pp. 113-116, y Rosenzweig (2007), p. 588, han criticado abiertamente la existencia de un *single tax principle.* Ring (2002), p. 105, ha defendido la existencia de un régimen fiscal internacional y un consenso internacional sobre la existencia de un *single tax principle*. En una posición intermedia se encuentra Calderón Carrero (2010), pp. 197-198, quien cree que el actual régimen fiscal internacional carece de coherencia y de carácter jurídico-vinculante. No obstante, este autor cree en la existencia de un "germen" de régimen fiscal internacional. Brauner (2003), p. 291, defiende la existencia de un principio de imposición única como pilar de un régimen fiscal que se encuentra en "cristalización", aunque sin reconocer expresamente el carácter jurídico-internacional de dicho régimen.

[438] Pastor Ridruejo (2009), p. 69.

[439] El *ius cogens* genera obligaciones *erga omnes*, tal y como se deriva de la famosa sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, párr. 33.

[440] Pastor Ridruejo (2009), p. 44. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 53, únicamente recoge la existencia del *ius cogens*. No obstante, esto no significa que en algunos casos

el contenido del *ius coge*ns ha quedado en manos de los tribunales internacionales[441]. Parece ampliamente aceptado que las normas de relativas a los Derechos Humanos y los principios generales del Derecho son normas de *ius cogens*[442].

Elevar el principio de imposición única a la categoría de *ius cogens* parece una tarea ardua debido a la incertidumbre sobre su contenido. Por otro lado, la comunidad internacional, en un ánimo de dotar de seguridad jurídica y legitimación al *ius cogens*, ha procedido a codificar en la medida de lo posible el contenido de tales normas mediante la elaboración de tratados multilaterales. Es más, la propia existencia del *ius cogens* ha sido positivizada por medio del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por ello, nuestra opinión es que la única manera de dotar al principio de imposición única de fuerza vinculante a nivel internacional pasaría por vincular su existencia con los Derechos Humanos, en concreto con los de contenido social y económico, a partir de los cuales se derivan en parte los principios de justicia tributaria que predominan en los Estados democráticos[443].

Fuera de esa posible vinculación con los Derechos Humanos, es muy difícil hablar de unas normas tributarias internacionales de derecho necesario o *ius cogens* que vinculen a los Estados más allá de su voluntad. Y más aún en lo que respecta a la doble no imposición internacional. Cualquier Estado es libre y soberano para organizar su política fiscal como considere oportuno y para diseñar las leyes tributarias al efecto[444]. Los

---

las normas imperativas de *ius cogens* no puedan ser dinámicas y tener por tanto un origen consuetudinario o convencional, como pone de relieve Pastor Ridruejo (2009), p. 46.

[441] Pastor Ridruejo (2009), p. 44.

[442] El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia reconoce como fuente del Derecho Internacional a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Véase Pastor Ridruejo (2009), p. 38.

[443] Van de Vijver (2015), pp. 248 y ss., ha buscado vincular la prohibición de la doble no imposición con la Convención Europea de Derechos Humanos. En concreto con el principio de no discriminación y con el principio de legalidad. El informe *Tax Abuses, Poverty and Human Rights,* emitido por la International Bar Association's Human Rights Institute (2013), concluye que la pobreza es causa y a la vez consecuencia de la violación de muchos de los Derechos Humanos (p. 102), estableciendo que los Estados, a través de un sistema fiscal justo, tienen la obligación de revertir las condiciones de pobreza (pp. 132-133). Asimismo, el informe hace un llamamiento a la responsabilidad social corporativa de las empresas con respecto a la planificación fiscal agresiva (pp. 133).

[444] Sobre los posibles límites internacionales al ejercicio del poder tributario, López Espadafor (2006), pp. 14-19, sugiere que la extensión de la ley tributaria no está sujeta a más límite que el que le impone la potencial eficacia de la misma. Es decir, las potestades tributarias de un Estado nacen de la capacidad del mismo para hacerlas efectivas; y es esta circunstancia, y no el Derecho internacional, la que limita a los

Estados son libres para decidir si quieren permitir tanto la doble imposición como la doble no imposición internacional. Incluso en el supuesto de considerar el principio de imposición única como una costumbre internacional, los Estados pueden firmar tratados que deroguen la aplicabilidad de dicha costumbre con efectos *inter partes*, o actuar unilateralmente al margen de la misma bajo la figura del objetor persistente[445].

Aunque algunos autores han sugerido que el régimen fiscal internacional (y sus pilares subyacentes) tiene la consideración de costumbre internacional, no consideramos que existan indicios y argumentos para considerarlo, al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico. La costumbre internacional exige la concurrencia de una practica reiterada de la comunidad internacional y de una *opinio iuris*[446].

A primera vista, sí que es posible establecer una práctica reiterada con respecto a la eliminación de la doble imposición internacional. Como ha puesto de relieve Dagan, no es necesario acudir a la vía convencional para corroborar cómo la casi totalidad de la comunidad internacional ha implementado, a través de sus normas internas, medidas para eliminar a doble imposición internacional, convirtiendo los convenios de doble imposición en un instrumento superfluo[447]. Por su parte Vogel considera que la costumbre internacional no prohíbe la doble imposición internacional[448]. Para este autor, la doble imposición internacional solo se previene introduciendo un reparto de potestades tributarias entre Estados, y por el momento este reparto solo se ha llevado a cabo mediante tratados bilaterales. No obstante, consideramos que la red de tratados es lo suficientemente extensa como para probar que la mayoría de la comunidad internacional ha consentido en un reparto de potestades tributarias.

---

Estados para gravar hechos imponibles sin ninguna conexión con su territorio. Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea, los Estados han retenido su soberanía en materia de impuestos directos, como una manifestación de su individualidad.

[445] Sobre la figura del objetor persistente véase Green (2016). Asimismo, es interesante el análisis de Thomas (1996), p. 135, sobre la figura del objetor persistente en el Derecho fiscal internacional. Para este autor el *arm's length standard* es una norma con estatus de costumbre internacional. No obstante, sugiere que los EEUU podrían cualificar como objetor persistente a dicha norma.

[446] Sobre la costumbre internacional véase la obra de Lepard (2010). Con respecto a los caracteres de la costumbre internacional en Derecho tributario, es interesante el análisis sobre el *arm´s length standard* que realizan Thomas (1996) y Lepard (1999).

[447] Dagan (2000), p. 995.

[448] Vogel (1986), p. 8.

Además, no solo los tratados han introducido un reparto de potestades tributarias para eliminar la doble imposición internacional. La difusión del *arm's length standard* en la práctica totalidad de la comunidad internacional ha supuesto la implantación de un criterio de reparto de potestades tributarias a nivel internacional, con una doble función: evitar la elusión fiscal y eliminar la doble imposición intersocietaria[449].

Sin embargo, no compartimos que exista una *opinio iuris* al respecto. El elemento espiritual u *opinio iuris* exige que la costumbre sea "generalmente aceptada como derecho", tal y como reza el artículo 38.1 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. El propio Tribunal Internacional de Justicia ha exigido la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de Derecho. No obstante, el trabajo de Dagan, así como pone de manifiesto una práctica reiterada en la eliminación de la doble imposición internacional, también pone de manifiesto que dicha práctica no viene motivada por una convicción de obligación jurídica, sino más bien por razones de corte económico y de competitividad[450]. Es más, como pone de manifiesto Lepard, el hecho de que la comunidad internacional haya sido reluctante a firmar tratados multilaterales que implementen de manera vinculante y coordinada el *arm´s length standard*, pone de manifiesto que los Estados quieren proteger su libertad a decidir si quieren y cómo quieren repartir las potestades tributarias, y en última instancia a decidir sobre si quieren o no eliminar la doble imposición internacional[451]. Para Lepard esta es una evidencia de que no existe *opinio iuris* al respecto[452].

Cuando hablamos de reparto de competencias entre el Estado de residencia y el Estado de fuente, es el principio del beneficio el que determina dicho reparto. En estos casos, tampoco es posible hablar de *opinio iuris* ya que fuera de la práctica convencional, cada Estado unilateralmente grava a sus contribuyentes en la medida en que puede[453] y en

[449] Kaufman (1998), p. 147.
[450] Dagan (2000), p. 940, se vale de la teoría de juegos para demostrar que los Estados se mueven por criterios de competitividad internacional.
[451] Según Lepard (1999), p. 172, los Estados prefieren regular estas cuestiones a través de tratados bilaterales, y proteger así su autonomía.
[452] Lepard (1999), p. 168.
[453] Véase nota 410.

atención a consideraciones de tipo económico y de competitividad. No es infrecuente que los Estados impongan altos tipos de gravamen sobre las rentas pasivas originadas en su territorio, arrogándose así la potestad tributaria principal sobre dichas rentas, y revirtiendo así el principio del beneficio.

El continuo remiendo[454] del régimen fiscal internacional para evitar la elusión fiscal y la doble no imposición ha inundado la legislación tributaria de cláusulas que alteran dicho reparto competencial, como por ejemplo las cláusulas *subject-to-tax*. Otra de las razones es que el reparto prescrito por el principio del beneficio también se ve alterado por otras consideraciones de *inter-nation equity*. Las cláusulas *tax-sparing* y *matching-credit* suponen una renuncia de los países desarrollados a ejercer sus potestades tributarias en favor de los países en vías de desarrollo[455].

Por último, los criterios sobre los que se asienta la noción de "origen de la renta" son arbitrarios y artificiales, como es el umbral de establecimiento permanente. Además, los criterios que conforman este concepto de "origen de la renta" están en permanente cambio como resultado de la lucha contra la elusión fiscal. Por ello es muy difícil defender que estamos ante una costumbre internacional cuando no existe un concepto coherente de "origen" que permita extrapolar de manera universal (tanto en el tiempo como en el espacio) soluciones específicas.

La concurrencia de los elementos de la costumbre internacional es aún más difusa cuando hablamos de doble no imposición internacional. El elemento material o practica reiterada no es en absoluto uniforme ni universal. Es cierto que es la tendencia predominante, y coadyuva a formar el actual régimen fiscal internacional. Sin embargo, esta práctica se da de una manera recurrente únicamente en el contexto de los países desarrollados y el entorno de la OCDE, que son quienes más interesados están en proteger sus bases imponibles. No obstante, esta práctica a menudo adolece de cierta incoherencia, debido a que muchos países de este entorno a menudo han mantenido

[454] Véase nota 329.

[455] Para Kaufman (1998), p. 203, la inclusión de este tipo de cláusulas en los convenios indica "una aceptación de un cierto grado de redistribución dentro del sistema fiscal internacional".

deliberadamente lagunas legales que facilitan a sus contribuyentes la planificación fiscal agresiva[456]. Cabe preguntarse si estaríamos ante una costumbre de carácter regional. Por el contrario, fuera del entorno de los países desarrollados, determinados Estados pueden preferir un reparto de las potestades tributarias que facilite la movilidad de las bases imponibles.

Puede parecer a primera vista que exista una *opinio iuris* en contra de la doble no imposición ya que las recientes actuaciones de la OCDE en materia de competencia fiscal lesiva y en materia de erosión de bases imponibles han puesto en evidencia la conveniencia de adoptar medidas contra estas prácticas, en beneficio de un sistema fiscal más justo[457]. La competitividad y el "egoísmo" nacional pasan a un segundo plano en beneficio de un sistema fiscal internacional justo y basado en la cooperación y el multilateralismo. Sin embargo, encontramos que esta postura es contradictoria con el hecho de que el Derecho internacional actual no prohíbe el establecimiento de incentivos fiscales específicos a las inversiones extranjeras[458]. Por ello, no creemos que

[456] Tal es el caso de Irlanda, que hasta 2010 no implementó una regulación efectiva para combatir el *transfer pricing*, en "How Ireland Became an Offshore Financial Centre", *Tax Justice Network Blog* (2015), disponible en http://www.taxjustice.net/2015/11/11/how-ireland-became-an-offshore-financial-centre/. Por su parte, Ault (2013), p. 1198, sugiere que "algunos países como los EEUU han sido cómplices en estructurar sus propias reglas CFC para mantener la base imponible doméstica, pero de hecho fomentando la erosión de las bases por empresas estadounidenses operando en otras jurisdicciones, reduciendo así el tipo de gravamen efectivo global sobre las compañías estadounidenses y fortaleciendo su posición competitiva en mercados extranjeros". En este mismo sentido se expresa Ting (2014), p. 48, en relación a los acuerdos de reparto de costes relativos a las *normas de transfer pricing*. Por último, hay autores como Rosenbloom (2000), p. 153, que han sugerido una actitud tibia de los EEUU hacia el régimen *check-the-box* (que genera oportunidades de arbitraje fiscal). Webb (2004), p. 801, ha sugerido que una gran cantidad de empresas y asociaciones empresariales han presionado a los gobiernos para mantener las lagunas legales y así mantener competitividad con respecto a otros países.

[457] Los párrafos 4 y 30 del informe sobre competencia fiscal lesiva, OCDE (1998), hacen referencia a la idea de justicia. Para Hillgenberg, (1999), p. 514, y Serrano Antón (2015), p. 94, una recomendación puede contribuir a la aparición de una *opinio iuris*. Para Lepard (2010), p. 113, la *opinio iuris* comporta el deseo de los Estados de que una norma tenga autoridad legal "ahora o en un futuro próximo".

[458] La actuación de la OCDE contra los *preferential tax regimes* ha ido dirigida contra los regímenes dirigidos a actividades muy móviles, que apenas requerían presencia física en un país, pero no contra los "*production tax havens*" (nota 401), OCDE (2016a), pp. 40 y ss. Únicamente la Unión Europea, mediante la normativa relativa a las ayudas de Estado prohibidas, prohíbe estas prácticas. No obstante, la Unión Europea se mueve por criterios económico-liberales orientados a promover la neutralidad y la libre competencia de las empresas en el marco europeo. Esta limitación a la soberanía tributaria es perfectamente comprensible, ya que la Unión Europea tiene una función subsidiaria y económico-social que le permite conceder subsidios a regiones y sectores en crisis. Sin embargo, en el contexto mundial, donde no hay una organización supranacional con competencias subsidiarias para revertir las condiciones de pobreza, no tiene ningún sentido privar a los Estados de cualesquiera instrumentos tributarios al objeto de atraer inversión y mejorar sus condiciones económicas.

pueda existir una *opinio iuris* en la comunidad internacional con respecto a la obligatoriedad de adoptar medidas contra la planificación fiscal agresiva[459].

#### 2.2.4.1.2. La eficacia del Derecho internacional general en materia tributaria en los ordenamientos internos

Analizar el principio de imposición única bajo la óptica del Derecho Internacional requiere valorar no solo la vigencia del mismo, sino también su efectividad. No obstante, es importante mencionar que analizar la eficacia del Derecho internacional general en el ámbito internacional no es muy útil ya que es poco probable que la comunidad internacional en general y los Estados en particular se sientan ofendidos o perjudicados por la política fiscal de un determinado país, como para iniciar un procedimiento por un ilícito internacional.

Por ello, en este apartado únicamente ponemos de relieve las dificultades que tienen los contribuyentes y cualquier particular para ampararse en las normas de Derecho internacional general (suponiendo que el principio de imposición única y la prohibición del fenómeno de doble no imposición lo fueran) que pudieran ser violadas por las normas tributarias nacionales.

Además, supone un escollo la recepción interna del Derecho internacional general, es decir del Derecho internacional de fuente extra convencional (la costumbre y los principios generales). Hay países como Holanda, donde la costumbre internacional no forma parte del ordenamiento jurídico interno, y por lo tanto dichos preceptos no pueden ser invocados directamente ante los tribunales internos por los ciudadanos[460]. La Constitución Española no menciona la recepción automática del Derecho internacional general[461]. De esta manera, podemos entender que en el caso de España

[459] Esta idea se refuerza con el hecho de que la OCDE ha optado por regular las cuestiones sobre erosión de bases imponibles mediante recomendaciones en vez de mediante decisiones vinculantes.
[460] Tal es el caso de Holanda (Smit [2012], p. 538), o de Francia (Dubut [2012], p. 315).
[461] En un primer borrador no oficial de la Constitución Española figuraba la recepción automática de las normas generales de Derecho internacional en el artículo 7. Finalmente se optó por no incluir esta disposición, guardando silencia al respecto, en González Martínez (2010), p. 580.

la costumbre internacional no atribuye derechos subjetivos a sus ciudadanos, sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que pueda incurrir el Estado por la no observación de dichas normas internacionales. Esta conclusión va alineada con la necesidad de preservar los principios de legalidad y de reserva de ley tributaria[462].

Con lo cual, el único resquicio que quedaría para hacer efectivo el principio de imposición única en contra de la soberanía de los Estados, sería vincular tal principio con los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos deben informar la política fiscal de los Estados. Cada vez hay más voces reclamando un mayor protagonismo de los Derechos Humanos en el ámbito tributario[463]. Los Derechos Humanos han sido plenamente positivizados merced a los múltiples convenios ratificados por España y a su plasmación constitucional, y por tanto gozan de una protección eficaz tanto a nivel interno (mediante el recurso de amparo) como a nivel internacional (recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, en el ámbito tributario los Derechos Humanos pierden su eficacia de manera absoluta:

- La primera razón de esta ineficacia es la ausencia de juridificación de un vínculo entre los principios generales del Derecho tributario y los Derechos Humanos. Dichos principios tributarios, tales como el principio de capacidad económica, el de igualdad o el de generalidad, suelen estar recogidos en las Constituciones nacionales

- Hay autores que han señalado que el Derecho tributario es susceptible de ser informado por los llamados Derechos Humanos de segunda generación[464]. Estos derechos son los denominados derechos de contenido económico y social. El problema con el que nos enfrentamos es el de la ausencia de mecanismos

[462] González Martínez (2010), p. 580.
[463] Movimientos como *Tax Justice Network* han reclamado el establecimiento de sistema fiscales justos con una clara orientación humanista. *Vid.* International Bar Association (2013).
[464] Gutmann (2011), pp. 107 y 108. Para este autor los Derechos Humanos de primera generación tienen una clara conexión con el Derecho tributario de carácter formal, que regula las garantías tributarias del contribuyente. No obstante, los Derechos Humanos de segunda generación pueden ser un vehículo útil para inspirar el Derecho tributario sustantivo.

procesales efectivos para tutelar este tipo de derechos[465]. La razón probablemente estriba en que se trata por lo general de derechos de titularidad colectiva; por ello a menudo se denominan "intereses difusos". Además, el cumplimiento de estos derechos implica una intervención activa del Estado, mediante el desarrollo legislativo de planes de acción y la movilización de importantes recursos económicos.

Pero el principal y más importante problema de cara a la aplicabilidad del principio de imposición única es el principio de legalidad y el de reserva de ley tributaria. Este principio ampara a los contribuyentes en sus prácticas de planificación fiscal agresiva. En este sentido, está arraigado en el acervo internacional el tradicional principio *no taxation without representation,* que impide que la costumbre, ya sea nacional o internacional, pueda ser fuente de Derecho tributario. El principio de legalidad tributaria no solo es un principio ampliamente positivizado en las legislaciones internas de la comunidad internacional, sino que además goza del carácter de principio general de Derecho internacional, y por tanto tiene el carácter de *ius cogens*, no pudiendo ser violado por los Estados.

#### 2.2.4.2. La conducta unilateral de los Estados como fuente de obligaciones internacionales: el *estoppel*

Más allá de si existe un principio de imposición única consagrado en el Derecho internacional particular (los convenios), la conducta unilateral de los Estados también podría ser una fuente de obligaciones internacionales para los Estados, tal y como sugieren algunos autores[466]. Serrano Antón ha sugerido la posibilidad de aplicar la

[465] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966 no recoge de manera expresa un derecho a la tutela judicial efectiva respecto de dichos derechos. De la misma manera la Constitución Española tampoco ampara estos Derechos de manera efectiva.

[466] Sobre los actos unilaterales de los Estados como generadores de obligaciones internacionales, véase Pastor Ridruejo (2009), pp. 140-148. Engelen (2008), ha desarrollado esta teoría en el ámbito de los convenios de doble imposición, con respecto a la fuerza legal de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE.

doctrina del "*estoppel*" y la aquiescencia fuera del ámbito de los tratados[467]. El *estoppel* es una figura por la cual un Estado realiza una conducta primaria que motiva que un segundo Estado, bajo consideraciones de buena fe, realice una conducta secundaria. El primer Estado se encuentra entonces vinculado por su propia actitud primaria, no pudiendo deshacerla en perjuicio del segundo Estado[468].

En la más estricta teoría es posible sostener que todos aquellos Estados que han votado a favor de las recomendaciones del programa BEPS, han creado una expectativa legítima en el resto de la comunidad internacional sobre su intención de implantar tales medidas antiabuso. Por tanto, si finalmente no las implementan tanto en sus tratados bilaterales como en su normativa interna, aquellos Estados que sí lo han hecho se verían perjudicados en el sentido de que estarían en una posición competitiva inferior a la hora de atraer inversión extranjera. No obstante, como ha señalado el propio Serrano Antón, es muy osado mantener que el mero voto hacia una recomendación no vinculante pueda crear una expectativa legítima[469].

Una segunda implicación del *estoppel* podría dar lugar a supuestos de responsabilidad en aquellos casos en que un Estado adopta un determinado criterio de reparto de potestades tributarias (como puede ser el *arm's length*) bajo la expectativa legítima creada por otros Estados de que seguirán estos mismos criterios. En esta situación el perjuicio puede darse en dos direcciones. Si dicho Estado ejerce su potestad tributaria, corre el riesgo de que el otro Estado en aplicación de un criterio distinto, también la ejerza, y haya doble imposición internacional. Un segundo perjuicio ocurriría si, en aplicación de dicho criterio de reparto, un Estado no se considera competente para gravar una renta mientras que otro Estado, aplicando un criterio diferente, tampoco se considera competente.

Por último, es posible dar valor jurídico al principio de correspondencia (*matching principle*) si aplicamos la figura del *estoppel.* El principio de correspondencia es aquel

[467] Serrano Antón (2015), pp. 95 y 96.
[468] Pastor Ridruejo (2009), p. 146.
[469] Serrano Antón (2015), p. 96.

principio por el cual un Estado renuncia a su potestad tributaria en favor de otro Estado bajo la confianza legítima de que la renta será sometida a un umbral de imposición mínimo o *single tax*[470]. Sin embargo, cuando se quiebra esa confianza y ese otro Estado no ejercita su potestad tributaria, se viola el principio de correspondencia.

Como ha sugerido algún autor, los convenios se firman bajo la expectativa legítima de que la parte contratante sujetará una determinada renta a un nivel mínimo de imposición. En este sentido, los paraísos fiscales no son "buenos socios de tratado"[471]. Por ello, la implementación unilateral a través de leyes internas de incentivos fiscales especiales que afecten a rentas cubiertas por el convenio pueden violar esa expectativa legítima del otro Estado contratante[472].

No obstante, el *estoppel* es ineficaz en aquellas situaciones en que no se ha creado ninguna expectativa legítima. Por ejemplo, en aquellas situaciones en las cuales, debido a la descoordinación de los diferentes sistemas fiscales, ningún Estado se considera competente para gravar una renta, ¿bajo qué título un Estado se puede sentir perjudicado si no ha renunciado en ningún momento a una renta sobre la que nunca ostentó potestad?

#### 2.2.4.3. Las limitaciones de los CDIs frente a la doble no imposición

##### 2.2.4.3.1. Las estructura de los CDIs y el principio de no agravación

Los CDIs tienen naturaleza normativa autónoma respecto de las normas fiscales nacionales. Calderón Carrero ha calificado a los CDIs de "minisistemas" normativos con autonomía respecto de las normas internas[473], de tal manera que la calificación

[470] Avi-Yonah (2000a), p. 173; Tomazela Santos (2015), pp. 184-185.
[471] Avi-Yonah (2000a), p. 173.
[472] No estamos hablando aquí de si el Estado afectado puede ejercitar una potestad tributaria residual a la que había renunciado en el tratado. Este análisis corresponde al Derecho de los tratados (ver al respecto el informe de la IFA elaborado por Lang [2004] y Scapa y Henie [2005]). Por el contrario, el análisis del *estoppel* está encaminado a determinar si el Estado afectado tiene acción internacional para impedir que el otro Estado otorgue incentivos fiscales especiales a rentas cubiertas por el tratado.
[473] Calderón Carrero (2012b), pp. 12-13. A su vez, cada CDI es autónomo de los demás.

realizada por un CDI afecta exclusivamente a la aplicación de las normas del propio CDI, pero no a la aplicación de la normativa fiscal interna. Así, tal y como se advierte en el informe de la Acción 2 del Proyecto BEPS, la nueva regla de desempate (*tiebreaker rules*) aplicable a los supuestos de doble residencia de entidades, establecida en el artículo 4.3 del MC OCDE[474], solo soluciona los conflictos de doble residencia a los efectos exclusivos del CDI, pero no elimina el conflicto de doble residencia resultante la interacción del CDI con las leyes internas. El Estado contratante que "pierde" la residencia a los efectos del CDI sigue considerando a la entidad residente a los efectos de su ley nacional, "*thereby allowing that entity to benefit from the advantages applicable to residents under domestic law without being subject to reciprocal obligations*"[475]. Por ejemplo, probablemente el país que "pierde" la residencia permita compensar, mediante un régimen de consolidación fiscal, las pérdidas de una entidad que es residente a los efectos de su ley interna, pero paralelamente estaría obligado a conceder los beneficios del CDI a dicha entidad por ser residente del Estado contratante que "gana" la residencia a los efectos del CDI.

Los CDIs son instrumentos que asignan las potestades tributarias de los Estados contratantes, por lo que no son instrumentos eficaces para combatir la doble no imposición en la medida en que no imponen obligaciones positivas materiales, de

[474] Hasta la actualización del MC OCDE en 2017, la regla de desempate en los casos de doble residencia de las entidades remitía al criterio de la *sede de dirección efectiva*. No obstante, esta regla de desempate no eliminaba absolutamente todo riesgo de doble residencia en la medida en que podían existir conflictos en la interpretación del citado criterio. De hecho, bajo determinadas circunstancias una entidad podía tener interés en buscar deliberadamente ser doble residente a los efectos de un CDI. Por ejemplo, con el objetivo de acceder a los beneficios de la red de CDIs suscritos por ambas jurisdicciones en las que fuera residente, de manera que si la entidad con doble residencia recibe rentas pasivas procedentes de un tercer país que tenga un CDI con ambas jurisdicciones, la entidad puede elegir el CDI más favorable; véase Van den Berg y Van der Gulik (2009), p. 422. Algún autor (Fett [2013], p. 280 y nota 1164) incluso ha apuntado que podría existir el riesgo teórico de que las reglas distributivas del CDI suscrito entre ambas jurisdicciones de residencia excluyese mutuamente la potestad de ambas jurisdicciones cuando la entidad obtuviese rentas pasivas procedentes de un tercer país que no fueran atribuibles a ningún EP situado en alguno de los dos Estados en los que es residente. Para desincentivar el uso indebido de los CDIs a través de estrategias de doble residencia, las Acciones 2 y 6 del Proyecto BEPS promovieron que en la actualización del MC OCDE en 2017 se sustituyese el criterio de la sede de dirección efectiva por un procedimiento de acuerdo amistoso que motivase a las partes a resolver el conflicto so pena de no poder acogerse a cualquier tipo de reducción o exención establecido en el CDI. Véase OCDE (2015), párr. 431, y OCDE (2016c), párrs. 45-48. Esta medida ha sido incorporada también en el artículo 4 del Instrumento Multilateral, aunque España se ha reservado el derecho a no aplicarla en sus CDIs comprendidos; véase Ribes Ribes (2018), sección II.2.2.B.

[475] OCDE (2015), párr. 432.

gravar, a los Estados contratantes. Por ello, cuando la doble no imposición surge, bien por la interacción entre las normas nacionales (el CDI permite gravar ambos Estados contratantes, pero sus normas nacionales renuncian a gravar), bien por la interacción entre la norma nacional y el CDI, el CDI no impone la obligación de gravar al Estado contratante que, pudiendo gravar conforme al CDI, no lo hace.

Cuando la norma nacional del Estado de fuente delimita el alcance del tributo (del hecho imponible normativo, o cualquier otro elemento del tributo, como la base imponible normativa o el tipo de gravamen) de manera más restrictiva que el alcance permitido por las reglas distributivas del CDI (esto es, el Estado de fuente impone una tributación menos gravosa que lo que facultan los límites del CDI) el CDI es un instrumento ineficaz para eliminar la doble no imposición puesto que las reglas distributivas de los CDIs (arts. 6-21 de MC OCDE) son normas que limitan la facultad de los Estados contratantes para gravar una determinada renta, pero que en ningún caso suponen una obligación tributaria material positiva para el contribuyente. Así, las reglas distributivas de los CDIs son normas cuya naturaleza es negativa, establecen obligaciones de no hacer (de no gravar la renta en absoluto o de no gravarla por encima de ciertos umbrales), y así se deriva de su redacción: "pueden someterse a imposición", "el impuesto así exigido no podrá exceder del 10%", etc.

De la misma forma, cuando un CDI prevé el método de imputación como el del artículo 23(B) del MC OCDE, de su redacción únicamente se desprende que el Estado de residencia debe admitir un crédito fiscal por el importe del impuesto pagado en el extranjero sin que dicho crédito fiscal pueda exceder de la cuota correspondiente a dicha renta. Pero en ningún caso se desprende una obligación material positiva, de gravar la renta extranjera; por lo que el Estado de residencia puede aplicar una exención de origen interno sobre dicha renta extranjera[476]. Así, no hay colisión entre ambas

[476] De la misma forma, la nueva cláusula *subject-to-tax* incorporada en la Opción B (apartados 4 y 5) del artículo 5 del Instrumento Multilateral, establece que las "disposiciones de un Convenio fiscal comprendido que a fin de eliminar la doble imposición dejen exentas las rentas que obtenga un residente de una Jurisdicción contratante en esa Jurisdicción por razón de su consideración como dividendos, no serán aplicables cuando conforme a la normativa interna de la otra Jurisdicción contratante dicha renta genere una deducción". Por tanto, la citada cláusula no impone la obligación de gravar los dividendos al Estado contratante, sino que simplemente le impone la obligación de no aplicar la exención establecida

disposiciones, la establecida en la norma nacional y la establecida en el CDI, sino que el legislador nacional ejercita sus potestades normativas dentro de los límites que el permite el CDI.

Sin embargo, cuando el CDI y la norma interna establecen un mismo método para eliminar la doble imposición pero con variaciones, la prioridad de los tratados internacionales exige la aplicación del método del CDI con preferencia sobre el método interno, y ello aunque de dicha aplicación pudieran derivarse consecuencias tributarias más gravosas que las que se derivasen del método interno[477].

Tal es lo que sucede en el supuesto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2008[478]. En este caso una entidad española tenía un establecimiento permanente en Alemania. El CDI entre España y Alemania permitía imputar al EP alemán una parte de los gastos generales de dirección y administración realizados por la casa central española[479]. Por aplicación de la exención prevista en el art. 23.2 de dicho CDI, España solo estaba obligada a otorgar la exención respecto de las rentas que Alemania *pudiese* gravar conforme al CDI: el beneficio del EP alemán neto de los gastos de la casa central imputables al este. Por el contrario, la parte recurrente sostenía que exención establecida en la norma interna española era más amplia[480]. Así, la norma de exención de origen interno no imputaba los gastos de la casa central a la

en el CDI, pudiendo unilateralmente aplicar una exención de origen interno. Así, la finalidad de esta cláusula es evitar que un CDI sea un obstáculo para la aplicación de las normas anti-híbridos internas.

[477] Sobre la prioridad de los CDIs sobre la legislación interna, véase Calderón Carrero (1996), pp. 358 y ss.

[478] SAN de 18 de diciembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 633/2005), F.J. 5º. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 668/2009).

[479] Art. 7.3 del Instrumento de ratificación del Convenio Hispano-Alemán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio (BOE núm. 85, de 8 de abril de 1968, pp. 5250-5255).

[480] Art. 29 bis de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Esta norma consistía más bien en una exención *de facto* ya que dicha norma establecía una deducción del 100% de la cuota correspondiente a la base imponible del EP. En nuestra opinión, esta contradicción entre la exención del CDI y la exención interna es meramente aparente ya que mediante los mecanismos de calificación tributaria (y más concretamente mediante la aplicación del régimen de operaciones vinculadas) las autoridades fiscales podrían concluir, sin necesidad de acudir al art. 7 del CDI hispano-alemán, que los gastos generales de administración soportados por la casa central española son imputables al EP alemán y por tanto dichos gastos quedarían también cubiertos por la exención de origen interno, sin posibilidad de que fueran deducidos por la casa central española. Esta conclusión es la que parece desprenderse del F.J. 8º de la referida sentencia de la Audiencia Nacional en relación con un EP situado en Londres, al cual le es aplicable la exención interna (al carecer el CDI de referencia de un mecanismo de exención).

base imponible del EP extranjero, de manera que el alcance de dicha exención se extendía al beneficio bruto del EP (sin incluir los gastos soportados por la casa central) y por tanto los gastos de la casa central eran plenamente deducibles por la entidad española. La Audiencia Nacional consideró que la exención del CDI prevalecía sobre la interna[481], evitando así el resultado de doble no imposición pretendido por el contribuyente (al pretender este deducirse doblemente determinados gastos de la casa central: en Alemania, a través de su EP, y en la casa central española).

Más allá de si consideramos el principio de no agravación[482] como un principio general del Derecho internacional tributario, lo que sí parece indiscutible es que debe establecerse expresamente en el propio CDI (o en una norma interna, en su caso)[483]. En

[481] El mecanismo de exención interno cede ante el mecanismo del CDI (el cual prevalece sobre la norma interna por su posición jerárquica superior) salvo que, asumiendo que el principio de no agravación fuera un principio general del Derecho internacional tributario, de la norma interna se derivase indubitadamente que el mecanismo interno pretende otorgar una ventaja fiscal sobre el mecanismo del CDI, lo cual no parece desprenderse de la regla de exención del art. 29.bis de la referida Ley 43/1995.

[482] Sobre el principio de no agravación, véase Calderón Carrero (1996), pp. 366 y ss., y Maisto (2010), pp. 357 y ss. De acuerdo a Calderón Carrero (1996), p. 366, el principio de no agravación establece que, "cuando la carga fiscal global establecida por éste [el CDI] sea superior a la derivada de aplicar la normativa interna, el contribuyente puede optar por aplicar el régimen fiscal general de los Estados contratantes como si no existiera el tratado".

[483] Calderón Carrero (1996), p. 368, señala que la aplicación de dicho principio exige "que el Derecho interno de los Estados contratantes o el propio convenio reconociera la vigencia" de tal principio. No obstante, nos parece dudoso que tal principio pudiera ser válido con el mero reconocimiento en la normativa interna, ya que se podrían generar posibles violaciones del Derecho internacional de los tratados (*pacta sunt servanda*) y, desde la perspectiva del ordenamiento interno español (no así en el Derecho estadounidense, que no reconoce la prioridad de los tratados sobre la norma interna), supondría negar la prioridad y jerarquía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento interno. Por lo que la única manera de salvar esta problemática es reconocer el principio de no agravación como un principio general del Derecho internacional tributario, lo cual sí parece razonable a tenor de la tendencia internacional a reconocer tal principio, tal y como sugiere Calderón Carrero (1996), p. 370. En todo caso, sí compartimos que tal principio tenga que reconocerse expresamente (o tácitamente en las normas internas que son susceptibles de ser aplicadas en perjuicio de las disposiciones del CDI) para que sea válido ya que supone una derogación del principio de jerarquía del Derecho internacional. En España, este principio estaba ya consagrado, en relación a la tributación de las entidades no residentes en territorio español, en el artículo 342 del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. De acuerdo a Sanz Gadea (2009), p. 194, en la actualidad, este principio viene recogido implícitamente en el artículo 21 de la LIS cuando dice que el método de exención es aplicable a los dividendos procedentes de una entidad extranjera cuando esta sea "residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información", ya que según el autor "el legislador está abriendo la puerta al método de exención del artículo 21 (…), cualquiera que fuere el método que para evitar la misma estableciere dicho convenio". No obstante, no creemos que esta disposición realmente sea un reconocimiento del principio de no agravación, sino un reconocimiento implícito de que los CDIs suscritos por España que contienen el método de imputación no imponen a España una obligación de gravar las rentas extranjeras sino solamente de admitir un crédito fiscal por el impuesto pagado en el extranjero en caso de que España optase por gravar dichas rentas.

este aspecto la práctica internacional es muy heterogénea y no existen reglas homogéneas. Así, los Estados Unidos prevén en su modelo de convenio una cláusula de no agravación[484].

La reflexión que hacemos es que como mínimo los CDIs permiten la doble no imposición en la medida en que no imponen a los Estados contratantes la obligación de gravar, sino que simplemente les autorizan a hacerlo. Partiendo de esta premisa, a continuación examinaremos cómo incluso en muchos casos los CDIs facilitan la doble no imposición (cuando el CDI limita el ejercicio de la potestad tributaria a uno de los Estados contratantes) o, en algunos casos, la provocan (cuando con arreglo al CDI ninguno de los Estados contratantes puede gravar).

Por tanto, a continuación diferenciaremos entre dos supuestos. En primer lugar, los supuestos en los que el CDI impide gravar a los dos Estados contratantes, y en segundo lugar los supuestos en los que el CDI solo impide gravar a uno de los dos Estados contratantes y el otro Estado contratante renuncia unilateralmente a ejercer su potestad tributaria.

#### 2.2.4.3.2. La doble no imposición como consecuencia de la diferente aplicación de los CDIs: los conflictos de aplicación negativos

Al margen de aquellos casos en los que el CDI busque deliberadamente la doble no imposición[485], cuando el CDI impide gravar a los dos Estados contratantes por lo general será consecuencia de un conflicto en la aplicación del CDI. En estos casos el Estado de fuente aplica una regla distributiva que le impide gravar la renta mientras que el Estado

[484] Artículo 1.2 del Modelo de Convenio de Estados Unidos (actualizado en 2016) y *United States Model Technical Explanation Accompanying The United States Model Income Tax Convention Of November 15, 2006.* El American Law Institute (1992) ha desarrollado el principio de no agravación en relación con el modelo de convenio americano.
[485] Lang (2004), p. 81-82, y Scapa y Henie (2005), p. 267.

de residencia aplica la exención del artículo 23(A) del MC OCDE bajo la premisa de que es aplicable otra regla distributiva que sí permite gravar al Estado de fuente.

Los conflictos en la aplicación de los CDIs pueden tener dos causas. La primera causa es la existencia de términos no definidos por el propio CDI, de manera que dicha definición se completa recurriendo a las definiciones de la ley nacional de los Estados contratantes. La segunda causa es la existencia de interpretaciones diferentes de las propias disposiciones del CDI o de los hechos.

Mientras que la OCDE ha considerado que los conflictos de interpretación no pueden ser solucionados por un CDI que no contenga cláusulas expresas frente a la doble no imposición[486], los casos de conflictos de calificación surgen porque, en aplicación de las reglas distributivas, el Estado de fuente debe calificar, de acuerdo al artículo 3.2 del MC OCDE[487], los términos no definidos por el CDI conforme a sus definiciones internas. De tal manera que, según la OCDE, el Estado de residencia, en aplicación del artículo 23(A) del MC OCDE, debe considerar válida la calificación hecha por el Estado de fuente en aplicación del artículo 3.2 al objeto de determinar si la renta, "conforme a lo dispuesto en este Convenio, pued[e] someterse a imposición en el otro Estado contratante"[488]. Así, de acuerdo al párrafo 32.6 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE, "cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de renta o de patrimonio que de otro modo hubiera tenido derecho a gravar, el Estado de residencia, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 23 A, debería considerar que el Estado de la fuente no puede someter a imposición el elemento de renta conforme a lo dispuesto en el Convenio, incluso aunque el Estado de residencia hubiera aplicado el Convenio de forma diferente para así tener derecho a gravar esta renta si hubiera sido Estado de la fuente".

---

[486] OCDE (1999), párrs. 112-113.

[487] Artículo 3.2 del MC OCDE: "Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, cualquier término no definido en el mismo tendrá, a menos que el contexto lo determine de otro modo o que las autoridades competentes acuerden un significado distinto conforme a lo dispuesto en el artículo 25, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado (…)".

[488] Este nuevo enfoque o *new approach* de la OCDE tiene su origen en el Informe Partnership de 1999 (OCDE [1999]), fruto del cual se modificaron el año 2000 los Comentarios al MC OCDE. Sobre este informe véase Engelen y Pötgens (2000). Véanse los párrafos 32.1-32.7 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

Una de las críticas a este *new approach* seguido por la OCDE ha sido que existe una paradoja en el hecho de que el método de exención del artículo 23(A) esté orientado a liberar a las autoridades fiscales del Estado de residencia de tener que investigar si el Estado de fuente ha gravado efectivamente la renta o no[489], y a la vez el *new approach* obligue al Estado de residencia a examinar el sentido dado por la ley interna del Estado de fuente a los términos no definidos en el CDI[490]. En nuestra opinión esto no es una verdadera paradoja, ya que el Estado de residencia no tiene que investigar cuál es el sentido dado a los términos no definidos por la ley del Estado de fuente, sino que solo tiene que saber que se trata de un término del CDI cuya definición se completa por la ley nacional (el contenido es irrelevante). Por lo que el Estado de residencia realmente solo está obligado a analizar si la aplicación divergente del CDI se debe a que existen términos no definidos por el CDI (en cuyo caso habrá un conflicto de calificación, que sí supone una aplicación válida del CDI por el Estado de fuente) o a que existen términos sí definidos por el CDI o por el contexto (en cuyo caso habrá un conflicto de interpretación, que supone una aplicación incorrecta del CDI por el Estado de fuente).

El problema real es que este análisis, en la medida en que el artículo 23(A) solo lo aplica el Estado de residencia, queda en manos del Estado de residencia, que es quien tiene que determinar si la definición de término del CDI debe remitirse a la legislación interna o puede extraerse por los métodos habituales de interpretación. Por lo que en última instancia la determinación de si estamos ante un conflicto de calificación o de interpretación queda al arbitrio del Estado de residencia. De tal manera que la distinción entre conflictos de interpretación y de calificación queda desdibujada. Así, la solución de un conflicto en la calificación nos puede llevar a la existencia de un *conflicto en la calificación de un conflicto*[491].

Además, la existencia de conflictos de calificación que obliguen al Estado de residencia a seguir la calificación dada a los términos no definidos por la ley interna del Estado de

[489] Párrafo 34 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.
[490] Engelen y Pötgens (2000), p. 265.
[491] Lang (2009), p. 206, y Castro Arango (2012), p. 17.

fuente, deja el cumplimiento del CDI en manos del Estado de fuente[492]. Así, podría ocurrir que si el Estado de fuente no desease cumplir con la asignación de potestades tributarias establecida en un CDI solo tendría que cambiar la definición interna de los términos no definidos por el CDI. Por eso entendemos, como otros autores, que el recurso al artículo 3.2 del MC OCDE debería ser un recurso extraordinario cuando se hayan agotado las posibilidades de interpretación ofrecidas por el contexto[493].

No obstante, primero es preciso entender que caben dos posturas a la hora de interpretar este artículo 23(A) del MC OCDE. Bien entender que ambos Estados aplican las reglas distributivas del CDI o bien entender que solo las aplica el Estado de fuente[494]. Solo a partir de esta distinción es posible extraer conclusiones coherentes.

Si entendemos que ambos Estados contratantes aplican las reglas distributivas, podemos entender que son válidas ambas calificaciones de la renta conforme a sus propias definiciones internas en lo que respecta a los términos no definidos por el CDI. Si analizamos los conflictos positivos, los dos Estados contratantes aplican su ley interna (conforme al artículo 3.2 del MC OCDE) y ambas calificaciones son conformes al CDI[495]. De tal manera que la respuesta a la pregunta que nos plantea el artículo 23(A), ¿puede ser gravada la renta por el Estado de fuente?, necesariamente deberá ser sí.

Con respecto a los conflictos de calificación negativos, los dos Estados contratantes también aplican su ley interna (conforme al artículo 3.2 del MC OCDE) y ambas calificaciones también son conformes al CDI. Por lo que en este caso, aunque la calificación del Estado de fuente no le permita gravar la renta, la calificación del Estado

[492] Lo que propone el *new approach* es una suerte de "uso interpretativo de la ley extranjera", es decir, que los términos empleados en el CDI queden definidos por la ley de uno de los Estados contratantes. Esta técnica jurídica es debe ser evitada en la medida de lo posible ya que cada país tiene su propia terminología e idiosincrasia jurídica, lo que puede generar situaciones absolutamente arbitrarias que desalineen la tributación con los principios de justicia tributaria. Además dejaría al Estado de fuente con la capacidad para alterar, a coste cero, la asignación de las potestades tributarias pactadas en el CDI. Sobre el "uso interpretativo de la ley extranjera", véase West (1996) y el Capítulo III, sección 2.1.3.2.1 del presente trabajo.

[493] Lang (2009), p. 205, y Castro Arango (2012), p. 15. En nuestra opinión, la remisión a la ley interna que hace el artículo 3.2 del MC OCDE solo puede explicarse por la necesidad de establecer un último recurso para evitar lagunas legales en la calificación de las rentas.

[494] Estos dos diferentes enfoques han sido acertadamente identificados por Castro Arango (2012), p. 14.

[495] Castro Arango (2012), pp. 12-13.

de residencia sigue permitiendo al Estado de fuente gravar. Es decir, esta postura depende de que al menos una de las dos calificaciones de sendos Estados contratantes, ya sea la del Estado de fuente o la del Estado de residencia, permita al Estado de fuente gravar la renta. Por tanto, la respuesta a la pregunta del artículo 23(A) del MC OCDE sigue siendo la misma: el Estado de fuente sí puede gravar la renta, y por tanto la exención del artículo 23(A) por el Estado de residencia sigue siendo aplicable. Esta postura parte de la premisa de que en un conflicto de calificación negativo el Estado de fuente no grava por aplicación de su ley nacional, por lo que no debería haber diferencia entre un conflicto de calificación negativo y aquellos casos en los que, sin haber conflicto de calificación, el Estado de fuente decide unilateralmente mediante su ley interna no gravar.

Esta postura depende de un concepto amplio de la expresión "*conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante*". De tal manera que cualquiera de las calificaciones de ambos Estados contratantes es válida. Probablemente esta postura sea más acorde al principio de legalidad tributaria. Por ello, siguiendo este enfoque se nos antoja difícil poder defender la validez del *new approach* de la OCDE aplicado a los conflictos de calificación negativos.

Otra postura es entender que el artículo 23(A) considera que las reglas distributivas solo son aplicadas por el Estado de fuente (y por ende, los términos no definidos en dichas reglas solo pueden ser completados, de acuerdo al artículo 3.2, por la legislación interna del Estado de fuente) y que por tanto, a los efectos de saber si dicho Estado puede o no gravar la renta conforme al CDI, solo es válida la calificación del Estado de fuente[496]. De manera que si el Estado de fuente considera que puede gravar la renta conforme al CDI, entonces el Estado de residencia deberá aplicar la exención del artículo 23(A), mientras que si el Estado de fuente considera que no puede gravar la renta conforme al CDI, entonces no será aplicable la exención del artículo 23(A).

[496] Esta parece ser la postura del llamado *International Tax Group*, en Avery Jones et al. (1996), p. 142-143.

Esto a su vez nos lleva a otro problema. ¿Qué ocurre en aquellos casos en los que el Estado de fuente no ha establecido gravamen conforme a su ley interna[497]? ¿está aplicando el CDI? En nuestra opinión, en estos casos es muy difícil defender desde el último enfoque, por el cual el Estado de residencia no aplica las reglas distributivas (y por tanto no califica la renta), que el Estado de fuente tampoco aplica las reglas distributivas del CDI. Por ello, lo coherente es entender que la aplicación de la exención del artículo 23(A) del MC OCDE se aplica siempre que el Estado de fuente pueda gravar de acuerdo a su calificación del CDI de la renta, con independencia de si internamente ha establecido gravamen o no; y en sentido contrario, que la exención del artículo 23(A) del MC OCDE no se aplica cuando el Estado de fuente no puede gravar la renta conforme a su calificación del CDI, aunque internamente tampoco hubiera establecido gravamen. No obstante, además de discriminaciones injustificadas[498], esto provoca la paradoja de que en los casos en que el Estado de fuente no prevea gravamen en su normativa interna, el Estado de residencia, para determinar si es aplicable o no la exención, tiene que soportar la carga de interpretar las reglas distributivas del CDI a la luz del Derecho nacional del Estado de fuente.

Sin embargo, si entendemos que ambos Estados contratantes aplican las reglas distributivas (el Estado de fuente para determinar si puede o no gravar la renta; y el Estado de residencia para determinar si concurre el presupuesto de hecho de la exención: que el Estado de fuente pueda gravar la renta), entonces cuando el Estado de

[497] Tal es la situación en el caso *McDonald´s* relativo al régimen de ayudas de Estado prohibidas por el TFUE. El grupo multinacional McDonald´s tenía una entidad domiciliada en Luxemburgo, McD Europe Franchising, S.à.r.l, que a su vez tenía una sucursal en Estados Unidos a la que imputaba los cánones que percibía de sus franquiciados en Europa. Estos cánones no estaban sujetos a impuestos de acuerdo a la normativa interna de Estados Unidos debido a que la actividad de la sucursal no calificaba como "*U.S. trade or business*". Por el contrario, para las autoridades fiscales de Luxemburgo las reglas distributivas del CDI suscrito entre ambos países (en concreto el artículo 7, relativo a los beneficios empresariales) sí permitían a EEUU gravar dichos cánones ya que la sucursal americana a la que se imputaban dichas rentas calificaba como EP a efectos del CDI y, por tanto, la exención del artículo 25.2 del CDI era procedente. Véase Shaheen (2017) y Szudoczky (2016), pp. 171-173.

[498] Tal como manifiesta Lang (2009), p. 205, si la doble no imposición es legítima cuando ambos Estados contratantes aplican la misma calificación (ambos consideran que el Estado de fuente puede gravar) pero el Estado de fuente se abstiene unilateralmente de gravar según su ley interna, no hay razón para que el resultado sea distinto cuando el Estado de fuente califica de manera diferente la renta (de manera que se considera impedido de gravar conforme al CDI). En ambos casos el Estado de fuente decide unilateralmente no gravar; y en ambos casos el Estado de residencia considera que es el Estado de fuente a quien corresponde gravar.

fuente no grave una renta de acuerdo a su legislación interna no estará aplicando el CDI; de tal modo que, a los efectos de la aplicación del artículo 23(A) y de determinar si el Estado de fuente puede o no gravar la renta, es irrelevante la calificación del Estado de fuente. Así, en un conflicto de calificación positivo el Estado de residencia no estaría obligado a seguir la calificación del Estado de fuente, y por tanto a aplicar la exención del artículo 23(A), si el Estado de fuente no grava internamente la misma. Además, consideramos esta interpretación acorde con la finalidad del artículo 23(A): eliminar la doble imposición.

La OCDE ha tratado de dar respuesta a este diferente enfoque interpretativo de los conflictos de calificación. El problema es que la OCDE ha mezclado ambos enfoques de con resultados incoherentes desde un punto de vista dogmático[499]. Tal y como sugiere Castro Arango, la OCDE considera que en los conflictos de calificación positivos ambos Estados contratantes aplican el artículo 3.2 del MC OCDE[500], mientras que en los conflictos negativos solo aplica el artículo 3.2 el Estado de fuente[501].

Ya no solo son los problemas dogmáticos que plantea esta confusa postura, sino también, en relación con la doble no imposición, los problemas que se plantean desde el punto de vista del principio de legalidad. Así, mientras el CDI no establezca

[499] Lang (2009), p. 206, evidencia la inconsistencia del criterio seguido por los Comentarios al MC OCDE fruto de su actualización en 2008. Así, previamente a la actualización de 2008, el criterio seguido por los Comentarios (párr. 32.6) al MC OCDE en los conflictos de calificación negativos era el de considerar que el Estado de residencia debía seguir la calificación dada por el Estado de fuente únicamente "cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de renta o de patrimonio que de otro modo **hubiera gravado"** (énfasis añadido). La actualización de los Comentarios de 2008 obliga al Estado de residencia a seguir la calificación del Estado de fuente "cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de renta o de patrimonio que de otro modo **hubiera tenido derecho a gravar**" (énfasis añadido). Para Lang, habida cuenta de que la OCDE ha considerado los conflictos de calificación negativos y los positivos como dos caras de una misma moneda, no tiene sentido que el Estado de residencia deba eliminar la doble no imposición en cualquier conflicto de calificación negativo y con independencia de que la legislación interna del Estado de fuente prevea o no gravamen, mientras que en los conflictos de calificación positivos el Estado de residencia solo debe seguir la calificación del Estado de fuente si dicho Estado ha gravado efectivamente la renta.

[500] Párrafo 32.3 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE: "Cuando, por las diferencias existentes entre la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de residencia, el primero de ellos aplica a un determinado elemento de renta o de patrimonio disposiciones del Convenio distintas a las que hubiera aplicado el Estado de residencia a ese mismo elemento de renta o de patrimonio, no por ello la renta deja de estar gravada conforme a las disposiciones del Convenio, tal como las aplica e interpreta el Estado de fuente".

[501] Castro Arango (2012), p. 14.

expresamente que la calificación del Estado de residencia no es válida a los efectos de la aplicación de la exención del artículo 23(A), no creemos posible que se pueda negar expresamente al contribuyente la aplicación de la exención del CDI[502].

En nuestra opinión, en ausencia de cláusulas específicas frente a la doble no imposición, la finalidad genuina de los CDIs que siguen el MC OCDE es limitar las potestades tributarias de los Estados contratantes al objeto de impedir las situaciones de doble imposición internacional[503]. De tal forma que, a la luz de esta finalidad, el artículo 23(A) del MC OCDE puede interpretarse perfectamente para eliminar la doble imposición en los conflictos de calificación positivos en los que el Estado de fuente haya gravado la renta amparado por la remisión que el artículo 3.2 hace a su ley interna.

Pero incluso asumiendo que la finalidad genuina de los CDIs fuera asignar coherentemente las potestades tributarias de manera que siempre hubiera un Estado contratante con potestad para poder gravar (es decir, que no cupiese la doble no imposición derivada de conflictos en la aplicación del CDI), esto no implica necesariamente que el Estado de residencia esté dispuesto a asumir como válido, cuando suscribe un CDI, que los conflictos de calificación negativos tengan que ser resueltos por la ley interna del Estado de fuente (de manera que indirectamente el Estado de fuente decida a quién corresponde la potestad tributaria).

Para evitar todos estos problemas interpretativos el Instrumento Multilateral ha incorporado, en su artículo 5.2 (Opción A), la cláusula *switch-over* que ya venía incorporada en el apartado 4 del artículo 23(A) del MC OCDE como consecuencia del

[502] Almudí Cid et al. (2004), p. 642.

[503] Sobre el propósito de los CDIs véanse Scapa y Henie (2005), pp. 267 y ss., Lang (2004), p. 78, y De Broe (2008), pp. 357-362. No obstante el hecho de que la finalidad de los CDIs sea la de prevenir las situaciones de doble imposición, no significa que los mecanismos para evitar la doble imposición empleados por el Estado de residencia se empleen únicamente cuando hay doble imposición efectiva, sino que puede utilizarse también, con el objeto de evitar al Estado de residencia tener que investigar si el Estado de fuente ha gravado efectivamente, en situaciones de doble imposición potencial. Así, el párrafo 34 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE establece que el método de exención del artículo 23(A) se aplica "con independencia de que ese otro Estado ejerza efectivamente o no esa potestad tributaria. Parece que este método es el más práctico, ya que libera al Estado de residencia de indagar sobre la fiscalidad en el otro Estado".

Informe Partnership[504]. Aunque esta cláusula estaba ideada para solucionar los conflictos de interpretación de las disposiciones del CDI o de los hechos, es evidente que también aplica a los conflictos de calificación habida cuenta de que si el Estado de residencia no aplica el *new approach* de la OCDE es porque necesariamente considera que se trata de una cuestión de interpretación del CDI.

La cláusula *switch-over* establecida en el artículo 5.2 del Instrumento Multilateral establece lo siguiente:

> "Las disposiciones de un Convenio fiscal comprendido que a fin de eliminar la doble imposición dejen exentas las rentas que obtenga un residente de una Jurisdicción contratante en esa Jurisdicción o el patrimonio que allí posea, no serán aplicables cuando la otra Jurisdicción contratante aplique las disposiciones del Convenio fiscal comprendido para eximir dicha renta o patrimonio o para limitar el tipo al que estos estarían sujetos a imposición. (…)."

Sin embargo, esta cláusula *switch-over* no sería aplicable en aquellos casos en los que no hay conflicto alguno y el Estado de fuente, pudiendo gravar, decide unilateralmente no hacerlo. En nuestra opinión, la cláusula *switch-over* tampoco sería aplicable en aquellos conflictos negativos en los que el Estado de fuente, sintiéndose impedido por el CDI para gravar la renta, tampoco prevé gravamen interno, ya que en estos casos el Estado de fuente no "**apli[ca]** las disposiciones del Convenio fiscal comprendido **para eximir** dicha renta o patrimonio o para limitar el tipo al que estos estarían sujetos a imposición" (énfasis añadido)[505]. Si bien es cierto que esta postura resta eficacia a los CDIs frente a la doble no imposición, creemos que el Estado de residencia no puede erigirse en intérprete, socavando la seguridad jurídica del contribuyente, de *cómo*

[504] OCDE (1999), párrs. 112-113. Esta cláusula propuesta en el Informe Partnership fue incorporada al MC OCDE en el año 2000.

[505] Para exonerar una renta de tributación en la fuente, basta con realizar una *calificación primaria* (a la luz de la norma interna), de manera que no sería necesario por tanto recurrir a la *calificación secundaria* (la que se deriva de la aplicación del CDI). Sobre la calificación primaria y secundaria, véase Castro Arango (2014), p. 39.

*interpretaría* el CDI el otro Estado contratante[506]. Además, creemos que, cuando la normativa interna del Estado de fuente no prevé gravamen, no está justificado un diferente tratamiento en el Estado de residencia según si el Estado de fuente se considera o no, de acuerdo al CDI, con potestad para gravar[507].

Una alternativa más efectiva a la cláusula *switch-over* sería incluir en el CDI una cláusula *subject-to-tax* mediante la cual el método de exención previsto en el CDI solo sería de aplicación obligatoria si el Estado de fuente ha gravado efectivamente la renta[508]. Un ejemplo de cláusula *subject-to-tax*, aunque de carácter específico para los instrumentos financieros híbridos, se encuentra incorporada en la Opción B (apartados 4 y 5) del artículo 5 del Instrumento Multilateral.

En el caso de España, se ha optado por la opción C del artículo 5 del Instrumento Multilateral, es decir, por la opción del método de imputación. Esto supone que en

---

[506] Incurriendo en una suerte de *interpretación circular*, de manera que la eficacia del CDI se estaría haciendo depender de la "interpretación de la ley extranjera" y no de los "efectos de la ley extranjera" (entendiéndose como "ley extranjera" la interpretación que el otro Estado contratante haría del CDI). En este punto volvemos a repetir que se debe evitar en la medida de lo posible los "usos interpretativos de la ley extranjera"; véase al respecto nota 492 y Capítulo III, sección 2.1.3.2.1 del presente trabajo. Sin perjuicio de que, como defendemos en la sección relativa al régimen de Ayudas de Estado del TFUE (Capítulo II, sección 2.2.4.4), es a las autoridades fiscales de Luxemburgo y a sus tribunales a quienes corresponde determinar la interpretación "correcta" del CDI (y por lo tanto, a los efectos de determinar si hay una ayuda de Estado prohibida, lo relevante no es la idoneidad de la interpretación sino si esta se desvía inmotivadamente de la práctica habitual), a título de *obiter dicta* este argumento podría reforzar aún más la postura contraria a calificar como Ayuda de Estado el caso *McDonald's*. Es decir, si hay razones más que fundadas para defender la no aplicación de la cláusula *switch-over* en aquellos conflictos negativos en los que el Estado de fuente tampoco grava conforme a su ley nacional, tales argumentos también podrían valer cuando el CDI aplicable no contuviese tal cláusula, como es el caso del CDI entre Luxemburgo y EEUU en el supuesto enjuiciado, por lo que sería perfectamente razonable argumentar que en este caso no es aplicable el *new approach* del Informe Partnership. Como argumento en contra, podría argumentarse que la redacción del artículo 25 del CDI entre Luxemburgo y EEUU establece que "*[i]n Luxembourg double taxation shall be eliminated as follows*", de manera que se considere que tal redacción contiene una suerte de cláusula *subject-to-tax*, tal y como sugiere la OCDE (1999), párr. 116, en el Informe Partnership. No obstante, las autoridades de Luxemburgo han descartado esta interpretación, ya que de acuerdo a la doctrina administrativa de Luxemburgo "[e]l CDI no prevé ninguna condición de imposición efectiva"; cfr. párr. 123 de la Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 relativa a las resoluciones fiscales SA.38945 concedidas por Luxemburgo a McDonald's Europe (DO L 195 de 23.7.2019, p. 20).

[507] Lang (2009), en *supra* nota 498.

[508] La OCDE (1999), párr. 116, establece en su Informe Partnership que la simple adición al artículo que regula el método de exención de la cláusula "*double taxation shall be avoided as follows: (…)*" podría evitar cualquier supuesto de doble no imposición. El problema de esta alternativa es determinar en qué medida hay doble imposición efectiva cuando el Estado de fuente grava a tipos impositivos reducidos.

aquellos CDIs suscritos por España que prevén el método de exención[509], dicho método será sustituido por el método de imputación en la medida en que los Estados parte en dichos CDIs no formulen reservas al respecto[510]. La razón de la posición de España se encuentra probablemente en la necesidad de preservar un mayor margen de maniobra en su política fiscal, ya que el método de imputación establecido en un CDI no impide a España poder implementar mediante su normativa nacional el método de exención por ser más favorable para el contribuyente, pero no al revés[511].

#### 2.2.4.3.3. La doble no imposición como consecuencia de la interacción entre la ley nacional y los CDIs

Otra de las situaciones que pueden dar lugar a resultados de doble no imposición es cuando el CDI solo impide gravar a uno de los Estados contratantes mientras que el Estado al que otorga la potestad tributaria decide unilateralmente no ejercerla.

Como ha hemos dicho, en estos casos el Estado contratante que mantiene la potestad tributaria puede decidir unilateralmente abstenerse de gravar. Por lo que, tal y como hemos establecido anteriormente, estos casos de doble no imposición solo pueden ser solucionados en sede del Estado contratante cuya potestad tributaria se ve limitada por el CDI a través del establecimiento de cláusulas *subject-to-tax* expresas que reviertan dicha limitación cuando el Estado con la potestad tributaria principal no ejerza la suya[512].

Dentro de este tipo de supuestos, nos podemos encontrar con determinados casos en los que la doble no imposición se produce por un conflicto de atribución en el que el Estado de fuente aplica el CDI para limitar sus potestades tributarias y el Estado de residencia, a quien corresponde la potestad tributaria principal, se abstiene de gravar debido a que considera que las rentas se atribuyen a un contribuyente situado en un país tercero. Se trata de rentas obtenidas a través de *entidades híbridas inversas*, en

[509] En concreto los CDIs suscritos con Brasil, República Checa, República Eslovaca, Marruecos, Polonia y Turquía; véase nota 522, la posición española en el Instrumento Multilateral.
[510] Sobre la posición española en el Instrumento Multilateral, véase Ribes Ribes (2018).
[511] Ribes Ribes (2018), sección II.2.2.C.
[512] Scapa y Henie (2005), p. 267, y Lang (2004), pp. 86-88 y 101 y ss.

donde la jurisdicción de la entidad que percibe la renta califica a dicha entidad como transparente, mientras que la jurisdicción de los socios de dicha entidad califica a esta como opaca, de manera que dicha renta no tributa por razón de residencia en ninguna jurisdicción[513].

Este tipo de casos no supone un conflicto en la calificación de la renta, sino en la atribución de la misma. En estos casos, el Estado de fuente atribuye la renta a un contribuyente y el Estado de residencia a otro. Muchos de estos conflictos de atribución surgen cuando el Estado de fuente, en aplicación de una regla distributiva del CDI que limita su potestad tributaria, atribuye la renta a un residente del otro Estado contratante en la medida en que se trata de rentas "obtenidas por", "pagadas a" o "cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante".

Así, la doble no imposición surge cuando el Estado de fuente considera que es aplicable una regla distributiva del CDI que limita su potestad tributaria porque concurre su presupuesto de hecho (la renta es "obtenida por un residente del otro Estado contratante") mientras que el otro Estado contratante no grava dicha renta por considerar que no es atribuible a uno de sus residentes.

Aunque la OCDE emitió en 1999 su Informe Partnership intentando dar solución interpretativa a estos problemas, los criterios de dicho informe, amén de no ser vinculantes para los Estados, han sido objeto de controversia[514]. El Informe Partnership estableció que el Estado de fuente debía seguir la atribución fiscal realizada por el Estado de residencia:

> "[*A*]s *implicit in the structure of the Convention the principle that the source State, in applying the Convention where partnerships are involved, should take into account, as part of the factual context in which the Convention is to be applied, the way in which an item of income arising in its jurisdiction is treated in*

[513] Véase ejemplo 3 del Informe Partnership, OCDE (1999), pp. 20 y ss.
[514] Para estas críticas véase Lang (2000), uno de los principales críticos del Informe Partnership, y Danon (2014). Véase también Parada (2017) pp. 331 y ss., y Kollmann et al. (2016), pp. 7-8.

*the jurisdiction of the taxpayer claiming the benefits of the treaty as a resident. (…) This interpretation, which looks at how the partnership's income is taxed by the State of residence, avoids denying the benefits of tax conventions to a partnership's income on the basis that neither the partnership, because it is not a resident, nor the partners, because the income is not directly paid to them or derived by them, can claim the benefits of the Convention with respect to that income.*"[515]

En nuestra opinión, sí es posible que el Estado de fuente interprete los términos "pagadas a"/"obtenidas por" un "beneficiario efectivo" en función de criterios jurídico-privados, en vez de tener que seguir la atribución fiscal realizada por el otro Estado contratante. Por ejemplo, el Estado de fuente podría denegar los beneficios del CDI a los socios de una entidad transparente bajo el argumento de que, en la medida en que la sociedad transparente tenga personalidad jurídica, los socios de esta no son los beneficiarios efectivos de la renta. En nuestra opinión de ningún modo del texto del MC OCDE se infiere indubitadamente que el Estado de fuente tenga que conceder los beneficios del CDI a los socios de una entidad transparente. Ni tampoco se infiere lo contrario: que el Estado de fuente no pueda conceder los beneficios del CDI a los socios de una entidad transparente si considera a estos como los beneficiarios de la renta en atención a criterios jurídico-privados, en cuyo caso la doble no imposición podría estar servida en la medida en que el Estado de residencia de dichos socios considerase como opaca a dicha entidad.

Es decir, en nuestra opinión, caben al menos dos posibles interpretaciones que son igualmente válidas. *i)* La propia del Informe Partnership, por la cual las reglas de atribución establecidas en las reglas distributivas del CDI suponen una suerte de "uso fáctico de la ley extranjera"[516], de manera que hacen una remisión implícita a los efectos de la ley nacional del Estado contratante de residencia. Así, la regla distributiva tendría una cláusula de sujeción efectiva (*subject-to-tax*) implícita que haría que la regla

[515] OCDE (1999), párr. 53. Este principio fue incorporado a los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE en la actualización del año 2000.

[516] Sobre el "uso fáctico de la ley extranjera" véase West (1996), y el Capítulo III, sección 2.1.3.2.1 del presente trabajo.

distributiva solo fuera aplicable por el Estado de fuente en la medida en que la renta estuviera sujeta a tributación por razón de residencia en el otro Estado contratante. *ii)* O bien que la regla distributiva establezca criterios de atribución autónomos (de carácter jurídico-privado), que no hagan remisión alguna a los efectos de la ley nacional de ningún Estado contratante.

Por ello, es perfectamente plausible considerar como válido que cuando ambos Estados contratantes suscriben un CDI no quieran asumir que los efectos del mismo queden vinculados a los efectos de la ley interna uno de ellos. Pero también lo contrario, que, en aras de evitar riesgos de doble imposición o doble no imposición, los Estados contratantes establezcan una suerte de reglas de vinculación que permitan al CDI alcanzar sus objetivos más eficazmente.

Lo que sí creemos que no ofrece dudas es que la definición de "residente de un Estado contratante" del artículo 4.1 del MC OCDE sí recoge una interpretación como la propuesta en el Informe Partnership. De la literalidad de la norma parece claro que para que una entidad pueda acogerse a los beneficios de un CDI debe estar sujeta a tributación *ratione personae*. De manera que una entidad que es considerada por su país de constitución como fiscalmente transparente no está "sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga".

Lang establece que, a la hora de determinar si una entidad es residente de un Estado contratante, no debería de haber diferencia entre una entidad exenta y una entidad transparente, de manera que si los beneficios de un CDI se conceden a las entidades exentas lo mismo debería hacerse a las entidades transparentes, y viceversa[517]. Esta crítica puede tener sentido desde un punto de vista de la política fiscal a la hora de negociar un CDI. Pero desde un punto de vista legal, como ya hemos dicho, no creemos que una entidad transparente pueda quedar amparada por los beneficios de un CDI. De otro modo el artículo 4.1 del MC OCDE no habría sido redactado en tales términos,

[517] Lang (2004), p. 90.

remitiendo al régimen tributario de sujeción en el país de establecimiento de la entidad[518]. Por tanto, la cuestión debería ser la contraria, si tiene sentido que las entidades subjetivamente exentas puedan obtener los beneficios del CDI (y por tanto se generen supuestos de doble no imposición), cuestión esta que debe resolverse en nuestra opinión, no a través del artículo 4.1 del MC OCDE, sino a través de cláusulas específicas de sujeción efectiva, como las cláusulas LOB.

Así, entendemos que las entidades exentas sí tienen subjetividad fiscal y por tanto sí son residentes a los efectos del MC OCDE[519]. De hecho, las rentas que obtienen estas entidades no son atribuidas a sus socios, sino a las propias entidades, prueba de que fiscalmente se les reconoce subjetividad fiscal. Por el contrario, las entidades transparentes carecen de subjetividad fiscal habida cuenta de que las rentas que obtienen son atribuidas a sus socios.

En nuestra opinión el artículo 4.1 del MC OCDE debería operar como una suerte de cláusula de coherencia en la aplicación de los CDIs, más que como una cláusula de sujeción efectiva para evitar la doble no imposición. De tal manera que cualquier entidad que tenga subjetividad fiscal en un Estado contratante y a la que se atribuyan fiscalmente las rentas, debe poder estar invocar los beneficios del CDI, y ello sin perjuicio de que pudieran existir cláusulas específicas de sujeción efectiva que impidiesen acogerse a los beneficios del CDI a las entidades que estén exentas.

Así, una aplicación coherente del artículo 4.1 del MC OCDE puede prevenir, accesoriamente, situaciones de doble no imposición fruto de los conflictos de atribución de la renta. Como por ejemplo, en los casos de entidades híbridas inversas, de tal

[518] La condición de "residente de un Estado contratante" requiere, de acuerdo al artículo 4.1 del MC OCDE, ser "*liable to tax*". Por lo general se viene entendiendo que dicha expresión incluye a cualquier entidad con subjetividad fiscal (que no sea fiscalmente transparente) y con independencia de que esté sometida a un régimen especial de exención. Por el contrario, ser "*subject to tax*" implica una sujeción efectiva de la renta en cuestión. Para una distinción de ambas expresiones, véase Lang (2004), pp. 110-112, y Parada (2018b), p. 340.

[519] Véase el informe de la OCDE (2010), párr. 29, sobre vehículos de inversión colectiva, y el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE. En el mismo sentido, el Modelo de Convenio de los EEUU, tal y como establecen sus Explicaciones Técnicas. No obstante, esto no implica necesariamente que no pueda haber países que consideren que las entidades exentas no son residentes a los efectos de invocar los beneficios de un CDI (párrafo 8.12 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE).

manera que el CDI suscrito entre el Estado de fuente y el Estado de establecimiento de la entidad híbrida inversa no sea aplicable.

Por todo lo anterior, de la lectura del MC OCDE previo a la actualización de 2017 no se puede asumir como unívoca la interpretación propuesta por el Informe Partnership. De manera que no necesariamente el MC OCDE puede servir para eliminar todas las situaciones de doble no imposición, sobre todo en aquellos casos en que el Estado de fuente considere que sí es aplicable el CDI suscrito con la jurisdicción de los socios de una entidad híbrida inversa en virtud de su interpretación de términos tales como "pagados a" o "beneficiario efectivo" incluidos en las reglas distributivas[520].

Para salvar estos problemas interpretativos, e incluso extender la interpretación del Informe Partnership a situaciones intermedias no tratadas en dicho informe (por ejemplo, entidades parcialmente transparentes), y eliminar cualquier posibilidad de doble no imposición, la Acción 2 de BEPS propuso la inclusión de la nueva cláusula sobre entidades transparentes[521], que cristalizó en 2017 en el nuevo apartado 2 del artículo 1 del MC OCDE, dirigida no solo a entidades *partnerships* sino a todo tipo de entidades:

> "A los efectos de este Convenio, la renta obtenida por una entidad u otro instrumento considerados total o parcialmente transparentes a efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cualquiera de los Estados contratantes, o que se obtenga a través de ellos, se considerará renta de un residente de un Estado contratante, pero únicamente en la medida en que dicha renta se trate, a los efectos de la imposición por ese Estado, como renta de un residente del mismo."

Esta cláusula ha sido incorporada también en el artículo 3.1 del Instrumento Multilateral. España no ha formulado reservas respecto de la inclusión de esta cláusula en sus CDIs comprendidos en el Instrumento Multilateral, salvo con respecto a los CDIs

[520] Véase el ejemplo 3 del Informe Partnership, OCDE (1999), pp. 20-22.
[521] OCDE (2015), pp. 139-143. La cláusula sobre entidades transparentes de la OCDE ha tenido como precedente la cláusula del artículo 1.6 del Modelo de Convenio de Estados Unidos; véase al respecto Parada (2017), pp. 339 y ss.

que ya incluían esta cláusula o similar[522]. No obstante, en España la DGT ya venía interpretando sus CDIs a la luz de los postulados del Informe Partnership[523].

#### 2.2.4.3.4. Reflexiones finales

Los CDIs son sistemas normativos autónomos que no son eficaces para combatir la doble no imposición cuando esta deriva de la interacción de las leyes nacionales de ambos Estados contratantes, ya que los CDIs no imponen a estos la obligación de gravar. Simplemente autorizan o limitan potestades tributarias[524]. Precisamente cuando los CDIs limitan las potestades tributarias de alguno de los Estados contratantes se facilita la existencia de potenciales situaciones de doble no imposición, en cuyo caso estos

[522] En concreto, con respecto a los CDIs con EEUU, Finlandia, Reino Unido y Rumanía. Véase la posición española en el Instrumento Multilateral, disponible en https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Documentacion/Convenio%20multilateral_ES_Posicion%20espanola.PDF

[523] En la Consulta V3319-16, en relación a una KG alemana que es considerada fiscalmente transparente en su jurisdicción de establecimiento (Alemania) y en la jurisdicción de uno de sus socios (Reino Unido), la DGT aplica la cláusula de entidades transparentes contenida en el CDI hispano-británico, otorgando así los beneficios de dicho CDI a los dividendos de fuente española obtenidos por el socio británico a través de la KG alemana. En el mismo sentido, en las Consultas V0601-16 y V4196-16, la DGT concede los beneficios del CDI hispano-americano a las rentas de fuente española obtenidas por una LLC americana, fiscalmente opaca en EEUU, a través de una entidad holandesa considerada fiscalmente transparente tanto en su jurisdicción de establecimiento (Holanda) como en la jurisdicción de sus socios (EEUU); en este caso la DGT alude a la interpretación pactada en el Acuerdo Amistoso, de 30 de enero y 15 de febrero de 2006, relativo a la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos. La DGT también ha aplicado los principios del Informe Partnership incluso con respecto aquellos CDIs que no contienen cláusula alguna de entidades transparentes ni acuerdos interpretativos al respecto. Tal es el caso del CDI entre España y Suiza, donde la DGT (Consulta V2414-16) consideró que un fondo de inversión de tipo abierto constituido en Suiza y considerado fiscalmente transparente de acuerdo a la legislación suiza no era residente en Suiza a los efectos de aplicar los beneficios de dicho CDI: "Dado que el fondo de inversión "FCP" descrito en la consulta es transparente fiscalmente en Suiza, no se le puede considerar residente a los efectos del Convenio. En estos términos se expresan los comentarios al artículo 1 en relación con el tratamiento de las sociedades de personas o "partnerships" que, en su párrafo 5, indican que al no cumplir con la exigencia de estar sometidas a tributación su país, como exige el artículo 4.1 del Convenio, no puede ser residente de este Estado a efectos de la posible aplicación del Convenio. En tal supuesto, indica el referido párrafo 5 que los socios o partícipes deben poder acceder, en proporción a su participación en las rentas de la entidad transparente, a la aplicación de los beneficios de los Convenios del Estado del que sean residentes en la medida en que las rentas de la entidad transparente les sean atribuidas a efectos fiscales en su Estado de residencia."

[524] Asimismo, la doble no imposición fruto de la acción deliberada de los Estados, no va contra el propósito de los convenios de doble imposición, tal y como apunta Lang (2004), p. 86, para quien "parece que no hay un solo caso en el cual la doble no imposición desencadenada por una renuncia unilateral del derecho a gravar por ambas partes resulte en violación del convenio". En el mismo sentido Scapa y Henie (2005), p. 267.

riesgos solo pueden ser mitigados mediante la inclusión de cláusulas de sujeción efectivas en los CDI.

Además, aunque el objetivo de los CDIs sea asignar coherentemente las potestades tributarias entre los Estados contratantes, el hecho de que los CDIs sean interpretados y aplicados por ambos Estados contratantes, no sujetos a una autoridad administrativa ni judicial común, provoca que en algunos casos se produzcan resultados de doble no imposición por la propia aplicación heterogénea del CDI. En estos casos es necesario también incorporar a los CDIs cláusulas específicas de sujeción efectiva.

#### 2.2.4.4. La doble no imposición y el Derecho de la UE: el régimen de ayudas de Estado prohibidas

Con la creación en 1997 del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas[525] la Unión Europea empezó a preocuparse por combatir los efectos de las prácticas de competencia fiscal perniciosa. En dicho Código de Conducta, el Consejo ECOFIN sentó las bases de lo que posteriormente derivó en una clara oposición no solo contra las prácticas de competencia fiscal perniciosa, sino también contra las prácticas de planificación fiscal agresiva que a día de hoy han desembocado en la Directiva Fiscal Anti-abuso[526].

Uno de los pilares de el Código de Conducta fue la lucha contra las prácticas de competencia fiscal perniciosa, no solo en el seno de los Estados Miembros, sino también en países terceros. Aunque los Estados Miembros se comprometieron a eliminar gradualmente aquellos regímenes fiscales existentes que pudieran ser perniciosos, paralelamente la Comisión abrió la puerta a desmantelar muchos de estos regímenes a través de la vía vinculante que le otorga la normativa del TFUE sobre de ayudas de

[525] Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de diciembre de 1997, relativa a un Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, DO C 2 de 6.1.1998, p. 1.
[526] Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Estado prohibida. Así, la Comunicación de la Comisión de 1998[527] sentó las bases para la aplicación de la normativa de ayudas de Estado a regímenes fiscales que pudieran ser constitutivos de ayudas de Estado prohibidas.

La Comunicación de la Comisión de 1998 dio paso a una primera fase, de 2001 a 2008, de revisión de medidas fiscales bajo la lupa de la normativa de Ayudas de Estado. Esta fase, conocida como *Fiscal Aid Package*[528]*,* se caracterizó por revisar regímenes fiscales especiales que por lo general estaban destinados a atraer determinadas actividades, sobre todo de tipo financiero, de grupos multinacionales.

El hecho de que la Comisión pusiese su punto de mira sobre este tipo de regímenes fiscales especiales probablemente hizo que determinados Estados Miembros rediseñasen muchos de estos regímenes al objeto de poder esquivar las acciones de la Comisión[529]. En concreto, Gibraltar estableció un régimen fiscal de aplicación general a todas las empresas pero que, para la Comisión, *de facto* favorecía a las empresas transnacionales[530]. La decisión de la Comisión es cuestionable, hasta el punto de que el propio Tribunal General anuló dicha decisión sobre la base de que la Comisión no pudo identificar claramente cuál era el régimen fiscal común o "normal" de referencia

[527] 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, DO C 384 de 10.12.1998, p. 3.
[528] Rossi-Maccanico (2015), p. 64.
[529] Traversa y Sabbadini (2017), p. 119.
[530] Decisión de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, sobre el régimen de ayudas que el Reino Unido tiene previsto ejecutar con respecto a la reforma del impuesto de sociedades del Gobierno de Gibraltar, DO L 85 de 2.4.2005, p. 1.

respecto del cual se predicaba una ventaja selectiva[531]. Sin embargo, el TJUE anuló la sentencia del Tribunal General, admitiendo la validez la decisión de la Comisión[532].

Sin perjuicio de que es discutible que la Comisión identificase correctamente el régimen fiscal general o "normal" de referencia en el caso Gibraltar, sí creemos válida la aplicación del enfoque de la selectividad *de facto* sobre aquellas medidas fiscales generales pero que en la práctica confieren ventajas a determinados sectores[533].

Al calor del proyecto BEPS y los esfuerzos internacionales para combatir la planificación fiscal agresiva, la Comisión inició una nueva etapa de revisión de medidas fiscales que *prima facie* eran generales, pero de las que se derivaban oportunidades de planificación fiscal agresiva para los grupos multinacionales. Las medidas en el punto de mira de la Comisión han sido básicamente resoluciones fiscales administrativas nacionales (*tax rulings*) de las que se derivaban posibles tratos de favor a determinados grupos multinacionales en aplicación de las normas de determinación de la base imponible como consecuencia de los precios de transferencia en sus operaciones intragrupo. En concreto la Comisión revisó determinadas resoluciones administrativas emitidas por

[531] Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2008, T-211/04 y T-215/04 (*Gobierno de Gibraltar contra la Comisión*), párrs. 170-183. Asimismo, el Abogado General Jääskinen, en su Opinión de 7 de abril de 2011 en la instancia de apelación frente al TJUE (C-106/09 P y C-107/09 P), establece que "de acuerdo con este enfoque la existencia de una ventaja ya no se apreciaría basándose en una comparación entre la medida y el régimen tributario aplicable con carácter general, sino mediante una comparación entre el régimen tributario, tal como se presenta, y otro sistema, hipotético e inexistente. Ahora bien, tal enfoque exigiría elaborar un *tertium comparationis* fiscal para la Unión, con objeto de poder apreciar el efecto supuestamente discriminatorio derivado de las opciones escogidas para determinar la base imponible (o los tipos impositivos) en el ámbito de la fiscalidad de las empresas" (párr. 202); y "dado que el sistema tributario tiene carácter general, escapa a la aplicación del artículo 87 CE, apartado 1. En efecto, ya que las medidas adoptadas por el Estado miembro se refieren al conjunto del sistema tributario, deben verse como un caso de ordenación de la política fiscal general, no como ayudas de Estado" (párr. 140).

[532] STJUE de 15 de noviembre de 2011, C-106/09 P y C-107/09 P (*Comisión y España contra el Gobierno de Gibraltar y Reino Unido*)

[533] En este sentido, la Comisión posteriormente volvió a declarar como ayuda de Estado prohibida la normativa fiscal de Gibraltar derivada de la reforma fiscal del impuesto sobre sociedades en el año 2010 (Income Tax Act 2010), de acuerdo a la cual los intereses de cánones e intereses estaban exentos de tributación fuera cual fuera el origen de estos. Decisión (UE) 2019/700 de la Comisión de 19 de diciembre de 2018 relativa a la ayuda estatal SA.34914 (2013/C) ejecutada por el Reino Unido por lo que respecta al régimen del impuesto de sociedades de Gibraltar, DO L 119 de 7.5.2019, p. 151, párrs. 103-104.

Irlanda, Luxemburgo y Holanda en relación a Apple, Amazon, Fiat y Starbucks, concluyendo que eran constitutivas de ayudas de Estado prohibidas[534].

Es evidente que si un país grava el beneficio individualmente atribuido a cada sociedad residente en dicho país, es que está aplicando el principio de empresa independiente, razón por la cual debería aplicarlo también a las transacciones intragrupo. De no ser así, la tributación de las empresas intragrupo quedaría absolutamente al arbitrio del contribuyente, quien podría decidir cuánto tributa cada sociedad, lo que evidentemente supondría una ventaja selectiva para los grupos multinacionales[535]. Cuando el legislador establece que el contribuyente del impuesto sobre sociedades es una sociedad individualmente considerada, está revelando la individualidad fiscal de la sociedad, de manera que su pertenencia a un grupo debería ser irrelevante al objeto de compararla con una sociedad independiente no perteneciente a un grupo.

Si una empresa independiente debe tributar conforme a los beneficios obtenidos como consecuencia de sus operaciones a precios de mercado, no hay razón para pensar que una empresa intragrupo no debiera tributar conforme al mismo criterio. Si bien es cierto que a una entidad independiente se le imponen exógenamente los precios de mercado (ya que no es concebible que fije precios que no sean de mercado con partes independientes), a una entidad que forme parte de un grupo debería imponérsele también precios de mercado a efectos fiscales ya que de otro modo el principio de empresa independiente no estaría aplicando para las empresas que formasen parte de un grupo. De tal manera que si a una entidad perteneciente de un grupo se le permitiese fijar libremente su base imponible (o conforme a criterios diferentes a los de mercado) se le estaría inaplicando el régimen general de determinación de la base imponible aplicable a las entidades independientes, régimen que indisoluble e implícitamente

[534] Decisión (UE) 2017/1283 de la Comisión de 30 de agosto de 2016 relativa a la ayuda estatal SA.38373 concedida por Irlanda a Apple, DO L 187 de 19.7.2017, p. 1; Decisión (UE) 2018/859 de la Comisión de 4 de octubre de 2017 relativa a la ayuda estatal SA.38944 ejecutada por Luxemburgo en favor de Amazon, DO L 153 de 15.6.2018, p. 1; Decisión (UE) 2016/2326 de la Comisión de 21 de octubre de 2015 relativa a la ayuda estatal SA.38375 ejecutada por Luxemburgo en favor de Fiat, DO L 351 de 22.12.2016, p. 1; Decisión (UE) 2017/502 de la Comisión de 21 de octubre de 2015 relativa a la ayuda estatal SA.38374 aplicada por los Países Bajos en favor de Starbucks, DO L 83 de 29.3.2017, p. 38.
[535] Véanse notas 563 y 564 en relación con el caso *Engie*.

determina la base imponible conforme al valor de mercado[536]. El Tribunal General de la Unión Europea estableció en su sentencia en el caso *FIAT*:

> "Así pues, según la Comisión, si, en el marco de su sistema fiscal nacional, un Estado miembro escoge el enfoque de la entidad jurídica separada, según el cual el Derecho fiscal se centra en las entidades jurídicas y no en las entidades económicas, el principio de libre competencia es necesariamente un corolario de este enfoque, que tiene fuerza vinculante en el Estado miembro en cuestión, independientemente de si el principio de libre competencia se ha incorporado, ya sea expresa o implícitamente, al Derecho nacional."[537]

Así, salvo que un Estado Miembro se apartase expresamente del principio de empresa independiente (distribución de la carga tributaria en atención a un criterio "entidad por entidad") para aplicar un sistema de reparto formulario que ignore el factor "entidad" (distribución de la carga tributaria en atención a un criterio "país por país", atendiendo a la localización de los factores de producción o las ventas del grupo) no creemos posible que un Estado Miembro pueda apartarse del principio de empresa independiente a la hora de distribuir la carga tributaria dentro de un grupo de empresas. Tales son las propuestas internacionales actuales para superar las limitaciones del principio de empresa independiente en relación a la economía digital[538].

---

[536] Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 24 de septiembre de 2019, asuntos T-755/15 y T-759/15 (*Luxemburgo y Fiat contra la Comisión*), párrs. 105-106, 131-132 y 143.

[537] Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 24 de septiembre de 2019, asuntos T-755/15 y T-759/15 (*Luxemburgo y Fiat contra la Comisión*), párr. 152.

[538] En el ámbito de los sectores digitales, véase el informe de la OCDE (2020), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS.* En la Unión Europea véase el Paquete sobre la fiscalidad de la economía digital, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: "Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital", COM(2018) 146 final, de 21 de marzo de 2018. En este Paquete se enmarcan varias propuestas de directiva, como la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa, COM(2018) 147 final, de 21 de marzo de 2018; o la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, COM(2018) 148 final, de 21 de marzo de 2018. En la Unión Europea, véase también la Propuesta de Directiva relativa a una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS), COM(2016) 683 final, de 25 de octubre de 2016.

En nuestra opinión, el verdadero problema son los criterios concretos en los que se materializa el principio de empresa independiente en cada país[539]. Precisamente esta circunstancia es la que ha provocado que en algunos casos la Comisión no haya sido capaz de probar solventemente ante el Tribunal General de la Unión Europea que los criterios administrativos aplicados por las autoridades fiscales se apartaban realmente del precio de mercado, sin que ello enerve la validez del principio de empresa independiente (y la consiguiente valoración a precio de mercado de las transacciones intragrupo) como parámetro para identificar la existencia o no de una ventaja selectiva[540].

En el ámbito de la planificación fiscal agresiva, no solo ha sido objeto de revisión la aplicación del principio de empresa independiente, sino también determinadas medidas fiscales nacionales que eran explotadas por los contribuyentes para alcanzar resultados de doble no imposición bilateral (como consecuencia de la interacción de varios sistemas fiscales).

Tal es el caso del régimen de financiación intragrupo holandés denominado *groepsrentebox*[541]*.* El régimen fiscal sometido a escrutinio consistía en la aplicación de un tipo reducido (del 5%) para los intereses de los préstamos intragrupo. Siendo el tipo impositivo general holandés del 25,5%, este tipo reducido del 5% se aplicaría tanto al perceptor de los intereses como al pagador, de tal manera que el régimen fiscal de la financiación intragrupo se acercaba al régimen fiscal propio del capital. Este régimen generaría claras oportunidades de doble no imposición cuando el pagador de los intereses estuviera en otro país (ya que el beneficiario holandés sería gravado al 5%

[539] El Tribunal General de la Unión Europea señala en su sentencia de 24 de septiembre de 2019, asuntos T-755/15 y T-759/15 (*Luxemburgo y Fiat contra la Comisión*), párr. 144, que la Comisión "solo puede apreciar la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, si la diferencia entre los dos factores de comparación excede de las imprecisiones inherentes al método aplicado para obtener dicha aproximación".

[540] La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 24 de septiembre de 2019, asuntos T-760/15 y T-636/16 (*Países Bajos y Starbucks contra la Comisión*), anula la Decisión de la Comisión en el caso *Starbucks* (nota 534), por no haber podido demostrar suficientemente que los precios de transferencia se apartaban del valor de mercado.

[541] Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009 relativa al régimen *groepsrentebox* que los Países Bajos tienen previsto aplicar, DO L 288 de 4.11.2009, p. 26.

mientras que el pagador extranjero podría deducírselos al tipo ordinario del país de establecimiento).

La Comisión finalmente decidió que este régimen no constituía una ayuda de Estado. La Comisión realiza un análisis, en primer lugar, desde una perspectiva unilateral holandesa. En este análisis la Comisión considera que gravar los intereses intragrupo a un tipo reducido del 5% no suponía una ventaja selectiva. La Comisión parte de la premisa de que las relaciones intragrupo no son comparables a las relaciones entre empresas independientes ya que la financiación intragrupo "no es puramente comercial" ya que las partes de un mismo grupo "tienen los mismos intereses" y por lo tanto estas operaciones no están sometidas a las presiones competitivas del mercado[542]. De acuerdo a la Comisión, el hecho de que este régimen fiscal especial se aplique solo a operaciones intragrupo es un "criterio horizontal aplicable a todas las empresas, independientemente del tamaño, el sector de actividad o cualquier otra distinción"[543]. Además, esta medida no vulnera la neutralidad fiscal en los pagos intragrupo puramente domésticos dado que el tipo reducido se aplica tanto en relación al gravamen sobre el ingreso del beneficiario como al crédito fiscal sobre el gasto del pagador[544].

En segundo lugar, la Comisión realiza un examen de la medida desde una perspectiva de los efectos tributarios agregados en un contexto transfronterizo. La Comisión acertadamente determina que "una ventaja que se desprenda de un contexto internacional en el que un tipo fiscal reducido en los Países Bajos no tenga una correspondencia simétrica con un tipo reducido de deducción en los Países Bajos, sino con un tipo de deducción normal en el extranjero, no es imputable a los Países Bajos", y que por consiguiente "cualquier ventaja de un grupo multinacional que se desprenda de una situación transfronteriza como la descrita en la decisión de incoar el

[542] Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009 relativa al régimen *groepsrentebox* que los Países Bajos tienen previsto aplicar, DO L 288 de 4.11.2009, párr. 103.
[543] Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009 relativa al régimen *groepsrentebox* que los Países Bajos tienen previsto aplicar, DO L 288 de 4.11.2009, párr. 104.
[544] Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009 relativa al régimen *groepsrentebox* que los Países Bajos tienen previsto aplicar, DO L 288 de 4.11.2009, párrs. 104 y 110.

procedimiento, es el resultado de la disparidad fiscal entre distintas jurisdicciones fiscales y debe excluirse del ámbito de la evaluación de la ayuda estatal"[545]. Así, la existencia de una ventaja selectiva debe ser imputable a un Estado Miembro, y no al ejercicio paralelo de la soberanía tributaria por varios Estados Miembros. En nuestra opinión, lo contrario supondría proceder a una armonización impositiva comunitaria a través del Derecho primario de la Unión. Armonización que es del todo imposible dado que el Derecho de la UE no prescribe legalmente criterios de asignación de potestades tributarias bajo los que pudiera ampararse la Comisión.

No obstante, algunos autores han querido ver en el principio del beneficio un principio general de Derecho de la UE que pudiera ser empleado para identificar quién es el Estado Miembro infractor al que debe imponérsele la obligación de gravar una situación de doble no imposición derivada de la utilización de instrumentos híbridos[546]. Podríamos pensar que, si la Comisión se vale del principio de empresa independiente para combatir las ventajas selectivas derivadas de la aplicación de los precios de transferencia en las transacciones intragrupo, de la misma manera podría valerse del principio del beneficio para eliminar los casos de doble no imposición. Ambos principios establecen criterios de distribución de la carga tributaria. El principio de empresa independiente distribuye la carga tributaria entre entidades, mientras que el principio del beneficio distribuye la carga tributaria entre países.

No obstante, esta hipótesis parte de la premisa errónea de que el análisis de las ayudas de Estado requiere un enfoque global o transfronterizo para determinar si existe una ventaja selectiva. Esto supondría que la Comisión tendría que hacer de legislador (armonizando tributos a nivel europeo). Si bien es cierto que la neutralidad, como parámetro de equidad vertical y principio programático del Derecho de la UE, podría justificar en relación a las libertades fundamentales que un Estado Miembro tratase diferente dos situaciones que no son comparables (una situación transfronteriza que dé lugar a una doble no imposición y una situación interna en la que hay neutralidad), no

[545] Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009 relativa al régimen *groepsrentebox* que los Países Bajos tienen previsto aplicar, DO L 288 de 4.11.2009, párrs. 115 y 117.
[546] Rossi-Maccanico (2015), pp. 71-72.

es menos cierto que aplicar este principio de neutralidad por la Comisión en base al artículo 107 del TFUE supondría tener que decidir qué Estado Miembro es el que debe gravar. Y en este sentido, ni el principio del beneficio es un principio de Derecho de la UE ni, aunque lo fuera, nos ofrece soluciones concretas, más allá de principios abstractos, para determinar qué Estado es competente para gravar una renta derivada de la existencia de un elemento híbrido en el hecho imponible de dos Estados. Así, el principio del beneficio no nos ofrece criterios rigurosos a la hora de descender al detalle y tener que identificar si un instrumento es de deuda o capital, si hay presencia física gravable o no, si hay residencia, etc. Es absolutamente imposible pretender extraer de tan etéreo principio unos criterios específicos y detallados que pudieran orientarnos a la hora de decidir unívocamente, administrativa o judicialmente, qué país debe gravar una renta es situaciones tan específicas como puede ser la existencia de un instrumento híbrido.

Así, en lo que nos ocupa la diferencia entre ambos tipos de casos, los de precios de transferencia y los de doble no imposición bilateral, es grande. En primer lugar, porque los casos de precios de transferencia revisados por la Comisión tratan de casos en los que el Estado Miembro sí utilizaba el estándar del principio de empresa independiente, pero en las relaciones intragrupo dicho Estado Miembro presuntamente se apartaba de aplicar tal principio. En estos casos no hay doble no imposición bilateral, entendida como aquella derivada de la interacción de dos sistemas fiscales diferentes. El presunto país infractor sí utiliza como parte de su régimen fiscal general de referencia el principio de empresa independiente, lo que se discute es precisamente la derogación de la aplicación de tal principio en el contexto de las relaciones intragrupo. Por el contrario, cuando nos encontramos ante supuestos de doble no imposición, es precisamente porque dos países tienen normas fiscales diferentes, pero en ningún caso las aplican de manera selectiva.

No obstante, hay autores que han sugerido que la inaplicación del principio de empresa independiente a las empresas intragrupo no debería ser una ventaja selectiva en la medida en que, tal y como determinó la Comisión con respecto al régimen holandés de

financiación intragrupo *groepsrentebox*[547]*,* las relaciones intragrupo no son comparables a las relaciones entre empresas independientes habida cuenta de que las primeras no tienen objeto comercial[548]. Siguiendo este razonamiento podríamos concluir que un Estado Miembro debe ser soberano para distribuir como quiera la carga tributaria entre las entidades de un mismo grupo si de tal distribución se deriva una tributación agregada neutral si la comparamos con la distribución de la carga tributaria entre empresas independientes. No obstante, la diferencia es sutil entre unos casos y otros. El régimen holandés *groepsrentebox* pretende equiparar fiscalmente la financiación intragrupo vía deuda a la financiación vía capital ya que el financiador comparte los riesgos de la financiada como si de un accionista se tratase. En otras palabras, la financiación intragrupo vía préstamo no es comparable a la financiación vía préstamo entre empresas independientes, pero sí es comparable a la financiación vía capital. Sin embargo, en algunos de los casos de precios de transferencia revisados por la Comisión los criterios de reparto de la base imponible utilizados por las autoridades fiscales nacionales no responden a lógica alguna más allá de la de permitir al contribuyente asignar la carga tributaria a la entidad que más le conviene.

La importancia del caso *Apple*, en nuestra opinión, estriba principalmente en determinar si la propiedad intelectual de varias entidades (Apple Operations Europe y Apple Sales International) no residentes en Irlanda estaba vinculada a sus establecimientos permanentes en Irlanda, de manera que los ingresos derivados de dicha propiedad intelectual pudieran ser atribuidos a dichos establecimientos permanentes. El Tribunal General de la Unión Europea estableció que la Comisión no pudo demostrar en su Decisión[549] que la propiedad intelectual de dichas entidades no residentes estuviera vinculada a, ni gestionada por, sus establecimientos permanentes en Irlanda[550].

[547] Véase notas 542 y 543.
[548] Lovdahl Gormsen (2019), p. 59.
[549] Decisión (UE) 2017/1283 de la Comisión de 30 de agosto de 2016 relativa a la ayuda estatal SA.38373 concedida por Irlanda a Apple, DO L 187 de 19.7.2017, p. 1.
[550] Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de julio de 2020, asuntos T-778/16 y T-892/16 (*Irlanda y Apple contra la Comisión*), párrs. 180-186.

El hecho de que Apple Operations Europe y Apple Sales International no fueran residentes, no solo en Irlanda, sino en ningún otro país (ya que, a pesar de estar dirigidas desde los Estados Unidos, no se consideraban residentes en dicho país por no estar constituidas allí) es simplemente una cuestión de que ambos países, Irlanda y EEUU, definen de manera diferente la residencia[551]. No obstante, como acertadamente apunta el Tribunal General, la Comisión atribuye la titularidad de los activos intangibles a los EPs irlandeses "por exclusión"[552], por el mero hecho de que pertenecían a entidades sin residencia fiscal y no se atribuían a ningún establecimiento permanente de ningún otro país; de manera que la Comisión hace de legislador, aplicando una suerte de *linking rule* e imponiendo a Irlanda la obligación de gravar una renta por el mero hecho de que ningún otro país la gravaba. Así, compartimos la postura del Tribunal General ya que el principio de empresa independiente no requiere atribuir a un establecimiento permanente las rentas de activos no afectos al mismo, y ello con independencia de que dichas rentas tampoco tributen en otro país por divergencias en las legislaciones fiscales. Si dichas entidades hubieran tenido residencia fiscal en los Estados Unidos y por tanto hubieran tributado allí los rendimientos derivados de su propiedad intelectual, ¿habría incoado la Comisión el procedimiento bajo el argumento de que los activos intangibles estaban afectos a los establecimientos irlandeses desviándose así del principio de empresa independiente? Parece poco probable.

En el caso *McDonald's* la Comisión también revisa un caso de doble no imposición, aunque finalmente la Comisión desestimó en su Decisión la existencia de una ayuda de Estado prohibida[553]. McD Europe tenía su residencia fiscal en Luxemburgo. Dicha entidad tenía la propiedad de determinados activos intangibles, los cuales estaban afectos a su sucursal situada en los Estados Unidos. El artículo 25(2) del CDI suscrito entre Estados Unidos y Luxemburgo establecía que Luxemburgo debía eximir de tributación las rentas obtenidas por uno de sus residentes que, "de conformidad con las

[551] Sobre la estructura y las técnicas de planificación fiscal usadas por Apple, véase Ting (2014).
[552] Decisión (UE) 2017/1283 de la Comisión de 30 de agosto de 2016 relativa a la ayuda estatal SA.38373 concedida por Irlanda a Apple, párrs. 289-294; sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de julio de 2020, asuntos T-778/16 y T-892/16 (*Irlanda y Apple contra la Comisión*), párr. 186.
[553] Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 relativa a las resoluciones fiscales SA.38945 concedidas por Luxemburgo a McDonald's Europe, DO L 195 de 23.7.2019, p. 20.

disposiciones del presente Convenio, son gravables en Estados Unidos"[554]. No se discute aquí si la exención del CDI es conforme con artículo 107 del TFUE, ya que la Comisión ha manifestado que una ventaja fiscal cuya finalidad sea eliminar la doble imposición no es una ayuda de Estado prohibida ya que se trata de un mecanismo tendente a asegurar la neutralidad del sistema fiscal general de referencia[555].

Lo que se determina aquí es si la aplicación por las autoridades fiscales luxemburguesas de dicha exención a la operativa del grupo McDonald's, a través de una resolución fiscal, es procedente con arreglo a Derecho o si, por el contrario, se aparta de la legalidad y constituye una ayuda de Estado prohibida. Por tanto, la cuestión estribaba en determinar si de acuerdo al CDI, en cuanto interpretado por Luxemburgo, la sucursal en Estados Unidos constituía un EP a los efectos del CDI, ya que de ser así las rentas obtenidas a través de dicho EP podían ser gravadas en los Estados Unidos y por tanto debían quedar exentas en Luxemburgo con arreglo al CDI. De tal manera que el hecho de que dichas rentas no tributasen tampoco en Estados Unidos (bien por su normativa interna, bien porque los Estados Unidos consideren que el CDI les impide gravar a la sucursal, o bien por ambas)[556] es irrelevante, lo relevante es que la aplicación por las autoridades luxemburguesas de la exención al caso de referencia, a través de la *tax ruling*, sea procedente con arreglo al Derecho luxemburgués. La Comisión concluyó finalmente que la exención del CDI sí era aplicable y que la *tax ruling* por tanto no se apartaba de la legalidad.

La propia Comisión ha establecido en su Comunicación de 2016 que existe una ventaja selectiva "cuando una resolución fiscal respalda un resultado que no refleja de manera fiable lo que resultaría de una aplicación normal del sistema tributario general"[557]. En particular, según la Comisión, esto puede ocurrir cuando "la resolución aplica

[554] Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 relativa a las resoluciones fiscales SA.38945 concedidas por Luxemburgo a McDonald's Europe (DO L 195 de 23.7.2019, p. 20), párr. 111.
[555] Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 262 de 19.7.2016, p.1), párr. 139.
[556] Shaheen (2017), pp. 335 y 341.
[557] Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 262 de 19.7.2016, p.1), párr. 170.

incorrectamente legislación fiscal nacional y, como consecuencia, el importe de los impuestos es menor"[558], declaración que nos parece un tanto inquietante toda vez que a quien compete interpretar la legislación interna, y si esta se aplica o no correctamente por las autoridades fiscales, es a los tribunales nacionales de los propios Estados Miembros. Precisamente fue la posibilidad de que Luxemburgo hubiera aplicado erróneamente el CDI, en la resolución fiscal impugnada, la razón que empujó a la Comisión a incoar el procedimiento.

En nuestra opinión, a pesar de los desacertado de las palabras de la Comisión en la Comunicación de 2016, lo verdaderamente relevante no es si Luxemburgo había aplicado correcta o incorrectamente el CDI, cuestión que solo debe competer a los tribunales nacionales luxemburgueses, sino determinar si esa aplicación *ad hoc* del CDI supone una desviación selectiva e inmotivada de la práctica administrativa habitual (o de la jurisprudencia, si la hubiere) aplicada sobre casos similares[559]. Por eso la Comisión tiene el deber de tomar como válida cualquier interpretación del CDI realizada por la administración luxemburguesa siempre que esta no se desvíe, selectiva e inmotivadamente, de la interpretación habitual dada en casos similares. Por ello, en nuestra opinión es irrelevante determinar cuál es la aplicación "correcta" del CDI, y por ende es irrelevante determinar si estamos ante un conflicto de interpretación del CDI, ante un conflicto de calificación que exija seguir la calificación del Estado de fuente conforme a la doctrina de la OCDE en sus Comentarios al MC OCDE[560], o si aun estando ante un conflicto de calificación no cabe seguir la calificación del Estado de fuente. Así, lo verdaderamente relevante es que las autoridades luxemburguesas demostraron que la interpretación que hicieron del CDI en su resolución fiscal relativa a la operativa del

[558] Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 262 de 19.7.2016, p.1), párr. 174.

[559] Así, la Comisión establece que "[e]l análisis de otras 25 resoluciones fiscales ( 77) demuestra que las autoridades fiscales luxemburguesas han seguido una interpretación coherente del CDI, aplicable a todos los contribuyentes que se encuentran en una situación comparable. El CDI no prevé ninguna condición de imposición efectiva, y las resoluciones fiscales no imponen tal condición en la medida en que no se incluya específicamente en el convenio correspondiente". Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 relativa a las resoluciones fiscales SA.38945 concedidas por Luxemburgo a McDonald's Europe (DO L 195 de 23.7.2019, p. 20), párr. 123.

[560] Párr. 32.6 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE. Esta interpretación fue propuesta por la OCDE (1999) en el Informe Partnership, e introducida en los Comentarios al MC OCDE en el año 2000.

grupo McDonald's venía precedida de otras resoluciones fiscales administrativas y de sentencias que aplicaban la misma interpretación a supuestos similares[561]. El hecho de que una resolución fiscal parezca, *prima facie,* ser *contra legem*, solo puede servir a la Comisión como indicio para iniciar un procedimiento de ayudas de Estado, pudiendo demostrar las partes interesadas que dicha resolución fiscal responde a una interpretación habitual y motivada para casos similares.

En el caso *Engie* la Comisión ha tenido ocasión de manifestarse sobre un supuesto de doble no imposición de carácter puramente interno[562]. En este caso nos encontramos ante un instrumento financiero híbrido que genera un resultado de doble no imposición en una operación interna. Se trata de un préstamo convertible, otorgado entre entidades de un mismo grupo, que va devengando periódicamente intereses fiscalmente deducibles que se van acumulando al nominal del préstamo. En el momento de la conversión, el nominal del préstamo más los intereses acumulados se intercambia por acciones. La conversión de dicho préstamo en acciones, de acuerdo a la resolución fiscal emitida por las autoridades fiscales luxemburguesas en favor del grupo Engie, no genera una plusvalía fiscal para el prestamista por el importe de los intereses.

La tributación de este instrumento financiero presenta varias cuestiones desde el punto de vista del ordenamiento interno luxemburgués: desde la relativa a la aplicación del valor de mercado a los componentes del instrumento, pasando por la posible ausencia de motivos económicos válidos en la estructuración del instrumento, hasta la determinación de la verdadera naturaleza tributaria de un contrato de préstamo convertible suscrito entre miembros de un mismo grupo.

Estamos de acuerdo con la proposición de la Comisión de que las ventajas fiscales otorgadas a determinados instrumentos financieros, aunque puedan aplicarse

[561] Decisión (UE) 2019/1252 de la Comisión de 19 de septiembre de 2018 relativa a las resoluciones fiscales SA.38945 concedidas por Luxemburgo a McDonald's Europe (DO L 195 de 23.7.2019, p. 20), párrs. 72, 116 y 123.

[562] Decisión (UE) 2019/421 de la Comisión de 20 de junio de 2018 relativa a la ayuda estatal SA.44888 ejecutada por Luxemburgo en favor de Engie, DO L 78 de 20.3.2019, p. 1. Actualmente el recurso frente a esta decisión se encuentra pendiente de resolución por el Tribunal General de la Unión Europea.

potencialmente por la generalidad de los contribuyentes, sigue siendo una ventaja selectiva en la medida en que en la práctica no todas las empresas se benefician. La razón de por qué no todas las empresas se benefician de este tipo de estructuras artificiosas es en nuestra opinión lo de menos[563], lo verdaderamente relevante es que si todas las empresas nacionales pudieran beneficiarse de las ventajas fiscales que la resolución fiscal otorga a un determinado instrumento financiero (o mecanismo estructurado de instrumentos financieros), ninguna empresa en Luxemburgo pagaría impuestos, cosa que evidentemente no ocurre[564]. Con lo cual, necesariamente solo cabe llegar a la conclusión de que o bien Luxemburgo aplica una interpretación selectiva, para según qué contribuyentes, de las normas aplicables a sus instrumentos financieros, o bien no todas las empresas disponen de los recursos necesarios para estructurar sus operaciones a través de este tipo de instrumentos financieros. En cualquiera de ambos casos, la conclusión es la misma: hay selectividad en la ventaja, sin que la misma esté justificada por razones de neutralidad o cualesquiera otras razones. Así, al igual que en el caso *McDonald's*, lo relevante no es determinar cuál es la aplicación correcta de la

[563] La Comisión señala que "para establecer la existencia de selectividad, no es necesario demostrar que cada empresa que se encuentre en una situación fáctica y jurídica comparable queda excluida del disfrute de la ventaja otorgada al beneficiario de la medida", en párr. 275 de la Decisión (UE) 2019/421 de la Comisión de 20 de junio de 2018 relativa a la ayuda estatal SA.44888 ejecutada por Luxemburgo en favor de Engie (DO L 78 de 20.3.2019, p. 1). Asimismo, como acertadamente señala el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P (*World Duty Free*), párrs. 80-82, "el hecho de que el número de empresas que puedan acogerse a una medida nacional sea muy significativo o de que dichas empresas pertenezcan a distintos sectores de actividad no es suficiente para desvirtuar su carácter selectivo". De hecho, "el posible carácter selectivo de la medida controvertida no queda desvirtuado en absoluto por el hecho de que el requisito esencial para conseguir la ventaja fiscal otorgada por esta medida se refiera a una operación económica, más concretamente a una «operación meramente financiera», que no está acompañada de un importe mínimo de inversión y que es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas beneficiarias". Por tanto, "no cabe deducir (…) que una medida cuya aplicación es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas no es, a priori, selectiva".

[564] De hecho, aunque Luxemburgo y Engie alegan que las medidas aplicadas por la resolución fiscal enjuiciada son medidas de carácter general que pueden ser aplicadas potencialmente por todos los contribuyentes, este argumento no deja de ser un brindis al sol ya que de aceptarlo como válido "implica[ría] que cualquier contribuyente de Luxemburgo puede optar por tributar sobre la totalidad de sus beneficios o por no estar sujeto a prácticamente ningún impuesto". Así, como acertadamente señala la Comisión, "la posición defendida por Luxemburgo y Engie haría ineficaz el control de la ayuda estatal, puesto que los Estados miembros tendrían derecho a introducir en sus sistemas fiscales, de forma deliberada o de otro modo, excepciones injustificadas al principio general de imposición de los beneficios que podrían beneficiar a categorías enteras de empresas u operaciones. Dado que estas excepciones formarían parte del marco de referencia, nunca podrían constituir una ayuda estatal". En párrs. 184-185 de la Decisión (UE) 2019/421 de la Comisión de 20 de junio de 2018 relativa a la ayuda estatal SA.44888 ejecutada por Luxemburgo en favor de Engie (DO L 78 de 20.3.2019, p. 1).

normativa nacional luxemburguesa, cuestión que no compete a la Comisión (salvo a modo indiciario), sino determinar si los efectos de dicha aplicación son selectivos o no.

Como hemos podido observar, la doble no imposición bilateral no es una ayuda de Estado prohibida según el artículo 107 del TFUE. No obstante, la Comisión se ha sentido tentada en determinados casos a revisar este tipo de situaciones.

### 2.2.5. Aproximación histórico-sociológica: la cooperación internacional y el *soft law* en el moderno Derecho fiscal internacional

Esta aproximación analiza el Derecho fiscal internacional desde un punto de vista dinámico. Si la sociedad internacional cambia, el Derecho internacional también lo hace, respondiendo a los interesen cambiantes y en constante evolución de sus agentes[565].

A pesar de las enormes y evidentes dificultades para aplicar de manera vinculante el Derecho internacional en el campo de la doble no imposición, no podemos olvidar que el Derecho internacional hoy en día ha evolucionado. El Derecho internacional clásico estaba basado en unas relaciones de conflicto, y en las dinámicas de confrontación de los distintos intereses nacionales. Sin embargo, el Derecho internacional actual ha evolucionado a hacia unos mecanismos de cooperación internacional en aras de alcanzar los objetivos nacionales. Friedman calificó esta transformación como el paso de un "Derecho internacional para la coexistencia" a un "Derecho internacional para la cooperación"[566].

Fruto de esta nueva dinámica de relaciones internacionales, basadas en la cooperación, se ha ido desarrollando lo que muchos autores han denominado Derecho global. El Derecho global es la consecuencia de un proceso de progresiva "verticalización" del Derecho[567]. Las organizaciones internacionales se han convertido en depositarias de los

[565] Pastor Ridruejo (2009), p. 47.
[566] Friedmann (1964); McDougal y Reisman (1965), p. 811.
[567] Rosembuj (2011), p. 174

intereses de los Estados al objeto de impulsar la vía cooperativa entre ellos de una manera coordinada. Es por esto que las leyes nacionales se han ido poco a poco armonizando y se ha ido conformando un cuerpo de Derecho tributario global, que no solo se limita a articular las relaciones entre los Estados, sino que ha ido construyendo e incorporando principios universales que han ejercido de guía a las leyes nacionales. Esta globalización del Derecho tributario procede del "efecto simpatía", por el cual los Estados tienden a "copiar" las soluciones dadas por otros Estados, y de la proliferación de las directrices y recomendaciones no vinculantes emanadas desde órganos internacionales[568].

Con respecto al Derecho tributario, esta evolución es apreciable si echamos un vistazo a sus preocupaciones históricas. Hasta finales del siglo XX la principal preocupación del Derecho internacional tributario era la eliminación de la doble imposición internacional. Esta preocupación se inserta perfectamente dentro del concepto clásico de Derecho internacional, por cuanto que la doble imposición internacional comporta una superposición de potestades soberanas que exige una distribución de las mismas al objeto mantener una coexistencia pacífica entre los Estados. Por el contrario, la doble no imposición internacional no comporta un conflicto de potestades tributarias, sino que por el contrario implica la abstención de varios Estados en el ejercicio de su soberanía fiscal. No hay por tanto una concurrencia de potestades soberanas. La doble no imposición es el resultado de la alta movilidad de las bases imponibles y la competencia fiscal internacional. En este contexto hemos puesto de manifiesto la existencia de una serie de principios universales, principalmente de corte económico, como es la neutralidad fiscal y la eficiencia internacional, pero también de justicia tributaria. Estos principios deben informar las legislaciones nacionales para alcanzar unos objetivos colectivos o supranacionales. Por tanto, una de las características fundamentales del nuevo Derecho fiscal internacional es la existencia de unos objetivos supranacionales, que exigen cooperación internacional.

[568] Serrano Antón (2014), p. 47.

Una de las características del Derecho fiscal internacional actual es el policentrismo de fuentes[569]. Los centros de producción normativa se han desplazado a los organismos internacionales. No solo los Estados son los agentes productores de normas tributarias. En la actualidad, la OCDE y la Unión Europea se han convertido en los agentes más importantes en la creación de directrices y recomendaciones tributarias que, sin tener carácter vinculante, influyen de facto en la elaboración de normas por parte de los Estados.

El *soft law* se ha erigido en las últimas décadas en un elemento clave en la formación del Derecho fiscal internacional. A pesar de no tener carácter vinculante ni ser fuente formal de Derecho internacional de acuerdo al artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, tiene un peso francamente grande en la actualidad. En la medida en que la cooperación internacional es la vía que la comunidad internacional ha decidido seguir en los últimos años, el *soft law* parece ser el instrumento más efectivo para afianzar dicha cooperación. Quizá la principal virtud de estas normas es su flexibilidad. Se trata de un instrumento que facilita una postura intermedia entre la "incomoda" situación de una obligación absoluta, y la "irreal" situación de negar la irrefutable evidencia de que dichas normas tienen peso fáctico en la producción legislativa[570]. Fruto de esta flexibilidad, el *soft law* permite integrar en el debate tributario a otros actores, como son los agentes privados, y sus intereses legítimos, al objeto de elaborar normas más eficaces, y que refuercen el cumplimiento y la legitimidad del *hard law*[571]. En este sentido podemos observar cómo muchos procesos de adopción de normas de *soft law* incorporan fases de consulta pública con el sector privado, tal y como ha hecho la OCDE antes de adoptar los informes finales en el marco del proyecto BEPS[572].

[569] Serrano Antón (2014), p. 47, y Calderón Carrero (2012a), p. 362.
[570] Christians (2007), p. 331.
[571] Gribnau (2008), p. 113.
[572] Este deseo integrador de voluntades se manifiesta también en los documentos de consulta llevados a cabo en el seno de la Comisión Europea con respecto a la doble imposición y la doble no imposición internacional. En el proceso de adopción de la Comunicación de la Comisión Europea sobre Doble Imposición en el Mercado Único, COM(2011) 712 final, de 11 de noviembre de 2011, se llevo a cabo una consulta pública al respecto. Asimismo, en febrero de 2012, la Comisión Europea abrió un periodo de consulta pública sobre situaciones de doble no imposición y sus posibles soluciones, véase nota 710. De la misma manera, la adopción definitiva del informe final de la Acción 2 de BEPS, OCDE (2015), vino precedida igualmente de consultas públicas con los principales agentes económicos.

No obstante, una vez afirmada la existencia de un Derecho tributario global, es importante analizar la legitimidad del mismo. Es cierto que los organismos internacionales que producen *soft law* trabajan sobre unos principios aparentemente universales. Pero no siempre estos procesos de elaboración normativa gozan de la representación universal que se le presupone a toda norma que aspire a informar la legislación tributaria de toda la comunidad internacional. A nivel nacional, el tradicional principio de *no taxation without representation* y el principio de reserva de ley imponen una exigencia de legitimación democrática a toda norma de contenido tributario. Es decir, toda norma que delimite los elementos del tributo debe haber sido legitimada previamente por el parlamento, lugar de representación de todos los ciudadanos. Ante esta tesitura cabe preguntarse si el actual proyecto BEPS goza de dicha legitimidad, ya que en su proceso de adopción han participado únicamente 44 países, los cuales representan principalmente a las economías desarrolladas[573]. Esta misma cuestión se ha planteado con respecto al proyecto sobre competencia fiscal perniciosa impulsado por la OCDE en 1998[574].

Por otra parte, la comunidad internacional no es uniforme en absoluto. No solo las estructuras económicas y demográficas son diferentes, sino que además la propia autonomía y soberanía de los Estados y la de los propios contribuyentes conforma una dinámica de preferencias de lo más variadas en la matriz *servicios públicos-nivel impositivo*[575].

Asimismo, toda política tributaria adolece de cierto grado de politización o ideología. Y no es diferente con respecto a la producción del *soft law* emanado de las organizaciones internacionales[576], cuyas medidas responden a la ideología e intereses dominantes de

[573] Serrano Antón (2014), p. 70.
[574] Véase Webb (2004). Este autor realiza una crítica sobre la legitimidad democrática del proyecto sobre la competencia fiscal lesiva, impulsado por la OCDE mediante el Informe de la OCDE (1998) y sus subsiguientes informes de seguimiento.
[575] Véase el Capítulo II, sección 2.1, en lo respectivo a la teoría de los impuestos como *benefit taxes*
[576] Webb (2004), p. 819, pone de manifiesto que la elaboración de una teoría sobre lo que es "competencia fiscal lesiva" parte necesariamente de condicionamientos de tipo ideológico. No existe según él, una definición de lo que es una política fiscal aceptable o no aceptable que no parta de premisas ideológicas.

los actores principales en dicha organización[577]. Tanto en materia de doble imposición internacional como en materia de erosión de bases imponibles y competencia fiscal internacional, la OCDE y la UE han mantenido posturas cercanas al liberalismo. En este sentido, los principios económicos han primado sobre los principios de justicia tributaria. En la Unión Europea, la neutralidad fiscal es el principio que gobierna y subyace a las libertades comunitarias. Este mismo sentimiento liberal y anti-proteccionista es el que ha movido a la OCDE a luchar contra la doble imposición internacional de cara a crear un mercado globalizado y lo más eficiente posible a nivel internacional. De la misma manera, los esfuerzos de la OCDE y la UE por erradicar los regímenes fiscales preferentes y por luchar contra la elusión fiscal internacional buscan crear unas condiciones iguales para todos los agentes privados en el comercio internacional[578]. Tanto la OCDE como la UE no parecen permitir ninguna postura proteccionista, como se desprende del hecho de que ambas instituciones hayan proscrito los regímenes fiscales preferentes[579]. Sin embargo, es difícil discernir hasta qué punto estos principios económicos que han impuesto los países más desarrollados tienen una motivación genuinamente orientada a alcanzar una neutralidad y mayor riqueza mundial, o por el contrario, sirven a los intereses nacionales de dichos países. Como ha puesto de manifiesto Graetz, bajo el aparente objetivo de eficiencia internacional, la política fiscal estadounidense siempre ha servido a sus intereses nacionales[580].

Por tanto, ni toda la comunidad internacional está representada en la adopción de las directrices que guían la tributación internacional, ni los países representados pueden arrogarse representatividad sobre quienes no están representados, por cuanto que sus objetivos y rasgos estructurales son a menudo heterogéneos. Ante esta circunstancia cabe preguntarse si ese Derecho global y esos principios universales son realmente

[577] Webb (2004), p. 792, indica que el sector privado forma parte de esa "comunidad relevante" que juzga e influencia el *soft law* en el ámbito de la tributación internacional.

[578] Sin embargo, en los años 60 y 70 del siglo XX, la utilización de incentivos fiscales especiales para atraer inversión era una práctica ampliamente aceptada por las ideas socialdemócratas imperantes (Webb [2004], pp. 800-801).

[579] Esta tendencia se acentúa más en el caso de la UE, la cual proscribe, a través de la normativa sobre ayudas de Estado, este tipo de regímenes tanto para actividades móviles como para actividades industriales.

[580] Véase nota 427.

universales, o si se trata de una imposición por parte de los actores relevantes de la comunidad internacional.

# CAPÍTULO III - LA DOBLE NO IMPOSICIÓN DERIVADA DE LA INTERACCIÓN DE LAS LEYES NACIONALES: LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

## 1. Introducción

Como vimos en el primer capítulo, la doble no imposición bilateral es aquella que deriva de la aplicación concurrente por varios países de los mecanismos que delimitan negativamente el hecho imponible.

Cada país tiene sus propias reglas de calificación del hecho imponible, que delimitan tanto el reparto de la cuota tributaria entre los diferentes contribuyentes como la cuota que corresponde al propio país. Estas reglas por lo general no suelen tener en cuenta, como parte de los elementos fácticos que conforman el hecho imponible de todo tributo, los efectos tributarios de otro país, de manera que cada sistema fiscal nacional queda aislado de los demás y centrado únicamente en su propia coherencia interna, pero con evidentes riesgos de doble (no) imposición cuando dos sistemas fiscales interactúan en una situación transfronteriza.

En un contexto puramente nacional no existen problemas de doble (no) imposición porque, al aplicarse las mismas reglas de delimitación del hecho imponible para todas las partes de una operación, el reparto de la cuota tributaria es absolutamente coherente y neutral, de manera que lo que no tributa un contribuyente lo tributa el otro.

Sin embargo, en situaciones transfronterizas, a cada una de las partes de una operación se le aplican unas normas de delimitación del hecho imponible diferentes, que derivan de sistemas fiscales distintos, lo que puede provocar que el reparto de la cuota tributaria entre las partes no sea coherente ni neutral, de manera que lo que no tributa un contribuyente tampoco lo tributa el otro.

Así, la *renta sin Estado*[581] no deriva de la aplicación de beneficios fiscales *activos* por uno de los países implicados en la operación, sino por la aplicación concurrente por varios países de mecanismos negativos de delimitación del hecho imponible (mecanismos de *desimposición pasiva*)[582].

La doble no imposición bilateral representa para el contribuyente un *beneficio bilateral* (*bilateral surplus*) en la medida en que el beneficio fiscal deriva de la interacción de dos sistemas fiscales, de forma que a nivel interno nunca se daría tal beneficio.

Por ejemplo, si las reglas que determinan el elemento espacial del hecho imponible son diferentes en dos países, esto puede llevar a que un contribuyente sea considerado residente fiscal en dos países. Si las reglas que determinan el elemento subjetivo (la atribución de rentas al contribuyente) son diferentes en dos países, existe el riesgo de que un país atribuya la renta a un contribuyente de otro país, y este último atribuya la renta a un contribuyente del primer país.

Estos conflictos son los que originan los resultados de doble no imposición. En primer lugar porque, aunque muchas categorías jurídicas (residencia, deuda *vs.* capital, establecimiento permanente, etc.) aplican regímenes fiscales más o menos similares en todos los países, la definición de dichas categorías es autónoma en cada país. Como veremos, la definición de dichas categorías solo puede venir establecida por el propio ordenamiento de cada país. De manera que un determinado instrumento jurídico o una situación de hecho pueden encajar en una categoría tributaria en un país y en otra distinta en otro país. Esto es particularmente relevante en aquellos instrumentos que tienen características híbridas, lo que les hace difícilmente encuadrables de manera unívoca dentro de una categoría.

En segundo lugar, porque no necesariamente a una categoría jurídica se le aplica el mismo régimen fiscal en todos los países. O, dicho de otro modo, no todos los regímenes fiscales de cada país se aplican sobre las mismas categorías jurídicas. Por ejemplo, el

[581] Sobre las "rentas sin Estado", véase nota 33, Kleinbard (2011).
[582] Sobre estas cuestiones y la doble no imposición de carácter bilateral, véase el Capítulo I, sección 4.2.2.

régimen de transparencia fiscal u opacidad en unos países viene determinado por la existencia de personalidad jurídica, en otros países por la naturaleza personalista o capitalista de la entidad, y en otros por la simple elección[583].

Con lo cual, cada régimen fiscal nacional aplicable a un supuesto de hecho o instrumento jurídico viene determinado por reglas de calificación autónomas, asiladas unas de otras. Por eso, las reglas de calificación son ineficaces para combatir la doble no imposición. A falta de una base imponible común armonizada a nivel internacional, el adecuado funcionamiento de la norma tributaria de exención (o de deducción) depende de que su aplicación se vincule también a la norma tributaria extranjera para poder eliminar las disfunciones propias de la interacción de sistemas fiscales distintos.

A lo largo del presente capítulo analizaremos las reglas de calificación españolas relativas a los instrumentos financieros y a las entidades, y qué papel juega la norma tributaria extranjera en el presupuesto de hecho los regímenes fiscales aplicables a estos instrumentos. Posteriormente analizaremos las formas más habituales de doble no imposición y las respuestas que han dado la OCDE y la UE, así como el encaje de estas respuestas en el Derecho internacional.

## 2. La función de la ley extranjera en el presupuesto de hecho de la norma tributaria española: el régimen tributario de los instrumentos financieros (deuda *vs.* capital) y de las entidades (opacidad *vs.* transparencia)

### 2.1. La calificación española de los instrumentos financieros híbridos

[583] Vega Borrego (2015), pp. 442 y ss. El llamado test de comparabilidad o *resemblance test* suele determinar el régimen fiscal de una entidad extranjera a partir de un análisis de comparabilidad de la entidad extranjera con respecto a una entidad nacional de naturaleza jurídico-privada análoga. En estos casos, el régimen fiscal de las entidades nacionales suele venir determinado a partir de múltiples criterios, como la transmisibilidad de las acciones, la personalidad jurídica, la naturaleza capitalista o personalista de la entidad, etc. En nuestra opinión, este test de comparabilidad no es sino la aplicación de una regla de calificación análoga a nuestra norma general de calificación del artículo 13 de la LGT. Véase Fibbe y Stevens (2015), p. 244.

Con carácter general, la norma tributaria española ha aplicado el régimen típico de *capital* (no deducibilidad de la retribución para el pagador y exención, en su caso, para el beneficiario) a la "retribución de fondos propios" desde la perspectiva del pagador, y a los "dividendos o participaciones en los beneficios" desde la perspectiva del beneficiario.

Las primeras preguntas que nos hacemos son si ambos conceptos, *retribución de fondos propios* y *dividendos o participaciones en los beneficios*, son conceptos idénticos, y si se definen autónomamente por el ordenamiento tributario o si por el contrario son conceptos que nos remiten a otras ramas del ordenamiento, como el Derecho privado. Ya que de la respuesta a estas preguntas ha dependido la calificación de los instrumentos financieros híbridos.

### 2.1.1. Los instrumentos financieros híbridos en la regulación anterior a la LIS

El concepto de *fondos propios* referido en la norma tributaria de ajuste del artículo 14.1(a) del antiguo TRLIS es un concepto cuya definición y construcción es genuinamente contable. A esto se añade que tradicionalmente la base imponible del Impuesto sobre Sociedades parte del *resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Derecho contable*.[584]

No obstante, hasta la reforma contable de 2007 la normativa contable había venido definiendo dicha categoría a partir del Derecho mercantil-societario (es decir, a partir de la naturaleza jurídica de la relación del socio con la sociedad). De tal manera que el Derecho tributario también bebía, indirectamente vía norma contable remitida, del Derecho mercantil para definir los instrumentos financieros[585].

[584] Artículo 10.3 del TRLIS.
[585] Blasco Castiñeyra y Cruz Amorós (2000), pp. 587-588.

Así, se tomaban dentro de los fondos propios todos los recursos que le correspondían a los socios por dicha condición. Mientras que en el pasivo exigible se englobaban todas aquellas obligaciones que correspondían a un acreedor en virtud de una relación obligacional diferente a la del socio. Básicamente, lo que distinguía el pasivo de los fondos propios era el título jurídico en virtud del cual surgía una relación obligacional de carácter sinalagmático. Así, todas aquellas partidas de financiación que tuvieran origen en la prestación típica y principal de un socio hacia su sociedad en virtud de un contrato de sociedad, se consideraban fondos propios. Por el contrario, aquellas partidas de financiación que tuvieran origen en otro tipo de relaciones entraban dentro del pasivo exigible[586].

Así, la calificación contable quedaba lastrada por el Derecho privado (Derecho mercantil-societario y las categorías civiles), cuya calificación podía colisionar con los principios y objetivos intrínsecos del Derecho contable, como es la imagen fiel. Así, se venía identificando los fondos propios con el capital social y el pasivo exigible con los préstamos.

Esta interpretación de las categorías de fondos propios y pasivo exigible es un tanto simplista si se tiene en cuenta que el Derecho contable tiene unas finalidades diferentes que el Derecho privado[587]. Esta identificación tan rígida suponía una clara desconexión entre las categorías de Derecho privado de las que se valía el Derecho contable y la verdadera finalidad de este, que no es sino plasmar una imagen fiel de la realidad económica de la empresa.

En el Derecho mercantil español, la distinción entre un instrumento de capital y un préstamo depende de la facultad de participar ilimitadamente en los beneficios de una

[586] No es objeto de la presente sección analizar los supuestos de *financiación anómala* entre socio y sociedad (como la *subcapitalización*) que, con independencia de su naturaleza jurídica, se realizan de manera artificiosa y con el ánimo de obtener una ventaja fiscal. Véase Delgado Pacheco (2017), p. 15, y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 (rec. 4075/2013).

[587] Aunque en sentido estricto el Derecho contable forme parte del Derecho privado, permítasenos utilizar en el presente trabajo, en aras de una mayor claridad expositiva, la acepción de Derecho privado para identificar exclusivamente el Derecho civil y mercantil en la parte que regula las relaciones jurídico-privadas (en concreto, los derechos patrimoniales de crédito y los derechos reales).

empresa[588]. Esto no quiere decir que un instrumento de capital, como son las acciones y las participaciones sociales, no pueda incorporar obligaciones accesorias propias de otro tipo de contratos (por ejemplo, en las acciones sin derecho a voto); no obstante, esos derechos accesorios surgen de relación jurídica de socio, no de la de acreedor. El Derecho contable se valió estas figuras del Derecho privado para definir conceptos contables como son los *fondos propios* y el *pasivo financiero*. Sin embargo, una interpretación de estos dos conceptos conforme a la finalidad propia del Derecho contable, mostrar una imagen fiel de la realidad económica de la empresa, nos debe llevar a calificar los instrumentos de pasivo y los instrumentos de fondos propios conforme a la exigibilidad de cada una de obligaciones que componen la relación jurídica entre emisor y titular del instrumento, y no por la relación jurídico-privada entre el emisor y titular del instrumento[589]. Además, el criterio de la exigibilidad, que no se consagra expresamente hasta la reforma contable de 2007, es perfectamente compatible con el principio de capacidad económica en la medida en que precisamente una retribución *obligatoria* (en forma de dividendo mínimo exigible, por ejemplo) por su propia naturaleza minora la capacidad económica de la entidad; y ello sin perjuicio de que tales criterios puedan no encajar con la política fiscal de la norma tributaria que, por otra parte, ha conducido a sustituir la calificación contable por la mercantil en la nueva LIS.

Este problema de rigidez del Derecho contable ha tenido particular relevancia con la evolución de los instrumentos financieros en contratos cada vez más sofisticados, los cuales han ido incorporando elementos obligacionales de los más diversos. En este contexto es donde surgen los instrumentos financieros híbridos.

---

[588] Véase Sanz Gadea (2009), p. 29. Así, el artículo 1665 del Código Civil establece que "[l]a sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias".

[589] El actual PGC de 2007 incorporando las previsiones del fondo sobre la forma derivadas de las normas internacionales de contabilidad, establece en su Norma de Registro y Valoración 9ª que "se clasificarán como pasivos financieros, en su totalidad o en una de sus partes, siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, o de **intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables**" (énfasis añadido). En el plano mercantil lo relevante es el título jurídico (de accionista o de prestamista u obligacionista) del que deriva la remuneración, mientras que en el plano económico lo relevante es la exigibilidad de la remuneración. Véase Villacorta Hernández (2011), p. 374.

Los instrumentos financieros híbridos no son una categoría con sustancia propia en el Derecho mercantil ni en el Derecho contable, *tertium non datur*[590]*.* Simplemente consisten en instrumentos de capital que llevan incorporados derechos accesorios más típicos de los instrumentos de deuda, y viceversa[591]. Lo cual no modifica su naturaleza mercantil de instrumentos de capital o de deuda a los efectos del Derecho español, pero sí puede alterar su naturaleza contable respecto de todo el instrumento (en determinadas acciones rescatables), o de alguno de sus componentes (por ejemplo, en las acciones sin derecho a voto).

Así, hasta la reforma contable de 2007, para la Administración los instrumentos financieros híbridos se calificaban de acuerdo a su naturaleza mercantil. Las acciones y las participaciones sociales eran considerados parte de los fondos propios con independencia de que fueran acciones con derechos especiales o algún tipo de componente propio de los instrumentos de deuda. Y por tanto la retribución de este tipo de instrumentos se consideraba retribución de fondos propios en cualquier caso.

Por tanto, cualquier retribución derivada de la condición de socio no era fiscalmente deducible. En particular los dividendos de cualquier clase de acciones o participaciones sociales (ordinarias, privilegiadas o rescatables) aunque se tratasen de dividendos de carácter preferente. Pero esta no deducibilidad también se extendía a cualquier otra retribución derivada de la condición de socio, como las primas de asistencia a juntas[592], o cualquier otra utilidad concedida por la sociedad en favor del socio. Por tanto, tendrían la consideración de retribución de fondos propios todas aquellas prestaciones en favor del socio que tienen *causa societatis.*

[590] Para Sanz Gadea (2009), p. 28, en los instrumentos financieros híbridos se da una "desconexión entre la vestidura jurídica y la finalidad económica perseguida".
[591] Véase Bundgaard (2017a), p. 3.
[592] La normativa española de IRPF incluye las primas de asistencia a juntas dentro de los "rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad". Así, la DGT, en sus Consultas 0109-00 y V2254-05, establece la no deducibilidad de dichos pagos al derivar de la condición de socios. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1989 (RJ 1989/3730) y de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 1994 (JT 1994/1172) establecen que las primas de asistencia a juntas son retribuciones del capital y por tanto no son gastos deducibles fiscalmente.

El problema con los instrumentos híbridos es que la prestación del socio, la aportación del capital, no puede descomponerse jurídicamente en diversas prestaciones (la parte que corresponde al capital y la parte que es un préstamo), por lo que jurídicamente es imposible utilizar la vía de la calificación mercantil de un contrato de acciones sin voto para calificar mercantilmente una parte como préstamo y otra como aportación de capital. Así, la única manera es que el Derecho contable redefina autónomamente el concepto de *instrumentos de fondos propios* e *instrumentos de pasivo* conforme a criterios económicos, para que dichas categorías se liberen de estos rigores del Derecho mercantil, y así los instrumentos financieros híbridos puedan calificarse contablemente conforme a su verdadera naturaleza económica.

Una de las particularidades de la reforma contable de 2007 es que, a la luz del recién explicitado principio del fondo sobre la forma[593], se incorporan criterios concretos para contabilizar los instrumentos financieros híbridos a través de la Norma de Registro y Valoración 9ª del PGC de 2007[594].

Esta nueva regulación supuso una redefinición, atendiendo a criterios económicos, de las categorías de pasivo exigible y fondos propios. Así, la Norma de Registro y Valoración 9ª del PGC establece que el pasivo financiero se caracteriza por la exigibilidad de las obligaciones, de manera que un instrumento financiero formará parte del pasivo financiero cuando genere para la entidad emisora la obligación de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables.

> "Los instrumentos financieros emitidos, incurridos o asumidos se clasificarán como pasivos financieros, en su totalidad o en una de sus partes, siempre que de

[593] Es importante matizar que este principio es *explicitado* con la reforma contable, pero en ningún caso supone una verdadera innovación jurídica, ya que dicho principio siempre estuvo implícito en el principio de imagen fiel.

[594] Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. La regulación contable de los instrumentos financieros híbridos ha sido desarrollada en detalle en la reciente Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables, tal como un instrumento financiero que prevea su recompra obligatoria por parte del emisor, o que otorgue al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable, o a recibir una remuneración predeterminada siempre que haya beneficios distribuibles, como serían determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto."

Por el contrario, el instrumento financiero será un instrumento de patrimonio propio cuando la devolución de la financiación y la retribución por la misma sea discrecional para la entidad emisora del instrumento[595]. De acuerdo a la Norma de Registro y Valoración 9ª del PGC, un instrumento de patrimonio es "cualquier negocio jurídico que evidencia, o refleja, una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos".

Como observamos, los fondos propios y el pasivo exigible ya no se identifican, respectivamente, con las tradicionales categorías mercantiles de acciones y participaciones sociales (participación en el capital social) y préstamos/obligaciones. Es decir, los fondos propios y el pasivo ya no vienen definidos por el título jurídico-mercantil que ostenta el tenedor del instrumento, sino por el grado de discrecionalidad de las obligaciones que emanan de tales contratos.

Esto supuso un cambio de paradigma en la tributación de los instrumentos financieros híbridos, como veremos a continuación.

Por lo que respecta a las **acciones rescatables**, estas "se clasificarán como instrumentos de patrimonio si el rescate solo puede hacerse efectivo a solicitud de la sociedad

[595] Evidentemente, solo la participación ilimitada en los beneficios de una entidad (es decir, en el capital social) es una recompensa lo suficientemente grande como para que un inversor quiera suscribir un instrumento financiero que deje a discreción de la entidad emisora la devolución de la financiación y su retribución.

emisora, siempre y cuando estos instrumentos no sean acreedores de otro privilegio que pudiera originar una obligación en la sociedad de entregar efectivo u otro activo financiero. En caso contrario, se clasificarán como un pasivo o un instrumento financiero compuesto porque la sociedad no tiene un derecho incondicional a evitar la entrega de efectivo u otro activo financiero"[596]. Así, serán instrumentos financieros compuestos o de pasivo cuando el rescate no quede a la entera discrecionalidad del emisor[597].

En caso de que las acciones rescatables sean calificadas contablemente como instrumento de pasivo, por tener el tenedor un derecho de reembolso, se irá devengando anualmente un gasto contable que en computo total equivaldrá a la diferencia entre el nominal de las acciones y el precio de reembolso. No obstante, sin perjuicio de que las acciones rescatables hayan sido registradas contablemente como pasivo financiero, el dividendo ordinario seguirá siendo una aplicación del resultado y por tanto no será un gasto contable en la medida en que se trate de una remuneración discrecional de la sociedad[598].

Las **acciones o participaciones sociales sin voto o privilegiadas** que incorporen la obligación de pagar un dividendo mínimo serán calificadas como instrumentos financieros compuestos, segregándose contablemente el valor de la participación en un componente de patrimonio propio y en otro de pasivo financiero[599]. Así, la entidad emisora debería registrar como pasivo financiero el valor actualizado, al tipo de interés oportuno, del dividendo mínimo (como si de una renta perpetua se tratase), y como instrumento de patrimonio propio la cuantía residual hasta el nominal. El dividendo

[596] Artículo 14.2 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019.
[597] Este tipo de acciones rescatables, cuando además otorguen al accionista un derecho a participar en los beneficios de la empresa, tendrán también un componente de patrimonio propio en la medida en que el accionista habrá pagado una prima, implícita en el precio de emisión, por el derecho a participar en los dividendos ordinarios o por rescatar las acciones por su valor de cotización.
[598] El artículo 7.1 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 establece que cuando el dividendo es discrecional, se contabilizará como una aplicación del resultado, y no como gasto, y ello "sin perjuicio de que el citado instrumento cumpla la definición de instrumento financiero compuesto por el hecho de ser reembolsable". En la misma línea ya parecía haberse pronunciado el ICAC en su Consulta nº 3 del BOICAC nº 89 (marzo 2012). Es decir, el reparto de un dividendo discrecional es una aplicación del resultado (y no un gasto) con independencia de que las acciones tengan la calificación de pasivo financiero.
[599] Artículos 12 y 13 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019.

mínimo obligatorio[600] será en todo caso un gasto contable y el dividendo ordinario será una aplicación del resultado en la medida en que sea discrecional para la entidad.

Respecto a los **instrumentos de deuda que sean carácter perpetuo**, como son las participaciones preferentes[601], tienen la consideración contable de instrumentos de pasivo[602]. Además, el pago de intereses es un gasto contable ya que se trata de una remuneración obligatoria. El hecho de que sean participaciones de carácter perpetuo (es decir, no reembolsables) no inhiben su carácter de instrumento de pasivo ya que no dan derecho a una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos.

Por último, las **obligaciones convertibles en un número fijo de acciones[603]** son un instrumento financiero compuesto cuando la conversión sea a opción del inversor. Por tanto, el valor nominal del instrumento se debe descomponer en la parte que representa la prima pagada por el inversor por la opción de conversión (en forma de una retribución a un interés inferior al de mercado) y la parte que representa el instrumento de deuda. La opción de conversión se registrará como un instrumento de patrimonio[604]. Cuando la conversión en un número fijo de acciones sea obligatoria para ambas partes, las obligaciones se contabilizarán como un instrumento de patrimonio, salvo que otorguen al inversor un derecho a recibir una retribución obligatoria[605].

---

[600] Es indiferente que el dividendo mínimo obligatorio sea variable o fijo. Lo relevante es que el pago del dividendo no quede al arbitrio del emisor del instrumento. Por ello, aunque el dividendo mínimo solo sea pagable cuando haya beneficios distribuibles, será un gasto contable ya que el emisor no tiene la facultad para renunciar a su pago.

[601] El tenedor no tiene derecho a reembolsar dichas participaciones en ningún momento. El reembolso solo es posible por liquidación de la sociedad emisora o por decisión de la entidad emisora en caso de que se reserve el derecho de rescate.

[602] Artículo 44 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019.

[603] Las obligaciones convertibles por un número variable de acciones siguen teniendo la calificación de instrumento de pasivo ya que el inversor sigue teniendo el derecho a que le devuelvan el nominal de la emisión, solo que a través de un canje con acciones. Sobre la fiscalidad de las obligaciones convertibles en el Derecho fiscal comparado, véase Bundgaard (2017b y 2017c).

[604] Hasta el momento de la conversión, el valor de la opción se registra en una cuenta especial de patrimonio neto. Y una vez se ejercite la opción, el valor de esta se registrará como prima de emisión. Mientras que la parte que corresponde al instrumento de deuda será dada de baja del pasivo y se registrará como capital social.

[605] Artículos 42 y 43 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019. Las obligaciones que sean obligatoriamente convertibles en un número fijo de acciones tienen la calificación de instrumento de patrimonio debido a que la conversión será obligatoria para las dos partes, de manera que el tenedor

Fiscalmente la doctrina se ha mostrado contradictoria. En la Consulta V0991-14, la DGT no aplica a la norma de ajuste del artículo 14.1 del TRLIS, sino a la norma de remisión del artículo 10.3. En esta Consulta la DGT establece que cuando el dividendo mínimo obligatorio incorporado a unas acciones sin voto tenga la consideración contable de gasto financiero, el mismo será deducible en la base imponible. Sin embargo, previamente la DGT, en su Consulta V0441-13, había establecido que "el derecho a la percepción del dividendo preferente, tanto base como complementario, está vinculado a la condición de socio, siendo la cualidad de socio la que prevalece en el derecho a su percepción, por lo que el dividendo preferente acordado no tendrá la consideración de fiscalmente deducible en la medida que representa una retribución de los fondos propios, de acuerdo con lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 14 del TRLIS."

Desde punto de vista del perceptor de las rentas derivadas de los instrumentos financieros, la calificación de estas la definición ha sido un tanto confusa. El TRLIS establecía mecanismos de eliminación de la doble imposición económica respecto de los "dividendos o participaciones en los beneficios"[606]. Si bien es cierto que los términos utilizados podrían hacernos pensar en una calificación de acuerdo a criterios mercantiles, el principio de unidad del ordenamiento jurídico debería imponer coherencia en la calificación de las dos partes del instrumento financiero, emisor (pagador de la renta) y titular (beneficiario de la renta), para evitar resultados contrarios a la finalidad de la norma tributaria.

Ha habido ocasiones en las que la doctrina administrativa ha aplicado un concepto mercantil del dividendo. Así, la DGT en su Consulta V0441-13 mantuvo que un dividendo preferente se calificaba como "participación en los beneficios" a los efectos de poder aplicar la deducción para evitar la doble imposición económica[607]. No obstante, en otras

asume desde el inicio los mismos riesgos y beneficios que un accionista. Evidentemente, si dichas obligaciones pagan una retribución obligatoria, entonces el instrumento financiero será compuesto.

[606] Artículos 21, 30 y 32 del TRLIS.

[607] La DGT estableció en su Consulta V1660-08 que el concepto de *participación en el capital social* a los meros efectos de determinar la composición de un grupo de consolidación fiscal seguía la calificación

ocasiones la DGT ha aplicado el criterio contable. Por ejemplo, en la Consulta V1593-11, la DGT remite al criterio contable para calificar un contrato de opciones cruzadas sobre acciones (una parte otorga una opción de compra y la otra una opción de venta) al objeto de denegar la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos y plusvalías de fuente interna en el eventual ejercicio de dichas opciones[608].

### 2.1.2. Los instrumentos financieros híbridos en la actual LIS

La LIS, de 2014, ha venido a consagrar la calificación mercantil de los instrumentos financieros sobre la calificación contable, poniendo fin a gran parte de los debates. Además, aplica dicha calificación de manera coherente, tanto al tenedor del instrumento como al pagador. Así, tanto la "retribución de fondos propios" y los "dividendos o participaciones en beneficios" se definen como "los derivados de los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, **con independencia de su consideración contable**" (énfasis añadido). Por tanto, hay una coherencia interna en el régimen tributario de las retribuciones derivadas de los instrumentos de capital, en la medida en que sus pagos no son deducibles por el pagador y pueden quedar exentos en sede del perceptor (o aplicar una deducción por el impuesto subyacente que soporta la filial extranjera que reparte el dividendo). Correlativamente, los instrumentos de deuda serán deducibles fiscalmente por el pagador y gravables para el beneficiario.

---

mercantil, de manera que la limitación en los derechos de voto del accionista es indiferente. No obstante, el hecho de que la citada participación pudiera ser calificada contablemente como pasivo no desnaturaliza el hecho de que la misma represente una participación en el capital social, con derecho a participar ilimitadamente en los beneficios de la empresa. Es decir, la calificación de unas acciones sin voto conforme al Derecho mercantil, a los meros efectos su integración en un grupo de consolidación fiscal, no contradiría en modo alguno la posible calificación fiscal de sus retribuciones conforme a su tratamiento contable.

[608] La DGT se remite al criterio del ICAC sobre el tratamiento contable de las opciones cruzadas, el cual establece que el intercambio de las opciones cruzadas de compra y venta sobre acciones supone una transmisión "de manera sustancial los riesgos y beneficios de naturaleza económica inherentes a dichas acciones", de manera que puede concluirse que "se ha producido la citada transferencia en el momento inicial" del otorgamiento de las opciones. Si bien es cierto que la DGT sigue el criterio contable para calificar, entendemos que de haber utilizado el criterio mercantil podríamos haber llegado a la misma solución si atendemos a la verdadera naturaleza jurídica de dicho contrato.

La importancia de esta remisión a la calificación mercantil supone que dicha calificación es la que determina su régimen fiscal típico (de capital o de deuda). Así, el régimen fiscal típico de capital se aplica a toda retribución derivada de instrumentos financieros calificados mercantilmente como instrumentos de capital. De tal manera que las retribuciones pagadas en virtud de un instrumento financiero híbrido serán calificadas atendiendo a la relación jurídico-privada, de socio o de acreedor, de la que deriven. Probablemente la intención del legislador fuera la de ampliar el alcance objetivo del régimen tributario de capital para evitar en la medida de lo posible economías de opción a través de instrumentos híbridos. En concreto evitar que la financiación intragrupo se articule a través de acciones con remuneraciones obligatorias (como las acciones sin voto) para eludir el impuesto[609].

Además, dentro del régimen fiscal propio de capital se incluyen determinados instrumentos que son calificados mercantilmente como deuda y que han sido utilizados tradicionalmente para distribuir el beneficio a los socios minimizando la carga fiscal de la entidad. Tal es el caso de los préstamos participativos otorgados entre entidades que formen parte de un mismo grupo de sociedades. En estos casos, se asimila el tratamiento fiscal de los intereses devengados por dichos préstamos participativos al de los instrumentos financieros de capital. De tal modo que los intereses no serán gasto fiscalmente deducible para el pagador y serán ingresos exentos para el beneficiario (como si de dividendos intragrupo se tratase).

### 2.1.3. La función de la ley extranjera en el régimen fiscal de los instrumentos financieros en España

#### 2.1.3.1. El caso de las acciones preferentes australianas

[609] Jiménez-Valladolid (2015), p. 144.

Es bastante relevante la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2013 (Roj: SAN 1706/2013) sobre un tipo de acciones preferentes emitidas en Australia[610]. En este caso, una entidad española recibe un dividendo mínimo procedente de unas acciones preferentes en una entidad australiana. Las citadas acciones preferentes tienen las siguientes características: no confieren derecho a voto, confieren un dividendo mínimo obligatorio a los accionistas, son convertibles en acciones ordinarias a través de un canje que tiene en cuenta el valor de mercado de las acciones ordinarias, y en caso de liquidación de la entidad australiana, las acciones ordinarias solo dan derecho al reembolso del nominal de la emisión.

Como bien advierte la Audiencia Nacional, el haz de derechos y obligaciones que emanan de este instrumento financiero determina que la naturaleza jurídica del dicho instrumento sea más próxima a la de un préstamo. De hecho, podría decirse incluso que no hay un solo elemento de este instrumento financiero que pueda corresponderse con el de un instrumento de capital. El accionista no tiene derecho a un dividendo ordinario (cuyo reparto sea discrecional para la entidad), sino que por el contrario tiene derecho a un dividendo preferente que debe de pagarse obligatoriamente cuando se existan fondos suficientes. Además, la conversión en acciones ordinarias determina la devolución del importe nominal de la emisión en forma de un número variable de acciones[611]. Por mucho que la conversión futura sea obligatoria para las dos partes no determina la existencia presente de un instrumento de capital. Además, en caso de liquidación de la entidad emisora, el accionista recibe también el nominal de la emisión, sin derecho a participar en el valor residual de los activos que conformen el patrimonio neto de la entidad. Así, para la Audiencia Nacional, ninguno de los derechos que confieren las acciones preferentes se corresponden con los propios de la condición de socio.

Es cierto que el principio de la autonomía de la voluntad del Derecho privado permite configurar un instrumento financiero de capital bajo la forma de acciones con derechos

[610] La sentencia de la Audiencia nacional fue confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª (rec. 1516/2013).
[611] Véase nota 603.

especiales, incorporando casi cualquier derecho y obligación. Pero no debemos desconocer que nuestro sistema civil causalista ignora la forma jurídica o el *nomen iuris* y va a la verdadera naturaleza jurídica o causa de un contrato[612]. Por ello, sin perjuicio de que la Ley de Sociedades de Capital permita incorporar en una determinada clase de acciones derechos más propios de un contrato de préstamo, si este haz de derechos y obligaciones es más propio de un contrato de préstamo, entonces su naturaleza jurídica no puede ser otra que la de préstamo[613].

La Audiencia Nacional también enjuicia este instrumento financiero desde el punto de vista contable. Si bien es cierto que los hechos enjuiciados son anteriores a la reforma contable de 2007, la Audiencia Nacional interpreta la normativa contable vigente a la luz de las normas internacionales de contabilidad (las cuales recogen expresamente el principio del fondo sobre la forma, pero aún no estaban implementadas en el ordenamiento español). Así, la Audiencia Nacional ratifica a la oficina liquidadora al considerar las acciones preferentes como un instrumento de pasivo. En su pronunciamiento, la Audiencia Nacional deja claro que no está realizando una aplicación retroactiva de la reforma contable de 2007, sino que esta utilizando las normas internacionales de contabilidad como elemento interpretativo de las normas contables. Postura muy acertada en nuestra opinión dado que así la Audiencia Nacional parece reconocer la tesis que hemos defendido anteriormente: que el principio contable de imagen fiel siempre había permitido (e incluso requerido) realizar una calificación contable en la que prevaleciese el fondo económico.

---

[612] Es interesante la STS de 29 de septiembre de 2013, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª (rec. 1255/2011) relativa a un préstamo participativo emitido por una entidad española y suscrito por su socio único holandés. El TS establece lo siguiente: "Así, en el acuerdo referido no solamente se excluye la fecha de vencimiento, sino que además su posible terminación se deja al mutuo acuerdo de las partes, con lo que se impide a la entidad que recibe los fondos que pueda devolverlos, dándose la circunstancia además de que al momento del acuerdo la entidad que aportaba los fondos era el socio único de la que los recibió, con lo que en realidad se dejaba en aquélla la posibilidad de la conclusión."

[613] Aunque en nuestra opinión no es necesario, ya que del propio análisis de los propios términos contractuales del instrumento financiero se desprende su calificación de préstamo, la Audiencia Nacional se apoya también para su calificación en el "contexto de un conjunto de operaciones [concatenadas en el tiempo], activas y pasivas, determinantes de inversiones financieras intragrupo y creación de pasivos financieros intragrupo". De hecho, el recurso al contexto como vía de calificación puede ser peligroso cuando, al margen de los posibles indicios que pudieran revelar si estamos o no ante un contrato simulado y no querido por las partes, se utiliza para recalificar negocios jurídicos realmente queridos (ya formen parte de un entramado elusivo o de una economía de opción perfectamente válida).

En el presente caso, tal como reconoce la propia sentencia, coinciden la calificación contable y la mercantil. Quizás por ello se ha pasado por alto que este pronunciamiento parece reconocer la primacía de la norma contable sobre la norma mercantil a la hora de calificar los instrumentos financieros. Así, la Audiencia Nacional reconoce que "en el Impuesto sobre Sociedades 'debe prevalecer la calificación contable sobre la mercantil, dado que el núcleo de la base imponible es el resultado contable'".

#### 2.1.3.2. Los *juros* brasileños[614]

Los *Juros Sobre o Capital Próprio* son intereses sobre el patrimonio neto pagados (o acreditados) por las entidades brasileñas a sus accionistas. Se trata de una retribución que la entidad puede pagar a sus accionistas anualmente con cargo al beneficio distribuible y que tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible en la normativa tributaria brasileña[615].

La doctrina es bastante unánime en considerar que la naturaleza jurídica de los *juros* brasileños es la de dividendos desde la perspectiva del Derecho mercantil y contable brasileño[616]. Y desde la perspectiva del Derecho mercantil y contable español, la calificación no puede ser diferente. Así, las notas características principales de los *juros* es que su pago es discrecional para la propia sociedad (que puede decidir si pagarlos o no), derivan del acuerdo societario (no de un contrato independiente de este), solo pueden ser pagados bajo la condición de que existan reservas suficientes, y desde el punto de vista de las normas contables brasileñas los *juros* no son un gasto financiero[617].

[614] Véase Martínez Laguna (2016), pp. 449 y ss., y Calderón Carrero (2012b).
[615] Artículo 9 de la Ley Federal 9.249, de 26 diciembre de 1995.
[616] Martínez Laguna (2016), pp. 450-452 y ss.; Calderón Carrero (2012b), pp. 9-11.
[617] Respecto a su calificación contable véase la Deliberación CVM (*Comissão de Valores Mobiliários do Brasil*) nº 207, de 13 de diciembre de 1996, y la Circular del Banco Central de Brasil nº 2.722, de 25 de septiembre de 1996.

La Inspección de los Tributos, y posteriormente el TEAC en su Resolución de 13 de abril de 2011, deniegan el beneficio de la exención sobre dividendos a los *juros* recibidos por una entidad española pagados por su filial brasileña. El TEAC fundamenta dicha postura sobre la base del Convenio hispano-brasileño[618]. Para el TEAC los *juros* se califican como intereses a los efectos del CDI hispano-brasileño, por lo que la exención del artículo 23(3) del citado CDI (aplicable solo a los dividendos) no es aplicable.

Además, el TEAC consideró que el artículo 3 del TRLIS[619] imponía una obligación de interpretar la exención interna del artículo 21 del TRLIS a la luz del CDI hispano-brasileño. De tal manera que la calificación de los *juros* a efectos del CDI hispano-brasileño vinculaba a la calificación a los efectos de aplicar la exención unilateral del artículo 21 del TRLIS. Así, la exención del artículo 21 del TRLIS tampoco era aplicable a los *juros*, según el TEAC.

La resolución del TEAC fue anulada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de febrero de 2014, fallo que fue confirmado posteriormente por el Tribunal Supremo[620]. Más allá de si los juros califican como dividendos o intereses a los efectos del CDI, y por lo tanto si es aplicable la exención del artículo 23(3) del CDI hispano-brasileño, la Audiencia Nacional califica el presupuesto de hecho de la exención del artículo 21 del TRLIS de manera autónoma a la calificación convencional, valiéndose de las categorías jurídicas internas (con sus definiciones internas). Así, la Audiencia Nacional considera que sí es aplicable la exención del artículo 21 del TRLIS, y ello con independencia de si es o no aplicable la exención del artículo 23(3) del CDI hispano brasileño[621].

[618] Resolución del TEAC de 13 de abril de 2011 (R.G. 1201/10, R.G. 1202/10 y R.G. 1884/10).

[619] El artículo 3 del TRLIS establece que "lo establecido en esta ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Española".

[620] SAN de 27 de febrero de 2014, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª (rec. 232/2011). Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 marzo 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. 1130/2014).

[621] Calderón Carrero (2012b), pp. 12-14, insiste en que las reglas de calificación de los CDIs, por su naturaleza bilateral y pactada, son autónomas respecto de las reglas de calificación de las normas nacionales, de naturaleza unilateral.

En nuestra opinión la única manera de vincular la exención del artículo 21 del TRLIS a la exención del CDI sería vinculando el presupuesto de hecho de la exención del artículo 21 del TRLIS al presupuesto de hecho de la exención del articulo 23(3) del CDI. Por ejemplo, vinculando la definición de dividendo de la norma interna de exención a la definición de dividendo de la norma convencional de exención[622]. De no hacerlo, nos parece que atribuir la definición interna de dividendo a la definición de dividendo del CDI es asumir infundadamente que el legislador siempre quiere dotar del mismo alcance a la norma interna de exención que a la norma convencional de exención. Asunción que es del todo injustificada dado que, suponiendo hipotéticamente que todos los CDIs suscritos con España tuvieran definiciones de dividendo diferentes, supondría tener que someter a diferente tributación a una empresa que recibe dividendos conforme a un mismo instrumento financiero (cuya naturaleza jurídica fuera exactamente igual en todos los casos) dependiendo de qué país proceda el dividendo. Situación que no tiene por qué asumirse que es la intención del legislador.

#### 2.1.3.2.1. El presupuesto de hecho del artículo 21 del TRLIS: los efectos de la ley extranjera en la ley nacional

A la hora de analizar el presupuesto de hecho de la exención del artículo 21 del TRLIS, dos son los elementos principales que lo conforman. El primero es la obtención de "dividendos o participaciones en beneficios", y el segundo es que "la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa".

El primer elemento del presupuesto de hecho de la norma de exención (la existencia de un dividendo o una participación en beneficios) alude al negocio jurídico sobre el que se aplica la exención. La naturaleza de este negocio jurídico debe ser definida a la luz del

[622] Por ejemplo, la norma española de exención sobre las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente en el extranjero (artículo 22 de la LIS) vincula la definición de EP a la definición de EP establecida en el CDI aplicable.

ordenamiento español. En este sentido, el principio de unidad del ordenamiento español exige que el presupuesto de hecho normativo deba ser definido a la luz de las definiciones establecidas en el propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, el TEAC parece sustentar la denegación de la exención del artículo 21 del TRLIS en la calificación de los *juros* a los efectos de la normativa brasileña, desconociendo que, como sostiene Calderón Carrero, la calificación de "negocios configurados con arreglo a normativa extranjera debe determinarse estrictamente desde los parámetros y regulación fiscal española"[623].

Así, la calificación de una situación fáctica (ya sea la realización de un acto o negocio jurídico o una situación de hecho), a los efectos de encajarla dentro del presupuesto de hecho de una norma tributaria nacional, se debe determinar necesariamente conforme a las categorías jurídicas nacionales. Incluso las *normas vinculadas* o *linking rules*[624], que hacen depender las consecuencias tributarias nacionales de los efectos de las normas tributarias de otra jurisdicción, dependen en última instancia de las definiciones y de los significados semánticos del propio país[625]. No parece razonable que los términos establecidos en el ordenamiento tributario español deban ser definidos a la luz de otro ordenamiento, con una política fiscal diferente y con una idiosincrasia y terminología jurídica diferente. De manera que en el presupuesto de hecho normativo de una norma tributaria, el significante (terminología que da lugar a la calificación) y el significado

[623] Calderón Carrero (2012b), p. 25. El propio Tribunal Supremo (sentencia de 16 marzo 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. 1130/2014) establece que "lo decisivo es determinar su naturaleza jurídica, desde la perspectiva del artículo 21 del TRLIS". Véase también la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2010 (rec. 54/2007), en la que se establece que el cálculo de la base imponible a efectos del Impuesto sobre la Renta de No Residentes debía hacerse conforme a los criterios contables de la legislación española, no de la legislación de la casa central.

[624] El término *linking rule* (norma vinculada) ha sido acuñado por la OCDE para referirse con carácter general a todas las normas anti-híbridos establecidas en la Acción 2 del Proyecto BEPS, ya que estas hacen depender su aplicación en una jurisdicción del tratamiento fiscal dado por otra jurisdicción. Así, para la OCDE (2015), p. 11, las "*linking rules (…) align the tax treatment of an instrument or entity with the tax treatment in the counterparty jurisdiction but otherwise do not disturb the commercial outcomes*".

[625] Solo se hace depender la calificación tributaria de las normas de otro Estado cuando se establece expresamente, y sobre la asunción de que las categorías tributarias del Estado remitido son análogas a las nacionales. Por ejemplo, la LIRPF hace depender, a los efectos de determinar la residencia en España, los efectos de las ausencias esporádicas de la potestad calificadora de otro Estado al admitir que "se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país"; asumiendo que la definición de residencia fiscal de otros países implica, como en España, la sujeción impositiva por razones de presencia física, de manera que cuando el otro país es un paraíso fiscal no aplica esta previsión.

(naturaleza jurídica) deben quedar absolutamente alineados con el objetivo intrínseco de la norma. Lo contrario supondría dejar injustificadamente al albur de la legislación extranjera los efectos de la ley tributaria española.

West ha distinguido brillantemente entre "usos interpretativos de la ley extranjera" frente a los "usos fácticos de la ley extranjera"[626]. Esta distinción representa claramente el análisis que acabamos de hacer. Así, toda calificación conforme a una ley extranjera a los efectos de aplicar una ley nacional supone una suerte de *uso interpretativo de la ley extranjera,* y salvo evidencia clara de que las categorías jurídicas del país extranjero están alineadas con la política fiscal y los objetivos de la ley nacional, conviene no implementarla. Por el contrario, las *normas vinculadas* o *linking rules* son normas que hacen depender sus consecuencias jurídico-tributarias de las consecuencias tributarias en otro país, es decir de supuestos fácticos (en forma de consecuencias tributarias) acaecidos en otro país. Y en estos casos estamos ante un *uso fáctico de la ley extranjera* que en ocasiones sí es recomendable implementar para alinear los efectos tributarios agregados de varios países a la capacidad económica del contribuyente y a las políticas fiscales de competitividad de un país, y por tanto evitar situaciones de doble (no) imposición. Y ello sin perjuicio de que el presupuesto de hecho de una *linking rule* debe ser interpretado conforme a las categorías jurídicas nacionales[627].

El segundo elemento del presupuesto de hecho del artículo 21 del TRLIS es que "la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa". Este segundo elemento sí contiene un elemento de conexión o coordinación con la ley extranjera en la medida en que

[626] West (1996), p. 149.

[627] El paradigma de tal situación es el caso *Biddle v. Commissioner,* 302 U.S. 573 (1938). En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos acepta un uso fáctico de la ley extranjera (en este caso la aplicación de un crédito fiscal por el impuesto pagado en el extranjero) pero rechaza un uso interpretativo de la ley extranjera (ya que el término "pagado" que conforma el presupuesto de hecho de la norma americana sobre el crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero requería que fuera interpretado conforme a la legislación y usos americanos, y no conforme a la legislación extranjera). Para un análisis pormenorizado de este caso, véase West (1996), pp. 153-157.

vincula la exención a los efectos tributarios de otra jurisdicción, lo que convierte a la norma de exención en una verdadera *linking rule.*

Lo que se discute en el asunto de los *juros* brasileños es precisamente el alcance de este elemento de conexión con la ley extranjera. En este punto el TEAC interpreta, sobre la base teleológica de que el objetivo de la exención es eliminar la doble imposición económica, que la deducción de los juros por la filial brasileña impide que la entidad participada *haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga* tal y como exige la redacción del artículo 21 del TRLIS[628].

Sin embargo, en nuestra opinión, la exención del artículo 21 del TRLIS condiciona la exención a la *sujeción* por un impuesto análogo al español, y no a la tributación efectiva por encima de un determinado umbral[629]. Lo cual pone de relieve que el objeto de la exención no solo es eliminar la doble imposición económica *potencial* sino también favorecer la internacionalización de las empresas[630]. De tal modo que la exención debió aplicarse automáticamente a los *juros* brasileños, sin necesidad de verificar la tributación efectiva de la filial brasileña[631].

[628] El propio TEAC estableció que la redacción vigente aplicable al caso del artículo 21 TRLIS (en aquel momento el artículo 20 bis) establecía que el requisito de que la filial extranjera hubiera estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al impuesto español se presume cumplido, "salvo prueba en contrario, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información". Por lo que en este caso, según el TEAC, la deducción de los *juros* por la filial brasileña enervaba dicha presunción *iuris tantum*. El propio TEAC admite la procedencia de la exención en la redacción posterior de la norma, a partir del ejercicio 2004, en la que tal presunción pasa a ser *iuris et de iure*.

[629] La propia redacción del artículo 21 del TRLIS establecía que "a estos efectos se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea **parcialmente**" (énfasis añadido).

[630] Para Calderón Carrero (2012b), p. 27, el método de exención pivota sobre la eliminación de la doble imposición económica *potencial*, no efectiva, de manera que sea cohonestable con la competitividad de las empresas españolas en el extranjero. Asimismo, apunta este autor que precisamente el método de exención suele venir acompañado de cláusulas anti-elusivas para evitar su utilización abusiva.

[631] A esta conclusión llegan también la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (nota 620). La Audiencia Nacional considera que la modificación de la redacción de la norma de exención para incorporar la *presunción iuris et de iure* (véase nota 628) solo da carta de naturaleza a un propósito de la norma que ya existía con anterioridad: que era voluntad del legislador otorgar la exención a todo dividendo procedente de países que hubieran suscrito con España un convenio con cláusula de intercambio de información. Aunque compartamos las conclusiones, este argumento nos parece un poco peregrino ya que utiliza una redacción posterior para interpretar una ley anterior, con una interpretación claramente *contra legem*.

## 2.2. El elemento subjetivo del hecho imponible: el régimen de atribución de la renta a las entidades

### 2.2.1. Introducción

El elemento subjetivo del hecho imponible, esto es, la atribución de las rentas a los contribuyentes, exige un doble análisis. En primer lugar, exige analizar si existe contribuyente, es decir, analizar la subjetividad o personificación fiscal de un patrimonio. A este análisis lo denominaremos análisis *vertical* de la atribución de rentas ya que exige determinar si un patrimonio es lo suficientemente autónomo[632] para dotarlo de dicha subjetividad fiscal, o por el contrario se debe desechar su subjetividad fiscal y atribuir sus rentas a los titulares de dicho patrimonio. Esta determinación *vertical* se realiza mediante normas que responden a objetivos de política fiscal y que no siempre se circunscriben a criterios civilistas de personificación jurídica[633]. Estas normas son básicamente las normas que definen los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades y las normas relativas al régimen de atribución de rentas, las cuales se complementan. En concreto, el régimen de entidades en atribución de rentas es una normativa de carácter especial que realiza una imputación subjetiva de las rentas de acuerdo a un análisis *vertical* de la propiedad[634]. Es decir, parte de la base de que existe un patrimonio con una mínima autonomía o separación respecto de las personas que ostentan la titularidad de dicho patrimonio, y dilucida si las rentas generadas por dicho patrimonio se atribuyen fiscalmente a este (opacidad o subjetividad fiscal) o a los sujetos que ostentan la titularidad de dicho patrimonio (transparencia fiscal).

En segundo lugar, una vez determinada la existencia o no de contribuyente, se debe realizar una atribución *horizontal* de la renta. Las normas sobre imputación subjetiva de

[632] La mayor evidencia de autonomía es que el patrimonio se gestione de manera autónoma respecto de otros bienes (bien por medio de un administrador/gestor en caso de sociedades, bien por medio de un gestor fiduciario en caso de patrimonios fiduciarios).
[633] Véase nota 639.
[634] No solo en la norma tributaria se regula esta atribución vertical de la renta, sino también en la norma contable. En concreto en la Norma de Registro y Valoración 20ª del PGC.

las rentas (es decir, el elemento subjetivo del hecho imponible normativo) realizan un análisis *horizontal* de la titularidad de los bienes singulares que componen un patrimonio, una vez se ha determinado quién es el titular fiscal de dicho patrimonio (si el propio patrimonio en caso de darle subjetividad fiscal, o los titulares de este en el caso de que se aplique la transparencia fiscal). Así, por ejemplo, en un contrato de cuentas en participación suscrito en el extranjero, asumido que no goza de subjetividad fiscal y que por tanto es transparente fiscalmente en su país de otorgamiento, debe analizarse a la luz de las normas generales de imputación subjetiva a quién de sus intervinientes le corresponde la titularidad de las rentas objeto de dicho contrato. En el IRPF el criterio de titularidad sigue criterios civilistas (es decir, las rentas son imputadas fiscalmente al titular jurídico de los bienes de que derivan) y criterios económicos (en el caso de los rendimientos de actividades económicas)[635]. En el Impuesto sobre Sociedades el criterio de atribución utilizado se inclina por la titularidad económica de las rentas[636]. Aunque la reforma contable de 2007 consagró expresamente el criterio de la realidad económica sobre la forma jurídica, con anterioridad el principio de imagen fiel ya venía permitiendo realizar una atribución económica de la renta; de manera que el criterio contable y el criterio jurídico-tributario de "obtención de renta por el contribuyente"[637] parecen ir de la mano[638].

### 2.2.2. Entidades híbridas y la calificación española

En el sistema fiscal español la aplicación a las entidades del régimen de atribución de rentas (es decir, en régimen de transparencia fiscal) viene determinada por su personalidad jurídico-privada.

Con determinadas excepciones, la regla general del artículo 7 de la LIS establece que serán contribuyentes por el Impuesto sobre Sociedades las "personas jurídicas".

[635] Articulo 11 de la LIRPF. Báez Moreno (2009), pp. 68-69.
[636] Sobre la imputación subjetiva de rentas en el Impuesto sobre Sociedades, véase Báez Moreno (2009), pp. 71 y ss.
[637] Artículo 4.1 de la LIS.
[638] Báez Moreno (2009), pp. 72-73.

Correlativamente, el artículo 6 de la LIS, por remisión al artículo 35.4 de la LGT, establece que no serán contribuyentes por el Impuesto sobre Sociedades, sino que sus rentas serán atribuidas a sus socios, aquellas entidades que no tengan personalidad jurídica. Por tanto, el régimen fiscal de opacidad o transparencia de una entidad depende de su personalidad a efectos jurídico-privados, como regla general.

Decimos como regla general ya que hay determinadas excepciones en las que la entidad tiene personalidad jurídica y sin embargo no es contribuyente por el Impuesto sobre Sociedades[639]. Tal es el caso de las "sociedades civiles que no tengan objeto mercantil". En este caso, la coherencia interna del sistema fiscal impone que dichas entidades tributen en régimen de atribución de rentas. Asimismo, también hay determinadas entidades sin personalidad jurídica que sin embargo sí son contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades español. Tal es el caso de fondos de inversión o de capital riesgo o las Uniones Temporales de Empresas (UTEs). En estos casos, la coherencia interna del sistema fiscal evidentemente excluye a estas entidades del régimen de atribución de rentas[640].

En cuanto a las entidades constituidas en el extranjero y sujetas a un régimen legal extranjero, la normativa española establece que serán transparentes aquellas entidades "cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas"[641].

Esta redacción nos plantea varios interrogantes en cuanto al significado de "naturaleza jurídica" de la norma de calificación.

La postura más sencilla, dada la literalidad de la norma, es suponer que la norma de calificación remite al régimen jurídico-privado de la entidad extranjera por cuanto que

[639] La decisión del legislador en cuanto a la identificación de los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades obedece más a cuestiones de política fiscal más que de dogmática jurídica, en Vega Borrego (2015), p. 441.
[640] El artículo 6.2 de la LIS establece que "las entidades en régimen de atribución de rentas no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades".
[641] Artículo 87 de la LIRPF y artículo 37 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

establece que las entidades constituidas en el extranjero serán transparentes cuando su *naturaleza jurídica sea análoga* a la de las entidades transparentes españolas. Uno de los argumentos es que una entidad solo puede tener una naturaleza jurídico-privada[642], mientras que puede aplicar varios regímenes tributarios distintos si operase en varias jurisdicciones[643]. Además, la redacción se realiza en los mismos términos que la norma general de calificación del artículo 13 de la LGT, el cual indudablemente se refiere a la naturaleza jurídico-privada de los actos o negocios jurídicos.

De ser correcto este enfoque, de la norma se desprendería que determinadas entidades constituidas en el extranjero que tengan un régimen jurídico-privado similar o análogo al de los fondos o UTEs españolas serían consideradas fiscalmente como entidades opacas a los efectos del Derecho tributario español (y sus rentas no se atribuirán a sus socios). De la misma forma, cabría pensar que determinadas entidades personalistas constituidas en el extranjero y que desarrollasen actividades no mercantiles serían consideradas entidades transparentes por ser análogas a las sociedades civiles profesionales españolas (que tributan en transparencia fiscal).

Fuera de estos casos específicos, la regla general os remite a la personalidad jurídica como característica fundamental para determinar su opacidad o su transparencia. Por tanto, a la hora de calificar fiscalmente una entidad extranjera habría que analizar su régimen jurídico-privado y determinar si este encaja dentro de alguno de los tipos de entidades españolas sin personalidad jurídica (que tributan en régimen de atribución de rentas), en cuyo caso se consideraría transparente.

Sin embargo, la DGT ha interpretado este análisis de comparabilidad de una manera amplia y apartándose de la literalidad de la norma, de manera que incluye en su análisis tanto la naturaleza jurídico-privada como la naturaleza tributaria. La DGT analiza la

[642] Tal y como hemos defendido en este trabajo (véase al respecto el Capítulo III, sección 2.1.3.2.1) los términos que conforman las normas de calificación del hecho imponible vienen definidos en la propia ley interna (no en las definiciones de la ley extranjera), por lo que a los efectos de la aplicación de una ley interna la naturaleza jurídica de un hecho con relevancia tributaria tiene que ser unívoca.

[643] Piénsese en una entidad extranjera con residencia en dos países distintos en los cuales además tiene un régimen fiscal diferente.

personalidad jurídica de la entidad extranjera como una característica más que valora conjuntamente junto a otras características de la entidad, entre ellas su régimen fiscal. El problema de partida es que si una entidad extranjera tiene personalidad jurídica, difícilmente será idéntica o análoga a una entidad transparente española (que aunque sea similar en el resto de características, se caracteriza precisamente por carecer de personalidad jurídica), ya que aunque no encaje dentro de los tipos especiales de entidades mercantiles tipificadas en España, por lo general, será reconducible dentro del tipo subsidiario de la sociedad civil o colectiva[644], las cuales tienen personalidad jurídica[645] y por tanto son opacas fiscalmente (salvo en el caso mencionado anteriormente de las sociedades civiles profesionales)[646].

Por tanto, el primer problema de este enfoque es que, si lo tomamos de manera rigurosa, únicamente deberíamos considerar transparentes a aquellas entidades extranjeras que fueran transparentes en su país de establecimiento y que además su naturaleza jurídico-privada fuera análoga a la de las entidades transparentes españolas. Fuera de esos casos, la entidad extranjera debería ser calificada de opaca. Así, interpretar este artículo 87.1 de la LIRPF como un doble requisito (que la entidad extranjera carezca de personalidad jurídica y que esté sometida a un régimen de

[644] Art. 39 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

[645] Como excepción a la personalidad jurídica de las sociedades civiles, estas carecerán de dicha personalidad cuando mantengan sus pactos en secreto. En estos casos nos hallamos ante una "sociedad interna" que externamente no actúa como tal en el tráfico jurídico. Tal es así que en estos casos se aplican las normas para la comunidad de bienes en cuanto a los derechos reales de dicha entidad (art. 1669 del Código Civil).

[646] La personalidad jurídica de la sociedad extranjera debe analizarse a la luz del ordenamiento español. Ya que la personalidad jurídica, al igual que explicábamos con los instrumentos financieros, es una categoría dogmática que identifica un determinado régimen jurídico (el haz de derechos y obligaciones), es decir, tipifica y etiqueta jurídicamente un determinado conjunto de derechos y obligaciones. De tal modo que el principio de no contradicción impone una calificación conforme a la realidad jurídica, que solo puede ser única desde el punto de vista del Derecho aplicado (el Derecho español). Lo contrario, sería dejar al albur de cada Estado extranjero con el que un contribuyente realiza una operación transfronteriza las consecuencias tributarias del país que aplica su propio Derecho, con la consiguiente erosión de principios de justicia tributaria; véase al respecto el Capítulo III, sección 2.1.3.2.1. Esta precisión es importante habida cuenta de que la personalidad jurídica es una construcción probablemente más desarrollada y teorizada en los sistemas jurídicos continentales que en los de *common law*. Es precisamente la diversidad y heterogeneidad en la construcción de categorías jurídicas en las que se encajan los elementos fácticos que componen el presupuesto de hecho de las normas tributarias lo que origina que una misma realidad jurídica pueda ser calificada de manera diferente en diferentes países, y por lo tanto tener consecuencias tributarias indeseables o, al menos, inconsistentes con el principio de imposición única.

transparencia fiscal en su país) pondría de relieve una política fiscal del precepto absolutamente estéril en la medida en que ni eliminaría completamente los riesgos de doble (no) imposición ni aseguraría absolutamente el principio de igualdad en todos a aquellos tipos de entidades con una misma naturaleza jurídico-privada[647].

El segundo problema de este enfoque es que plantea problemas en relación al principio de legalidad en la medida en que la DGT realiza una interpretación relajada de la norma. Como ya hemos dicho, la *naturaleza jurídica de una entidad* se relaciona con el encaje del negocio jurídico en las categorías jurídico-privadas, no con su encaje en un régimen tributario. No obstante, obviando esta disquisición semántica, nada obstaría al legislador para configurar expresamente el presupuesto de hecho con un doble requisito: la realización de un determinado negocio jurídico-privado (existencia de una entidad extranjera con una naturaleza jurídico-privada análoga a la de una entidad transparente española) y la aplicación en el extranjero de unas determinadas consecuencias tributarias (aplicación de un régimen fiscal de transparencia)[648]. Sin embargo, para poder aceptar este enfoque, la previsión debería haber sido expresa.

Además, la DGT no es siquiera rigurosa aplicando este análisis de comparabilidad. En primer lugar, con respecto al análisis de la naturaleza jurídico-privada, la DGT prescinde de analizar los datos aportados por el contribuyente en sus consultas, de manera que da carta de naturaleza a la carencia de personalidad jurídica de determinadas entidades extranjeras simplemente por el mero hecho de que así lo manifiesta el contribuyente (el cual se remite a la legislación del país en que se constituyó dicha entidad extranjera). Lo

[647] De acuerdo a Vega Borrego (2015), p. 447, el método de comparabilidad (compara el régimen jurídico-privado de la entidad extranjera con el de las entidades españolas de naturaleza análoga al objeto de encajarlo en el régimen tributario oportuno, véase nota 583 del presente trabajo) es el que mejor se adecua a las exigencias los principios de igualdad y de no discriminación. En nuestra opinión, un criterio como el seguido por la DGT implicaría que un socio español minoritario y sin facultades de gestión en una entidad extranjera transparente tributase en España por las rentas de dicha entidad aunque careciera de facultades de disposición sobre las rentas que se le imputasen.

[648] El presupuesto de hecho de una norma tributaria puede venir definido únicamente por su naturaleza jurídica, o bien por su naturaleza jurídica y por el régimen tributario aplicable en el extranjero ("uso fáctico de la ley extranjera", véase al respecto el Capítulo III, sección 2.1.3.2.1). El régimen de exención sobre dividendos del artículo 21 de la LIS es un paradigma de este doble requisito, ya que su aplicación exige que la renta tenga la naturaleza jurídica de dividendo y además que el régimen tributario aplicable en el extranjero sobre el pagador cumpla ciertos requisitos (no deducibilidad del dividendo y sujeción por un impuesto análogo al IS español a un tipo nominal de al menos el 10%).

que se desprende de esta postura es que la DGT realiza una calificación puramente formal de la personalidad jurídica, en atención no a la realidad jurídica conforme al ordenamiento español sino a la denominación dada por su *lex fori*[649], la cual no tiene necesariamente por qué coincidir con la calificación jurídico-privada española (que es la que se toma como referencia para calificar las operaciones conforme a su naturaleza jurídica), lo que supone una clara quiebra del artículo 13 de la LGT. Por ejemplo, en la consulta V0037-03, la DGT considera que una *Closed Commanditaire Vennootschap* (CV Cerrada) holandesa es una entidad sin personalidad jurídica únicamente en base a los datos del consultante[650]. No obstante, de acuerdo a las características descritas por el consultante se podría concluir que se trata de una entidad análoga a la sociedad comanditaria simple española[651], la cual sí ostenta personalidad jurídica[652].

La interpretación que realiza la DGT incluso va más allá, y *de facto* ha venido ignorando la naturaleza jurídico-privada de la entidad, para fijarse únicamente en su régimen tributario en su país de origen a la hora de determinar su régimen fiscal aplicable en España, con los que los problemas señalados de este enfoque se acentúan[653]. Así, la DGT ha venido calificando tradicionalmente como fiscalmente transparentes a aquellas entidades extranjeras que son transparentes en su país de constitución a pesar de que su naturaleza jurídica está más próxima a la de entidades españolas que, por tener

[649] La DGT realiza un claro "uso interpretativo de la ley extranjera" (véase al respecto el Capítulo III, sección 2.1.3.2.1, y West [1996], p. 149), uso que hemos criticado repetidamente por contravenir el principio de unidad del ordenamiento jurídico y su coherencia interna, véase nota 646.

[650] En la referida consulta la DGT da por buena la calificación efectuada por el consultante en base a la ley holandesa: "De acuerdo con la información aportada por la consultante, resulta que: 1º.- Según la ley holandesa la CV Cerrada carece de personalidad jurídica propia (…)."

[651] Vega Borrego (2015), p. 453. De la misma forma, en la consulta V3557-15, la DGT también da por buena la calificación del consultante (y de la ley holandesa) a la hora de considerar que una CV Abierta no tiene personalidad jurídica (siendo no obstante dicha entidad análoga a una sociedad comanditaria por acciones española). En la consulta 2110-04, la DGT considera que una *Partnership* inglesa no tiene personalidad jurídica en base a los datos del consultante, a pesar de que no obstante este tipo de entidad podría ser análogo a las sociedades colectivas o sociedades civiles españolas, las cuales sí gozan de personalidad jurídica, véase nota 644.

[652] En España las sociedades personalistas, como son la sociedad civil (siempre que no mantenga sus pactos secretos), la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria, gozan de personalidad jurídica.

[653] Como pone de relieve Vega Borrego (2015), p. 449, la redacción de la norma de calificación de las entidades extranjeras en los diferentes proyectos legislativos previos a su aprobación definitiva hacía depender la transparencia fiscal u opacidad de las entidades extranjeras en España únicamente de su régimen fiscal en su país de constitución, sin tener en cuenta la naturaleza jurídico-privada de dichas entidades. Por tanto, parece difícil aceptar que la redacción actual de la norma de calificación tenga el mismo sentido que el de los borradores previos, siendo sus redacciones tan dispares.

personalidad jurídica, son contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades[654]. Además, es criticable que la DGT hiciera esta calificación sin apenas motivación y sin una ponderación o valoración de los caracteres jurídicos de la entidad objeto de consulta[655]. Al margen de las cuestiones que suscita esta interpretación en torno al principio de legalidad, no podemos negar la utilidad de esta interpretación, ya que al aplicar coordinadamente el mismo régimen tributario que el país de origen de la entidad extranjera se eliminan los riesgos de doble (no) imposición.

Por lo general la doctrina de la DGT se ha manifestado sobre entidades extranjeras de tipo personalista (que en determinados países son consideradas transparentes)[656]. De manera indirecta se ha manifestado la DGT sobre determinadas entidades de tipo

[654] Así, en la consulta V0037-03 la DGT ha calificado como entidad en régimen de atribución de rentas a una *Closed Commanditaire Vennootschap* (CV Cerrada) holandesa, cuya naturaleza jurídica se asemeja a la de la sociedad comanditaria simple española. De la misma forma, las consultas V3836-15 y V1631-14 establecieron que una *Kommaditgesellschaft* (KG) alemana, cuya naturaleza también se asemeja a la de la sociedad comanditaria española, es una entidad en régimen de atribución de rentas a los efectos de la ley española. En las consultas V1319-05, V0306-14 y V1398-16 la DGT también declara transparente a efectos de la ley española a una *Limited Liability Partnership* (LLP) inglesa. La LLP es una sociedad personalista (la gestión corresponde a los socios) con caracteres híbridos entre la sociedad limitada española (los socios tienen limitada su responsabilidad a sus aportaciones) y la sociedad colectiva española (la gestión corresponde a los socios), y que quizás ha cristalizado en España en la sociedad profesional, la cual, sin perjuicio de que pueda adoptar cualquier forma jurídica (SL, SA, etc.), debe encomendar su gestión a los socios profesionales, lo cual acerca esta figura a la de las sociedades personalistas. Véase la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, art. 4.3. La *General Partnership* anglosajona, que se asemeja a la sociedad colectiva o sociedad civil (en función del objeto de su actividad) española, también ha sido considerada transparente a efectos de la ley española (consultas de la DGT 2110-04 y 0196-05). Por último, la DGT ha excluido del régimen entidades en atribución de rentas a los vehículos de inversión colectiva que estén bajo el paraguas de la normativa comunitaria UCITS (consulta V1593-17) por gozar de un régimen especial en el IRPF y en el IS, y ello con independencia de su naturaleza jurídica y régimen fiscal en el país de origen. Fuera de estos vehículos amparados por la normativa UCITS, la DGT (consultas V2414-16 y V3322-16) ha considerado que determinados vehículos de inversión colectiva extranjeros tributarán en atribución de rentas por ser fiscalmente transparentes en su país de constitución, y ello a pesar de que su naturaleza jurídica sea similar a la de los fondos de inversión españoles, los cuales son fiscalmente opacos.

[655] En la mayoría de las consultas podemos observar cómo, después de una sucinta enumeración de los caracteres de la entidad extranjera (que por lo general era una mera reiteración de los datos aportados por el consultante), la DGT simplemente se manifiesta en términos tales como: "Por lo tanto, de acuerdo con los puntos anteriores, se puede considerar que la 'Closed Commanditaire Vennootschap' constituida con arreglo a la ley holandesa tiene una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas con arreglo a la ley española", en la consulta V0037-03.

[656] Generalmente son las sociedades personalistas las que suelen ocasionar estos problemas de hibridación fiscal, es decir, que sean transparentes a efectos de la ley de un país y opacas a efectos de la ley de otro país. Esto es así ya que este tipo de sociedades ponen el foco en la persona de sus socios, otorgándoles la gestión de la sociedad y en muchos casos determinando un régimen de responsabilidad ilimitada respecto de las deudas de la sociedad, hasta el punto de que se confunde la personalidad de sus socios con la de la sociedad, razón por la que la cuestión sobre su personalidad jurídica no es pacífica en el Derecho comparado, véase nota 646.

capitalista que tributan como transparentes en su país de constitución, como la *Limited Liability Company* (LLC) americana, respecto de las cuales la DGT únicamente se ha manifestado sobre su estatus fiscal a los efectos de aplicar el CDI y determinadas normas del IRNR y del IS; estatus fiscal que analiza a la luz de las normas del CDI aplicable, el cual remite al régimen fiscal de la *lex fori* de la LLC[657].

Otro caso digno de mención lo encontramos en la consulta V0012-11, relativa determinadas entidades de capital-riesgo extranjeras que tomaban la forma jurídica de *Limited Partnership* (LP), una forma habitual de instrumentar los vehículos de inversión colectiva de tipo cerrado en el mundo anglosajón[658]. Si bien en este caso no nos es posible dilucidar con certeza la naturaleza jurídica de dicho vehículo, dado que por un lado toma la forma jurídica de una LP (entidad que tiene ciertas similitudes a la sociedad comanditaria española) mientras que por otro se regula por las especialidades propias de las instituciones de inversión colectiva, en cualquier caso se trata de una entidad no análoga a una entidad en régimen de atribución de rentas. Y así lo determina la DGT. No obstante, en esta consulta, el consultante no ofrece datos sobre el régimen fiscal extranjero de dichas entidades de capital-riesgo. Razón por la cual nos inclinamos pensar que la DGT habría tomado la posición contraria si dichas entidades de capital-riesgo hubieran tributado en su país de origen como entidades transparentes[659].

Recientemente, la DGT ha emitido la Resolución de 6 de febrero de 2020 sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero[660]. El objetivo de esta Resolución es aportar un poco de claridad en un entorno cada vez más globalizado, y sobre todo como

[657] Consultas de la DGT V3311-13, V0601-16 y V4196-16. No obstante, en estas dos últimas consultas, la DGT establece que, a los efectos de aplicar determinadas reglas anti-paraíso de la LIS, la residencia fiscal de una LLC que sea transparente en los EEUU vendrá determinada por la residencia de sus socios. Por lo cual, el régimen fiscal de la LLC en su país de constitución parece que también determina el régimen a los efectos de la ley española. En la consulta V3311-13 la DGT establece que una LLC transparente en los EEUU lo será también a los efectos de ignorar fiscalmente en el IRNR español una transmisión entre un transmitente y una LLC cuyo socio único es el propio transmitente.

[658] La ley española permite a las instituciones de inversión colectiva de tipo cerrado constituirse bajo la forma jurídica de fondos o de sociedades anónimas (Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado).

[659] Vega Borrego (2015), p. 454.

[660] BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2020, pp. 13738-13742.

consecuencia de la modificación del MC OCDE en 2017, que introdujo determinados principios derivados del Informe Partnership de 1999[661].

Esta Resolución viene a consagrar lo que ya había establecido la consulta V3557-15: que para analizar si estamos ante una entidad transparente "un elemento definitorio esencial es el hecho de que se trate de entidades sometidas a un régimen de atribución de rentas, es decir, que no sean contribuyentes por sí mismas de ningún impuesto, sino que lo sean sus socios o partícipes". En este caso, una *Open Commanditaire Vennootschap* (CV Abierta) holandesa, similar a la sociedad comanditaria por acciones española, fue declarada entidad opaca a los efectos de la ley española. El elemento determinante fue precisamente que dicha entidad era sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades holandés[662].

Por tanto, la Resolución de la DGT ha consagrado expresamente el régimen tributario en el país de origen como la circunstancia determinante y *sine qua non*, relegando la naturaleza jurídico-privada de la entidad extranjera a un plano meramente anecdótico o de *obiter dicta*. Así, las características básicas que debe cumplir la entidad extranjera para ser considerada transparente a los efectos de la ley española son: *i)* que la entidad extranjera no sea contribuyente por un impuesto personal sobre la renta en el Estado de constitución; *ii)* que las rentas generadas por la entidad se atribuyan fiscalmente a sus socios o partícipes, de acuerdo con la legislación de su Estado de constitución, debiendo tributar por las mismas en su impuesto personal con independencia de si dichas rentas han sido o no objeto de distribución[663]; *iii)* y que las rentas obtenidas por

[661] OCDE (1999).

[662] Esta consulta contrasta con la consulta V0037-03, véase nota 654. En ambos supuestos nos encontramos con una *Closed Commanditaire Vennootschap* holandesa con un régimen jurídico-privado casi idéntico (salvo en la transmisibilidad de las acciones de los socios comanditarios) que sin embargo es calificada de diferente manera por la DGT. De manera que el régimen jurídico-privado de las entidades extranjeras queda relegado del análisis de la DGT.

[663] Este requisito es de suma importancia, ya que la mera existencia de un tipo del 0% en el impuesto de una entidad extranjera no supone su transparencia fiscal. Los fondos de inversión colectiva extranjeros en muchas situaciones tributan a un tipo del 0%, siendo sus socios o partícipes los que soportan la tributación de las rentas obtenidas por estos. Pero ello no implica que sean fiscalmente transparentes ya que la tributación de los socios se produce únicamente cuando estos realizan las plusvalías del fondo (vía reembolso o venta de participaciones, o vía reparto de beneficios por el fondo).

la entidad conserven, de acuerdo con la legislación de su Estado de constitución, la naturaleza de la actividad o fuente de la que procedan para cada socio o partícipe.

Una de las cuestiones que quedan abiertas es qué pasaría cuando la entidad extranjera fuera parcialmente transparente en su país de origen, como ocurre con ciertos vehículos de inversión colectiva que transparentan únicamente sus rentas, pero no sus ganancias de capital[664].

Este criterio aplicado por la DGT podría plantear problemas de legalidad con respecto a las libertades fundamentales del TFUE en la medida en la que la invertir en una sociedad personalista establecida en otro Estado Miembro fuera más gravoso que hacerlo en una sociedad personalista española, sin que las razones propias de neutralidad (gravamen compensatorio) pudieran justificar tal diferencia de trato[665]. Piénsese, por ejemplo, en un residente español a quien se le imputan en régimen de transparencia las rentas de una CV Cerrada holandesa de la que es socio, mientras que si ese mismo residente español fuera socio de una entidad análoga española (por ejemplo, una sociedad comanditaria simple) no se le imputarían dichas rentas.

---

[664] La consulta de la DGT V3322-16 analiza un *Authorised Contractual Scheme* (ACS) británico. En dicha consulta se constata que dicho vehículo de inversión colectiva "no cuenta con capital social. Los partícipes cuentan con un derecho prorrateado sobre los activos y pasivos agrupados en el vehículo de inversión, representado mediante las participaciones o unidades emitidas por la entidad gestora". Por lo cual se intuye que estamos ante la modalidad del *Co-ownership Authorised Contractual Scheme,* figura que toma la forma de contrato de copropiedad (similar a la de los fondos de inversión españoles) y que se caracteriza por imputar al partícipe las rentas (dividendos, por lo general) obtenidas por el vehículo, pero no las ganancias de capital por la disposición de sus activos, las cuales tributarán cuando el partícipe venda o reembolse sus participaciones. En la citada consulta, no obstante, la DGT simplemente califica al ACS como fiscalmente transparente a los efectos de la normativa española, sin diferenciar entre los distintos tipos de rentas. En nuestra opinión, la tributación en Reino Unido de las ganancias de capital obtenidas por un ACS no cumple con la característica ii) de la Resolución de la DGT sobre entidades híbridas (véase nota 660), esto es, que dichas ganancias le sean imputadas directamente al partícipe aunque no hayan sido objeto de distribución.

[665] En la STJUE de 6 de diciembre de 2007, C-298/05 (*Columbus Container*), párr. 40, se estableció que no es discriminatorio calificar una entidad extranjera como transparente si dicha entidad extranjera tiene una naturaleza jurídico-privada análoga a la de una entidad nacional. *A contrario sensu* ¿es discriminatorio calificar a una sociedad extranjera de manera diferente a una entidad nacional análoga? En la misma sentencia, el TJUE (párr. 53) establece que "los Estados miembros tienen libertad para establecer las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables a los distintos tipos de establecimientos de las sociedades nacionales que operen en el extranjero, siempre y cuando les otorguen un trato que no resulte discriminatorio con respecto a los establecimientos nacionales comparables". En *Cadbury Schweppes* (STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04) se estableció que es discriminatorio aplicar normas de transparencia fiscal a entidades extranjeras (asumiendo que tienen actividad real), no siendo una justificación válida la de compensar la ausencia de tributación en el extranjero.

No obstante, no hay que olvidar que dicha Resolución solo tiene el carácter de vinculante para los órganos de la Administración Tributaria encargados de la aplicación de los tributos. Por lo que no quedarán vinculados por dicha interpretación los contribuyentes, los órganos judiciales, ni los órganos administrativos encargados de la revisión en vía administrativa.

### 2.2.3. El *trust*: problemas de atribución horizontal y vertical

Por último, nos gustaría hacer una breve referencia a otro tipo de entidades a las que la DGT no parece aplicar el método de comparabilidad del artículo 87.1 de la LIRPF ya que el ordenamiento español no las reconoce subjetividad[666]. Hablamos de los *trust* anglosajones. Este tipo de vehículo forma parte de los *patrimonios fiduciarios*, aquellos patrimonios cuya gestión y titularidad quedan divididos entre el administrador y el beneficiario, el cual no tiene poder de decisión sobre la gestión dicho patrimonio.

El *trust* presenta una particularidad precisamente porque presenta una relación trilateral, escindida entre el constituyente del patrimonio fiduciario (*settlor* o *grantor*),

[666] En nuestra opinión, el debate entorno al *trust* no difiere del debate en torno a la personalidad jurídica de las entidades extranjeras. Es decir, si el *trust* es una figura no reconocida en el ordenamiento español es tanto como decir que no le reconoce subjetividad jurídica. De hecho, nos parece inverosímil y un oxímoron afirmar que una entidad extranjera carece de personalidad jurídica y a la vez afirmar que dicha entidad es reconocida por el ordenamiento español. Para ello hay que comprender que en España todo patrimonio separado (y que opere en apariencia como tal, es decir, sin mantener secretos los pactos de los socios) tiene personalidad jurídica [art. 1669 del Código Civil]). Por ello, un contrato de cuentas en participación suscrito en el extranjero difícilmente puede ser reconocido como entidad en España ya que opera como una sociedad interna, pero manteniendo externamente la titularidad de los activos en manos del "socio" industrial. Los críticos con esta idea podrían decir que el contrato de cuentas en participación se reconoce por el ordenamiento español mientras que el contrato de *trust* no. Que no se reconozca el *trust* como figura típica del ordenamiento jurídico-privado español no significa necesariamente que el haz de derechos y obligaciones que emanan de dicho contrato no sean plenamente eficaces ante un tribunal español conforme a las normas civiles que nos hemos dado (en este caso las normas propias de los negocios fiduciarios tienen cabida dentro del principio de la libertad de pactos propio del Derecho civil y aunque no estemos ante un negocio atípico, o incluso simulado, este tiene una naturaleza jurídica cierta y reconducible dentro de las categorías de nuestro Derecho civil) y mucho menos que no tengan validez a efectos fiscales (recordaremos una vez más que el artículo 13 de la LGT nos remite a la naturaleza jurídica de los actos o negocios "prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez"). Lo que no reconoce el ordenamiento español es el desdoblamiento del derecho de propiedad que se deriva del contrato del *trust* en el Derecho anglosajón, que es tanto como decir que la figura del *trust* carece de subjetividad jurídica.

el administrador del patrimonio (el *trustee*) y los beneficiarios de dicho patrimonio. Esta figura, de origen anglosajón, no tiene parangón en el Derecho privado continental[667].

#### 2.2.3.1. Doctrina de la DGT en torno al trust

En relación a la figura del *trust* anglosajón, la DGT ha considerado tradicionalmente que se trata de una figura no reconocida por el ordenamiento español, y por tanto ignora, a efectos fiscales, la existencia del *trust*:

> "por tanto, a los efectos de dicho ordenamiento jurídico, las relaciones entre los aportantes de bienes y derechos y sus destinatarios o beneficiarios a través del 'trust' se consideran realizadas directamente entre unos y otros, como si el 'trust' no existiese (transparencia fiscal del 'trust'). (…) Conforme a lo anterior, las transmisiones de bienes y derechos de la persona que constituye un 'trust' (settlor) a este, así como las transmisiones de bienes y derechos –o de los rendimientos producidos por tales bienes y derechos– ordenados por el gestor del 'trust' (trustee) a favor de los beneficiarios, a efectos del ordenamiento jurídico tributario español, se consideran transmisiones directas del 'settlor' al beneficiario. Dado que se tratará en general de transmisiones a título lucrativo, tales transmisiones estarán en general sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, salvo en el caso de beneficiarios personas jurídicas, que no están sujetas a dicho impuesto, sino, en su caso, al Impuesto sobre Sociedades."[668]

Por tanto, lo que la DGT analiza son las relaciones jurídicas entre el constituyente y los beneficiarios del patrimonio gestionado bajo el *trust*. La DGT no analiza la existencia o no de contribuyente, sino el elemento subjetivo del hecho imponible, es decir, la imputación subjetiva de las rentas generadas por los bienes gestionados bajo el *trust*.

[667] Se trata de una figura no reconocida en los ordenamientos continentales debido a que supone un desmembramiento de la propiedad entre el *trustee* como propietario legal o nominal, que ejerce de fiduciario del patrimonio aportado por el *settlor* en beneficio de un tercero, y el beneficiario del *trust* como propietario real de los activos del *trust*.
[668] Consulta de la DGT V3394-19.

La DGT parece partir de la premisa de que como no existe una entidad a efectos jurídico-privados no le es aplicable el análisis de comparabilidad del artículo 87.1 de la LIRPF. Así, partiendo de la premisa de que el *trust* no es reconocido en el Derecho privado español, la DGT inexorablemente siempre transparenta sus rentas. La cuestión clave es saber quién es el titular de dichas rentas. En el *trust* este análisis se complica, ya que de acuerdo al *common law* la propiedad se escinde en una propiedad formal (*legal ownership*, en manos del *trustee*) y otra material (*equitable ownership*, en manos del beneficiario o del constituyente). Al contrario que las entidades reconocidas por nuestro ordenamiento, donde la cuestión es binaria y se reduce a un análisis *vertical* de la titularidad fiscal del patrimonio (si el propio patrimonio es contribuyente o no, en cuyo caso las rentas se atribuyen a los titulares de este), en el *trust* dicha relación se torna trilateral (el *trustee*, el constituyente y los beneficiarios) por lo que aumentan los riesgos de doble, incluso triple, imposición[669].

Por tanto, la DGT tradicionalmente ha analizado la figura del *trust* a la luz del análisis horizontal propio de las normas de imputación subjetiva de las rentas (es decir, del análisis del elemento subjetivo del hecho imponible). El análisis se centra en determinar a qué persona (constituyente o beneficiario) le corresponde imputarse fiscalmente las rentas generadas por el patrimonio administrado bajo el *trust*. La DGT se remite a las categorías del Derecho civil para intentar determinar la titularidad jurídica de tales rentas ante la falta de tipicidad en nuestro ordenamiento del contrato del *trust*[670]. Para ello la DGT no es muy reveladora y no aporta ningún tipo de seguridad jurídica ya que por lo general advierte que cada contrato de *trust* debe ser analizado por los órganos de gestión e inspección tributaria a la luz de sus términos para determinar quién es el verdadero titular jurídico del patrimonio generador de las rentas. Por ello, advierte que

[669] Sobre el *trust* y las asimetrías híbridas en el contexto del proyecto BEPS, véase Brabazon (2018).

[670] No es objeto del presente trabajo analizar si la titularidad de las rentas derivadas de activos se debe determinar siempre recurriendo a las categorías del Derecho civil, como parece desprenderse de la LIRPF, o por el contrario a conceptos tributarios autónomos como la "obtención de una renta", de corte más económico. Para un estudio más profundo véase Báez Moreno (2009), pp. 66 y ss. No obstante, la doctrina de la DGT suele remitirse a las categorías civiles ya que la mayoría de supuestos objeto de consulta se refieren a personas físicas intervinientes en un *trust*, por lo que les es de aplicación las reglas de imputación subjetiva de la LIRPF.

no es lo mismo un *trust* de carácter irrevocable y no discrecional que uno revocable y discrecional[671].

Como ya hemos dicho, en los *trust* la DGT no realiza el análisis de comparabilidad del artículo 87.1 de la LIRPF para determinar su subjetividad tributaria, sino que aplica directamente las normas generales de imputación subjetiva, ignorando la subjetividad tributaria del *trust*. Esto produce situaciones de cierta asimetría en la política fiscal de los *trust* extranjeros en relación con otros vehículos extranjeros.

Así, una entidad extranjera que sea considerada en su país de origen como una entidad fiscalmente transparente, será considerada a los efectos de la ley española como una entidad transparente. Del mismo modo, una entidad extranjera que tribute en su país de origen como una entidad opaca, será considerada a los efectos de la ley española

[671] En relación con un *trust* de carácter irrevocable y discrecional, la consulta V3394-19 dice que "la cuestión a determinar, pues, es el momento en que se considerará producida la transmisión y sus efectos y, en consecuencia, la sujeción al impuesto [sobre Sucesiones y Donaciones], cuestión que dependerá de las características de cada 'trust' (revocable o irrevocable; discrecional o no discrecional, etc.) y estará condicionada por los acuerdos específicos adoptados en cada caso y por las reglas que rigen los 'trusts'. A este respecto, a falta del reconocimiento de la figura del trust, parece razonable considerar que, en principio, no se tiene por constituido el 'trust' y no surten efectos las relaciones jurídicas reguladas por el mismo. (…) En cualquier caso, ha de señalarse que, dado que la legislación por la que se rige en cada caso puede ser de muy diversa índole y que los acuerdos que los regulan pueden ser complejos y de distinta naturaleza, esta contestación queda condicionada a la valoración de las cuestiones de hecho que realicen los órganos de Inspección y Gestión de la Administración Tributaria y a las reglas de interpretación y calificación de la Ley General Tributaria". En el mismo sentido, véanse las consultas V1016-10, V0970-20, V1256-20, V0312-19 y V1226-14. En las consultas V0718-19 y V0817-18 la DGT advierte que "no obstante, en casos como el planteado en el que coinciden la figura de trustee y beneficiario, debe valorarse, conforme a los acuerdos del 'trust' y la situación de hecho, si las facultades de disposición del beneficiario sobre los bienes integrantes del 'trust' son equivalentes a la titularidad sobre dichos bienes, en cuyo caso sí se entendería que la transmisión se producirá con motivo de la aportación de bienes al 'trust'. La valoración de dichas circunstancias corresponderá a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a la Administración gestora competente". En este sentido, en el *grantor trust* "el constituyente conserva el poder de controlar o dirigir las rentas obtenidas por el *trust* o los activos del mismo, porque puede decidir quién recibe las rentas, puede controlar las inversiones del *trust*, puede revocar el mismo o tiene otras facultades similares", en Martos Belmonte (2012), p. 80. En la normativa fiscal americana, las rentas obtenidas por un *grantor trust* son atribuidas fiscalmente al constituyente (*settlor*). La DGT parece ir en la misma línea que el tratamiento fiscal americano, considerando que las rentas obtenidas a través de un *grantor trust* son atribuibles al constituyente. Así, en las consultas V1016-10 y V3394-19 se establece que "no existe reconocimiento de la figura del 'trust' en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, las rentas que se vayan generando por el 'trust' objeto de consulta deben entenderse obtenidas directamente por el sujeto constituyente del 'trust'" y que "cabe inferir que, al no reconocer que existe un 'trust', el settlor o constituyente sigue manteniendo la titularidad de los bienes aportados al mismo". Para Martos Belmonte (2012), pp. 85 y 86, esta es la mejor solución para evitar situaciones de "desimposición" en las que se constituyen *trust* de carácter discrecional (en las que los beneficiarios son indeterminados o bien el *trustee* puede decidir a su discreción las distribuciones a aquellos).

como una entidad opaca. Como ya hemos dicho, esta interpretación dada por la DGT parece ser eficaz para combatir los casos de doble (no) imposición en la medida en que la calificación fiscal española sigue a la extranjera. Sin embargo, con los *trust* no se aplica este criterio ya que la DGT desecha su subjetividad jurídico-privada y fiscal, imputando sus rentas al constituyente o beneficiarios por aplicación de las reglas de imputación subjetiva, y ello con independencia de que el *trust* pudiera ser fiscalmente opaco en su país de origen[672]. Estrictamente hablando, ni siquiera los considera fiscalmente transparentes (aplicación del régimen de entidades en atribución de rentas) porque sencillamente no les reconoce subjetividad jurídica.

Y el *trust*, por mucho que no exista a efectos jurídico-privados en España, sí despliega efectos jurídicos entre sus intervinientes (constituyentes y beneficiarios) de la misma forma que los pactos de un contrato de sociedad sin personalidad jurídico-privada (por ejemplo, un contrato de cuentas en participación o un contrato de asociación empresarial cuyos pactos estuvieran ocultos) también despliegan efectos entre las partes. Razón por la cual no entendemos justificado que un *trust* que sea fiscalmente opaco en su país de origen sea ignorado a los efectos tributarios españoles[673]. Es decir, si la inexistencia de personalidad jurídico-privada no es un obstáculo para reconocer la personalidad fiscal (opacidad) de una entidad extranjera, tampoco debería serlo para reconocer la personalidad fiscal del *trust.*

Esta cuestión no nos parece baladí, ya que otros tipos de patrimonios de naturaleza fiduciaria constituidos en el extranjero sí son sometidos al análisis de comparabilidad del artículo 87.1 de la LIRPF y por lo tanto son susceptibles de reconocerse su personalidad fiscal. Tal sería el caso de los fondos de inversión colectiva extranjeros, que

[672] Véase la consulta V1879-17. En el caso del IRPF, el artículo 11 nos remite a la titularidad jurídica del activo generador de las rentas. En el caso del Impuesto sobre Sociedades, la propia normativa contable tiene sus propios criterios de atribución subjetiva de las rentas, los cuales dan más importancia a la propiedad económica que a la jurídica desde la reforma contable de 2007.

[673] De hecho, a pesar de su indudable tradición de *civil law*, Italia ha reconocido la figura del *trust*, suscribiendo el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento. Incluso, desde 2007, permite que tributen como entidades opacas aquellos *trust* residentes en Italia en que exista una verdadera separación patrimonial (respecto del constituyente y los beneficiarios) y los beneficiarios aparezcan indeterminados; en la Legge 27 dicembre 2006, n. 296, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (*legge finanziaria 2007*)" y las Circulares de la Agencia delle Entrate 48/E (2007) y 61/E (2010).

en muchos casos operan bajo formas jurídicas de *commercial trusts*[674], figuras analizadas por la DGT a la luz del régimen de entidades en atribución de rentas[675]; mientras que en España, debido a la ausencia de la figura del *trust* se ha acudido a la creación de la figura del *fondo*, como una suerte de deformación del *commercial trust*, para adaptarlo a los requerimientos del *civil law*[676]. Pero también sería el caso de las *fundaciones de interés privado*[677] constituidas en el extranjero, de naturaleza jurídica indudablemente similar a la de los *trusts* lucrativos[678]. En ambos casos, *commercial trusts* y fundaciones de interés privado, ninguno de los sujetos que ostentan derechos sobre dichas entidades (los partícipes en el caso de los *commercial trusts,* y los fundadores y beneficiarios en el caso de las fundaciones de interés privado) tiene que imputarse fiscalmente las rentas obtenidas por dichas entidades mientras no haya un reparto efectivo de los fondos a dichos sujetos habida cuenta de que dichas entidades no son fiscalmente transparentes en su país de constitución[679].

[674] La tipología tradicional del trust se divide en el *trust comercial*, utilizada para finalidades comerciales y de inversión, y el *trust lucrativo,* utilizado para organizar la sucesión de patrimonios familiares. Véase al respecto Morley y Sitkoff (2019), p. 3. En el ámbito anglosajón, por lo general, los fondos de inversión colectiva suelen organizarse bajo fórmulas societarias o bajo la forma del *trust*. En este último caso, dos de las figuras más reconocidas son los *Investment Trusts* o los *Unit Trusts,* ambos de Reino Unido. Véase al respecto, Gómez Pérez (2010), pp. 61 y ss.

[675] Aunque nominalmente no estamos ante un *trust*, las consultas de la DGT V2414-16 y V3322-16 (véase nota 654) refieren a diversos tipos de vehículos de inversión colectiva extranjeros que toman una forma jurídica similar a la de fondos españoles (patrimonios gestionados por entidades gestoras y detentados en régimen de copropiedad por los partícipes) y que tienen una naturaleza indudablemente fiduciaria. Sobre la naturaleza fiduciaria de los fondos de inversión véase Gómez Pérez (2010), pp. 344 y ss. Además, los *Real Estate Investment Trusts* (REITs) son vehículos que en ocasiones toman la forma jurídica de *trust* y que por lo general son entidades opacas en su país de origen (aunque los efectos tributarios en la práctica son similares a los de la transparencia fiscal, ya que por lo general tributan a tipo 0% o están exentos pero tienen obligación legal de repartir sus beneficios anualmente), por lo que nunca ha sido considerados como entidades transparentes a los efectos de la normativa española.

[676] Gómez Pérez (2010), p. 353.

[677] Sobre las fundaciones de interés privado, véase Rufas Vallés (2017). El caso de las fundaciones de interés privado es más paradigmático si cabe debido a que este tipo de fundaciones tampoco han sido reconocidas por el ordenamiento español en algunos casos; véase al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2008, relativa a una fundación de interés privado panameña.

[678] Véase nota 674.

[679] Véanse las consultas de la DGT V0820-14, V0781-16 y V1592-17 relativas a las fundaciones de interés privado constituidas en el extranjero. Aunque la DGT no alude expresamente al análisis de comparabilidad del régimen de entidades en atribución de rentas, queda claro que las rentas obtenidas por estas fundaciones no tributan en sede de fundador ni beneficiarios mientras no se repartan, por lo que la DGT implícitamente está otorgándoles el estatus de entidades opacas precisamente porque en su país de constitución dichas fundaciones son opacas fiscalmente.

Mientras que, por el contrario, en el *trust* lucrativo u ordinario el constituyente o beneficiarios tienen que imputarse fiscalmente las rentas obtenidas por el *trust* a pesar de que las mismas no hayan sido distribuidas a los beneficiarios o constituyentes. Esta diferente política fiscal entre el *trust* ordinario y otro tipo de patrimonios fiduciarios que sí están reconocidos por el ordenamiento español no está justificada bajo nuestro punto de vista. Es cierto que en el *trust* se minimiza el riesgo de doble no imposición, al obligarse al constituyente o beneficiarios a imputarse las rentas obtenidas por el *trust*. Pero aumenta el riesgo de doble imposición si se da un conflicto de atribución respecto de la renta obtenida por el *trust*[680]. Por el contrario, las fundaciones de interés privado y los *business trust* por lo general son opacos fiscalmente en su país de origen pero están exentos o tributan a tipo 0 o muy reducido, por lo que en España también se seguirá ese tratamiento y no se imputará fiscalmente las rentas a sus partícipes, fundadores o beneficiarios. Estrictamente hablando se trata más bien de una situación de *diferimiento fiscal* (y no de doble no imposición) justificada por el hecho de que dichos sujetos no tienen control ni poder de disposición sobre los activos gestionados fiduciariamente[681].

### 3. La reacción nacional frente a la doble no imposición derivada de la ausencia de coordinación en las reglas de calificación nacionales

Hemos analizado, en relación con el ordenamiento español, el papel que tiene la ley extranjera en las reglas de calificación fiscal de los instrumentos financieros y las entidades, en la medida en que aislar dichas reglas de calificación de las normas de otro país es susceptible de generar consecuencias fiscales que pueden diferir del régimen fiscal aplicable en otro país respecto de los mismos instrumentos. Con evidentes riesgos de doble (no) imposición.

[680] Estos conflictos de atribución pueden darse cuando los países con conexiones territoriales con las rentas obtenidas por el *trust* aplican diferentes criterios de imputación fiscal, tanto en sentido vertical (opacidad *vs*. transparencia) como en sentido horizontal (beneficiarios *vs*. constituyentes).

[681] Salvo que por parte de los partícipes, fundadores o beneficiarios residentes en España haya verdadero control y/o poder de disposición de los bienes gestionados bajo ese patrimonio fiduciario, no se aplicarán medidas de tributación inmediata (como el régimen de transparencia fiscal internacional). Véanse las consultas de la DGT V0781-16 y V0820-14.

Para combatir los resultados de doble no imposición derivados de la utilización de estructuras híbridas, una serie de países ya había implementado diversas normas con anterioridad al proyecto BEPS de la OCDE[682].

Con respecto a los supuestos de deducciones dobles de un mismo gasto, varios países ya habían establecido normas al respecto. Concretamente la normativa de Dinamarca impedía la deducibilidad de un gasto que a su vez fuera utilizada para compensar, en el impuesto de otra jurisdicción, una renta que no fuera gravable en el impuesto danés[683].

Similarmente, Alemania también había introducido, con anterioridad al proyecto BEPS, una norma conforme a la cual las pérdidas de una entidad matriz no podrían ser compensadas con las rentas positivas obtenidas por otras entidades del grupo de consolidación fiscal si dichas pérdidas eran asimismo utilizadas para compensar rentas en otra jurisdicción[684]. Esta medida, aunque de redacción sumaria, parecía tener por objeto evitar los posibles casos de deducciones dobles derivadas tanto de doble residencia como de la utilización de entidades híbridas[685].

Más elaboradas eran las normas establecidas por el Reino Unido. Las normas británicas estaban dirigidas a evitar los supuestos de doble deducción de un mismo gasto fruto de la utilización con fines elusivos de entidades híbridas[686] y, con carácter particular, a combatir los casos de pérdidas de una entidad británica (o un EP establecido en Reino Unido) que fueran compensadas dentro de un grupo de consolidación fiscal nacional y a la vez compensadas con rentas extranjeras en otra jurisdicción[687].

---

[682] Véase al respecto OCDE (2012), pp. 15 y ss. En relación a las respuestas internas contra los instrumentos financieros híbridos véase Bundgaard (2017a), pp. 224 y ss. Véase Bärsch y Spengel (2013) en relación a las medidas anti-híbridos alemanas, y Bundgaard (2013a) en relación a las medidas anti-híbridos danesas.

[683] OCDE (2012), p. 15; Bundgaard y Koerver Schmidt (2010), pp. 268-269.

[684] OCDE (2012), p. 15.

[685] De acuerdo Lüdicke (2016), p. 54, para el momento de la publicación en 2012 del informe sobre asimetrías híbridas (OCDE [2012]) la norma anti-híbridos alemana sobre deducciones dobles, introducida en 2001, nunca había sido aplicada ni desarrollada por las autoridades fiscales alemanas.

[686] Sección 244 del *Taxation (International and Other Provisions) Act 2010* (version original). De acuerdo a la sección 233 de la referida ley, la norma anti-híbridos era aplicable cuando "*the main purpose of the scheme, or one of its main purposes, is to achieve a UK tax advantage for the company*".

[687] Secciones 106, 107 y 109 del *Corporation Tax Act 2010*. No obstante, en la secciones 403D y 404 del *Income and Corporation Taxes Act 1988* ya venían recogidas este tipo de reglas.

Estados Unidos también introdujo en 1986 reglas para combatir el doble aprovechamiento de pérdidas en casos de doble residencia, norma que posteriormente amplió su alcance para cubrir también los casos de doble aprovechamiento de pérdidas derivadas del uso de entidades híbridas o EPs[688]. Uno de los problemas que puso de manifiesto esta normativa es la necesidad de coordinar las reglas anti-híbridos entre distintos países para evitar posibles efectos de circularidad que provocasen una aplicación concurrente de las normas anti-híbridos por dos países, de manera que las pérdidas no pudieran ser efectivamente compensadas en ningún país.

Concretamente, la norma anti-híbridos americana excluía de su aplicación las pérdidas que no fueran compensadas con rentas extranjeras. Por ello, el hecho de que Reino Unido aprobase, como así fue, una norma anti-híbridos similar a la americana podría implicar que Estados Unidos no pudiese aplicar su norma anti-híbridos en la medida en que Reino Unido aplicase la suya (ya que, según la norma americana, las pérdidas no serían compensadas con rentas extranjeras cuando se aplicase la norma británica), de manera que Reino Unido se llevaría la recaudación en este tipo de situaciones[689]. Razón por la cual Estados Unidos señaló en las Explicaciones técnicas sobre la norma en cuestión que la exclusión de la norma anti-híbridos no sería aplicable en aquellos casos en que la no compensación de las pérdidas en el extranjero fuera debida a la aplicación de una norma anti-híbridos extranjera[690]. Por tanto, la regla de ambos países para combatir el doble aprovechamiento de pérdidas era susceptible de aplicarse concurrentemente, con un claro perjuicio para el contribuyente, que podría verse impedido de compensar dichas pérdidas en ningún país[691]. Por ello, la doble no imposición podía tornarse en otra distorsión mayor si cabe: en doble imposición. Esto evidencia la necesidad de que las normas anti-híbridos se coordinen internacionalmente entre los distintos Estados, bien mediante acuerdos bilaterales[692], o bien desde una

[688] Sección 1503(d) del *Internal Revenue Code* (implementada por el *Tax Reform Act of 1986*). Véase al respecto OCDE (2012) p. 16, y Ring (2002), p. 153.
[689] Ring (2002), p. 154.
[690] *General Explanation of the Tax Reform Act of 1986*, p. 1065. Véase la sección 1.1503(d)-3(e) de las *Treasury Regulations* (*26 Code of Federal Regulations*), donde se establece esta "*mirror legislation rule*".
[691] Ring (2002), p. 154.
[692] *General Explanation of the Tax Reform Act of 1986*, p. 1066.

perspectiva multilateral a través de acuerdos supranacionales. De hecho, en el año 2006 Reino Unido y Estados Unidos suscribieron un acuerdo mediante el cual se permitiría a los contribuyentes afectados por algunas de estas situaciones poder elegir el país en el que compensar sus pérdidas[693].

Nueva Zelanda es otro país que introdujo normas contra las deducciones dobles derivadas de los casos de doble residencia[694].

Con respecto a los pagos resultantes en una deducción sin inclusión como consecuencia del uso de estructuras híbridas, varios países también habían implementado normas para combatir estos resultados.

Reino Unido tenía normas anti-híbridos dirigidas a denegar la deducibilidad de los pagos que no fueran gravados (o lo fueran de manera reducida) en la jurisdicción del beneficiario cuando dichos pagos derivasen de la utilización con fines elusivos de instrumentos híbridos[695].

De manera similar, Dinamarca también había introducido normas anti-híbridos frente a los instrumentos financieros. Concretamente, cuando una entidad danesa hubiera emitido un instrumento calificado como deuda conforme a la normativa fiscal danesa, dicho instrumento sería recalificado como instrumento de capital si tal es la calificación fiscal de la jurisdicción del titular de dicho instrumento, impidiendo la deducibilidad de los pagos derivados de dicho instrumento[696].

Desde el punto de vista de la jurisdicción del beneficiario de un pago resultante en una deducción sin inclusión, varios países también habían implementado normas anti-

[693] *United Kingdom/United States Dual Consolidated Loss Competent Authority Agreement,* disponible en https://www.irs.gov/pub/irs-utl/uk_competent_authority_agreement_10_5_06.pdf.
[694] OCDE (2012), p. 16.
[695] Secciones 233 (véase nota 686) y 245-248 del *Taxation (International and Other Provisions) Act 2010* (version original).
[696] Sección 2B de la Ley del Impuesto sobre Sociedades danés (*Selskabsskatteloven*). Véase Bundgaard y Koerver Schmidt (2010), p. 266. Esta norma anti-híbridos solo aplica a cuando el titular del instrumento financiero tenga una "influencia decisiva" sobre la entidad emisora del instrumento o cuando ambos pertenezcan a un mismo grupo de empresas. Véase también Bundgaard (2013a), pp. 202-204.

híbridos, como por ejemplo, Austria, Dinamarca, Alemania, Italia, Nueva Zelanda y Reino Unido[697]. Estas normas estaban destinadas a excluir la aplicación de la exención sobre dividendos (aplicable por muchos países al objeto de eliminar la doble imposición económica) cuando el dividendo hubiera sido deducible fiscalmente en la jurisdicción del pagador.

Otro de los supuestos que ha dado lugar a la implementación internacional de medidas anti-híbridos son las estructuras generadoras de créditos fiscales por el impuesto pagado en el extranjero sin que realmente exista doble imposición internacional[698]. Por ejemplo, aquellos casos en los que una entidad matriz se imputa en su jurisdicción un crédito fiscal relativo a los impuestos pagados en el extranjero por una entidad filial en virtud de unas rentas extranjeras que sin embargo no son imputadas a en la jurisdicción de la matriz[699]. O en aquellos casos en que una misma renta se atribuye a dos personas o entidades diferentes en cada una de sus jurisdicciones de residencia, de manera que el impuesto gravado en fuente sobre dicha renta es imputado como crédito fiscal en sendas jurisdicciones, sin que efectivamente se integre dicha renta en la base imponible de una de ellas (merced a un pago deducible); es decir, supone un doble aprovechamiento de un crédito fiscal con respecto a una renta que sin embargo solo es gravada efectivamente en una jurisdicción.

---

[697] OCDE (2012), pp. 19-20. Con respecto a la norma danesa, véanse también Bundgaard y Koerver Schmidt (2010), p. 267, y Bundgaard (2013a), p. 204.

[698] Concretamente habían implementado medidas Italia, Reino Unido y Estados Unidos. Véase OCDE (2012), pp. 20-21. Respecto a las medidas implementadas por Estados Unidos, véase Reich (2007), pp. 61-67.

[699] Véase al respecto Reich (2007), p. 56. En este tipo de situaciones la jurisdicción de una entidad matriz considera transparente a una entidad filial extranjera, imputándose como crédito fiscal los impuestos pagados por esta última. En estos casos podría pasar que la entidad filial extranjera fuera la cabecera de un grupo de consolidación fiscal (o que integra las rentas de una entidad fiscalmente transparente que sin embargo es opaca a los efectos de la jurisdicción de la entidad matriz) y por tanto pagase los impuestos por las rentas obtenidas por las entidades del grupo, impuestos que son imputados como crédito fiscal en favor de la entidad matriz en su jurisdicción sin que paralelamente se imputen a la entidad matriz en su jurisdicción las rentas de las entidades extranjeras de las que traen causa dichos impuestos; es decir, existe un aprovechamiento de un crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero sin que realmente exista doble imposición internacional. No obstante, en España no parece que pueda darse esta situación de doble no imposición, ya que el crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero (artículo 31 de la LIS) requiere para su aplicación que "se integren rentas positivas obtenidas y gravadas en el extranjero", de manera que la norma española parece requerir que exista correspondencia territorial entre la imputación del crédito fiscal por el impuesto extranjero y la imputación de la renta de la que trae causa dicho impuesto. Así, el impuesto extranjero y su correspondiente crédito fiscal es atribuible al contribuyente español que incluyese en su base imponible la renta sobre la que recayó dicho impuesto.

Por último, en el ámbito de las entidades híbridas, es interesante mencionar que Dinamarca también contaba con un régimen de recalificación de sus entidades nacionales cuando su calificación fiscal difiriese de la calificación otorgada por la jurisdicción de los socios que controlan la entidad[700]. Por tanto, la aplicación de este régimen de recalificación no es de carácter general, sino solamente es aplicable cuando la entidad danesa está controlada por un socio extranjero cuya jurisdicción califica a la entidad danesa de manera diferente a la calificación de la ley danesa. Además, esta recalificación es aplicable a todos los efectos fiscales, no solo en relación a los resultados de doble no imposición. Así, de acuerdo con este régimen cuando una entidad danesa es fiscalmente transparente de acuerdo a la legislación danesa pero opaca de acuerdo a la legislación de la jurisdicción de sus socios, dicha entidad es recalificada como opaca en Dinamarca, debiendo gravarse por tanto en Dinamarca las rentas obtenidas por dicha entidad y evitando así problemas de doble no imposición. De la misma forma, cuando una entidad danesa es calificada como opaca de acuerdo a la legislación danesa pero es transparente de acuerdo a la legislación de la jurisdicción de sus socios, la norma danesa la recalifica como transparente, impidiendo así la deducibilidad de los pagos internos entre la entidad danesa y sus socios.

En el caso de España, el legislador introdujo las primeras normas anti-híbridos con la aprobación de la actual LIS, en 2014, aunque ya en el contexto del proyecto BEPS y de las primeras reacciones de la UE. En esta la nueva LIS se introdujeron determinadas normas destinadas a combatir los pagos que produjesen resultados de deducción sin inclusión como resultado de la utilización de instrumentos financieros híbridos. En concreto, se incorporó en el artículo 15.j de la LIS la no deducibilidad de aquellos pagos que, "como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento". También se introdujo, en el artículo 21.1 de la LIS, la exclusión del régimen de exención de participaciones para aquellos dividendos "cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora". No obstante, estas

[700] Secciones 2A y 2C de la Ley del Impuesto sobre Sociedades danés (*Selskabsskatteloven*). Véanse Parada (2017), pp. 270 y ss.; Bundgaard y Koerver Schmidt (2010), p. 266; y Bundgaard (2013a), pp. 200-202.

medidas serán analizadas más adelante, cuando tratemos la implementación de las normas anti-híbridos en el ordenamiento español.

## 4. La respuesta a las asimetrías híbridas en la Unión Europea: la Directiva Anti-Elusión Fiscal (ATAD)

### 4.1. Las primeras iniciativas supranacionales frente a las asimetrías híbridas: alternativas propuestas

Como hemos visto en la anterior sección, a nivel interno el presupuesto de hecho del régimen fiscal de los instrumentos financieros y del régimen fiscal de entidades en atribución de rentas viene determinado por una serie de reglas de calificación que lo definen. Estas reglas de calificación pueden remitir únicamente a las definiciones (jurídico-privadas o de otras ramas del Derecho) de nuestro ordenamiento jurídico, o adicionalmente la calificación puede vincularse al régimen tributario de dicho instrumento en otro país[701]. El problema surge cuando el presupuesto de hecho de la norma tributaria que regula el régimen fiscal de un instrumento se remite exclusivamente a las definiciones de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la norma tributaria queda aislada del resto de sistema fiscal internacional, quedando a merced de sus propias definiciones, que no tienen por qué ir alineadas con las definiciones de otros ordenamientos tributarios. Con el resultado de que cuando un instrumento jurídico tiene implicaciones transfronterizas el régimen fiscal aplicable en cada país puede ir completamente desalineado y generar resultados de doble (no) imposición que a nivel puramente doméstico no se producirían.

[701] Cuando un instrumento no tiene implicaciones transfronterizas es evidente que las reglas de calificación que definen el presupuesto de hecho de una norma tributaria no van a incorporar el régimen fiscal aplicable en el extranjero. Así, la regla de calificación en el régimen de entidades en atribución de rentas se remite únicamente a las definiciones nacionales cuando la entidad es española. No obstante, cuando la entidad es extranjera la DGT parece inferir que adicionalmente la calificación se hace depender también del régimen fiscal extranjero (véase al respecto el Capítulo III, sección 2.2.2). De la misma forma, se califican como dividendos exentos los pagos que sean definidos como dividendos en el ordenamiento interno. Sin embargo, cuando el dividendo es transfronterizo, se exige adicionalmente que dicho pago no haya sido deducible en la jurisdicción del pagador, de acuerdo con la recientemente incorporada regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS.

Los instrumentos que mayor potencial tienen para provocar este tipo de efectos son los instrumentos híbridos. Se trata de instrumentos cuyos caracteres jurídico-privados no son binarios en el sentido de que presenten unívocamente naturaleza de capital o de deuda, en el caso de los instrumentos financieros, o caracteres de sociedades personalistas o capitalistas, en el caso del contrato de sociedad. A menudo los caracteres jurídicos típicos de uno y otro tipo se entremezclan, resultando en una naturaleza híbrida difícilmente encajable sin dificultades en las categorías tributarias nacionales, las cuales por lo general sí son binarias. Por eso, el hecho de que las reglas de calificación tributaria estén aisladas respecto de otros ordenamientos hace que un mismo instrumento híbrido pueda ser calificado de manera diversa por dos ordenamientos.

El potencial para la doble (no) imposición aumenta cuando los propios ordenamientos nacionales permiten al contribuyente optar por el régimen fiscal aplicable respecto de determinados instrumentos. Tal es el caso de los instrumentos híbridos *institucionales*[702]*,* que por razones de política fiscal (generalmente la neutralidad)[703] permiten al contribuyente optar por el régimen tributario aplicable. Por ejemplo, el régimen *check-the-box* americano permite al contribuyente optar por aplicar el régimen de transparencia fiscal o el de opacidad con respecto a una entidad, ya sea nacional o extranjera.

Desde hace ya varias décadas se ha venido advirtiendo que la existencia de instrumentos híbridos presenta grandes oportunidades para la planificación fiscal en la medida en que su explotación puede generar resultados de doble no imposición. Así, la utilización de un instrumento híbrido a nivel transfronterizo podría provocar que la renta transfronteriza que se deriva de dicho instrumento (o que es obtenida a través del

[702] Concepto acuñado por Martínez Laguna (2016), p. 449, en relación a los instrumentos financieros, y como oposición a los instrumentos híbridos *contractuales*. El paradigma de los instrumentos financieros híbridos institucionales son los *juros* brasileños, pagos que no tienen caracteres de retribución de un instrumento de deuda, pero que se les permite aplicar el régimen fiscal propio de los instrumentos deuda.
[703] Generalmente es la neutralidad el argumento bajo el que se ampara el legislador para justificar los instrumentos híbridos institucionales. De tal manera que el régimen de los *juros* brasileños lo que pretende es equiparar el régimen fiscal de los instrumentos de capital y el de los instrumentos de deuda con el fin de eliminar la inclinación a la financiación vía deuda por razones puramente fiscales.

mismo) no sea gravada en ningún país por el que transcurre si el régimen fiscal que gobierna el instrumento en cada país es diferente y no está alineado al del resto[704].

El potencial del actual régimen fiscal internacional para provocar esas asimetrías tributarias sobre la renta (doble no imposición) derivadas de la utilización de instrumentos híbridos ha hecho que las organizaciones internacionales hayan elaborado múltiples proyectos durante los últimos años al objeto de combatirlas. Aunque, como hemos visto anteriormente, ya había países que habían implementado unilateralmente normas vinculadas (*linking rules*) para combatir las asimetrías híbridas, la acción unilateral era problemática en la medida en que los dos países parte en una asimetría híbrida se atribuyeran la potestad para gravar la *renta sin Estado,* con el potencial riesgo de que la doble no imposición se tornase en doble imposición[705]. Con lo cual se hacía necesario determinar qué país de los dos implicados en una asimetría era el que debía de aplicar con preferencia la norma anti-híbridos, lo que exigía un cierto compromiso internacional que solo podrían llevar a cabo desde la negociación y coordinación a través de las organizaciones internacionales[706].

Han sido la OCDE y la Unión Europea quienes han asumido el liderazgo para diseñar normas efectivas para combatir las asimetrías híbridas[707].

Desde la Unión Europea el Grupo Código de Conducta sobre Fiscalidad Empresarial emitió un informe al Consejo ECOFIN donde ya se hacía eco de los instrumentos financieros híbridos, recomendando denegar la exención sobre dividendos a la jurisdicción del beneficiario cuando el pago hubiera sido deducible en la jurisdicción del pagador[708], lo que condujo a modificar en 2014 el artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial

[704] Sobre las posibilidades de planificación fiscal a través del uso de entidades híbridas en Alemania, véase Bünning (2003). En profundidad, sobre las implicaciones de la doble no imposición derivada del uso de instrumentos híbridos véase Ring (2002).
[705] Estos problemas de circularidad en la aplicación de las normas anti-híbridos son meticulosamente analizados por Dziurdź (2013).
[706] OCDE (2012), párr. 69. Así, en el informe final de la Acción 2 de BEPS se diseña una norma primaria, aplicada por la jurisdicción a la que se da preferencia, y una norma secundaria o defensiva, aplicada en defecto de aquella por la otra jurisdicción implicada en la asimetría híbrida.
[707] De Boer y Marres (2015), pp. 14-15.
[708] Informe del Grupo Código de Conducta sobre Fiscalidad Empresarial, de 25 de mayo de 2010 (doc. 10033/10 FIS 47), párr. 31.

para incluir una cláusula por la cual la exención sobre dividendos quedaba supeditada a la no deducibilidad de dicho pago[709]. Asimismo, la Comisión Europea publicó en 2012 los resultados de una consulta pública relativa situaciones de doble no imposición y posibles soluciones[710]. Posteriormente, en el marco del "Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal" de 2012[711], la Comisión adoptó las primeras recomendaciones dirigidas a los Estados Miembros para que estos implementasen medidas para combatir las asimetrías híbridas[712].

En el marco de la OCDE, en 2012 se emitió el primer informe dedicado exclusivamente al fenómeno de las asimetrías híbridas en el que se planteaban las primeras alternativas[713]. En concreto se proponían las siguientes alternativas[714]: *i)* la vía de la armonización, aunque rápidamente descartada por la dificultad de consenso políticos, *ii)* la utilización de medidas generales anti-abuso (GAAR, por sus siglas en inglés) también descartada debido a que las asimetrías híbridas no son necesariamente resultados de un comportamiento elusivo del contribuyente, *iii)* la utilización de medidas especiales anti-abuso (SAAR, por sus siglas en inglés) tradicionales que en muchos casos pueden ser efectivas para cubrir las asimetrías híbridas pero en otros no, o *iv)* la implementación de normas específicas para combatir las asimetrías híbridas que vinculen los efectos de una norma tributaria a la tributación del otro Estado, denominadas "normas vinculadas" (*linking rules*).

Fruto de todos estos trabajos preliminares, la OCDE y la Unión finalmente se decantaron por la utilización de las normas vinculadas (*linking rules*), lo que exigía un alto grado de compromiso internacional por cuanto que exigía determinar qué país de entre los

[709] Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.
[710] Comisión Europea, *Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases,* (Bruselas, 5 de julio de 2012, TAXUD D1 D(2012).
[711] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de diciembre de 2012: "Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal", COM(2012) 722 final.
[712] Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE).
[713] OCDE (2012).
[714] OCDE (2012), pp. 13-14.

implicados en una asimetría híbrida era el competente para aplicar la regla anti-híbridos con preferencia sobre el resto. El esfuerzo de diseño en detalle se llevó a cabo sobre todo a través de la Acción 2 del Proyecto BEPS, en el cual se identificaron las asimetrías híbridas más frecuentes, se definió detalladamente el presupuesto de hecho de las reglas anti-híbridos, tanto su alcance objetivo como su alcance subjetivo, y se determinó qué país era el competente para aplicar las reglas anti-híbridos. La Unión Europea se hizo eco de este proyecto y finalmente incluyeron en su Directiva Fiscal Anti-abuso (ATAD, por sus siglas en inglés) las mismas reglas desarrolladas en el marco de la Acción 2 del Proyecto BEPS.

La crítica al enfoque "quirúrgico" seguido por la OCDE y la UE viene desde dos frentes. Desde la perspectiva jurídica, las *linking rules* pueden ser contempladas "con desasosiego por quienes postulen la construcción de las categorías fiscales sobre la sustancia"[715]. Y desde una perspectiva de la política fiscal, las *linking rules* privan de herramientas efectivas a aquellos países que utilizan "sus sistemas fiscales para atraer entidades que actúan como peones de la industria del desvío de bases imponibles"[716]. Respecto a esta última crítica, las medidas adoptadas en la Acción 2 de BEPS no son en modo alguno vinculantes para los Estados (y en el caso de los Estado Miembros de la UE, su adopción se ha acordado por unanimidad), por lo que en ningún caso erosiona la soberanía de aquellos Estados que deseen seguir teniendo una política fiscal laxa encaminada a atraer capitales. De la misma forma que los países que deseen medidas contundentes contra las asimetrías híbridas tampoco van a ver erosionada su soberanía en la medida en que pueden implementar las normas anti-híbridos secundarias o defensivas, o cualesquiera otras normas fiscales anti-abuso. Respecto a la primera crítica, la de aquellos que consideran que las *linking rules* proponen medidas contrarias a la verdadera naturaleza del hecho imponible, hemos de decir que la cuestión de construir unas reglas fiscales sobre el fondo y la sustancia no evita que puedan seguir existiendo diferentes apreciaciones nacionales (sobre todo en aquellos países con tradiciones diferentes en cuanto al Derecho privado). Incluso si se avocase por la idea de armonizar la base imponible, adoptando una base imponible común a nivel

[715] Sanz Gadea (2014), p. 37.
[716] Sanz Gadea (2014), p. 37.

internacional, construida sobre el fondo y la naturaleza jurídica, el hecho de que cada Estado (y sus tribunales nacionales) tuviese que interpretar autónomamente dichas normas podría seguir generando interpretaciones divergentes en relación a los negocios jurídicos complejos o atípicos. Muestra de ello es que en el ámbito de los CDIs también se producen conflictos en la aplicación de sus disposiciones.

### 4.2. La Acción 2 de BEPS: la estructura de las normas anti-híbridos

La Acción 2 del proyecto BEPS no tiene como objetivo combatir cualquier supuesto de doble no imposición. Como ya avanzamos en capítulos anteriores, hay supuestos de doble no imposición que se producen como consecuencia de la acción unilateral de un Estado. Sobre estos supuestos recae una suerte de presunción de voluntariedad, por lo que su estudio se enmarca en la esfera de la competencia fiscal internacional y las posibles prácticas lesivas de los Estados.

La Acción 2 del proyecto BEPS está dirigida a combatir las asimetrías híbridas. Con carácter general, las asimetrías híbridas se corresponden con los supuestos que hemos calificado como *doble no imposición de carácter bilateral*[717]. Este tipo de supuestos de doble no imposición no nacen del ejercicio unilateral de su soberanía tributaria por un Estado que sí se considera competente para gravar la renta, sino de la aplicación concurrente las normas de *desimposición pasiva* por dos o más Estados, los cuales se consideran incompetentes (merced a la delimitación del hecho imponible conforme a mecanismos de neutralidad, capacidad económica, territorialidad, etc.) para gravar una determinada renta transfronteriza, renta que sí sería gravada si fuera puramente interna.

Así, las asimetrías de la Acción 2 se deben a la existencia de un elemento híbrido, de tal manera que excluye aquellas asimetrías que son resultado de un estatus especial del contribuyente o a las especiales circunstancias en que el instrumento es poseído.

[717] Capítulo I, sección 4.2.2.

La Acción 2 del proyecto BEPS no abarca todo tipo de asimetrías híbridas sino solo aquellas que se producen como consecuencia de la utilización de determinados vehículos o instrumentos jurídicos que se consideran más relevantes. Estos vehículos jurídicos, en la medida en que generen una asimetría híbrida (es decir, un resultado de doble no imposición derivado de un ejercicio paralelo y descoordinado de las potestades tributarias por dos países), son denominados vehículos híbridos, los cuales pueden consistir en un instrumento financiero, una entidad o una transacción.

La estructura de las normas anti-híbridos de la Acción 2 del proyecto BEPS puede descomponerse en el presupuesto de hecho (la asimetría híbrida) y la consecuencia tributaria (la aplicación de la regla anti-híbridos) que se deriva de la realización de ese presupuesto de hecho.

#### 4.2.1. El presupuesto de hecho de las normas anti-híbridos

El presupuesto de hecho de las normas anti-híbridos de la Acción 2 de BEPS se compone de un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. El aspecto objetivo delimita los tres elementos de carácter objetivo que deben concurrir para que se dé el presupuesto de hecho de la norma anti-híbridos: *i)* la asimetría tributaria, *ii)* el elemento híbrido, y *iii)* el pago[718]. El aspecto subjetivo delimita al alcance subjetivo de aplicación de las normas anti-híbridos, aunque este aspecto lo analizaremos en la parte dedicada al análisis de las normas anti-híbridos reguladas en la ATAD II.

##### 4.2.1.1. El resultado tributario: la asimetría

Las normas anti-híbridos van destinadas a combatir aquellos resultados de doble no imposición que se producen como consecuencia de la existencia de un tratamiento

[718] Parada (2018a), p. 972.

tributario descoordinado en varios países con respecto al régimen fiscal de un vehículo o instrumento jurídico.

Este tratamiento tributario descoordinado de dichos instrumentos genera una tributación asimétrica de los pagos transfronterizos que se derivan de dichos instrumentos.

La OCDE ha dividido las posibles asimetrías en 3 categorías. Los resultados de deducción sin inclusión, las deducciones dobles y los resultados de deducción sin inclusión indirectos.

En primer lugar, las asimetrías que consisten en un resultado de *deducción sin inclusión*. Este tipo de asimetrías se dan cuando un pago genera una deducción para el pagador, sin que correlativamente genere una inclusión en la base imponible del perceptor del pago.

Al margen de las asimetrías híbridas producidas por pagos derivados de un instrumento financiero, que obviamente tienen que ser pagos deducibles en concepto de retribución financiera, en el resto de asimetrías híbridas que consistan en una deducción sin inclusión los pagos pueden ser deducibles por cualquier concepto (intereses, cánones, honorarios por servicios, etc.), excluyéndose por tanto aquellos pagos que no den lugar a un pago deducible, como el coste de adquisición de bienes de capital[719].

Respecto a estos últimos pagos (los que se califiquen como precio de adquisición de un activo de capital), aunque no generen asimetrías en sentido estricto, seguirán dando origen a potenciales resultados de doble no imposición. Por ejemplo, cuando un socio de una entidad híbrida ceda un activo con importantes plusvalías a dicha entidad, el socio no tributará por la plusvalía y la entidad híbrida se deducirá su coste de adquisición

[719] Véase OCDE (2015), párrs. 121 y 145, respecto de los pagos internos por entidades híbridas (Recomendación 3) y los pagos a entidades híbridas inversas (Recomendación 4).

vía amortizaciones[720]. Lo mismo ocurriría cuando una entidad híbrida inversa vendiese un activo con plusvalías a un tercero.

Para que se dé la asimetría es suficiente con que el pago haya sido deducible[721] en cualquier jurisdicción[722]. Esto dará lugar a que, si un pago es deducible en dos jurisdicciones por ser el pagador una entidad híbrida (o un EP cuya casa central aplica el método de imputación), la regla anti-híbridos se aplicará en todas las jurisdicciones donde el pago es deducible[723].

Desde la otra parte de la transacción, la del perceptor o beneficiario, la existencia de una deducción sin inclusión en los pagos derivados de un instrumento financiero ocurre cuando el pago deducible se someta en la jurisdicción del perceptor a una tributación inferior a la de la "renta ordinaria"[724]. Esto significa que habrá una asimetría cuando la jurisdicción del perceptor someta al pago a una tributación inferior a la que correspondería a una renta *ordinaria*[725], ya sea mediante tipos impositivos reducidos, exenciones totales o parciales, o créditos fiscales[726]. Conviene señalar que cuando un pago se incluye como ingreso ordinario en la base imponible del perceptor, no perderá tal condición aunque dicho ingreso sea compensado con pérdidas pendientes de ejercicios anteriores. De la misma manera, un pago incluido como renta ordinaria no

[720] Aunque estos efectos podrían eliminarse si la entidad híbrida tuviera que realizar un ajuste positivo por operaciones vinculadas en la medida en que el activo sirviera a la actividad del socio.
[721] La OCDE (2015), párr. 31 y ejemplo 1.11 extiende el concepto de *deducción* a cualquier tipo de "desgravación fiscal equivalente", como pueden ser los dividendos cuyo pago generen un crédito fiscal en favor de la entidad pagadora del dividendo o un reembolso en favor del accionista.
[722] Aunque el pago se entienda realizado en dos jurisdicciones, con que sea deducible en solo una de ellas es suficiente para que se produzca la asimetría y, por tanto, la obligación de aplicar la regla anti-híbridos; en OCDE (2015), párr. 87 y ejemplo 1.23.
[723] OCDE (2015), párr. 148 y ejemplo 4.4. Esta aplicación de la regla anti-híbridos sirve además para solucionar un problema de coordinación de las distintas reglas anti-híbridos cuando varias reglas puedan aplicarse concurrentemente. De manera que las reglas anti-híbridos que combatan los resultados de deducción sin inclusión, directos o indirectos (Recomendaciones 1, 3, 4 y 8), se aplican con preferencia respecto de las reglas anti-híbridos dirigidas a combatir los resultados de deducciones dobles (Recomendaciones 6 y 7).
[724] Un gasto financiero (derivado de un instrumento financiero) que sea deducible por el pagador pero que es incluido por la parte perceptora como parte del precio por la venta de un activo de capital determina también la existencia de una asimetría. Véase OCDE (2015), ejemplo 1.27.
[725] En el contexto de los pagos derivados de instrumentos financieros (Recomendación 1), el informe de la OCDE establece que la comparación debe hacerse con respecto a la tributación ordinaria de cualquier tipo de renta de naturaleza financiera, en OCDE (2015), párrs. 42 y 415.
[726] OCDE (2015), párrs. 43-48. Los créditos fiscales indirectos, por el impuesto subyacente pagado por la entidad que realiza el pago, también es una forma de no inclusión como renta ordinaria.

pierde dicha condición por el hecho de que tenga derecho a un crédito fiscal directo por la retención de fuente extranjera. Así, la eliminación de la doble imposición jurídica internacional mediante un crédito fiscal no desnaturaliza el hecho de que el pago ha sido incluido como renta ordinaria.

Es importante matizar que no habrá asimetría cuando el pago tribute como renta ordinaria en cualquiera de las jurisdicciones en las que el beneficiario a efectos fiscales[727] tenga la condición de contribuyente[728], ya sea su jurisdicción de residencia o la jurisdicción donde tenga un EP[729].

Además, la asimetría queda anulada cuando la jurisdicción del perceptor del pago haya implementado medidas especiales, al margen de las reglas anti-híbridos, que eliminen la asimetría. Por ejemplo, no habrá asimetría si en la jurisdicción del perceptor se aplica una cláusula especial por la cual la exención sobre dividendos (o cualquier otro mecanismo de eliminación de la doble imposición económica) queda inaplicada cuando los dividendos sean deducibles en sede del pagador[730]. Tampoco se entenderá producida la asimetría cuando el pago, aunque no tribute en la jurisdicción de la entidad perceptora, quede sujeto a tributación ordinaria en la jurisdicción de sus socios merced a la aplicación de normas de transparencia fiscal internacional[731].

---

[727] Cualquier *beneficiario a efectos fiscales* del pago puede desactivar la asimetría si la incluye como renta ordinaria. Así, la entidad matriz del beneficiario jurídico de un pago puede desactivar la asimetría si está obligada a incluir dicho pago como renta ordinaria merced a normas de transparencia fiscal internacional, sin perjuicio de que dicha entidad matriz no sea la titular jurídica del pago.

[728] De acuerdo a la OCDE (2015), párr. 29, la "jurisdicción del beneficiario" es cualquiera en la que el pago se considera recibido a efectos fiscales. Y la inclusión en cualquiera de ellas desactiva la asimetría.

[729] Por ejemplo, no hay asimetría cuando el pago es imputado fiscalmente como renta ordinaria de un EP situado un país tercero, en OCDE (2015), párr. 89 y ejemplo 1.8. Este principio implica que si el perceptor del pago es una entidad híbrida (opaca en su jurisdicción de establecimiento y transparente a efectos de la jurisdicción de alguno de sus socios), no habrá asimetría aunque la jurisdicción de la entidad híbrida califique el pago como dividendo exento, siempre y cuando la jurisdicción sus socios incluya dicho pago como renta ordinaria. Evidentemente, si no es una entidad híbrida respecto de todos sus socios (debido a que alguno de ellos califica dicha entidad como opaca) entonces se aplicará la regla anti-híbridos en la medida de la asimetría.

[730] Esta cláusula es recomendada por la OCDE (2015), p. 45, en su Recomendación 2.1. Esta cláusula especial también está regulada en el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial y en el artículo 21.1 de la LIS.

[731] De acuerdo a la OCDE (2015), párrs. 149-151 y ejemplo 4.3, los pagos realizados a entidades híbridas inversas no producirán una asimetría en la medida en que los socios, directos o indirectos, de dicha entidad hayan adaptado sus normas sobre transparencia fiscal internacional (normas CFC) para incluir este tipo de pagos, tal y como sugiere la Recomendación 5.1 de este informe, párrs. 171-173. Con respecto a la percepción de dividendos exentos, véase OCDE (2015), párrs. 36-40 y ejemplo 1.24. En estos casos, el

Si la jurisdicción del pagador impone una retención en origen sobre el pago, ¿se desactiva la regla anti-híbridos? La OCDE ha decidido ignorar las retenciones en origen de cara a aplicar las reglas anti-híbridos[732]. Así, una retención en origen impuesta por la jurisdicción del pagador no se considera gravada en la jurisdicción del beneficiario[733], y por tanto podría seguir habiendo una asimetría a efectos de aplicación de la regla anti-híbridos si la jurisdicción del beneficiario no la grava como renta ordinaria[734]. No obstante, no habría asimetría si la jurisdicción del perceptor grava el pago como como renta ordinaria, imputándose un crédito fiscal por la retención pagada en fuente (en cuyo caso, el ingreso sigue tributando al tipo marginal que corresponde a la renta ordinaria del perceptor, por lo que el crédito fiscal no inhibe la tributación como renta ordinaria)[735].

En segundo lugar, nos encontramos con las asimetrías que consisten en un resultado de *doble deducción*. Este tipo de asimetrías se dan cuando un mismo gasto es imputado fiscalmente en dos jurisdicciones, de tal manera que existe una doble deducción fiscal. Los pagos que dan lugar a una doble deducción se denominan pagos híbridos.

Por último, nos encontramos con los resultados de *deducción sin inclusión indirectos*. Este tipo de asimetrías se corresponde con aquellas asimetrías híbridas (deducción sin

contribuyente debe demostrar que la inclusión de dicho pago en la entidad matriz que aplica las normas CFC ha excedido de las deducciones dobles y que dicho pago no incorpora un crédito fiscal que anule *de facto* dicha inclusión.

[732] OCDE (2015), párr. 407. El problema de esta postura es que se pueden dar situaciones de doble imposición un tanto desproporcionadas. Piénsese en un pago a una entidad híbrida inversa que estuviera sometido a retención en origen. En este caso, de aplicarse la regla anti-híbridos, el pagador no podría deducirse dicho pago y además el beneficiario estaría sometido a retención en fuente (sin posibilidad de crédito fiscal por dicha retención en la medida en que el pago no está sujeto a tributación en ninguna jurisdicción).

[733] Véase nota 728. Véase también OCDE (2015), párrs. 418 y 425. Solo se considera "jurisdicción del beneficiario" aquella en la que este es residente o mantiene un EP; es decir, aquella en la que tribute sobre su beneficio neto.

[734] No obstante, si la jurisdicción del pagador y beneficiario son la misma, aunque el perceptor no tribute por razón de residencia (por ejemplo, en el caso de una entidad transparente), la tributación por razón de fuente sí que se considera como inclusión en la jurisdicción del perceptor siempre y cuando el pago tribute como renta ordinaria, y por tanto no se producirá asimetría, inaplicándose así la regla anti-híbridos. Véase al respecto OCDE (2015), párr. 153, en relación a los pagos a entidades híbridas inversas.

[735] OCDE (2015), párr. 32.

inclusión o de doble deducción) generadas en jurisdicciones que no aplican reglas anti-híbridos y que han sido importadas por una jurisdicción que sí aplica reglas anti-híbridos.

Las normas anti-híbridos cubren este tipo de resultados para evitar que los grupos de empresas estructuren su financiación intragrupo a través de jurisdicciones en las que no hay reglas anti-híbridos. En este tipo de asimetrías, un grupo societario puede canalizar la financiación a las sociedades operativas del grupo a través de vehículos híbridos (ya sean instrumentos financieros híbridos, entidades híbridas o entidades híbridas inversas), de carácter meramente financiero, establecidos en jurisdicciones en las que no existan normas anti-híbridos[736]. Así, los gastos financieros procedentes de las entidades operativas servirán para financiar operaciones que generen asimetrías híbridas (bien gastos que generen deducciones dobles, bien pagos que generen resultados de deducción sin inclusión) en jurisdicciones sin reglas anti-híbridos. En este tipo de operaciones el contribuyente busca transferir las bases imponibles de las entidades operativas, vía pagos deducibles fiscalmente por el pagador, a jurisdicciones en la que no apliquen las normas anti-híbridos para así anular las bases imponibles[737].

#### 4.2.1.2. La causa: el elemento híbrido

Mientras que las asimetrías existen en otros contextos, las asimetrías híbridas nacen necesariamente de la existencia de una transacción o vehículo jurídico que tiene un régimen tributario descoordinado en dos países. Se trata de instrumentos que por lo general tienen una calificación tributaria diferente en dos países, y por tanto tendrán un tratamiento tributario asimétrico. El ejemplo más paradigmático es el un instrumento financiero calificado como instrumento de capital en el país del inversor y como instrumento de deuda en el país del emisor.

[736] Véase OCDE (2015), ejemplo 8.1.

[737] Por ejemplo, una entidad operativa genera una deducción por los intereses pagados sobre la financiación recibida y, correlativamente, dichos pagos se integran como ingreso en sede de la entidad prestamista (y por tanto no hay asimetría). No obstante, esta entidad prestamista retribuye a su vez a otra entidad en virtud de un instrumento financiero híbrido generando un resultado de deducción sin inclusión no sujeto a las reglas anti-híbridos en las jurisdicciones del pagador y el beneficiario.

Así, el elemento híbrido consiste en que un mismo vehículo jurídico tiene un régimen tributario diferente en dos países, cuya interacción genera la asimetría. A nivel puramente doméstico esos vehículos o instrumentos no generarían asimetrías ya que su régimen jurídico pretende asegurar una cierta neutralidad respecto de sus pagos y hay una identidad de calificación[738]. Los instrumentos de deuda por lo general suponen una minoración del beneficio imponible del pagador de los intereses, transfiriendo el beneficio al perceptor, mientras que los instrumentos de capital no suponen una minoración del beneficio imponible de la entidad sino una aplicación del resultado, por lo que el perceptor muchas veces queda exento para no incurrir en doble imposición económica para preservar la neutralidad. Las entidades transparentes tienen la finalidad de ser instrumentos neutrales fiscalmente, de manera que el beneficio obtenido por estas sea atribuible fiscalmente a sus socios.

No obstante, los instrumentos híbridos adolecen de tener un régimen tributario diverso, *híbrido* a nivel transfronterizo, que provoca surjan asimetrías tributarias respecto de los pagos transfronterizos (en forma de deducción sin inclusión o de deducción doble).

Por ello, la existencia de un elemento híbrido es susceptible de generar una asimetría tributaria (que puede tomar forma de doble imposición o de doble no imposición) en los pagos transfronterizos. Esta "conexión causal" entre el elemento híbrido y la asimetría es exigida expresamente por la Acción 2 de BEPS a pesar de que en la práctica no siempre es fácil de distinguir, sobre todo en el caso de los instrumentos financieros[739].

[738] Aunque la Acción 2 de BEPS en teoría cubra asimetrías híbridas que puedan darse a nivel interno (véase OCDE [2015], ejemplo. 1.13), estas deberían ser muy residuales. En España la calificación de un instrumento financiero no debería tener efectos asimétricos ya que la calificación del instrumento debería ser idéntica en ambas partes de la operación. Por ejemplo, la normativa española sobre operaciones vinculadas establece en favor de la Administración una potestad de calificación sobre ambas partes de la transacción, por lo que una recalificación de un instrumento financiero debería tener para ambas partes un resultado coherente.

[739] OCDE (2015), párr. 313.

Sin perjuicio de este breve análisis de la estructura de la norma, hemos decidido analizar de manera separada cada uno de los supuestos controvertidos. La razón es que la diferente naturaleza de las estructuras híbridas determina que la cada estructura híbrida tenga una norma anti-híbridos diferente y esté adaptada a las especialidades de cada caso.

#### 4.2.1.3. El elemento material: el pago

De acuerdo a la Acción 2 de BEPS toda asimetría se produce necesariamente con respecto a un pago[740]. Así, la asimetría se producirá, o bien cuando el pago genere un gasto deducible para el pagador y una no inclusión para el perceptor, o bien cuando genere una doble deducción.

Las asimetrías que toman forma de deducción sin inclusión deben originarse con respecto a un pago real. En este sentido, no originarán una asimetría, y por tanto no quedarán cubiertas por la norma anti-híbridos, las deducciones por gastos nocionales[741]. Por ejemplo, los regímenes tributarios que autoricen al contribuyente a deducirse fiscalmente un interés nocional por un pago ficticio no generarán una asimetría. La razón es que en estos casos no hay un conflicto en la calificación de un instrumento, sino que se trata de beneficios fiscales unilaterales y deliberados que concede un país a sus contribuyentes y que responden a razones de política fiscal. Por tanto, no es apropiado que la regla anti-híbridos neutralice este tipo de beneficios fiscales voluntarios.

La definición de pago no incluye únicamente una transferencia monetaria presente[742], sino que también incluye cualquier cantidad que pueda ser pagada en un futuro. Así, dentro de la definición de pago se incluyen gastos devengados a cuenta de una obligación de pago futura, como por ejemplo la periodificación de un gasto respecto de un pago aún no exigible (por ejemplo, intereses devengados pero aún no exigibles). Es

[740] OCDE (2015), párr. 10.
[741] OCDE (2015), párr. 11.
[742] OCDE (2015), párr. 28. El pago en especie también debería quedar cubierto en la definición de "pago".

decir, los gastos devengados y deducibles fiscalmente deben corresponderse con una transferencia de valor presente o futura.

Así, la definición de pago excluye aquellos pagos que únicamente existen a efectos fiscales, pero que no suponen la creación de derechos económicos entre las partes, es decir, que no existen a efectos jurídico-privados[743].

Por tanto, se excluyen del concepto de *pago* los gastos por amortización y los ajustes fiscales de valoración (por ejemplo, los ajustes en cumplimiento de la normativa sobre operaciones vinculadas)[744].

Sin embargo, en el caso de las deducciones dobles se incluyen no solo pagos, sino también cualquier tipo de gasto deducible, tales como amortizaciones y ajustes de valoración[745]. La razón es sencilla. Las asimetrías que toman forma de doble deducción suponen un conflicto en la atribución de la renta y de los gastos, con independencia de que estos consistan en pagos u otros ítems; mientras que en las asimetrías consistentes en deducción sin inclusión necesariamente tienen que consistir en un pago susceptible de ser imputado fiscalmente a las dos partes, pagador y perceptor.

### 4.2.2. La regla anti-híbridos

[743] OCDE (2015), ejemplo 1.13. Es objeto de controversia el dilema de si los *juros* brasileños entran dentro del ámbito de aplicación de las reglas anti-híbridos ya que, si bien la deducibilidad de los *juros* está condicionada a la existencia de reservas suficientes, la entidad puede distribuirlos a sus socios o retenerlos contabilizando un pasivo frente a estos. Véanse al respecto, Parada (2017), pp. 480-486, y Martínez Laguna (2019), sección 3.01[A]. Si bien es cierto que las reglas anti-híbridos de la Acción 2 de BEPS son aplicables a cualquier asimetría híbrida que derive de la creación de "nuevos derechos económicos entre las partes", como las obligaciones de pago futuras (OCDE [2015], párrs. 28, 145 y 423), no está claro que los *juros* puedan crear nuevos derechos económicos entre las partes ya que es objeto de litigio la posibilidad de la entidad de acumular ilimitadamente los *juros* de años pasados; véase al respecto Ramon Tomazela, "Why Brazil's interest on net equity should not be affected by BEPS Action 2", disponible en http://kluwertaxblog.com/2015/08/26/why-brazils-interest-on-net-equity-should-not-be-affected-by-beps-action-2/.

[744] OCDE (2015), ejemplo 1.14.

[745] OCDE (2015), párr. 192.

Las reglas anti-híbridos *stricto sensu* se recogen en las Recomendaciones 1, 3, 4, 6, 7 y 8. No obstante, en el informe se prevén también varias medidas especiales recomendadas por la OCDE (Recomendaciones 2 y 5) que anularían la asimetría y que por tanto desactivarían la aplicación de las reglas anti-híbridos de la Recomendaciones referidas.

El informe de la Acción 2 de BEPS ha diseñado las reglas anti-híbridos de tal manera que evitar los problemas de circularidad. Este tipo de problemas surgen cuando dos países aplican concurrentemente una regla antia-abuso, de manera que pudiera dar lugar a una doble imposición económica. O también lo contario, que el hecho de que las dos jurisdicciones parte en una asimetría híbrida tuvieran implementadas reglas anti-híbridos pudiera llevar al absurdo de que ninguna aplicase dichas reglas, y la asimetría híbrida persistiera.

Por ello la Acción 2 de BEPS prevé una serie de medidas especiales (Recomendaciones 2 y 5). En caso de que no se aplicasen dichas medidas especiales se deberían aplicar las reglas anti-híbridos ordinarias (Recomendaciones 1, 3, 4, 6, 7 y 8). En cada una de estas Recomendaciones se establece una regla primaria, aplicable por la jurisdicción designada por dicha regla, y una regla secundaria o defensiva que debería aplicar la jurisdicción de la contraparte cuando aquella no haya implementado la regla primaria.

Cuando la asimetría sea parcial debido a una exención parcial o un tipo reducido sobre el pago, el ajuste a realizar por la jurisdicción del pagador no deberá exceder de lo estrictamente necesario para eliminar la asimetría[746]. Estableciendo así una exigencia de proporcionalidad en la regla-anti-híbridos para que esta no genere distorsiones mayores en forma de doble imposición económica.

[746] En el caso de España, la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 ha modificado la exención sobre dividendos del artículo 21 de la LIS por la cual la cuantía de dicha exención queda limitada al 95% de su importe. Esta medida supondría que aquellos países que tuvieran que aplicar la regla anti-híbridos respecto de una distribución de dividendos a una entidad española, deberían denegar la deducibilidad del 95% del importe de dicho pago.

### 4.2.3. Particularidades de las distintas normas anti-híbridos

#### 4.2.3.1. Los instrumentos financieros híbridos

##### 4.2.3.1.1. Regla general

Las normas relativas a los instrumentos financieros híbridos vienen reguladas por la Recomendación 1 de la Acción 2 de BEPS[747]. El alcance de esta recomendación es específico para los pagos que se deriven de instrumentos financieros.

El objeto de la Recomendación 1 son los pagos derivados de un instrumento financiero. En el informe sobre la Acción 2 de BEPS se realiza una definición muy sucinta del concepto de *instrumento financiero*. Así, en el propio informe se establece que un instrumento financiero es "cualquier acuerdo que es gravado bajo las normas para gravar deuda, capital o derivados bajo las leyes de ambas jurisdicciones, la del pagador y la del perceptor"[748].

Por tanto, la OCDE deja a la soberanía de cada Estado la determinación de la existencia del instrumento financiero, pudiendo generarse un conflicto en la propia existencia del instrumento financiero. De tal modo que puede darse la situación por la cual el país de una de las partes en una transacción considere que el pago deriva de un instrumento financiero, mientras que el país de la otra parte del acuerdo puede considerar que dicho pago no deriva de un instrumento financiero, sino que por ejemplo es una contraprestación por la transferencia de un activo. En estos casos, la jurisdicción que considera que el pago deriva de un instrumento financiero tiene que aplicar la norma anti-híbridos relativa a los instrumentos financieros híbridos[749]; mientras que el otro

[747] OCDE (2015), pp. 23-24.
[748] OCDE (2015), p. 23, Recomendación 1.2.
[749] En estos casos, el país que califica dicho pago como derivado de un instrumento financiero ni siquiera debe verificar si ha habido tributación en el otro país. La mera existencia de un pago que no tiene "significado independiente" en el otro país (como retribución de un instrumento financiero), sino que dicho pago es calificado como un componente del precio del activo, ya desencadena la asimetría híbrida.

país, en la medida en que no existe ningún instrumento financiero conforme a su ley nacional, no aplicará ninguna norma anti-híbridos[750].

Una de las particularidades de la Recomendación 1 es que, para que se aplique la norma anti-híbridos en una jurisdicción, la asimetría híbrida no tiene que ser necesariamente efectiva, basta con que sea esperada conforme a las normas tributarias generales aplicables al instrumento financiero en la jurisdicción de la contraparte[751]. La Acción 2 de BEPS recomienda la aplicación de la norma anti-híbridos a partir de la mera la existencia de un instrumento financiero híbrido (cuyo régimen tributario aplicable en ambos países genere una asimetría en circunstancias ordinarias y sobre contribuyentes de estatus ordinario), sin que se exija un nexo de causalidad entre la existencia de dicho instrumento híbrido y el resultado efectivo de asimetría. Basta con que la asimetría "**pueda ser** atribuida a los términos del instrumento" (énfasis añadido)[752].

Esto tiene dos consecuencias. Por un lado, la norma anti-híbridos se aplica incluso cuando la asimetría no se produce necesariamente por la existencia del elemento híbrido en el instrumento financiero. En estos casos concurren dos causas paralelas en la producción de la asimetría, el elemento híbrido y la existencia de un beneficio fiscal deliberado por razones subjetivas o contextuales. Y, por otro lado, la norma anti-híbridos se aplica aun cuando no exista una asimetría efectiva y real, bastando la mera expectativa de una asimetría basada en la existencia de un instrumento financiero híbrido.

El primero de estos supuestos se produce cuando se solapa el elemento híbrido del instrumento financiero con la existencia de un estatus tributario especial (debido a la naturaleza del contribuyente o al contexto en el que se posee el instrumento financiero). En estos casos la asimetría se produce simultáneamente debido a ambas circunstancias, el elemento híbrido y la aplicación de un estatus tributario especial. Si un fondo exento recibe un interés fiscalmente deducible en la jurisdicción del pagador no hay elemento

[750] Véase OCDE (2015), ejemplo 1.27.
[751] OCDE (2015), párr. 85.
[752] OCDE (2015), p. 24, Recomendación 1.3.

híbrido, y por tanto la asimetría no será híbrida ni será aplicable la regla anti-híbridos. Pero si este interés es calificado como dividendo exento de acuerdo a las normas generales aplicables al instrumento financiero por la jurisdicción del beneficiario, entonces confluyen el elemento híbrido (el resultado de deducción sin inclusión puede ser atribuido a los términos del instrumento financiero del que deriva el pago) y el estatus especial de entidad exenta del fondo. En estos casos se produce una asimetría en todo caso cualquiera que fuera el estatus tributario del perceptor del pago, ordinario o especial, de manera que dicha asimetría está causada tanto por el elemento híbrido (el instrumento financiero híbrido) como el estatus tributario especial del fondo.

En estos casos la OCDE ha optado por aplicar igualmente la norma anti-híbridos[753], lo que puede llevar a resultados un tanto absurdos en la medida en que, si la jurisdicción del pagador deniega la deducibilidad del pago, se está anulando el beneficio fiscal concedido deliberadamente por el país que califica a una entidad exenta de tributar[754]. La razón de esta medida se debe a razones de *gestionabilidad* de la norma anti-híbridos, ya que en el proceso de aplicación de dicha norma por el contribuyente (y por las

[753] OCDE (2015), párrs. 95-96 y ejemplo 1.5. Si la propia jurisdicción a quien corresponda aplicar la regla anti-híbridos otorga un beneficio fiscal debido al estatus especial del contribuyente o a circunstancias especiales, el ajuste de la regla anti-híbridos se revertirá por la aplicación de dicho beneficio especial (OCDE [2015], ejemplo 1.28 y párr. 9 del ejemplo 1.5). Véase también nota 754.

[754] Véase nota 169. En nuestra opinión, este problema podría tener un alcance limitado si el perceptor de la renta, una entidad exenta, aplicase la regla anti-híbridos especial para dividendos (Recomendación 2.1), en OCDE (2015), pp. 45 y ss. La Recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS establece que el perceptor de un dividendo que sea deducible en sede del pagador debe denegar la exención (o cualquier otro mecanismo de eliminación de la doble imposición económica) de dicho dividendo; no obstante, esta regla quedaría *de facto* sin efecto por la aplicación del régimen tributario especial de la entidad, que declara exentas todas las rentas de dicho contribuyente, de tal manera que el dividendo quedaría exento igualmente. A su vez, la jurisdicción del pagador quedaría impedida para aplicar la regla anti-híbridos primaria relativa a los instrumentos financieros híbridos (Recomendación 1) ya que el perceptor habría aplicado la regla especial o preferente relativa a dividendos (Recomendación 2.1), y ello sin perjuicio de que el efecto de dicha regla anti-híbridos especial quedara anulado por la aplicación concurrente del régimen especial de exención aplicable a la entidad. En este mismo sentido, el ejemplo 1.28 del informe de la OCDE (2015), refiere a un supuesto en el que una entidad compra un activo financiero a precio aplazado. En la jurisdicción del comprador una porción del pago es calificada como interés fiscalmente deducible por el precio aplazado, mientras que en la jurisdicción del vendedor dicho interés es considerado retribución por el activo. El pagador goza de un estatus tributario especial (*trader*) que permite deducir todos los costes relativos a la compra de activos financieros, ya sea calificado como coste financiero o como retribución por el activo comprado. Así, el comprador deducirá en todo caso dicho interés por su condición de *trader*, anulando así el efecto de la regla anti-híbridos aplicada por dicho contribuyente. Véase OCDE (2015), párr. 52.

autoridades fiscales de su país) se requiere únicamente identificar si "se espera" que el pago genere una exención o una deducción en la jurisdicción de la contraparte a la luz del régimen tributario general (aplicable a un contribuyente de estatus ordinario) aplicable al instrumento financiero, sin que se exija identificar adicionalmente si esa deducción o exención se debe también a circunstancias especiales del contribuyente que le confieren un estatus tributario especial.

Esta simplificación en el proceso de análisis de las normas de la jurisdicción de la contraparte parece razonable cuando el aplicador de la norma anti-híbridos es la Administración tributaria. Pero no parece lógico que al contribuyente se le prive de la posibilidad de acreditar que la asimetría es producida (además de por la existencia de un elemento híbrido) por la aplicación por la contraparte de determinados regímenes tributarios especiales al objeto de poder evitar la aplicación de la norma anti-híbridos. Además, esto también tiene efectos sobre la llamada *inter-nation equity* en la medida en que la jurisdicción que aplica la regla anti-híbridos estaría anulando los beneficios fiscales deliberados de la jurisdicción de la contraparte. Anulación que en nuestra opinión solo sería justificable si los beneficios fiscales concedidos por la otra jurisdicción fueran constitutivos de prácticas de competencia fiscal lesiva.

Este "tratamiento fiscal esperado" (ignorando las normas tributarias especiales que pudieran aplicársele al contribuyente en virtud de algún estatus especial) también se tiene en cuenta cuando no hubiere asimetría efectiva debido a que la jurisdicción de la contraparte aplicase normas especiales que gravan un pago que de otro modo no sería gravado conforme al régimen ordinario de ese instrumento financiero. Es decir, el perceptor de un determinado pago puede efectivamente tributar por dicho pago en virtud de alguna norma especial, pero la jurisdicción de la contraparte aun así debe aplicar la regla anti-híbridos como si dicho pago estuviera sometido a una exención en virtud de las normas generales que gobiernan el instrumento financiero[755]. En este caso

[755] OCDE (2015), párrs. 33 y 84-86, y ejemplo 1.29. Este ejemplo es similar al ejemplo 1.28 (véase nota 754) con la diferencia de que es el vendedor quien actúa en la condición de *trader*. Mientras el comprador califica parte del pago como interés fiscalmente deducible (por el aplazamiento), el vendedor califica íntegramente el pago como retribución por la venta del activo, pero su condición de *trader* implica que tal pago sea incluido íntegramente como renta ordinaria. Así, el pagador aplicará la norma anti-híbridos

el pago incurriría en una doble imposición económica, resultado incomprensible en nuestra opinión y que priva al contribuyente de poder demostrar que realmente no ha habido una asimetría efectiva. Sobre todo porque el contribuyente sí podría demostrar que dicho pago sí ha tributado en una jurisdicción tercera conforme a normas CFC.

#### 4.2.3.1.2. Transferencias híbridas

Las transferencias híbridas son un subtipo de instrumentos financieros híbridos. En el marco de un contrato privado, una entidad transfiere a otra un instrumento o activo financiero (el activo subyacente)[756], fruto de cuya transferencia ambas entidades se atribuyen la titularidad, a efectos fiscales, de dicho activo financiero debido al diferente régimen fiscal de la operación en ambas jurisdicciones. En la medida en que ambas entidades se atribuyen la titularidad del mismo activo financiero, los flujos de pagos que se deriven de dicho activo subyacente pueden generar asimetrías.

El primer tipo de transferencias híbridas son los prestamos estructurados como venta de valores con pacto de recompra. En este tipo de transacciones una entidad toma prestado dinero a cambio de un interés. Como garantía, dicha entidad entrega en depósito una determinada cantidad de acciones que serán restituidas con la devolución del principal del préstamo. No obstante, dicha transacción es estructurada jurídicamente como una venta de acciones con pacto de recompra.

El país de la entidad prestataria califica dicha operación conforme a su verdadera naturaleza económica, de préstamo. La entidad prestataria sigue ostentando la titularidad, a efectos puramente fiscales, de las acciones entregadas como depósito y por tanto se le atribuye la titularidad del dividendo de dichas acciones (que quedará exento). No obstante, dicho dividendo es retenido por parte de la entidad prestamista

con independencia de que dicho pago se integre íntegramente como renta ordinaria, obviando así la condición tributaria del perceptor de la renta, y atendiendo solamente a la tributación esperada conforme a las normas tributarias generales del país del perceptor.

[756] La Recomendación 1 de la Acción 2 de BEPS solo cubre aquellos supuestos en los que se transfiere un instrumento financiero, OCDE (2015), párr. 72.

como interés en pago del préstamo, y por tanto la entidad prestataria se imputará un gasto fiscalmente deducible por dicha cuantía[757].

Por el contrario, el país de la jurisdicción del prestamista califica dicha operación conforme a su forma jurídica: como una compraventa. Fruto de esta calificación híbrida, la entidad prestamista adquiere la titularidad de las acciones que recibe en depósito, y en consecuencia es también titular del dividendo derivado de dichas acciones (que quedará exento). De tal manera que no se imputa ingreso por interés, sino un dividendo exento.

El segundo tipo de operaciones son los prestamos de acciones. Este tipo de operaciones se realizan generalmente por parte de entidades que quieren operar *en corto*[758] en los mercados financieros. En este tipo de supuestos el prestatario de las acciones no retiene el dividendo que estas reparten, sino que se lo reenvía al prestamista como verdadero titular económico de las acciones; este pago se conoce como *dividendo fabricado.* Es en el dividendo fabricado donde surgen las diferencias entre las jurisdicciones implicadas. Para la jurisdicción de la entidad prestamista, esta retiene la titularidad de las acciones y por tanto el dividendo debe imputarse a la entidad prestamista. Por el contrario, para la jurisdicción del prestatario la titularidad de las acciones corresponde a la entidad prestataria y por tanto el dividendo se debe imputar fiscalmente a esta, de manera que el pago del dividendo fabricado es considerado un gasto financiero fiscalmente deducible.

La consideración de las transferencias híbridas como instrumentos financieros cubiertos por la Recomendación 1 permite aplicar la regla anti-híbridos por el prestamista. El

[757] Una variante de esta operación es la venta de acciones con pacto de recompra en la que el vendedor paga una prima por el derecho a recomprar las acciones. En estos casos, la prima pagada puede suponer un gasto financiero deducible para el pagador mientras que para el perceptor la prima puede formar parte de la plusvalía exenta por la venta; en OCDE (2015), párrafo 7 del ejemplo 1.31.

[758] Las operaciones en corto implican que una entidad pida prestadas un determinado numero de acciones para inmediatamente venderlas en los mercados financieros. El prestatario tiene la expectativa de que el precio de dichas acciones bajará en el futuro, de tal manera que cuando venza el plazo de devolución de dichas acciones, el prestatario volverá a comprar el mismo número de acciones en el mercado (presumiblemente a un menor precio) con el objeto de devolvérselas al prestamista. Se trata, en definitiva, de vender en el presente un activo adquirido por préstamo y en el futuro momento de la devolución recomprarlo más barato. La diferencia es el beneficio financiero para el prestatario.

prestatario (tanto en los préstamos estructurados como compraventa de acciones con pacto de recompra, como en los préstamos de acciones) considera el pago del interés como un pago derivado de un instrumento financiero que da lugar a una deducción sin inclusión, y por lo tanto entra dentro del presupuesto de hecho de la norma anti-híbridos. Sin embargo, para el prestamista considera el dividendo exento como un pago separado de la transferencia que no da lugar a una deducción sin inclusión, razón por la cual la regla anti-híbridos no aplicaría de no ser porque el presupuesto de hecho incluye expresamente los resultados de deducción sin inclusión derivados de las transferencias híbridas. Por ello, las transferencias híbridas quedan cubiertas dentro del presupuesto de hecho de la Recomendación 1, para que así el país de residencia del prestamista pueda aplicar el ajuste de la norma anti-híbridos al dividendo exento.

#### 4.2.3.1.3. Pagos sustitutivos

Por último, dentro de la Recomendación 1 se cubren también aquellos supuestos de deducción sin inclusión consecuencia de pagos sustitutivos.

Este tipo de pagos se realizan en el marco obligacional de una transferencia de un activo financiero. Cuando se transmite un activo financiero a menudo se adquiere, junto con el valor económico principal del activo financiero, los derechos económicos (retribución del activo financiero) devengados pero aún no exigibles en favor del titular de dicho activo. Por ejemplo, quien adquiere un bono no solo paga por el derecho a la devolución del valor nominal del bono, sino que paga además por el derecho a la retribución devengada en el momento de la adquisición. En el caso de las acciones, quien compra acciones de una empresa no solo paga por el valor de mercado de dichas acciones, sino que paga también por las reservas pendientes de distribuir.

Esta retribución implícita por la que paga el adquirente muchas veces va incluida dentro del total del precio de adquisición del activo; pero otras veces se cuantifica expresamente y da lugar a un pago que fiscalmente es deducible (es decir, da lugar a un pago que no forma parte del coste de adquisición del activo, sino que es un pago

independiente y deducible en determinadas circunstancias)[759]. Por eso se denominan *pagos sustitutivos*, ya que sustituyen la retribución explícita de dicho activo financiero.

Cuando este tipo de pagos son deducibles y no se incluyen en la base imponible como renta ordinaria por el perceptor, se debe aplicar la regla anti-híbridos de la Recomendación 1.

En los pagos sustitutivos no se exige que el pago que da lugar a la deducción sin inclusión derive del marco obligacional de un instrumento financiero, sino solamente que sustituyan el rendimiento de un activo financiero (ya sea un rendimiento de capital o de deuda). De hecho, aunque alguna de las partes califique el pago como parte del precio del activo financiero (en cuyo caso no se trataría de un pago derivado de un instrumento financiero) debe aplicar la regla anti-híbridos[760]. No obstante, en aquellos casos en que el pago derive de un instrumento financiero, la regla anti-híbridos puede aplicarse conforme a un doble título: por ser un pago derivado de un instrumento financiero (con la preceptiva concurrencia de todos los elementos del presupuesto de hecho para su aplicación) y por ser un pago sustitutivo[761].

Al contrario que en los pagos que derivan de instrumentos financieros, la aplicación de la regla anti-híbridos para los pagos sustitutivos no requiere que la asimetría se derive de un elemento híbrido en el contrato (es decir, es indiferente si la asimetría es consecuencia de los términos del acuerdo de transferencia del activo, del estatus del contribuyente o del contexto). No obstante, la regla anti-híbridos solo aplica cuando el

[759] En España el pago sustitutivo no es un gasto deducible, sino que se incorpora al coste de adquisición de las acciones. De acuerdo a la Norma de Registro y Valoración 9ª del PGC "formará parte de la valoración inicial el importe de los derechos preferentes de suscripción y similares que, en su caso, se hubiesen adquirido". Cuando las acciones reparten el dividendo implícito no se produce un ingreso contable, sino que minoran el valor contable de la inversión, de acuerdo a la Norma de Registro y Valoración 9ª del PGC.
[760] OCDE (2015), ejemplos 1.30 y 1.35. En el ejemplo 1.30 el perceptor del pago califica el mismo como parte del precio por la transmisión del activo financiero, no pudiendo aplicar la regla anti-híbridos por no tratarse de un pago derivado de un instrumento financiero, pero debiendo aplicar la norma anti-híbridos e incluir dicho pago como renta ordinaria al ser un pago sustitutivo. En el ejemplo 1.35, tanto el perceptor como el pagador consideran el pago como parte del precio por la transmisión del activo. En este caso ninguna de las entidades considera el pago como derivado de un instrumento financiero; no obstante, al ser un pago sustitutivo puede aplicarse la regla anti-híbridos.
[761] Esta circunstancia se da en el pago de dividendos fabricados por el prestatario al prestamista en el marco de un contrato de préstamo de valores.

pago sustitutivo del dividendo supone una pérdida de recaudación con respecto a la tributación que se derivaría del dividendo *sustituido*. Por tanto la regla anti-híbridos solo aplica si el dividendo *sustituido* que reparte el activo subyacente hubiera tributado como renta ordinaria de haberlo recibido el perceptor del pago (es decir, el perceptor intenta aprovechar el trato fiscal más ventajoso de la ganancia de capital con respecto a los dividendos), si el pagador no tuviera que incluir el dividendo como renta ordinaria (en cuyo caso se utiliza el pago sustitutivo para generar un gasto deducible que deriva de un ingreso exento)[762], o cuando el pago sustitutivo pretenda evitar la generación de una asimetría híbrida y la consiguiente aplicación de la regla anti-híbridos[763].

#### 4.2.3.2. Las entidades híbridas (inversas)

El elemento híbrido también puede encontrarse en la existencia en dos países de un diferente régimen fiscal de atribución de rentas para una misma entidad[764]. En este caso una misma entidad puede ser considerada una *entidad híbrida* cuando es fiscalmente opaca de acuerdo a la ley del país de establecimiento y fiscalmente transparente de acuerdo a la ley del país del inversor en dicha entidad (socio o partícipe de la entidad híbrida)[765]. Por el contrario, una *entidad híbrida inversa* es aquella que es fiscalmente

[762] Se trata de evitar una situación de *arbitraje fiscal puro*, por el cual un mismo activo da lugar a flujos monetarios fiscalmente asimétricos. En estos casos no es necesario que el pagador del pago sustitutivo cobre realmente el dividendo de las acciones que adquiere, bastando simplemente que su legislación prevea la exención del dividendo ante la hipótesis de que lo cobre, en OCDE (2015), ejemplo 1.34.

[763] OCDE (2015), ejemplo 1.36. En este caso hay una entidad que es titular de un bono calificado de instrumento financiero híbrido, cuyos rendimientos son considerados dividendos exentos en sede de la jurisdicción del bonista e interés deducible en sede de la jurisdicción del emisor del bono. Para evitar la aplicación de la regla anti-híbridos la entidad bonista vende el bono a una entidad tercera por un importe igual al nominal del bono más una prima que representa el interés devengado en el momento de la venta. Dicha prima es una ganancia de capital exenta para el vendedor y un gasto deducible para el comprador.

[764] Parada (2018a), p. 973.

[765] A efectos de la aplicación de la regla anti-híbridos, no se habla propiamente de "entidad híbrida", sino de "pagador híbrido". Dentro de los "pagadores híbridos" se incluye también a los establecimientos permanentes, ya que podrían generarse asimetrías en la medida en que un establecimiento permanente pudiera ser la cabecera de un grupo de entidades que tributasen en consolidación fiscal, de manera que pudiese así compensar sus deducciones con ingresos que no se incluyeren en la base imponible de los socios (es decir, con ingresos que no fueran de doble inclusión). Estas asimetrías son posibles tanto cuando la jurisdicción de la casa central aplica el método de imputación y la jurisdicción del EP permite compensar los pagos híbridos del EP con un grupo de consolidación fiscal, como cuando la jurisdicción de la casa central aplica el método de exención (en cuyo caso todas las rentas positivas que genera el EP, y con las que compensa los pagos híbridos, son rentas que no son de doble inclusión). Véase OCDE (2017), párrs. 16 y 17.

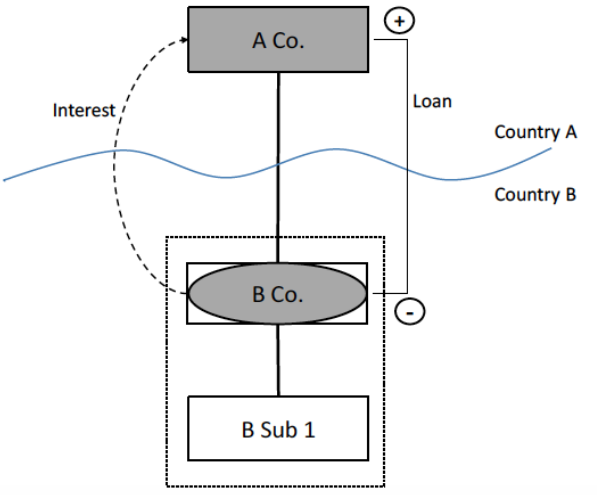
transparente de acuerdo a la ley del país de establecimiento[766] y fiscalmente opaca de acuerdo a la ley del país del inversor.

Con respecto a las entidades híbridas, dos son los tipos de asimetrías que pueden darse. Todas ellas tienen la nota común de que la asimetría tiene origen en un pago o gasto realizado por una entidad híbrida (por ello este tipo de transacciones se conocen también como *pagos híbridos*[767]).

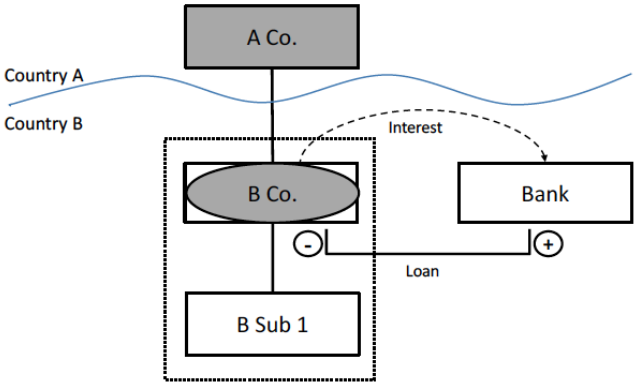
En primer lugar, nos encontramos con la asimetría que se produce con respecto a un pago de la propia entidad híbrida a sus socios. En estos casos la asimetría toma forma de deducción sin inclusión. La entidad híbrida puede deducir fiscalmente dicho pago debido a que el país en que está establecida considera a dicha entidad como opaca; por otro lado, el socio de la entidad híbrida no incluye dicho pago en su base imponible debido a que su jurisdicción considera dicha entidad como transparente, y por tanto dicho pago es considerado como una transferencia monetaria *intramuros* del propio socio, sin relevancia fiscal.

[766] Evidentemente una entidad transparente es aquella cuyas rentas son imputadas fiscalmente a sus socios. Lo relevante no es si el tributo lo paga formalmente la entidad o sus socios, sino que dichas rentas tributen conforme a las circunstancias subjetivas y el tipo marginal de sus socios. No son consideradas entidades transparentes los vehículos de inversión colectiva cuyas rentas no sean imputadas fiscalmente a sus socios, y ello aunque dichos vehículos tributen a menudo a tipos del 0%.

[767] En el presente trabajo nos referiremos a *pagos híbridos*, *gastos híbridos* o *pérdidas híbridas* para referirnos a aquellos pagos, gastos o pérdidas, respectivamente, realizados por una entidad híbrida y que generen deducciones dobles.




El segundo tipo de asimetría se produce con respecto a un pago de la propia entidad híbrida a otra empresa. En estos casos, la asimetría toma forma de doble deducción[768]. El pago es deducido tanto por la entidad híbrida como por los socios de esta ya que ambos se atribuyen la titularidad fiscal de dichos pagos.

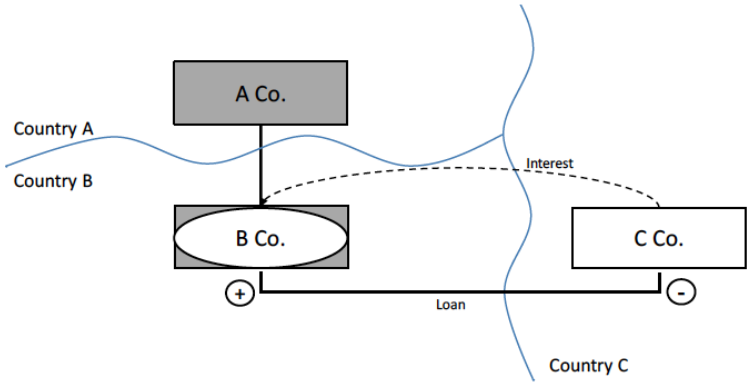



Este tipo de estructuras que involucran a entidades híbridas se caracterizan porque, si bien tanto socios como entidad se atribuyen la deducción de un mismo pago, también se atribuyen la obtención de las rentas. Así, la deducción de un pago es doble, pero la renta con la que se compensa esa deducción también suele ser doble, de tal manera que

[768] Las deducciones dobles son también posibles cuando los pagos se realizan a través de un EP cuya casa central aplicase el método de imputación o el método de exención permitiendo la deducibilidad de las pérdidas (de ahí la necesidad de tener una regla de reversión).

por lo general la asimetría es neutralizada por los ingresos de doble inclusión. No obstante, la entidad híbrida buscará generar una renta con la que compensar la deducción del pago híbrido y que a la vez dicha renta no sea incluida en la base imponible de los socios[769].

En cuanto a los pagos a entidades híbridas inversas, la asimetría toma forma de deducción sin inclusión. Por un lado, el pago es deducido por la entidad que lo realiza, mientras que ni entidad híbrida inversa ni sus socios incluyen dicho pago en su base imponible debido a que la entidad híbrida inversa es considerada transparente en su jurisdicción y por tanto no tributa por las rentas recibidas, mientras que la jurisdicción de los socios considera dicha entidad como opaca y por tanto dichos socios no pueden imputarse fiscalmente las rentas recibidas por dicha entidad[770].




[769] OCDE (2015), párr. 214. Una manera es mediante la percepción de rentas procedentes de una entidad tercera que deriven de un instrumento financiero híbrido, de tal manera que el pagador de esa renta califique el pago como interés deducible, la entidad híbrida califique dicho pago como interés incluible en su base imponible (contra el que se compensará la deducción del pago interno a sus socios), y los socios califiquen dicho pago como dividendo exento. Otro modo es mediante la creación por la entidad híbrida de una filial con la que formar un grupo de consolidación fiscal. Mediante esta técnica, los ingresos de la entidad filial se integran en el grupo de consolidación, de manera que permitirá la compensación de la deducción generada por el pago de la entidad híbrida a sus socios; sin embargo, esos ingresos obtenidos por la filial no se integrarán en la base imponible de los socios de la entidad híbrida. El mismo efecto se conseguiría si la entidad híbrida crease en su misma jurisdicción una filial transparente con la que consolidar resultados, pero que fuera considerada opaca a los efectos de la jurisdicción de los socios.

[770] Cuando la entidad pagadora sea a su vez una entidad híbrida (y el pago sea deducible fiscalmente en dos jurisdicciones distintas), habrá una suerte de *triple no imposición* en la que el pago genera una doble deducción y a su vez no se integra en la base imponible de la entidad híbrida inversa ni de sus socios. En estos casos la regla anti-híbridos relativa a los pagos a entidades híbridas inversas (que requiere denegar la deducibilidad del pago) debe aplicarse en las dos jurisdicciones del pagador, en párr. 148 y ejemplo 4.4.

Al contrario que con los instrumentos financieros híbridos, en las entidades híbridas (inversas), es necesario que la asimetría híbrida sea real, y no meramente esperada. Esto tiene una doble consecuencia. Por un lado, que la norma anti-híbridos se aplicará solo cuando exista claramente un nexo de causalidad entre el elemento híbrido y la asimetría. Así, la norma anti-híbridos solo aplicará si la utilización de la entidad híbrida o híbrida inversa hubiera sido necesaria para la producción de la asimetría[771]. En particular, la interposición de una entidad híbrida inversa no determinaría la aplicación de la regla anti-híbridos si los socios de dicha entidad fueran entidades exentas[772].

La segunda consecuencia es que, para aplicar la regla anti-híbridos, la asimetría debe ser efectiva[773]. En particular, en los pagos realizados por entidades híbridas no se aplicará la regla anti-híbridos en aquellos casos en los que la transacción o el propio estatus de la entidad determinen la aplicación de reglas más específicas que denieguen la deducibilidad de dicho pago (entre las que se incluyen las reglas anti-híbridos relativas a los instrumentos financieros)[774]. Uno de estos casos se da cuando la entidad híbrida o sus socios tengan la consideración de entidad exenta, de manera que no podría darse

[771] En nuestra opinión, esta postura alinea las normas anti-híbridos con el principio de soberanía fiscal, ya que deja fuera de la norma anti-híbridos todos aquellos vehículos jurídicos que han sido diseñados deliberadamente por parte del Estado para producir resultados de doble no imposición en aras de perseguir ciertos objetivos de política fiscal. Como dijimos en el capítulo I de la presente tesis, la finalidad las normas internacionales sobre planificación fiscal agresiva es codificar aquellas estructuras de planificación fiscal agresiva sobre las que exista cierta presunción involuntariedad por parte de los Estados.

[772] OCDE (2015), párr. 166 y ejemplo 4.1. Una aplicación finalista de este principio nos lleva a poder aplicar la regla anti-híbridos en aquellos casos en que la interposición de una entidad híbrida inversa tuviera como finalidad evitar la regla anti-híbridos para instrumentos financieros (Recomendación 1), como señala la OCDE (2015), párr. 167.

[773] OCDE (2015), párrs. 122 y 190.

[774] OCDE (2015), párr. 123 y ejemplo 3.2. Pueden darse casos en los que haya un pago de la entidad híbrida a sus socios derivado de un instrumento financiero híbrido. En estos casos, la asimetría se debe a un doble elemento híbrido: el instrumento financiero híbrido y la entidad híbrida. En estos casos, la Recomendación 1 relativa a los instrumentos financieros híbridos nos dice que la regla primaria se debe aplicar con independencia de que la exención en la jurisdicción de la contraparte se deba a otras causas ajenas a los propios términos del instrumento financiero (en este caso, por la consideración de dicho pago como mera transferencia interna dentro de la entidad), y por tanto se denegará la deducibilidad fiscal de dicho pago. Por tanto, la regla anti-híbridos de la Recomendación 3 relativa a los pagos ignorados híbridos no aplicaría por no existir realmente una asimetría. Así, la prevalencia entre una u otra regla (la regla de los instrumentos financieros híbridos o las demás reglas anti-híbridos) se resuelve de manera sencilla.

una doble deducción debido a que la entidad exenta no podría deducirse ningún pago que le sea atribuido[775].

Asimismo, en los casos de pagos a entidades híbridas inversas, tampoco se aplicará la regla anti-híbridos cuando el pago que provoque el resultado de deducción sin inclusión se incluya como renta ordinaria en cualquier jurisdicción merced a un régimen de transparencia fiscal internacional[776].

En el caso de los pagos realizados por entidades híbridas, los pagos híbridos, la exigencia de que la asimetría sea verdaderamente efectiva va mas allá de la propia asimetría derivada del pago híbrido para asegurar así que la aplicación de la regla anti-híbridos a los gastos híbridos de la entidad vaya alineada con la tributación de los ingresos de doble inclusión.

Así, las Recomendaciones 3 y 6 de la Acción 2 de BEPS establecen que no habrá asimetría cuando la doble deducción sea compensada con un *ingreso de doble inclusión* (esto es, un ingreso que sea integrado tanto en la base imponible de la entidad híbrida como en la de los socios)[777]. La renta de doble inclusión desactiva la asimetría híbrida, bien cuando la doble deducción y la renta de doble inclusión se generen en el mismo periodo impositivo o bien cuando la renta de doble inclusión se genere en un periodo posterior a la doble deducción (en cuyo caso se revierte el ajuste de la regla anti-híbridos que se aplicó en periodos precedentes).

En este aspecto la OCDE señala que los mecanismos para evitar la doble imposición (ya sean de exención o de crédito fiscal) concedidos por la jurisdicción de la entidad híbrida

[775] OCDE (2015), párr. 191.

[776] OCDE (2015), párrs. 150 y 151. De manera similar, tampoco se aplicaría la regla anti-híbridos cuando el pago realizado a la entidad híbrida inversa tenga un EP en un tercer país y el pago objeto de la asimetría sea incluido como renta ordinaria en dicha jurisdicción, en párr. 152.

[777] Los ingresos de doble inclusión no son necesariamente aquellos obtenidos por a entidad híbrida (y que por tanto se deben integrar también en la base imponible de los socios), sino también aquellos ingresos que se obtengan por filiales de la entidad híbrida (y que se integren en la base imponible consolidada de esta merced a un régimen e consolidación fiscal) y que a su vez se integren en la base imponible de los socios debido a la aplicación de un régimen de transparencia fiscal internacional, en OCDE (2015), párrs. 127 y 199, y ejemplo 6.4.

o por la jurisdicción de los socios no impiden que una renta sea considerada como de doble inclusión (y por tanto desactivarán la aplicación de la norma anti-híbridos o en su caso la revertirán) cuando el efecto de tales mecanismos es simplemente evitar "una capa adicional de tributación en cualquiera de las jurisdicciones. (…) Tal alivio de la doble imposición puede dar lugar a preocupaciones de política fiscal, sin embargo, si tiene el mismo efecto neto que permitir un resultado de doble deducción"[778]. En este punto es importante que la aplicación de la norma no genere resultados contrarios a su finalidad, de manera que el efecto neto por la interacción de ambas medidas (las reglas anti-híbridos y los mecanismos para evitar la doble imposición) sean coherentes con el principio de imposición única. Cuando una renta queda sujeta a ambas jurisdicciones (de la entidad híbrida y de los socios) y además ha sido gravada en sede de una tercera entidad o de una tercera jurisdicción (por ejemplo, un dividendo recibido de una filial o una renta derivada de un EP situado en un tercer país) lo normal es que la jurisdicción de residencia establezca mecanismos, en forma de exención o de crédito fiscal, para evitar esta doble imposición (ya sea jurídica en el caso de las rentas derivadas del EP, o económica en el caso de los dividendos). Si solo una de las dos jurisdicciones concede un crédito fiscal a la renta gravada en el tercer país (o la jurisdicción de la entidad híbrida concede una exención sobre el dividendo procedente de una filial) pero la otra no, entonces no se genera ninguna distorsión ya que la doble deducción de un pago híbrido quedaría compensada por la doble tributación de dicha renta[779].

No obstante, si ambas jurisdicciones aplicasen mecanismos para evitar la doble imposición, entonces dicha renta solo estaría sometida a un único gravamen y por lo tanto no compensaría la doble deducción derivada de un pago híbrido. En estos casos, aunque no se aplique la regla anti-híbridos por tratarse de una renta de doble inclusión, parece apropiado que el país a quien correspondiera aplicar la regla anti-híbridos (bien la regla primaria o, en su defecto, la secundaria) debiera denegar la exención o el crédito fiscal.

[778] OCDE (2015), párr. 198.

[779] Véase OCDE (2015), ejemplo 6.3. En dicho ejemplo la entidad híbrida recibe dividendos de una entidad filial, pero estos quedan exentos. En este caso, la doble deducción generada en los socios y en la entidad híbrida es neutralizada por el dividendo recibido por esta última, ya que se considera ingreso de doble inclusión con independencia de que quede exento.

Esta misma lógica debería aplicarse cuando se generen rentas de doble inclusión que sean gravadas en la propia jurisdicción de la entidad híbrida y dicha tributación incorpore un crédito fiscal en favor de los socios. En estos casos, la jurisdicción de los socios debería trazar el origen de dicho crédito fiscal, y denegarlo cuando provenga realmente de ingresos que no sean de doble inclusión (por ejemplo, procedentes de entidades filiales con las que la entidad híbrida forme un grupo de consolidación fiscal), ya que si se permite aplicar estos créditos fiscales el efecto es el de anular *de facto* la doble inclusión de la renta[780].

Una de las cuestiones más relevantes en los pagos híbridos que generen deducciones dobles es, ante la inexistencia de renta de doble inclusión que anule la asimetría, si la regla anti-híbridos se debe de aplicar en todo caso o solo en la medida en que la entidad híbrida compense las deducciones con rentas que no sean de doble inclusión.

#### 4.2.3.2.1. Momento de aplicación de la regla anti-híbridos en los supuestos de deducciones dobles

El informe de la Acción 2 de la OCDE vino a aplicar en un primer momento un enfoque *preventivo* por el cual la regla anti-híbridos debía aplicarse siempre que la deducción doble "pueda ser compensada" en la jurisdicción de la entidad híbrida con rentas que no sean de doble inclusión[781]. Este enfoque requiere aplicar la regla anti-híbridos por el mero hecho de que exista la posibilidad legal[782] de que la deducción doble pueda ser compensada en la jurisdicción de la entidad híbrida con rentas que no sean de doble inclusión, sin que por tanto se requiera la compensación efectiva. Así, la regla se

[780] Esta postura parece ser la defendida por la OCDE si observamos como aplica la regla anti-híbridos cuando el pagador híbrido (cuyos pagos generan una deducción doble) es un EP, tal y como se desprende del informe de la Acción 2 de BEPS relativo a los establecimientos permanentes híbridos, en OCDE (2017), párrafo 15 del ejemplo 10.

[781] Véase Recomendaciones 3.3 y 6.3, en OCDE (2015), pp. 49 y 67, y párr. 211.

[782] La jurisdicción de la entidad híbrida tiene diversos mecanismos legales para generar rentas que no sean de doble inclusión con los que compensar una deducción doble, OCDE (2015), párr. 214. Véase también nota 769.

aplicaría en situaciones en las que la doble no imposición es una mera expectativa por aún no es efectiva. Por ejemplo, la regla primaria se aplicaría en la jurisdicción del socio (denegando al socio la deducibilidad del gasto) simplemente por la expectativa de que la entidad híbrida pudiera compensar dicha deducción con los ingresos de una entidad filial con la que consolide fiscalmente.

La razón de este enfoque es que la Administración tributaria no tuviera que comprobar caso por caso la efectiva compensación de las deducciones dobles con rentas que no fueran de doble inclusión[783]. El problema es que, al igual que pasa con los instrumentos financieros híbridos, este enfoque priva al contribuyente la posibilidad de probar que la deducción doble no ha sido efectivamente compensada por la entidad híbrida con una renta que no es de doble inclusión. Lo que supone efectos perjudiciales para el contribuyente en la medida en que el contribuyente se ve obligado a diferir la compensación de una deducción hasta que obtenga rentas de doble inclusión[784]. Lo cual, de tratarse de un Estado Miembro de la UE, puede suponer una verdadera colisión con las libertades fundamentales del TFUE.

Afortunadamente, la OCDE cambió de criterio en el informe sobre EPs híbridos emitido posteriormente, en el marco de la Acción 2 de BEPS. Así, la OCDE sugirió que, en el marco de deducciones dobles generadas por EPs o entidades híbridas, la regla anti-híbridos debería aplicarse únicamente cuando la entidad híbrida hubiera compensado efectivamente la deducción con un ingreso que no fuera de doble inclusión[785]. La ATAD II también ha recogido este criterio, ya que de otra manera la regla anti-híbridos podría colisionar claramente con el Derecho primario de la UE[786].

### 4.3. Aspectos formales de la ATAD: la idoneidad de la ATAD para luchar contra las asimetrías híbridas

[783] OCDE (2015), párr. 211.
[784] Si bien es cierto que la OCDE previó mecanismos para evitar los riesgos de *pérdidas inutilizadas* o *stranded losses*, en OCDE (2015), párr. 202.
[785] OCDE (2017), párrs. 100-101.
[786] Véase al respecto el Capítulo III, sección 4.4.3.2.2.2.

Una de las primeras cuestiones que suscita el análisis de las normas anti-híbridos de la ATAD es la idoneidad de la formula escogida para su implementación por los Estados Miembros, mediante una directiva comunitaria que armonizase las medidas frente a la planificación fiscal agresiva en los Estados Miembros.

Si bien la legitimidad de las medidas adoptadas por la Unión en materia fiscal puede constituir una cuestión baladí, en absoluto lo es. Puede parecer que el hecho de que la Unión tenga que adoptar sus medidas fiscales por unanimidad (artículo 115 del TFUE) dota de una legitimidad *ex ante* a las mismas, y que por tanto el análisis sobre la competencia de la Unión Europea carezca de utilidad práctica[787]. No obstante, no son los parlamentos nacionales quienes otorgan ese consentimiento en el Consejo Europeo, sino los gobiernos nacionales[788]. Por ello, es importante valorar si la adopción de dichas medidas se realiza dentro de la competencia que le confiere el TFUE a la luz de los principios de competencia, subsidiariedad y proporcionalidad[789]. Así, la acción de la Unión Europea en materia de planificación fiscal agresiva debe ser vigilada y debidamente ponderada, para que los Estados Miembros no vean quebrada su soberanía.

#### 4.3.1. La competencia de la Unión para combatir la planificación fiscal agresiva: la distorsión injustificada de la libre competencia como presupuesto habilitante de la ATAD

Parece lógico que la propia Unión se arrogue competencia para combatir, de manera coordinada y bajo un instrumento armonizador, el abuso que los contribuyentes hagan de las propias libertades comunitarias (y de las directivas fiscales que las desarrollan).

[787] En la práctica hay una cierta presunción de idoneidad de las directivas comunitarias, ya que el TJUE ha sido reluctante a aceptar demandas frente a estas basadas en violaciones del principio de subsidiariedad, y más aún en el ámbito de las directivas fiscales, donde hasta la fecha no se ha planteado judicialmente ninguna posible violación de tal principio, en De Graaf y Visser (2016), p. 204.
[788] Para Dourado (2015b), p. 187, la legitimidad de los estándares fiscales internacionales pasa por una discusión en sede de los parlamentos nacionales.
[789] Artículo 5 del TUE.

Así, no parece plantear ningún problema de legalidad el establecimiento en 2015 de una cláusula general anti-abuso en la Directiva Matriz-Filial[790].

En este punto cabe preguntarse si igual competencia tiene la Unión para arrogarse competencia para combatir la planificación fiscal agresiva que no implique el ejercicio abusivo de libertades comunitarias (por ejemplo, en situaciones de abuso a nivel puramente interno en un Estado Miembro, o en operaciones entre un Estado Miembro con países terceros) o sobre situaciones en las que, impliquen o no un ejercicio de las libertades comunitarias, no exista comportamiento elusivo o abusivo por parte del contribuyente[791].

La ATAD nació dentro del marco del Paquete de Lucha contra la Elusión Fiscal lanzado en 2016[792]. Así, la ATAD ha venido a fijar un marco comunitario común en el que los Estados implementen medidas anti-abuso que eviten que sus bases imponibles se vean erosionadas. El criterio principal bajo el que se ha diseñado el proyecto BEPS y el Paquete de Lucha contra la Elusión Fiscal es el de la alineación territorial de la potestad tributaria con la realización efectiva y genuina de la actividad económica[793]. Este principio no debe suponer para los Estados Miembros una obligación de gravar efectivamente las actividades desarrolladas en su territorio, sino la evolución hacia un sistema fiscal más justo en el que las rentas generadas en un determinado Estado Miembro no puedan ser desviadas a otras jurisdicciones fiscalmente más ventajosas mediante estructuras artificiales. No podemos olvidar que, actualmente, la competencia

[790] Aunque es cierto que numerosos autores han elevado la prohibición de abuso a principio general del ordenamiento de la UE, lo cierto es que este principio no goza de directa aplicabilidad en los ordenamientos internos, tal y como ha manifestado el TJUE en su sentencia de 5 de julio de 2007, C-321/05 (*Kofoed*). Véanse también las sentencias del TJUE, C-14/16 (*Euro Park Service*), párr. 24, y C-28/95 (*Leur-Bloem*), párr. 43. Tal es así que la Directiva Matriz-Filial ha sido modificada por la Directiva (EU) 2015/121 de 27 de enero con el objetivo incorporar una cláusula general anti-abuso de obligado cumplimiento por los Estados Miembros.

[791] Kofler (2020), pp. 23-26.

[792] Las líneas maestras de este Paquete se establecen en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 28 de enero de 2016: "Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE", COM(2016) 23 final. Dentro de este Paquete se inserta, entre otras medidas, la Propuesta de ATAD, de 28 de enero de 2016, COM(2016) 26 final.

[793] El párrafo 1 del Preámbulo de la ATAD establece que "las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor".

fiscal internacional es un principio aceptado por la Unión, que permite a sus Estados Miembros acomodar sus sistemas tributarios a sus necesidades y preferencias, y que en ningún caso obliga a los Estados Miembros a mantener un nivel mínimo de tributación.

Gran parte de las estrategias de planificación fiscal agresiva sí son elusivas y suponen una transferencia artificial de la base imponible de unos países a otros por motivos puramente fiscales. Por lo general solo las grandes empresas que disponen de grandes recursos tienen capacidad para ejecutar tales prácticas, en perjuicio de las pequeñas. De tal manera que la elusión fiscal afecta claramente al funcionamiento del mercado interno en la medida en que distorsiona la libre competencia.

Por el contrario, las normas anti-híbridos no tienen la finalidad de combatir la elusión fiscal ni de fijar el paradigma "*donde se genera el valor*"[794]. Las normas anti-híbridos combaten situaciones de doble no imposición transfronteriza que en el contexto puramente interno no se dan, pero no hay en puridad un traslado artificial de bases imponibles desde la jurisdicción en que se realiza la actividad económica a otra jurisdicción fiscalmente más beneficiosa. Por lo que cabe plantearse si la Unión es competente para combatir este fenómeno en la medida en que la ATAD está obligando a los Estados Miembros a ejercer una potestad tributaria en contra de una decisión soberana de renunciar a la misma.

Así, las asimetrías híbridas no necesariamente implican una intención elusiva (ni siquiera exigen necesariamente que haya *planificación fiscal,* y mucho menos *agresiva*) ya que puede existir una verdadera actividad y motivos económicos validos detrás de tales resultados. Sin embargo, no es menos cierto que gran parte de los casos de asimetrías híbridas se realizan interponiendo entidades absolutamente carentes de actividad o que tales resultados se complementan con otro tipo de técnicas elusivas. Por ejemplo, la generación de una asimetría híbrida mediante el uso de una entidad híbrida inversa depende precisamente de que dicha entidad no tenga una actividad económica real, ya

[794] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 28 de enero de 2016: "Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE", COM(2016) 23 final, sección 4, p. 5.

que de otro modo los ingresos obtenidos a través de dicha entidad tributarían previsiblemente por razón real (existencia de presencia física) en la jurisdicción de establecimiento de dicha entidad. Pero incluso en los casos de asimetrías híbridas en los que no exista tal elusión, tal resultado sigue favoreciendo, injustificadamente, a las empresas que operan internacionalmente sobre las domésticas, distorsionando la libre competencia y afectando al buen funcionamiento del mercado interno.

Así, la naturaleza obligatoria o *de minimis* de las medidas de la ATAD viene justificada por la necesidad de evitar distorsiones en el mercado comunitario, ya que la planificación fiscal agresiva genera distorsiones en el mercado en forma de ventajas competitivas para las empresas que tienen la capacidad para explotar, ya sea mediante estructuras elusivas o mediante economías de opción con verdadera sustancia económica, las diferencias legislativas de los Estados Miembros de manera que tributan por debajo del nivel general del Estado Miembro o Estados Miembros en los que desarrollan sus actividades. Es decir, desde el punto de vista de los principios comunitarios el problema principal no estriba en que las rentas generadas en la Unión Europea no sean gravadas en ningún Estado Miembro, puesto que la voluntad de recaudar es un atributo propio de la soberanía de cada Estado Miembro. El problema principal radica en que la erosión de las bases imponibles en los Estados Miembros provoca distorsiones al mercado común en forma de ventajas competitivas en favor de ciertas empresas.

Por tanto, en nuestra opinión, el *funcionamiento del mercado interior* que habilita la acción armonizadora de la Unión (artículo 115 del TFUE) no solo es susceptible de promoverse a través medidas que eliminen barreras al comercio intracomunitario (como las directivas fiscales: Matriz-Filial, Intereses y Cánones, y Fusiones), sino también a través de medidas tendentes a evitar la planificación fiscal agresiva que pudiera socavar la libre competencia[795].

[795] Si la Unión debe remover todas aquellas barreras que dificulten el comercio transfronterizo, en nuestra opinión también debe remover aquellas barreras que erosionen la libre competencia dentro del mercado interno. Por tanto, si bien las asimetrías híbridas no generan problemas de abuso del Derecho y de traslado artificial de bases imponibles, sí generan las mismas consecuencias nocivas para el mercado interior que este tipo de comportamientos.

En este sentido, solo las empresas que operan internacionalmente o aquellas empresas que tiene recursos económicos muy grandes para diseñar y ejecutar tales prácticas de planificación fiscal, pueden beneficiarse de un tipo efectivo impositivo más bajo que las pequeñas empresas que operan domésticamente, lo que supone una clara distorsión del principio de libre competencia en el mercado europeo.

### 4.3.2. La ATAD y el principio de subsidiariedad

La legalidad de la ATAD no solo depende del cumplimiento del principio de competencia, esto es, de que su contenido entre dentro de las competencias que la Unión ostenta conforme al artículo 115 del TFUE (relativo a la armonización de medidas nacionales que incidan en el funcionamiento del mercado interior). Además, la ATAD debe cumplir con el principio de subsidiariedad.

Para que la Unión pueda ejercer su competencia los Estados Miembros no deben ser capaces por sí solos de eliminar suficientemente las distorsiones que genera en el mercado interno la planificación fiscal agresiva, o la acción de la Unión debe ser capaz de eliminar esas distorsiones de una manera más efectiva que la acción unilateral de los Estados Miembros[796].

Para algunos autores el TJUE, debido a su escaso control sobre el principio de subsidiariedad[797], otorga a las instituciones de la Unión amplios poderes discrecionales en materia de fiscalidad directa, por lo que este principio es más una declaración política que un principio jurídico verdaderamente operativo[798].

[796] Kofler (2020), pp. 28-29.
[797] Véase nota 787.
[798] Kofler (2020), p. 32.

En nuestra opinión, al menos en lo que respecta a las normas anti-híbridos de la ATAD[799], el principio de subsidiariedad no es contravenido.

En primer lugar, la implementación por la Unión de las normas anti-híbridos añade valor añadido a la acción unilateral que podrían hacer los Estados. No hay que pasar por alto que las asimetrías híbridas derivan precisamente de la interacción de sistemas fiscales diversos, con categorías tributarias diferentemente definidas y efectos tributarios diversos. Por ello, dejar la implementación de normas anti-híbridos en manos de cada Estado Miembro podría llevar a distorsiones tan nocivas como las que se pretenden evitar. Así, dos Estados Miembros podrían querer aplicar la regla anti-híbridos primaria de manera concurrente y atribuirse así ambos la potestad tributaria sobre la *renta sin Estado*, de manera que resultase en doble imposición; o todo lo contrario, que ambos Estados se abstuviesen de aplicar la regla anti-híbridos por entender que es el otro Estado Miembro a quien corresponde aplicarla. Por mucho que los Estados Miembros se valiesen de las recomendaciones del informe de la Acción 2 de BEPS, esto no evitaría completamente los problemas interpretativos en su aplicación, cuya solución podría ser diferente para cada tribunal nacional.

Además, en este sentido la ATAD contribuye a reforzar la seguridad jurídica de los contribuyentes en relación con el Derecho primario. En este sentido, tal y como defendemos en este trabajo, la implementación de las normas anti-híbridos mediante la ATAD disipa las dudas sobre la legalidad de dichas normas en cuanto a sus potenciales contradicciones frente a las libertades fundamentales[800].

En segundo lugar, no puede admitirse como válido el argumento de que haya parlamentos nacionales de determinados Estados Miembros que hayan declarado expresamente la disconformidad de la ATAD con el principio de subsidiariedad[801].

[799] El enjuiciamiento del principio de subsidiariedad debe hacerse para cada medida concreta y no en relación a la ATAD en su conjunto, en De Graaf y Visser (2016), p. 205.
[800] Véase al respecto el Capítulo IV, sección 2.6.
[801] En relación a los proyectos legislativos de la Unión, el artículo 5 del TUE prevé un procedimiento especial de control del principio de subsidiariedad a través de un procedimiento de audiencia en favor de los parlamentos nacionales de los Estados Miembros. Este procedimiento se desarrolla en el Protocolo (n° 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En virtud de este

Porque, llegado el caso, el principio de subsidiariedad es un principio que debe ser enjuiciado por el TJUE, no por los parlamentos nacionales de los Estados Miembros, los cuales son parte interesada y en muchos casos podrían no estar interesados en implementar tales medidas en beneficio de preservar su competitividad fiscal.

Esto enlaza con nuestro otro argumento en defensa de la legalidad de la ATAD. El hecho de que los objetivos de la ATAD *puedan* ser cumplidos mediante la acción unilateral de los Estados Miembros no significa necesariamente que los Estados Miembros estén dispuestos a implementar voluntariamente medidas frente a la planificación fiscal agresiva. Si el principio de subsidiariedad exige, para habilitar la acción de la Unión, que los Estados Miembros no sean capaces por sí solos de combatir las distorsiones derivadas de la planificación fiscal agresiva, debemos entender cumplida esta "incapacidad" cuando algún Estado Miembro se declara contrario al establecimiento unilateral de tales medidas, ya que estaría dificultando el funcionamiento del mercado interior para el resto de Estados Miembros[802]. Así, el resorte subsidiario a la acción de la Unión debería aplicarse no solo cuando los Estados Miembros no tienen capacidad para ejecutar una competencia compartida, sino también cuando no tienen voluntad de ejercer dicha competencia (es decir, de remover las disfunciones al mercado interior).

Aunque la planificación fiscal agresiva, ya tome forma de estrategias elusivas (como la transferencia artificial de bases imponibles) o de economías de opción plenamente legítimas (como las asimetrías híbridas), es un fenómeno apriorísticamente involuntario, ni mucho menos significa que sea necesariamente indeseable para todos los Estados. Una vez la OCDE ha codificado en su proyecto BEPS este tipo de prácticas de

procedimiento los parlamentos nacionales de varios Estados Miembros expresaron su disconformidad con la ATAD I y la ATAD II. No obstante, estas declaraciones son juicios políticos más que jurídicos, que no vinculan en ningún caso la decisión final de la Comisión sobre la tramitación de los proyectos legislativos de la Unión. Por ejemplo, véanse las declaraciones de los parlamentos nacionales de Malta (PE587.797) y de Holanda (PE597.412 y PE597.430).

[802] El hecho de que pudiera haber Estados Miembros que no implementasen las normas anti-híbridos no solo supone un mal funcionamiento del mercado interno desde una perspectiva microeconómica o de competencia, sino que también podría suponer una suerte de competencia fiscal perjudicial por parte de aquellos Estados miembros que no implementasen tales normas en la medida en que estos Estados se utilizasen para canalizar la utilización de instrumentos híbridos, y así sustrajesen a otros Estados Miembros, a coste cero, sus bases imponibles más móviles y sensibles a las ventajas fiscales (por ejemplo, derivadas de actividades financieras o de *holding*).

planificación fiscal agresiva, no parece posible que los Estados Miembros puedan alegar que las asimetrías híbridas son resultados colaterales *involuntarios* o *imprevisibles* propios del sistema fiscal internacional. Si dichas prácticas en la actualidad son *vox populi* parece poco posible que, de cara al futuro, sean involuntarias o imprevisibles. Por tanto, una vez la comunidad internacional, principalmente a través de los trabajos de la OCDE y la UE, ha puesto sobre la mesa este problema, lo ha codificado y ha propuesto soluciones, el debate se traslada a otro plano: el de la permisividad de los Estados hacia la planificación fiscal agresiva como herramienta de competencia fiscal internacional, para así atraer inversiones. Fenómeno que algunos autores han acuñado como *smart tax competition*[803].

En el ámbito de la UE, el fenómeno de la *smart tax competition* se mueve en el limbo legal que separa las libertades fundamentales de las Ayudas de Estado prohibidas[804]. No olvidemos que, ante un planteamiento de control *ex post*, no hay ningún principio de Derecho Internacional que prohíba a un Estado la *no imposición* en contra de la decisión soberana de su Parlamento[805]. Por ello, la Unión ha tenido que adoptar un planteamiento *ex ante*, obligando a los Estados Miembros, mediante un instrumento de

[803] Pistone (2012), p. 86, ha acuñado la expresión "*smart tax competition"* para referir a aquellas situaciones en las que un Estado legisla de una manera muy permisiva con la elusión fiscal, al objeto de favorecer las inversiones transfronterizas y evitar a su vez la aplicación del régimen de Ayudas de Estado. Véase también Traversa y Flamini (2015), p. 398. Para estos autores, los regímenes que tradicionalmente han sido considerados como competencia fiscal lesiva dentro de la Unión Europea, han sido erradicados mediante la acción paralela del Grupo del Código de Conducta y, en relación a las Ayudas de Estado prohibidas, de la Comisión. No obstante, los países se han adaptado a esta circunstancia y han ido diseñando regímenes fiscales preferentes menos identificables, como pueden ser la emisión de *tax rulings* a determinadas empresas multinacionales, forzando la interpretación de la ley nacional por encima de los razonable, o mediante el establecimiento de regímenes fiscales ventajosos que, aunque *nominalmente* de alcance general, *de facto* solo pueden ser aplicados por determinadas empresas a escala multinacional (como por ejemplo los grandes grupos multinacionales de base tecnológica).

[804] Pistone (2012), p. 86. Para Luja, (2016), p. 323, no corresponde a la Unión Europea, mediante la aplicación de las normas sobre Ayudas de Estado, reemplazar la ausencia de medidas anti-abuso en la lucha contra la *no-imposición* ya que, de lo contrario, se pondría en peligro la soberanía fiscal de los Estados y el principio de legalidad tributaria. En el mismo sentido, De Broe (2015), p. 293, considera que el régimen de Ayudas de Estado no debe ser utilizado como método para armonizar impuestos directos o para eliminar la doble no imposición derivada de las estructuras híbridas. Por el contrario, Rossi-Maccanico (2015), p. 63, considera que el régimen de Ayudas de Estado del TFUE es competente para luchar contra la elusión fiscal internacional, e incluso que es más efectivo que las medidas anti-abuso.

[805] Véase Luja (2016), p. 323; Schön (2016), p. 5.

*hard law* como es la ATAD*,* a cumplir con los estándares de la OCDE en materia de lucha contra la planificación fiscal agresiva[806].

Así, la ATAD supone profundizar en la consolidación del mercado interno, de manera que otorga seguridad a la incierta situación jurídica que cernía sobre aquellos Estados Miembros que habían optado por una actitud relajada frente a la planificación fiscal agresiva como estrategia para atraer inversión extranjera[807]. De la misma manera que la Comisión ha considerado como ayudas de Estado prohibidas determinadas ventajas fiscales concedidas a la inversión extranjera[808], parece coherente que se deba poner coto a cualquier posibilidad de que los Estados Miembros otorguen de manera encubierta, mediante la omisión de medidas frente a la planificación fiscal agresiva, ventajas a grandes grupos multinacionales en perjuicio de las empresas domésticas y de tamaño reducido[809]. En este sentido, cuando un Estado Miembro no pone coto de una manera efectiva a la planificación fiscal agresiva, las empresas multinacionales que operan en dicho país se ven beneficiadas. Irlanda fue sometida a una gran presión por la Unión Europea para introducir una normativa eficaz sobre operaciones vinculadas. La ausencia de una regulación efectiva sobre *transfer pricing*, unido a una política opaca en relación a la emisión de *tax rulings,* ha sometido continuamente a Irlanda a escrutinio en relación a su compromiso con la eliminación de prácticas de competencia fiscal perniciosa y las Ayudas de Estado. Así, la ATAD supone un control *ex ante* de la elusión fiscal, lo cual redunda en beneficio de una mayor seguridad jurídica.

---

[806] En el párrafo 13 del Preámbulo de la ATAD se establece que "aunque, en el marco del Grupo del código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, los Estados miembros han acordado orientaciones en materia de tratamiento fiscal de las entidades híbridas y los establecimientos permanentes híbridos dentro de la Unión, así como en materia de tratamiento fiscal de las entidades híbridas en las relaciones con terceros países, aún es necesario adoptar normas vinculantes". Véase Fibbe y Stevens (2017), p. 154.

[807] Véase nota 804.

[808] La norma española que permitía la deducibilidad fiscal del fondo de comercio financiero por la adquisición de empresas extranjeras (incluidas las extracomunitarias) fue declarada como ayuda de Estado prohibida por las Decisiones de la Comisión 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009, y 2011/282/UE, de 12 de enero de 2011. Estas decisiones han sido posteriormente confirmadas por el Tribunal General de la Unión Europea en sus sentencias de 15 de noviembre de 2018, asuntos T-219/10 RENV y T-399/11 RENV.

[809] Véase nota 803. Para De Graaf y Visser (2016), p. 200, la ATAD cubre, a nivel transfronterizo y en relación con los contribuyentes transfronterizos, los mismos objetivos que el régimen de ayudas de Estado cubre a nivel doméstico.

### 4.3.3. La ATAD y el principio de proporcionalidad

Por último, el ejercicio armonizador de la ATAD llevado a cabo por la Unión no solo debe realizarse de conformidad con el principio de subsidiariedad, sino también conforme al principio de proporcionalidad. Este análisis lo realizaremos en profundidad en la sección relativa al análisis técnico de las medidas anti-híbridos de la ATAD y, más concretamente, en la sección en la que se evalúan estas normas a la luz del Derecho primario sustantivo de la Unión (esto es, las libertades fundamentales).

Una medida es desproporcionada cuando va más allá de lo necesario para conseguir su finalidad. Esto puede ocurrir cuando el presupuesto de hecho de la medida cubre situaciones no protegibles por la finalidad de la ATAD o cuando la aplicación de dichas medidas genera distorsiones adicionales.

Respecto al segundo supuesto, las distorsiones adicionales que pudieran causar las medidas de la ATAD, entendemos que las normas anti-híbridos con carácter general no adolecen de este problema por cuanto que están diseñadas precisamente para aplicarse únicamente en la medida en que se produce la doble no imposición, sin que puedan ir más allá ni generar supuestos de doble imposición económica. Pero otro tipo de medidas de la ATAD sí pueden generar distorsiones[810], por lo que el párrafo 5 del Preámbulo de la ATAD establece lo siguiente:

> "Cuando la aplicación de dichas normas provoque una doble imposición, los contribuyentes deben poder beneficiarse de una deducción del impuesto pagado en otro Estado miembro o en un tercer país, según el caso. Por tanto, las normas no solo deben tener por objeto contrarrestar las prácticas de elusión fiscal, sino también evitar la creación de otros obstáculos al mercado, como, por ejemplo, la doble imposición."

[810] Para De Graaf y Visser (2016), p. 205, el artículo 4 de la ATAD, sobre limitación de la deducibilidad de los gastos financieros, podría afectar a la calidad crediticia del deudor en la medida en que los intereses pagados sean plenamente gravados en la jurisdicción del perceptor.

Entendemos que tampoco serán proporcionadas aquellas medidas cuyo presupuesto de hecho cubra situaciones no protegibles por la finalidad de la ATAD. En este punto hay que señalar que gran parte de las medidas de la ATAD están orientadas a prevenir el traslado elusivo y artificial de bases imponibles. Por ello, el diseño de medidas de aplicación automática (y no sobre la base de un abuso real) podría ser desproporcionado. Es relevante comentar que la redacción final de la ATAD no ha incluido ciertas normas anti-abuso que se aplicarían de manera automática, como la cláusula *switch-over*[811]*.* No obstante, la ATAD sí ha mantenido otro tipo de cláusulas de aplicación automática, como la norma sobre limitación de los gastos financieros, la norma anti-híbridos y la norma sobre transparencia fiscal internacional (norma CFC) cuando es aplicada a entidades filiales situadas en terceros Estados[812]. Se trata de cláusulas que se aplican a transacciones o estructuras en las que concurren ciertas condiciones objetivas (como el hecho de que el Estado del que proceden las rentas tenga un tipo de gravamen inferior a cierto umbral), las cuales convierten automáticamente dichas estructuras en abusivas mediante una presunción *iuris et de iure.* Más allá de su compatibilidad con las libertades fundamentales, la existencia de medidas que se aplican sin que haya un abuso real supone una anulación de los beneficios fiscales del país al que se trasladan legítimamente las rentas, sometiendo a estas al nivel de tributación efectiva del país que aplica la medida anti-abuso. Además, en un contexto en el que la Unión Europea es principalmente un exportador de capitales, limitar la capacidad de atraer capitales de aquellos Estados menos desarrollados puede ser visto como una suerte de proteccionismo indirecto por parte de la Unión Europea[813].

[811] Artículo 6 de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, COM(2016) 26 final, de 28 de enero de 2016.

[812] Aunque con carácter potestativo o *de maximis*, la ATAD establece en su artículo 7.2(a) que si una entidad filial está situada fuera del Espacio Económico Europeo el Estado Miembro de la entidad matriz podrá aplicar la norma CFC aunque dicha filial tenga substancia económica.

[813] No obstante, si el resto de la comunidad internacional no sigue el camino de la Unión Europea y opta por no incorporar las directrices del proyecto BEPS, los Estados Miembros podrían verse en una situación de desventaja competitiva con respecto a otros países competidores. En tal sentido, Navarro, Parada y Schwarz (2016), pp. 122 y 129; Dourado (2016), p. 441.

No obstante, aunque las normas anti-híbridos de la ATAD sean de aplicación automática, su finalidad no es combatir el abuso ni el traslado artificial de bases imponibles, sino combatir la doble no imposición, por lo que entendemos que sí son proporcionadas.

#### 4.3.4. Reflexión final

En primer lugar, el ejercicio de las libertades fundamentales consagradas por el Derecho de la UE (tanto en el TFUE como en las directivas que las desarrollan) tiene su límite en el abuso de tales libertades. Por ello, la Unión está plenamente legitimada para desarrollar, mediante su Derecho secundario, herramientas que le permitan defenderse y combatir el abuso de su propio Derecho de la UE.

En segundo lugar, y al margen del ejercicio de las libertades fundamentales, la soberanía de los Estados Miembros en materia tributaria incorpora el derecho a no gravar. No obstante, las prácticas de competencia fiscal internacional ejercidas por los Estados Miembros tendentes a promover su competitividad fiscal pueden perjudicar el funcionamiento del mercado interno. Así, otorgar ventajas fiscales injustificadas a determinados sectores perjudica la libre competencia en el mercado interno. Para combatir estas prácticas, la Unión se vale del régimen de ayudas de Estado prohibidas consagrado en su Derecho primario.

No obstante, en determinaos casos el régimen de ayudas de Estado del TFUE no es eficaz para combatir otras formas de "ayudas de Estado" indirectas, más sutiles y menos transparentes, que derivan de la interacción de las diferentes normas fiscales de varios países. Tal es el caso de las normas tributarias excesivamente formalistas y permeables a la transferencia artificial de bases imponible a otros países, así como de las discordancias en las categorías tributarias de los diferentes sistemas fiscales que provocan la doble no imposición bilateral (o asimetrías híbridas). Se trata de ventajas fiscales que se dan en el contexto transfronterizo, por lo que solo pueden aprovechar tales ventajas los contribuyentes transfronterizos o los grandes contribuyentes con recursos para explotar el sistema fiscal internacional. Por tanto, las medidas de la ATAD

en general, y las normas anti-híbridos en particular, tienden a fijar un marco de competencia empresarial igualitario y sin barreras, el denominado *level-playing field*[814].

Respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad, la acción armonizadora de la Unión queda justificada para evitar posibles tentaciones de determinados Estados Miembros de continuar manteniendo sistemas fiscales permisivos con la planificación fiscal agresiva. Ya que los efectos de este tipo de competencia fiscal no solo afectan a nivel de competencia microeconómica, sino que también transcienden a niveles macroeconómicos en la medida en que dicha competencia pueda ser desleal y perniciosa.

Además, el establecimiento de un marco común y coordinado de medidas contra la planificación fiscal agresiva evita posibles distorsiones derivadas de una implementación fragmentaria y proporciona mayor seguridad jurídica a los contribuyentes. Así, la acción armonizadora de la Unión es más eficaz para evitar las potenciales distorsiones (por ejemplo, en forma de doble imposición) que podrían derivarse de una implementación unilateral de estas medidas por cada Estado Miembro[815]. Y refuerza la legalidad de estas medidas en relación a los posibles conflictos que dichas medidas pudieran suscitar en relación a las libertades comunitarias[816].

### 4.4. Las medidas anti-híbridos en la ATAD

#### 4.4.1. Antecedentes y alternativas propuestas

[814] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 28 de enero de 2016: "Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE", COM(2016) 23 final.

[815] Dourado (2016), p. 442. Para la autora, el carácter *de minimis* de la ATAD faculta a los Estados Miembros para ampliar el alcance de las medidas anti-abuso, lo cual puede poner en riesgo el respeto al principio de no discriminación, con el consiguiente menoscabo para la seguridad jurídica. No obstante, si la ATAD hubiera adoptado un carácter *de maximis*, no habría sido efectiva en su objetivo de anular la planificación fiscal agresiva. Además, una ATAD *de maximis* habría supuesto una situación de gran descoordinación en su implementación por los Estados Miembros, generando riesgos de doble imposición.

[816] En un contexto de descoordinación, en ausencia de la ATAD, en el que cada Estado Miembro pudiera establecer sus propias medidas anti-abuso de manera autónoma, sería alto el riesgo de que las mismas violasen el principio europeo de no discriminación.

Básicamente, la Unión Europea tiene dos mecanismos para combatir las asimetrías híbridas mediante su Derecho secundario: *i)* armonizar las categorías tributarias de las legislaciones de los Estados Miembros[817], o *ii)* asignar la potestad tributaria a un Estado Miembro. Es decir, o bien armonizar la base imponible de los Estados Miembros, o bien coordinar la base imponible, a través de las normas de sujeción/exención y deducción.

El Parlamento Europeo identificó correctamente estas dos alternativas en las fases preliminares a la ATAD, recomendando a la Comisión Europea que profundizase en tales alternativas al objeto de preparar una propuesta legislativa[818].

Lo cierto es que la primera alternativa no es del todo efectiva si no viene acompañada de una verdadera armonización de la base imponible, es decir, una armonización del régimen fiscal de cada categoría tributaria[819]. Un ejemplo son los instrumentos híbridos *institucionales*[820] (por ejemplo, los *juros* brasileños). Este tipo de instrumentos se caracteriza porque no existe un conflicto en la calificación tributaria, sino solo en el régimen fiscal aplicable. Así, un país otorga determinadas consecuencias tributarias que se apartan de la práctica tributaria internacional. Así, los *juros* brasileños incorporan un régimen fiscal de deducibilidad a pesar de que realmente se califican tributariamente como dividendos en Brasil. Con lo cual, la calificación tributaria, entendida como la "etiqueta" de un instrumento, renta o cualquier presupuesto de hecho con

[817] Fuera del contexto de la Unión Europea, donde hay un tribunal europeo que interpreta las normas comunitarias, esta solución quizás no sea práctica ya que en última instancia serían los tribunales nacionales de cada Estado los que interpretarían esas categorías tributarias "armonizadas", dando lugar a redundantes conflictos de interpretación. Tal es la situación respecto a las categorías tributarias de los CDIs, donde a pesar de que hay términos convencionales autónomos, estos a menudo dan lugar a conflictos de interpretación en los Estados contratantes.

[818] Recomendación C6: "Desajuste en los mecanismos híbridos", en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2015, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión (2015/2010(INL)). El la referida Recomendación, el Parlamento Europeo pide a la Comisión Europea que presente una propuesta legislativa "ya sea para armonizar las definiciones nacionales de deuda, capital, entidades opacas y transparentes, armonizar la atribución de los activos y pasivos del establecimiento permanente, y armonizar la distribución de los costes y beneficios entre las diferentes entidades dentro del mismo grupo; o para impedir la doble no imposición, en caso de desajuste".

[819] Los CDIs son un paradigma en la medida en que armonizan las definiciones de las diversas categorías de renta pero no imponen un régimen de tributación sobre ellas, salvo para limitar la potestad tributaria.

[820] Véase Martínez Laguna (2016), p. 449. Véase también nota 702.

transcendencia tributaria, no siempre es relevante a la hora de generar asimetrías híbridas. Lo relevante es que el régimen fiscal de uno de los países implicados en la asimetría híbrida no esté alineado con el del otro.

Partiendo de estas aclaraciones, es más fácil comprender por qué una política eficaz contra las asimetrías híbridas debe centrarse ineludiblemente en acoplar el régimen tributario de dos legislaciones nacionales distintas, y no tanto en la calificación. Así, si se opta por "armonizar las definiciones nacionales de deuda, capital, entidades opacas y transparentes"[821] los resultados podrían ser contradictorios si no vienen acompañados de una verdadera armonización del régimen fiscal de dichas categorías. Con respecto a los instrumentos financieros, la armonización supondría dotar de definiciones autónomas comunitarias (basadas en el régimen jurídico-privado o contable del instrumento), pero no solucionaría las asimetrías híbridas de los instrumentos financieros híbridos institucionales a menos que la armonización comprendiese también una armonización del régimen tributario de cada categoría tributaria y no solo de las definiciones (por ejemplo, a través de una base imponible común como la que propugna el proyecto BI(C)CIS). En cuanto a las entidades, una armonización de definiciones supondría también elaborar definiciones autónomas comunitarias de transparencia y opacidad (basadas también en el régimen jurídico-privado de la entidad). Pero en este caso la armonización de definiciones comprendería inherentemente la armonización del régimen tributario de ambas categorías, ya que calificación y régimen tributario se superponen, el primero identifica al segundo.

Por el contrario, la segunda alternativa, la de coordinación, estriba en asignar la potestad tributaria a un Estado Miembro, manteniendo la definición de las categorías tributarias dentro del ámbito de la soberanía de cada Estado Miembro. Esta es la postura adoptada por la OCDE en la Acción 2 de BEPS y la alternativa tomada también por la Unión en la ATAD.

[821] Véase nota 818.

Este tipo de medidas consisten en vincular la base imponible de un Estado a la de otro Estado. De manera que no se produzcan distorsiones. Así, cualquier medida que vincule el régimen tributario de una entidad (opacidad o transparencia) aplicable en un país al régimen aplicable a dicha entidad por otro país, es necesariamente una medida de coordinación. Y toda medida de coordinación que vincule la base imponible (el ejercicio de la potestad tributaria) de un país a la base imponible de otro país es una *linking rule*.

Partiendo de estas premisas, debe entenderse que, respecto de las entidades híbridas (inversas), no altera la naturaleza de *linking rule* el hecho de que la medida anti-híbridos se formule en el sentido de establecer que la calificación de un Estado debe seguir la calificación del otro (lo que equivale a establecer que un Estado gravará las rentas que el otro Estado no ha gravado). Ya que la "calificación" tributaria de una entidad identifica su régimen tributario (y por tanto la inclusión o no en la base imponible de sus rentas positivas y negativas), y no el presupuesto de hecho[822]. Por el contrario, en los instrumentos financieros, la "calificación" suele identificar el presupuesto de hecho de la norma (dividendo o interés) pero no necesariamente su régimen tributario, razón por la cual la norma anti-híbridos debe dejar suficientemente claro que se seguirá el tratamiento tributario del otro país, con independencia de su calificación como deuda o capital. Es una cuestión puramente semántica que depende del significado que se dé a la "calificación".

Por ello no compartimos del todo las críticas de algunos autores por las cuales las normas anti-híbridos actualmente vigentes en la ATAD y en la Acción 2 del Proyecto BEPS no tienen como objetivo combatir las causas últimas de la doble no imposición, sino los síntomas[823]. Como hemos dicho, la verdadera eficacia de un proceso armonizador dependería de una armonización verdadera del régimen fiscal de los distintos instrumentos: de las categorías tributarias (los presupuestos de hecho

[822] Así, tanto da establecer que la jurisdicción del inversor en una entidad híbrida denegará la deducción de un pago híbrido (deducido doblemente en la jurisdicción del inversor y en la jurisdicción de la entidad híbrida), como establecer que la jurisdicción del inversor seguirá la calificación del país de establecimiento de la entidad híbrida en los casos de pagos híbridos. El resultado es el mismo, que la deducción se imputa al país de la entidad híbrida y es el país del inversor quien debe denegar la deducción.
[823] Fibbe y Stevens (2017), p. 154; y Parada (2017), pp. 288 y 603.

normativos) y sus consecuencias tributarias en la base imponible. Una armonización total de la base imponible sí minimizaría toda distorsión, no solo en forma de doble (no) imposición[824], sino que también permitiría una aplicación coherente de las categorías tributarias en relación a cualquier otro precepto tributario, tanto del propio sistema impositivo nacional como de los CDIs aplicables (en la medida en que sus preceptos remitan a las legislaciones internas de los Estados contratantes), de cuyo presupuesto de hecho dichas categorías formasen parte.

Pero dada la reluctancia de los Estados Miembros a ceder parte de su soberanía tributaria a la Unión, las *linking rules* son un instrumento idóneo para eliminar la doble imposición y la doble no imposición. Y en todo caso, través de una *linking rule* suficientemente amplia, pueden conseguirse los mismos efectos que armonizando la base imponible. Por ejemplo, el criterio administrativo seguido por las autoridades fiscales españolas en relación a la calificación de las entidades extranjeras no deja de ser una suerte de *linking rule* de alcance pleno, que en principio es apta para eliminar cualquier tipo de distorsión e incoherencia derivada de la interacción de categorías tributarias híbridas respecto de las entidades[825].

Por ejemplo, el informe del la OCDE sobre las asimetrías híbridas producidas por el régimen los establecimientos permanentes, emitido dentro el marco de la Acción 2 de BEPS, señala que una manera eficaz de evitar cualquier tipo de distorsión es armonizar, bilateral o multilateralmente, el régimen fiscal del establecimiento permanente mediante normas comunes tanto de definición del EP y normas de atribución de los beneficios entre la casa central y el EP. Pero mientras tales normas no sean armonizadas, la OCDE encuentra que el único camino efectivo para luchar contras las asimetrías híbridas derivadas del uso de EPs son las *linking rules*[826].

[824] No obstante, en un sistema de base imponible común seguirían persistiendo riesgos de asimetrías híbridas en la interacción entre el sistema de base imponible común europeo y los sistemas fiscales de terceros Estados. Véase el párrafo 17 del Preámbulo de la "Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades" elaborada por la Comisión Europea, de 25 de octubre de 2016, COM(2016) 685 final.
[825] Capítulo III, sección 2.2.2.
[826] OCDE (2017), pp. 10-11.

Otro ejemplo lo encontramos en la Directiva Matriz-Filial, norma que armoniza para todos los Estados Miembros el régimen fiscal de los instrumentos financieros de capital, pero solo armoniza el régimen fiscal de la exención para el perceptor del dividendo (a los efectos de eliminar los riesgos de doble imposición económica), sin incluir en la armonización el régimen fiscal relativo al pagador del dividendo. Razón por la cual se ha hecho necesario incluir una *linking rule* que vincule la exención de los dividendos a su no deducibilidad para cubrir también los riesgos de doble no imposición.

Por tanto, la eficacia de las *linking rules* estriba en su alcance o amplitud (tanto subjetiva y como objetiva) y en el establecimiento de un criterio de coordinación que responda a criterios de equidad internacional, pero también de simpleza y gestionabilidad. Así, un diseño eficaz de una *linking rule* puede acercarse a las virtudes que una norma armonizadora, preservando además la soberanía de los países.

Así, dada la finalidad de la ATAD, prevenir la planificación fiscal agresiva, las *linking rules* tienen un alcance limitado a los casos, y en la medida, de doble no imposición. El fundamento de las normas anti-híbridos es su aplicación solo en la medida en que haya efectivamente doble no imposición como consecuencia de un elemento híbrido, de manera que fuera de los casos de asimetrías híbridas la ATAD debe respetar las decisiones soberanas de los Estados Miembros de no gravar la renta. Una suerte de principio de intervención mínima en la soberanía de los Estados Miembros, intervención solo aplicable en la medida suficiente para eliminar las asimetrías híbridas.

El principal problema de las *linking rules* es su gestionabilidad, en la medida en que obliga al contribuyente y a las autoridades fiscales a conocer la norma tributaria del otro Estado parte en una asimetría híbrida, y los problemas que puede presentar con respecto al principio de capacidad económica e igualdad, tanto en el Derecho interno como en relación al principio de no discriminación del TFUE. Por ello, imponer a un contribuyente la aplicación de una norma anti-híbridos cuando no se ha beneficiado económicamente, ni directa ni indirectamente, de la asimetría híbrida podría colisionar con estos principios.

### 4.4.2. Redacciones previas: la propuesta de ATAD y la versión original (ATAD I)

Probablemente la característica principal de las medidas anti-híbridos establecidas en las versiones previas de la ATAD fuese que solo estaban dirigidas a asimetrías híbridas entre Estados Miembros, por afectar principalmente estas al funcionamiento del mercado interno.

En la propuesta inicial de la ATAD, la *linking rule* establecía el criterio de seguir la calificación tributaria del Estado Miembro en el que se origina el pago, tanto en los supuestos de deducción doble como en los de deducción sin inclusión[827]. Como ya hemos dicho, aunque la propuesta habla de "aplicar la misma la calificación jurídica otorgada (…) por el Estado miembro en que se origine el pago", sigue teniendo la naturaleza de *linking rule* ya que se trata de una norma de coordinación que vincula el régimen tributario de un pago a la calificación otorgada por otro Estado Miembro. A pesar de la desafortunada redacción ("aplicar la misma la calificación jurídica"), deberíamos entender que esta *linking rule* imponía seguir el *régimen tributario* del Estado Miembro del pagador, aplicándose también a los instrumentos financieros híbridos institucionales[828].

[827] Artículo 10 de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, COM(2016) 26 final, de 28 de enero de 2016.

[828] De otro modo la estructura dogmática de la norma quedaría vaciada de contenido por cuanto que las categorías tributarias internas siempre son diferentes. En puridad, las asimetrías híbridas no son por un conflicto en la calificación del presupuesto de hecho (ya que el presupuesto de hecho de una norma tributaria nacional es necesariamente diferente al de una norma tributaria extranjera análoga simplemente porque las definiciones que lo componen se remiten al propio ordenamiento nacional, ya sea civil o contable, y nunca al ordenamiento extranjero), sino por un conflicto en la aplicación de dos regímenes fiscales diferentes sobre un mismo instrumento. De ahí que acertadamente en la Acción 2 de BEPS no se defina la asimetría híbrida como aquella asimetría causada por "conflictos en la calificación jurídica", sino como aquella asimetría "atribuible a los términos del instrumento", en OCDE (2015), párrs. 91-94.

El criterio seguido en esta propuesta se aparta sensiblemente de los criterios de la OCDE y establece, para todos los tipos de asimetrías híbridas cubiertas, que se seguirá la calificación del Estado Miembro en el que se origine el pago.

La propia norma establece que el alcance de esta medida es limitado únicamente a los casos en que haya un resultado de deducción doble o de deducción sin inclusión, por lo que fuera de los casos de doble no imposición un Estado Miembro no habría de seguir la calificación dada por otro Estado Miembro.

Quizás el problema de esta propuesta estaba en su simplicidad. Mientras que la OCDE en la Acción 2 de BEPS ha diseñado normas con gran profundidad de detalle y ha dedicado decenas de páginas a explicar su funcionamiento, esta propuesta es extremadamente sencilla. Ante la falta de armonización de la base imponible a nivel europeo, no parece procedente que una norma que impone obligaciones tributarias al contribuyente (creando un nuevo hecho imponible) se salde con semejante simplicidad y carencia de reglas de calificación que conformen el presupuesto de hecho en cuanto a su alcance objetivo y subjetivo, trasladando a los tribunales la pesada carga de tener que colmar los enormes vacíos, para menoscabo de la seguridad jurídica del contribuyente.

La redacción definitiva de la ATAD I[829] siguió básicamente los criterios de la Acción 2 de BEPS, de manera que en los casos de deducciones dobles la regla anti-híbridos debía ser aplicada por el Estado Miembro del inversor, mientras que en los resultados de deducción sin inclusión la regla anti-híbridos debía ser aplicada por el Estado Miembro del pagador. Uno de los problemas de la ATAD I es que no establecía reglas de preferencia en cuanto a la regla anti-híbridos del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial, que establece que el Estado Miembro del beneficiario del dividendo debe denegar la exención, y la regla anti-híbridos de la ATAD I, que establecía que es el Estado Miembro del pagador quien debe denegar la deducción.

[829] Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Las asimetrías híbridas vienen reguladas en su artículo 9. Sobre el procedimiento de aprobación de la ATAD I, véase Fibbe y Stevens (2017), p. 155.

La regulación de la ATAD I adolecía también de cierta simplicidad en cuanto a la estructura de sus normas. Además, la ATAD I no regulaba todos los tipos de asimetrías híbridas cubiertos por las Acción 2 de BEPS (como las asimetrías derivadas de la doble residencia o de los EPs híbridos, o las asimetrías híbridas importadas) y solo aplicaba a las asimetrías híbridas entre Estados Miembros, pero no entre un Estado Miembro y un tercer estado. De hecho, en el propio Preámbulo (párrafo 13) de la ATAD I se reconocía que "aún es necesario adoptar normas vinculantes". De manera que ya se estaba preparando el terreno para la nueva ATAD II[830].

### 4.4.3. Análisis de las reglas anti-híbridos en la ATAD

Las dos grandes novedades de la ATAD II[831], aprobada en 2017, es que introduce normas anti-híbridos frente a las asimetrías híbridas con terceros Estados y que desarrolla las normas anti-híbridos de una manera más profunda, siguiendo principalmente las recomendaciones de la OCDE en la Acción 2 de BEPS.

Respecto al primer punto, como ya hemos comentado anteriormente, la doble no imposición, ya venga de asimetrías híbridas entre Estados Miembros o de asimetrías híbridas entre Estados Miembros y terceros Estados, genera distorsiones a la libre competencia en el mercado interno[832]. Por lo que, a nuestro entender, se hacía necesario ampliar el alcance de las normas anti-híbridos a las asimetrías híbridas con terceros Estados.

---

[830] De hecho, el 20 de junio de 2016, poco antes de la aprobación de la ATAD I, el Consejo ECOFIN emitió una declaración por la cual emplazaba a la Comisión a trabajar sobre una nueva propuesta de directiva para ampliar el alcance de las reglas anti-híbridos: "*to put forward by October 2016 a proposal on hybrid mismatches involving third countries in order to provide for rules consistent with and no less effective than the rules recommended by the OECD BEPS report on Action 2, with a view to reaching an agreement by the end of 2016.*" Véase Fibbe y Stevens (2017), p. 155.

[831] Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. En lo sucesivo, nos referiremos como "ATAD" a la versión consolidada de la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, es decir, incluyendo las modificaciones operadas por la ATAD II. Nos referiremos como "ATAD I" a la versión original, sin consolidar, de la Directiva (UE) 2016/1164.

[832] Capítulo III, sección 4.3.1.

Respecto al segundo punto, el desarrollo exhaustivo de las normas anti-híbridos, responde a la necesidad de dotar de una mayor seguridad jurídica al contribuyente. No hemos de olvidar que las normas anti-híbridos imponen la obligación de gravar sobre los Estados Miembros en casos de verdaderas economías de opción, donde las normas generales anti-abuso no pueden llegar[833]. Por lo que se hace especialmente necesario que el marco jurídico sea lo más exhaustivo posible y dote de la mayor seguridad jurídica al contribuyente. Así, cualquier laguna que pudieran tener las normas anti-híbridos no podría ser colmada por las normas generales anti-abuso, ya que de lo contrario se estaría violando el principio de legalidad tributaria.

No solo la regulación de las normas anti-híbridos es exhaustiva, sino que el propio Preámbulo de la ATAD II remite a la Acción 2 de BEPS, como parte del contexto en el que se aprueba la ATAD, para colmar los posibles problemas interpretativos que pudieran derivarse de su aplicación. Esto tiene dos consecuencias positivas: por un lado, se aumenta aún más la seguridad jurídica para el contribuyente y, por otro lado, se reducen las posibilidades de una interpretación fragmentaria, con posibles distorsiones, que pudiera provocar una diferente interpretación por cada Estado Miembro (aunque en última instancia el TJUE debería casar una interpretación fragmentaria de la misma).

> "Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y los ejemplos aplicables al informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en

[833] El resto de las medidas de la ATAD imponen medidas contra el traslado artificial de bases imponibles. Este tipo de situaciones por lo general podrían ser combatidas en virtud de normas generales anti-abuso, por lo que quizás en estos casos no es tan necesario que haya normas tan exhaustivas, ya que el propio espíritu de una norma especial anti-abuso (*Specific Anti-Avoidance Rule* o SAAR) puede completar las lagunas de que dicha norma pueda adolecer. En muchos casos la necesidad de las medidas específicas anti-abuso se explica por la necesidad de dotar de una mayor seguridad jurídica al contribuyente que las medidas generales anti-abuso (*General Anti-Avoidance Rule* o GAAR), las cuales están sujetas a un gran grado de incertidumbre. En este sentido, las medidas especiales anti-abuso suelen establecer *safe harbours* a los contribuyentes. Sin embargo, las medidas anti-híbridos no son SAAR en sentido estricto ya que su objetivo es combatir un resultado de doble no imposición, con independencia del comportamiento elusivo o legítimo del contribuyente.

que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión."[834]

#### 4.4.3.1. Alcance subjetivo de las reglas anti-híbridos

##### 4.4.3.1.1. Cuestiones generales

Respecto al alcance subjetivo, las normas anti-híbridos establecidas la ATAD II se aplicarán "a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país"[835].

Siguiendo la estela de la Acción 2 de BEPS, las normas anti-híbridos solo aplican cuando la asimetría híbrida se dé entre *personas vinculadas* ("asociadas") o en virtud de un *mecanismo estructurado*[836].

Con respecto a la relación de vinculación, esta se define por: *i)* una relación socio-sociedad, en sentido vertical (directa e indirecta) o en sentido horizontal, que implique una participación de al menos un 25% (de los derechos de voto o del capital)[837]; o *ii)* por una relación de influencia significativa en la gestión de la empresa[838].

La relación de vinculación incluye las relaciones entre un establecimiento permanente y su casa central o entre dos establecimientos permanentes de una misma entidad. Y en el caso de asimetrías híbridas importadas o asimetrías híbridas derivadas de la utilización de una entidad híbrida (inversa) o un establecimiento permanente, el

[834] Párrafo 28 del Preámbulo de la ATAD II.
[835] Artículo 1 de la ATAD.
[836] Artículo 2.9 de la ATAD.
[837] La persona que actúe conjuntamente con otra persona respecto de los derechos de voto o la propiedad del capital de una entidad será tratada como el titular de una participación en relación con todos los derechos de voto o la propiedad del capital de dicha entidad que sean propiedad de la otra persona.
[838] Artículo 2.4 de la ATAD.

porcentaje de participación requerido para que haya vinculación será de al menos un 50% (*grupo de control*)[839].

Las normas anti-híbridos también se aplican cuando la asimetría híbrida forme parte de un "mecanismo estructurado". La ATAD II define como mecanismo estructurado aquel "mecanismo que implique una asimetría híbrida en la que la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo o mecanismo diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida, a menos que el contribuyente o una empresa asociada no pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal resultante de la asimetría híbrida"[840].

La definición de mecanismo estructurado no es propiamente una cláusula de abuso. No requiere necesariamente comportamiento elusivo o artificioso, que como ya hemos dicho es irrelevante en el presupuesto de hecho de las normas anti-híbridos. Dentro de la definición de *mecanismo estructurado* se incluyen tanto supuestos de verdaderas economías de opción (que la asimetría se tarifique en los términos del contrato) como supuestos que entremezclan verdadero abuso con economías de opción (que el mecanismo haya sido diseñado con la finalidad de producir una asimetría híbrida). En todo caso, el rasgo común que identifica la existencia de un mecanismo estructurado tal y como se define en la ATAD II (y desarrollado por la Acción 2 de BEPS)[841] es que la asimetría híbrida sea una economía de opción intencionada (elusiva o no), por lo que cualquier hecho o circunstancia que demuestre tal intención acreditaría la existencia de un mecanismo estructurado.

[839] Es decir, en estos casos habrá vinculación cuando todas las partes de una asimetría híbrida pertenezcan a un mismo grupo de control. Así, en asimetrías híbridas trilaterales, como los pagos a entidades híbridas inversas, pagador, entidad híbrida inversa e inversor tienen que formar parte del mismo grupo de control para que el pagador aplique la regla anti-híbridos. Véase la Recomendación 4.4 de del Informe final de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), párr. 168. No obstante, estimamos más razonable el criterio seguido por la legislación española en la transposición de la ATAD II (véase nota 923 y artículo 15 bis.3 de la LIS), en virtud del cual basta con que el pagador esté vinculado a la entidad híbrida inversa o al inversor de esta para que se aplique la regla anti-híbridos. La razón es que el pagador obtendrá un beneficio de la asimetría híbrida en cualquiera de las dos situaciones: tanto si solo está vinculado al inversor como si solo está vinculado a la entidad híbrida inversa (ya que se produce un resultado de deducción sin inclusión respecto de ambos, entidad híbrida e inversor).

[840] Artículo 2.11 de la ATAD.

[841] Véase la Recomendación 10 de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), párrs. 318 y ss.

No obstante, la ATAD II establece una *cláusula de excepción* por la cual no se considerará parte de un mecanismo estructurado (y por tanto no tendrá que aplicar la norma anti-híbridos, salvo que tuviera alguna relación de vinculación con las otras partes de la asimetría) a aquel contribuyente que "no pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal resultante de la asimetría híbrida"[842]. Compartimos la segunda parte de esta cláusula, es decir, que la norma anti-híbridos no es aplicable a un contribuyente que no se beneficiase económicamente de la asimetría híbrida (básicamente porque entendemos que aplicarle la norma anti-híbridos iría en contra del principio de capacidad económica). Tal sería el caso de un contribuyente que realiza un pago a una entidad híbrida inversa (o a un EP híbrido) en condiciones de mercado. En este caso el contribuyente no se beneficia en absoluto de la asimetría híbrida y no tiene por qué soportar los efectos desfavorables de la aplicación de la norma anti-híbridos.

Con lo que debemos tener sumo cuidado es con la aplicación de la primera parte de esta cláusula de excepción, que exige adicionalmente que el contribuyente no pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría. Por ejemplo, si una empresa no vinculada realiza un pago a precio de mercado (es decir, sin incorporar en el importe del pago parte del beneficio fiscal de la asimetría híbrida, de manera que el pagador no obtiene ningún beneficio de la asimetría híbrida) a una entidad híbrida inversa (o a un EP híbrido), no es razonable que deba aplicarse la regla anti-híbridos primaria al pagador ni siquiera aunque hubiera podido conocer razonablemente la existencia de dicha asimetría (por ejemplo, porque uno de los consejeros del pagador fuera también consejero de la entidad híbrida inversa o del socio de esta). De lo contrario, si bien es cierto que se elimina la asimetría híbrida (se elimina el resultado de la deducción sin inclusión), estaríamos aplicando la regla anti-híbridos en una jurisdicción (la del pagador) que no participa del *bilateral surplus*[843] propio de la doble no imposición

[842] Véase nota 840.

[843] En estos casos la doble no imposición realmente no es consecuencia de la interacción de las leyes nacionales de las jurisdicciones del pagador, entidad híbrida inversa e inversor, sino solo realmente consecuencia de la interacción de las leyes de las jurisdicciones de la entidad híbrida y del inversor. Es decir, el beneficio fiscal *bilateral* propio de las asimetrías híbridas realmente se obtiene solo en las jurisdicciones de la entidad híbrida y del inversor. Sobre el "beneficio bilateral", véase el Capítulo I, sección 4.2.2.1.

bilateral y sobre un contribuyente que no obtiene el beneficio fiscal de la asimetría, mientras que la otra parte en la asimetría (la entidad híbrida inversa y sus socios) seguiría gozando íntegramente del beneficio fiscal[844].

Por ello, en nuestra opinión, tales efectos de la regla anti-híbridos quedan fuera del objetivo genuino de la ATAD (que no es otro que el de eliminar los efectos de la planificación fiscal agresiva sobre el contribuyente que obtiene una ventaja de tales efectos, no del contribuyente que no se beneficia), y a su vez esta motivación puramente recaudatoria no podría justificar una restricción de las libertades fundamentales. Incluso, a nivel de Derecho interno, la aplicación de la regla anti-híbridos podría colisionar injustificadamente con el principio de capacidad económica.

En nuestra opinión, lo relevante para la aplicación de esta cláusula de excepción debería ser únicamente que el contribuyente no obtuviera beneficio económico derivado de la asimetría híbrida, sin importar si este pudo conocer o no la misma[845].

Por último, una vez definido el concepto de mecanismo estructurado, podemos apreciar más fácilmente por qué las GAAR (*General Anti-Avoidance Rules*) no son eficientes en la lucha contra las asimetrías híbridas. Dos razones. En primer lugar que, como ya hemos dicho, no todas las asimetrías híbridas tienen intención elusiva o motivos estrictamente fiscales. En segundo lugar, que incluso aunque estemos ante una asimetría híbrida que sea un mecanismo estructurado con un componente de abuso o elusión, la transnacionalidad de tal mecanismo hace imposible combatirlo a través de medidas generales anti-abuso. Supongamos, por ejemplo, un pago a una entidad híbrida inversa constituida *ad hoc*, y sin presencia física en la jurisdicción de establecimiento, para

[844] En el ámbito de las asimetrías híbridas que se den exclusivamente entre socio-sociedad (por ejemplo, situaciones de deducción sin inclusión derivadas de instrumentos financieros híbridos, o deducciones dobles derivadas de la utilización entidades híbridas) no vemos que la aplicación de la regla anti-híbridos pueda suponer una verdadera quiebra del principio de capacidad económica en la medida en que la aplicación de la regla anti-híbridos por la entidad pagadora va a suponer un coste fiscal que va a ser trasladado indirectamente (vía disminución del valor de la inversión) al propio socio que es contraparte de la asimetría híbrida, de tal manera que el socio va a ver compensado su beneficio fiscal directo a través de la disminución del valor de su inversión (del instrumento financiero o de la entidad híbrida).

[845] Para una interpretación más detallada de esta cláusula en relación a los pagos a entidades híbridas inversas, véase el ejemplo 4.1 de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015).

recibir los pagos de intereses por actividades de financiación. Las tres partes de la asimetría, pagador, entidad híbrida inversa e inversor, se encuentran en jurisdicciones diferentes. En este caso, solo sería posible aplicar una GAAR en la jurisdicción del inversor, merced a cualquier doctrina de *levantamiento del velo* que considerase que la interposición de la entidad híbrida inversa es un mecanismo artificial para eludir la tributación de los intereses en la jurisdicción del inversor. Por el contrario, en la jurisdicción de la entidad híbrida inversa no podría utilizarse una GAAR porque no se está eludiendo ningún impuesto en dicha jurisdicción. Tampoco se podría aplicar una GAAR en la jurisdicción del pagador siempre y cuando la operación de financiación en virtud de la cual paga intereses sea real y económicamente justificable. Y ello, aunque el pagador conociese dicha estructura híbrida e incluso aunque se beneficiase indirectamente de la misma en virtud de una reducción del tipo de interés a pagar, ya que en dicha reducción ya va incluido un menor crédito fiscal (al pagar un interés menor tendrá derecho a una deducción menor en cuota).

#### 4.4.3.1.2. Situaciones especiales

Una de las situaciones especiales que nos planteamos se da en los pagos realizados a través de entidades híbridas que originan resultados de deducciones dobles. En estos casos, la ATAD II parece alejarse ligeramente de las recomendaciones de la Acción 2 de BEPS.

En la Acción 2 de BEPS la regla primaria (aplicada por la jurisdicción del inversor) aplica en cualquier situación, sin limitación del alcance subjetivo. De tal manera que la regla primaria se aplica sea cual sea el porcentaje de participación del inversor sobre la entidad híbrida. Este alcance subjetivo ilimitado se justifica porque para un inversor no es especialmente costoso conocer el régimen tributario, de opacidad o transparencia, de las entidades en las que participa[846]. No obstante, en nuestra opinión, para un

[846] Véase el borrador para Discusión Pública de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2014), párr. 196.

inversor con una cartera de inversiones muy amplia sí podría suponer una gran carga tener que conocer el régimen tributario de cada una de sus inversiones.

Por el contrario, la ATAD II establece que la regla primaria solo se aplica cuando inversor y entidad híbrida sean partes vinculadas (pertenecientes al mismo grupo de control o con una influencia significativa en la gestión) o cuando la asimetría híbrida sea producto de un mecanismo estructurado. En estos casos, por lo general no podríamos aplicar la regla anti-híbridos por la vía del mecanismo estructurado. Así, imaginemos un inversor minoritario en una entidad híbrida, sobre la que tiene menos de un 50% de participación y tampoco tiene una influencia significativa en la gestión de la misma, de tal manera que no se consideran partes vinculadas a los efectos de la aplicación de la regla primaria. Aunque el inversor sí obtiene un beneficio económico de la asimetría híbrida (ya que además del beneficio fiscal directo por deducirse los gastos de esta, también se beneficia de la deducción de los gastos realizada por la propia entidad híbrida en la medida en que le quedará más beneficio distribuible), ese beneficio económico no está tarificado en los términos del contrato de sociedad, sino que es una consecuencia fiscal accesoria[847].

En relación a la regla secundaria (por la jurisdicción de la entidad híbrida), tanto la ATAD II como la Acción 2 de BEPS establecen que solo será aplicable cuando inversor y entidad híbrida sean partes vinculadas (pertenecientes al mismo grupo de control o con una influencia significativa en la gestión) o cuando la asimetría híbrida sea producto de un mecanismo estructurado. Esta regla también tiene sentido porque exime a la entidad híbrida de tener que investigar el régimen jurídico aplicable a todos sus inversores minoritarios. Por otra parte, el hecho de que la entidad híbrida pueda financiarse más fácilmente o su valor sea mas alto no implica necesariamente que exista un mecanismo estructurado[848].

[847] De la misma forma, un instrumento financiero híbrido no es un mecanismo estructurado solo por el hecho de que un inversor minoritario (que no califique como parte vinculada) se beneficie fiscalmente de la asimetría híbrida (ya que recibe un dividendo exento que ha sido fiscalmente deducible). Sí sería un mecanismo estructurado si los términos contractuales del instrumento híbrido estableciesen una retribución fija por debajo del interés de mercado. Véanse los ejemplos 10.1 y 10.2 del informe de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), párrs. 323-325.

[848] Véase nota 847.

#### 4.4.3.2. Alcance objetivo de las reglas anti-híbridos

##### 4.4.3.2.1. Cuestiones generales

En este punto poco podemos añadir a lo ya dicho con respecto a la Acción 2 de BEPS, ya que la ATAD II sigue las recomendaciones de la OCDE. De tal manera que, con respecto a la ATAD I, la ATAD II extiende la aplicación de las medidas anti-híbridos a las asimetrías híbridas producidas entre Estados Miembros y países terceros, a las asimetrías híbridas derivadas de la doble residencia, a las asimetrías híbridas derivadas de la utilización de establecimientos permanentes, a las asimetrías híbridas importadas, a las transferencias híbridas, etc.[849]

Dado que la ATAD II amplía su alcance a las asimetrías con países terceros, se incluyen, como en la Acción 2 de BEPS, reglas secundarias. La ATAD I solo era aplicable a las asimetrías híbridas producidas entre Estados Miembros, razón por la cual no era necesaria una regla secundaria en la medida en que todos los Estados Miembros estaban obligados a implementar la regla anti-híbridos (primaria). La ampliación en la ATAD II de las medidas anti-híbridos a las asimetrías híbridas producidas entre un Estado Miembro y un tercer Estado hacía necesario la inclusión de las reglas anti-híbridos secundarias para cuando el país tercero no aplicase una regla anti-híbridos análoga a la regla primaria de la ATAD II[850]. No obstante, la regla anti-híbridos secundaria también podría aplicarse en asimetrías híbridas generadas entre Estados Miembros cuando existan discrepancias en la transposición y aplicación de la ATAD II[851], tanto por razones puramente interpretativas como por haber hecho uso de la facultad del artículo 3 de la ATAD y haber implementado un nivel de protección mayor al establecido en la ATAD II.

[849] Sobre los cambios de la ATAD II con respecto a la ATAD I, véase Fibbe y Stevens (2017).
[850] Véase López Ribas (2018), p. 225.
[851] Párrafo 24 del Preámbulo de la ATAD II.

La ATAD II sigue los criterios de la Acción 2 de BEPS y define la "asimetría híbrida" como aquella asimetría (deducción sin inclusión o deducción doble) "atribuible a diferencias en la calificación del instrumento o del pago realizado en virtud del mismo" o a "las diferencias en la atribución de pagos"[852]. Como vemos, el presupuesto de hecho de las normas anti-híbridos exige que el resultado de doble no imposición sea consecuencia de la interacción de varios regímenes fiscales nacionales heterogéneos cuya aplicación en el contexto puramente interno no producen tal doble no imposición. La ATAD II cubre, al igual que la Acción 2 de BEPS, las asimetrías derivadas de elementos híbridos en el régimen tributario de los instrumentos financieros, las entidades, los establecimientos permanentes y la residencia.

Una de las cuestiones problemáticas en las que la ATAD II sigue los criterios de la Acción 2 de BEPS es en relación a la causalidad del elemento híbrido en los instrumentos financieros híbridos. En concreto, el párrafo 16 del Preámbulo de la ATAD II establece que "no procede considerar que los pagos en virtud de un instrumento financiero dan lugar a una asimetría híbrida cuando la compensación fiscal otorgada en la jurisdicción del destinatario se deba **únicamente** al estatuto fiscal del destinatario o al hecho de que el instrumento esté sujeto a los términos de un régimen especial" (énfasis añadido). Una lectura *a contrario sensu* de tal declaración nos conduce a la conclusión de que la ATAD II parece ir en la misma línea de la Acción 2 de BEPS, que requiere la aplicación de la regla anti-híbridos incluso cuando la asimetría no se debe exclusivamente al elemento híbrido del instrumento, sino que también se debe al estatus tributario especial de la contraparte[853]. En estos casos, creemos que esta interpretación podría contravenir el principio de proporcionalidad[854], tanto a los efectos del artículo 5 del TUE como a los efectos de las libertades fundamentales. Por lo cual, aunque el párrafo 16 del Preámbulo de la ATAD II establezca tal declaración, creemos que tal interpretación debería evitarse, tal y como dispone el párrafo 28 del Preámbulo de la ATAD II cuando establece que sus medidas solo se interpretarán conforme al informe de la Acción 2 de BEPS "en la medida

[852] Artículo 2.9 de la ATAD.
[853] Sobre estas cuestiones, véase el Capítulo III, sección 4.2.3.1.1.
[854] Jiménez-Valladolid (2015), pp. 145 y 146.

en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión".

#### 4.4.3.2.2. Doble imposición económica

##### 4.4.3.2.2.1. Instrumentos financieros híbridos

Como ya comentamos en el análisis de la Acción 2 de BEPS, la regla anti-híbridos relativa a los instrumentos financieros híbridos (Recomendación 1) se aplica por una jurisdicción en base al "tratamiento fiscal ordinario o esperado del instrumento" en la jurisdicción de la contraparte[855]. Esto puede dar lugar a posibles casos de doble imposición económica si la jurisdicción de la contraparte aplica alguna norma o régimen especial por el que grava a la contraparte. Supongamos que, de acuerdo a las normas generales y ordinarias aplicables a un determinado instrumento financiero en la jurisdicción de la contraparte, existiera una potencial asimetría híbrida en una situación ordinaria. En este caso, la jurisdicción del contribuyente debería aplicar la regla anti-híbridos aunque la jurisdicción de la contraparte aplicase un régimen especial (no ordinario de acuerdo a los términos del instrumento) sobre el contribuyente por el cual gravase dicha operación. Por tanto, la regla anti-híbridos estaría produciendo un resultado de doble imposición económica, que creemos que contraviene el principio de proporcionalidad, tanto a los efectos del artículo 5 del TUE como a los efectos de las libertades fundamentales del TFUE.

Como ya hemos dicho, el párrafo 28 de la ATAD declara que no se puede utilizar el informe de la Acción 2 de BEPS como instrumento interpretativo de la ATAD II cuando se derivasen interpretaciones incompatibles con el Derecho de la UE. En primer lugar, una interpretación que permita resultados de doble imposición económica produciría una restricción de las libertades fundamentales que, aunque justificada, sería

[855] OCDE (2015), párrs. 85 y 95. Véase el Capítulo III, sección 4.2.3.1.1.

desproporcionada. Además, la doble imposición económica es una distorsión en el funcionamiento del mercado interno que va más allá de los fines perseguidos por la ATAD (por lo que contravendría el principio de proporcionalidad del artículo 5 del TUE). De hecho, el párrafo 5 del Preámbulo de la ATAD I establece la obligación de revertir los eventuales efectos de doble imposición que pudieran ser provocados por la aplicación de las normas de la ATAD, de manera que "las normas no solo deben tener por objeto contrarrestar las prácticas de elusión fiscal, sino también evitar la creación de otros obstáculos al mercado, como, por ejemplo, la doble imposición".

#### 4.4.3.2.2.2. Pagos a través de entidades híbridas (o establecimientos permanentes)

Como ya vimos en la sección en la que analizábamos las normas anti-híbridos diseñadas por la Acción 2 de BEPS, el criterio inicial de la OCDE fue que la regla anti-híbridos para los pagos realizados a través de entidades híbridas se aplicaba por el simple hecho de que el pago fuera deducible en la jurisdicción del inversor y en la jurisdicción de la entidad híbrida, solo revirtiéndose dicha regla cuando la entidad híbrida obtuviese rentas de doble inclusión[856]. De tal manera que la jurisdicción del inversor aplicaba la regla primaria (denegando la deducibilidad) aunque el pago también deducible en la jurisdicción de la entidad híbrida no hubiera sido compensado en dicha jurisdicción con rentas que no fueran de doble inclusión (y por tanto no hubiera una real y efectiva doble no imposición). Así, podían darse situaciones en las que el pago no era efectivamente deducido en ninguna jurisdicción (ni en la jurisdicción del inversor por aplicación de la regla anti-híbridos primaria, ni en la jurisdicción de la entidad híbrida por ausencia de rentas positivas con las que compensar) hasta que la entidad híbrida obtuviese rentas de doble inclusión (rentas generadas por la propia entidad híbrida que son imputadas fiscalmente a la propia entidad híbrida en su jurisdicción, y también imputadas fiscalmente al inversor en su jurisdicción).

[856] Capítulo III, sección 4.2.3.2.1.

Esta aplicación de la regla anti-híbridos además de ser desproporcionada para el propósito de la ATAD, contravendría claramente las libertades fundamentales por su desproporcionada aplicación en la medida en que se deniega la deducibilidad del pago por razones *preventivas* y no por razones *curativas* de la doble no imposición (es decir, la regla anti-híbridos se aplica antes de que la doble no imposición sea realmente efectiva). Es jurisprudencia consolidada del TJUE que si una entidad se imputa fiscalmente las rentas de su EP extranjero, también debería tener derecho a imputarse las deducciones de dicho EP[857].

Afortunadamente, la ATAD II se ha apartado del criterio inicial de la Acción 2 de BEPS y ha redactado estas reglas anti-híbridos de manera que sean conformes con Derecho de la UE. Así, la ATAD II establece que las reglas anti-híbridos aplicables a los resultados de deducciones dobles únicamente son aplicables cuando "la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión"[858].

Por tanto, en tanto en cuanto un gasto deducible por una entidad híbrida no sea compensado efectivamente en la jurisdicción de dicha entidad con rentas que no sean de doble inclusión (por ejemplo, rentas de filiales con las que forme un grupo de consolidación) no se producirá aún asimetría híbrida susceptible de aplicar la regla anti-híbridos, debiendo aplazarse el ajuste hasta que hubiera una efectiva compensación de la deducción con una renta que no sea de doble inclusión. De anticiparse la aplicación de la regla anti-híbridos, se estaría anticipando una situación de doble deducción que aún no se ha dado realmente, generando una situación de sobreimposición transitoria (en la medida en que la jurisdicción del inversor no permite su deducibilidad conforme a la regla anti-híbridos primaria, y la jurisdicción de la entidad híbrida tampoco

[857] STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.

[858] Artículo 2.9 de la ATAD. El párrafo 21 del Preámbulo de la ATAD II establece que "si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se traslade a un período fiscal posterior, el requisito de realizar un ajuste con arreglo a la presente Directiva podría aplazarse hasta que la deducción se compensara realmente con una renta que no fuera de doble inclusión en la jurisdicción del ordenante". Aunque el Preámbulo habla de que "podría aplazarse", deberíamos entender que, de no aplazarse el ajuste, podría colisionar con el Derecho primario.

compensa la deducción por falta de rentas positivas) hasta que la propia entidad híbrida generase rentas positivas de doble inclusión (en cuyo caso sí se revertiría el ajuste de la regla primaria).

#### 4.4.4. Reglas anti-híbridos especiales

Merece especial atención la inclusión en la ATAD II de determinadas reglas anti-híbridos especiales. Nos referimos como *reglas anti-híbridos especiales* a aquellas reglas que aplican con preferencia sobre las reglas ordinarias anti-híbridos, y que por tanto anulan, *ex ante*, la existencia de una asimetría híbrida.

Como ya hemos dicho, siguen teniendo la naturaleza de reglas de coordinación o *linking rules* ya que hacen depender el régimen fiscal en una jurisdicción del régimen fiscal de otra. Lo que diferencia las reglas anti-híbridos especiales de las reglas anti-híbridos *ordinarias* es su precedencia sobre esta últimas. Los párrafos 29 y 30 del Preámbulo de la ATAD II establecen lo siguiente:

> "29) Las normas sobre asimetría híbrida del artículo 9, apartado 1 y el artículo 9, apartado 2, solo se aplicarán en la medida en que la situación en la que esté implicado un contribuyente dé lugar a una asimetría en resultados. No debe producirse una asimetría en resultados cuando un mecanismo se haya sometido a un ajuste de conformidad con el artículo 9, apartado 5, o el artículo 9 bis y, en consecuencia, los mecanismos que sean objeto de un ajuste de conformidad con dichas partes de la presente Directiva no deben someterse a ajuste ulterior alguno con arreglo a las normas sobre asimetrías híbridas.
>
> 30) Cuando las disposiciones de otra Directiva, como las de la Directiva 2011/96/UE, lleven a la neutralización de la asimetría en resultados fiscales no debe quedar espacio para la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas contempladas en la presente Directiva."

Por lo general, las reglas anti-híbridos especiales dan prioridad al régimen fiscal de la jurisdicción en que se ha emitido o constituido el instrumento híbrido. Así, la regla especial de los instrumentos financieros híbridos, establecida en el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial, se aplica por la jurisdicción del inversor, que es quien debe seguir el régimen tributario de la jurisdicción emisora del instrumento financiero. La regla especial en relación a las asimetrías híbridas derivadas del uso de establecimientos permanentes no computados se aplica por la jurisdicción de residencia de la entidad titular del EP, de tal manera que tiene que seguir el régimen fiscal aplicado por la jurisdicción de establecimiento del EP. Sin embargo, la regla especial aplicable a las entidades híbridas inversas revierte este criterio general y se aplica por la jurisdicción de la entidad híbrida inversa, de manera que sigue el régimen fiscal aplicable en la jurisdicción del inversor.

Si un país tercero no aplica, correspondiéndole, una regla análoga a la regla anti-híbridos primaria de la ATAD, el Estado Miembro parte en la asimetría híbrida debe aplicar la regla secundaria. Pero si el Estado Miembro aplica una regla anti-híbridos especial (bien la de la Directiva Matriz-Filial, bien la regla especial para entidades híbridas inversas del artículo 9 bis de la ATAD o una regla CFC), entonces el país tercero, si sigue las recomendaciones de la Acción 2 de BEPS, no debería aplicar su regla primaria en la medida en que la aplicación de una regla especial impide que nazca la asimetría híbrida.

#### 4.4.4.1. La regla anti-híbridos especial relativa a los instrumentos financieros: el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial

La medida especial aplicable a los instrumentos financieros híbridos se encuentra regulada en la Directiva Matriz-Filial, y fue introducida en el año 2014[859]. La exención relativa a los dividendos procedentes de filiales de otros Estados Miembros queda condicionada a la no deducibilidad de los mismos en la jurisdicción del pagador:

[859] Directiva 2014/86/UE de Consejo, de 8 de julio de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

> "[S]e abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial;"[860]

No obstante, el alcance de dicha medida se limita al propio alcance de la Directiva Matriz-Filial. Es decir, es solamente aplicable a dividendos procedentes de otros Estados Miembros y en relación a participaciones en el capital de al menos un 10%.

Por tanto, la regla especial no es aplicable ni a los dividendos procedentes de países terceros ni a dividendos procedentes de otros Estados Miembros en relación a participaciones inferiores al 10%. Por tanto, una plena efectividad de esta regla anti-híbridos requeriría que los Estados Miembros cuya normativa nacional aplique la exención sobre dividendos más allá del alcance de la Directiva Matriz-Filial debieran también extender esta regla especial en la misma medida del alcance de la exención interna[861]. De hecho, la Recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS establece la necesidad de denegar la exención sobre dividendos en todos los casos de deducibilidad de los mismos[862].

En nuestra opinión esta regla especial era necesaria ya que, con anterioridad a su introducción, los beneficios de la Directiva Matriz-Filial eran aplicables con independencia de que el dividendo fuera deducible para el pagador. Para que un

[860] Artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial.

[861] El alcance de la exención de la Directiva Matriz-Filial no solo puede ser extendido a umbrales de participación inferiores al 10% o a dividendos procedentes de países terceros, sino que también puede ser extendido a rentas que no califican como "distribuciones de beneficios" de acuerdo a la Directiva Matriz-Filial. Tal es el caso de la normativa española, que califica como dividendos o participaciones en beneficios exentos "las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades (...) salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora", en el artículo 21.2.2º de la LIS. Así, la norma española no solo extiende el alcance de la exención más allá del alcance de la Directiva Matriz-Filial, sino que también extiende la regla anti-híbridos especial en la misma medida de la exención. No obstante, la regla anti-híbridos primaria del artículo 9.2(a) de la ATAD debería aplicar en el Estado Miembro del pagador en caso de que el Estado Miembro del beneficiario hubiese implementado la exención sobre dividendos con un alcance mayor al de la Directiva Matriz-Filial pero no hubiese implementado la regla anti-híbridos especial más allá del alcance de la exención de la Directiva Matriz-Filial.

[862] OCDE (2015), p. 45.

contribuyente pudiera ampararse en esta Directiva solo era necesario que el pago se calificase como *beneficios distribuidos por la participación en una filial* y que la sociedad que los repartiese "esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos enumerados en la parte B del anexo I o a cualquier otro impuesto que sustituyere a uno de dichos impuestos"[863]. De tal forma que la mera deducibilidad del dividendo no anula la sujeción al impuesto sobre sociedades de la sociedad que lo realiza. Se trata de una cláusula *subject-to-tax* que únicamente exige la sujeción al impuesto sobre sociedades, pero no exige un nivel mínimo de tributación efectiva[864]. Además, como hemos venido diciendo a lo largo de este trabajo, una asimetría híbrida no necesariamente tiene por qué constituir un abuso de la Directiva Matriz-Filial, por lo que las normas generales anti-abuso no son efectivas para combatir este tipo de asimetrías híbridas.

Una de las cuestiones que merecen especial atención es el último inciso de la *linking rule,* que establece expresamente que los Estados Miembros "gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial". No obstante, en la propuesta original de modificación de la Directiva Matriz-Filial la redacción propuesta omitía este último inciso, indicando simplemente que "se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial de la sociedad matriz"[865]. Esta propuesta limitaba el alcance de la exención a los dividendos que no fueran deducibles, lo que a nuestro entender no impedía que el Estado Miembro pudiera implementar una exención unilateral con un alcance más amplio que incluyese a todos los dividendos, incluidos que fueren fiscalmente deducibles. Hasta la fecha, al igual que los CDIs, la Directiva Matriz-Filial había sido una norma cuya función era limitar las potestades tributarias de los Estados Miembros, estableciendo límites de imposición, pero que en ningún caso impedía que estos autolimitaran unilateralmente su potestad tributaria más allá de los supuestos cubiertos por la Directiva.

[863] Artículo 2(a) de la Directiva Matriz-Filial.
[864] Bundgaard (2017a), p. 237.
[865] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, COM(2013) 814 final, de 25 de noviembre de 2013.

Con lo cual, el fondo de la cuestión radicaba en si la finalidad de la *linking rule* del artículo 4.1(a) debía ser la de evitar simplemente que la Directiva fuera un obstáculo para la aplicación de medidas anti-híbridos unilaterales por los Estados Miembros (liberando a estos de la obligación de otorgar la exención sobre los dividendos deducibles), pero dejándoles libertad para aplicarlas o no; o, si por el contrario, la *linking rule* debía operar como una obligación positiva de gravar los dividendos deducibles.

Finalmente, y no sin dificultades, los Estados Miembros consintieron en añadir a la redacción definitiva "y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial"[866]. De tal modo que la Directiva Matriz-Filial no solo excluye los dividendos deducibles del alcance de la exención de la Directiva, sino que adicionalmente obliga a los Estados Miembros a ejercer su potestad tributaria (en un sentido positivo) sobre ellos.

De la redacción final de la *linking rule* surge una cuestión. ¿Por qué la Directiva Matriz-Filial obliga a los Estados Miembros a gravar los dividendos deducibles, y sin embargo no obliga a gravar los dividendos procedentes de entidades exentas, sino que únicamente les excluye de los beneficios de la Directiva?[867] Así, los dividendos procedentes de entidades exentas quedan excluidos de la exención de la Directiva, sin perjuicio de que los Estados Miembros puedan extender unilateralmente la exención a estos dividendos; mientras que, por el contrario, los dividendos deducibles tienen que ser obligatoriamente gravados por los Estados Miembros.

---

[866] Tanto Suecia como Malta en un principio se mostraron reacios a aceptar el último inciso en la redacción de la *linking rule.* En el caso de Malta su objeción se debía a que la obligación de gravar los dividendos deducibles afectaba a su soberanía. En el caso de Suecia, su objeción se debía a que determinados vehículos de inversión suecos gozaban de un régimen especial de deducibilidad de los dividendos repartidos a los inversores al objeto de evitar la doble imposición económica derivada de los impuestos subyacentes pagados por las empresas participadas por estos vehículos de inversión. Finalmente, estas objeciones fueron retiradas. En concreto Suecia retiró su objeción ante la declaración expresa de la Comisión de no aplicar la *linking rule* a los dividendos repartidos por este tipo de vehículos con regímenes especiales, declaración que fue formulada por la Comisión en las actas del Consejo de aprobación de la modificación de la Directiva. Véanse Docs. 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529, de 3 de junio de 2014, y 11684/14 ADD 1 PV/CONS 39 ECOFIN 736, de 23 de julio de 2014. Véase Marchgraber (2018), pp. 325-327, y De Broe (2014), p. 310.

[867] Tal y como se plantea Haslehner, http://kluwertaxblog.com/2015/08/31/anti-hybrid-measures-in-the-parent-subsidiary-directive-and-the-eus-competence-to-harmonise/.

En este sentido los vehículos de inversión colectiva por lo general se benefician de un régimen fiscal de exención para evitar la doble imposición económica que se derivaría de los impuestos subyacentes pagados por las entidades participadas, y además para asegurar la neutralidad fiscal de sus inversores (de manera que la inversión a través de vehículos de inversión colectiva no suponga una capa adicional de tributación). Sin embargo, este régimen de exención de los vehículos de inversión colectiva puede ser articulado a través de una exención sobre sus beneficios en sentido estricto, o de manera indirecta a través de la deducibilidad de los dividendos que satisfagan a sus inversores[868]. Probablemente una postura coherente implicaría que la Directiva Matriz-Filial debiera haber aplicado la cláusula *subject-to-tax* del artículo 2 de la Directiva a los dividendos deducibles bajo un régimen fiscal especial, equiparándolos así con los dividendos procedentes de entidades exentas, de manera que la Directiva Matriz-Filial no amparase a dichos dividendos, pero dejando libertad a los Estados Miembros para poder eximir unilateralmente dichos dividendos si lo desean conforme a una política fiscal de neutralidad[869]. Sobre todo porque, de aplicar la *linking rule* a este tipo de dividendos deducibles, podría provocar situaciones de discriminación prohibidas por el TFUE en la medida en que los dividendos deducibles de este tipo de entidades sí estuvieren exentos cuando la entidad pagadora y el beneficiario fueran residentes del mismo Estado Miembro.

[868] Aunque fuera del alcance de la Directiva Matriz-Filial, los REITs (*Real Estate Investment Trust*) estadounidenses permiten la deducibilidad de los dividendos pagados a los inversores bajo la condición de un reparto mínimo de dividendos anual. Véase al respecto la sección 857 del Internal Revenue Code.

[869] De hecho, el TJUE ha interpretado de manera sustantiva la cláusula *subject-to-tax* del artículo 2 de la Directiva Matriz-Filial, excluyendo de los beneficios de la Directiva no solo a las entidades exentas en sentido estricto, sino también a aquellas otras que tributaren a un "tipo cero bajo la condición de distribuir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios", STJUE de 8 de marzo de 2017, C-448/15 (*Wereldhave Belgium*), párrs. 33-34 y 40-41. Razón de más para plantearse la exclusión del alcance de la Directiva de todos aquellos vehículos de inversión colectiva que estuviesen exentos en términos efectivos, fuere cual fuere el mecanismo que adoptasen para conseguir tal resultado. Esta incoherencia es incluso más acusada con respecto a aquellos dividendos procedentes de vehículos de inversión colectiva que tienen un tipo de gravamen muy bajo pero sin llegar al 0% (como las instituciones de inversión colectiva españolas, cuyo tipo impositivo es del 1%), a los cuales ni se les aplica la cláusula exclusoria *subject-to-tax* del artículo 2 de la Directiva (que excluye la aplicación de los beneficios de la Directiva pero no impone a los Estados Miembros la obligación de gravar) por no derivar de entidades exentas, ni la *linking rule* del artículo 4.1(a) (que además de excluir la aplicación de la exención de la Directiva, impone a los Estados Miembros la obligación de gravar) por ser dividendos no deducibles.

Sin embargo, la postura del legislador europeo finalmente se fue al otro extremo y, como consecuencia de las negociaciones con determinados Estados Miembros, la Comisión declaró en las actas de aprobación de la modificación de la Directiva que la nueva *linking rule* no se aplicaría a los dividendos deducibles como consecuencia de un régimen especial que tenga como objetivo eliminar la doble imposición económica (y que por lo tanto no genere riesgos de doble no imposición)[870]. Así, los dividendos que sean deducibles como consecuencia de un régimen fiscal especial de neutralidad parecen seguir gozando de los beneficios de la Directiva, mientras que los dividendos procedentes de vehículos de inversión colectiva exentos, cuya finalidad y efectos económicos son exactamente iguales que los primeros, sí quedan excluidos de los beneficios de la Directiva.

Algunas cuestiones permanecen abiertas. ¿Qué se considera "gravar"?[871] En este caso creemos que deberíamos utilizar el contexto y la propia finalidad de la norma para interpretar el sentido esta norma. En este caso, las reglas anti-híbridos de la Acción 2 del proyecto BEPS establecen que en los casos de deducción sin inclusión la jurisdicción del beneficiario debe gravar el pago como "renta ordinaria", entendiendo como tal el gravamen sobre un ingreso financiero ordinario que no estuviera exento. No obstante, cualquier exención debida a las especiales circunstancias de hecho o a un estatus especial del beneficiario, con independencia de que concurriese con la exención sobre dividendos, debería prevalecer en la medida en que se trata de beneficios fiscales especiales que deben de aplicar con preferencia sobre la regla anti-híbridos. O, dicho de otro modo, la base imponible se calcula teniendo en cuenta las reglas generales (entre ellas las *linking rules*) y a continuación se aplican los beneficios fiscales especiales.

Cabe plantearse si la *linking rule* es aplicable únicamente a los instrumentos financieros híbridos que den lugar a verdaderos conflictos de calificación (que el pago califique

[870] Docs. 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529, de 3 de junio de 2014, y 11684/14 ADD 1 PV/CONS 39 ECOFIN 736, de 23 de julio de 2014, véase al respecto la nota 866. Aunque la Comisión no alude expresamente a este tipo de regímenes especiales, sí declara que la *linking rule* solo debe aplicarse a supuestos de "ventajas fiscales no deliberadas", eximiendo de tal obligación a aquellas situaciones en las que "no existe doble no imposición o si su aplicación daría lugar a una doble imposición de la distribución de beneficios entre sociedades matrices y filiales".

[871] Véase nota 867, Haslehner.

como dividendo a los efectos de la aplicación de los beneficios de la Directiva, pero que califique como interés deducible a los efectos de la legislación interna del Estado Miembro del pagador), o si también aplica a regímenes especiales de deducibilidad del dividendo. Este tipo de regímenes se diferencia de los anteriores (los regímenes especiales de los vehículos de inversión) en que el objetivo no es la neutralidad fiscal en la inversión, sino trasladar la carga tributaria de la entidad al socio, de manera que la fiscalidad de los instrumentos de capital sea equiparada a la de los instrumentos de deuda. Son los llamados regímenes ACE (*Allowance for Corporate Equity*) que permiten una deducción fiscal de *intereses nocionales* sobre el capital[872]. A primera vista podría pensarse que la *linking rule* únicamente se aplica a dividendos deducibles, pero no a otro tipo de créditos fiscales sobre el beneficio distribuido en forma de bonificaciones. No obstante, como acertadamente apunta Marchgraber, la finalidad de la medida anti-híbridos es evitar la doble no imposición. Por tanto, debería ser irrelevante la forma que adoptare el crédito fiscal sobre el beneficio distribuido[873].

Más dudas nos suscita la cuestión de si también debería ser irrelevante que el crédito fiscal disfrutado por la filial haya sido aplicado por razón de la distribución o con independencia de esta. Hay autores que opinan que la *linking rule* solo se aplica en la medida en que la deducción o crédito fiscal aplicado por la filial dependa de la existencia y cuantía de los beneficios distribuidos[874]. De tal manera que regímenes como el belga, que no vinculan la deducción del interés nocional a que haya una efectiva distribución de beneficios, no deberían desencadenar la aplicación de la *linkig rule*. Compartimos esta opinión porque así parece desprenderse de la redacción de la norma al establecer que se "gravarán dichos beneficios [distribuidos] en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial", pareciendo vincular claramente la deducibilidad a una efectiva distribución de los beneficios. Así, el espíritu declarado de la *linking rule* es revertir aquellas situaciones de doble no imposición *no deliberadas*[875]. Sin perjuicio de que,

[872] García Novoa (2016), pp. 26-28. Este tipo de regímenes tiene su paradigma en el régimen belga de deducibilidad de intereses nocionales. Fuera de la Unión Europea, los *juros* brasileños son otro ejemplo de este tipo de regímenes.
[873] Marchgraber (2018), p. 328.
[874] Marchgraber (2018), p. 329.
[875] Véase nota 870.

como ya hemos repetido a lo largo de este trabajo, no suscribimos la distinción entre doble no imposición deliberada y no deliberada, el espíritu de la *linking rule* de la Directiva Matriz-Filial es combatir únicamente situaciones de doble no imposición que no respondan a políticas fiscales transparentes. El hecho de que la doble no imposición se dé tanto en situaciones internas como transfronterizas revela la legitimidad y transparencia de tal régimen y lo sitúa al margen de la doble no imposición bilateral.

#### 4.4.4.2. La regla anti-híbridos especial aplicable al doble aprovechamiento de un crédito fiscal en las transferencias híbridas: el artículo 9.6 de la ATAD

Otra de las reglas especiales que se incorpora la ATAD II es la relativa a las transferencias híbridas que generan un doble aprovechamiento de un crédito fiscal por un impuesto retenido en fuente[876]. Cubriría aquellos prestamos de valores o préstamos estructurados como venta de valores con pacto de recompra en los que el rendimiento procedente de dichos valores fuera sometido a retención en fuente, retención que daría derecho a un crédito fiscal contra los impuestos tanto del prestamista como del prestatario en la medida en que dicho rendimiento fuera atribuido a ambos contribuyentes por sus respectivas jurisdicciones. Además, cuando vence el contrato el prestatario retribuye al prestamista por el importe de esos rendimientos procedentes de los valores, generando un gasto financiero deducible. En este tipo de casos no se genera una deducción sin inclusión en sentido estricto ya que el rendimiento procedente de los valores se integra como renta *ordinaria* en la base imponible de prestamista y prestatario[877]. Por tanto, no pueden aplicarse las reglas anti-híbridos

[876] Esta regla está recogida en el artículo 9.6 de la ATAD y en la Recomendación 2.2 de la Acción 2 del Proyecto BEPS, en OCDE (2015), pp. 112-113.

[877] De acuerdo a la Acción 2 de BEPS, un crédito fiscal directo por retenciones en fuente no enerva la inclusión como renta ordinaria por el contribuyente. Del mismo modo, la ATAD II considera que hay "no inclusión" cuando el pago está sujeto a cualquier tipo de "compensación fiscal". En el artículo 2.9 de la ATAD se define como "compensación fiscal" a "una exención o deducción fiscal del tipo impositivo o de cualquier crédito o devolución fiscal (distinto del crédito por impuestos retenidos en origen)", de tal manera que un crédito fiscal directo por una retención en fuente no dará lugar a una "no inclusión".

ordinarias. Por ello se aplica esta regla especial, que obliga a ambos contribuyentes limitar el crédito fiscal a la proporción que suponga la renta neta imponible derivada del contrato sobre el rendimiento procedente de los valores. Lo que básicamente supone que el prestatario no podrá aplicarse dicho crédito fiscal en la medida en que el rendimiento procedente de los valores no supere el gasto financiero derivado del préstamo, mientras que el prestamista por lo general podrá aprovechar íntegramente el crédito fiscal.

#### 4.4.4.3. La regla anti-híbridos especial aplicable a los establecimientos permanentes no computados: el artículo 9.5 de la ATAD

Esta medida recoge parcialmente la regla especial establecida en el informe de la OCDE relativo a las asimetrías híbridas en forma de deducción sin inclusión derivadas del uso de establecimientos permanentes[878], emitido dentro el marco de la Acción 2 del proyecto BEPS[879].

El informe de la OCDE recomienda la limitación de la exención sobre las rentas obtenidas a través de un EP extranjero a todos aquellos casos en que dicha exención no responda adecuadamente a la política fiscal del país. Por tanto, la exención no debería aplicarse cuando se da cualquier tipo de conflicto negativo entre la jurisdicción del EP y la jurisdicción de residencia del contribuyente (la casa central). Por ejemplo, cuando la jurisdicción de el contribuyente considera que este opera en un país extranjero a través de un EP (y por tanto es aplicable la exención sobre las rentas obtenidas a través de dicho EP), mientras que el país extranjero considera que no hay un EP en su jurisdicción y por tanto no grava las rentas del contribuyente. Pero también se dan conflictos negativos en relación a la atribución de las rentas obtenidas a través de un EP cuando la

[878] Aunque la ATAD no define el concepto de establecimiento permanente, entendemos que se remite al significado dado por el artículo 2(b) de la Directiva Matriz-Filial. Es decir, a efectos de la ATAD, un establecimiento permanente es cualquier base fija de negocio de un contribuyente no residente, con suficiente presencia física como para ser considerada una unidad autónoma generadora de beneficios empresariales sujeta a imposición por razón *real*.
[879] OCDE (2017), párrs. 36-40.

jurisdicción de la casa central considera que una renta es atribuible a un EP extranjero, mientras que la jurisdicción del EP extranjero considera que la renta es atribuible a la casa central. Además, la OCDE sugiere que esta regla especial no solo puede servir para combatir estos casos de asimetrías híbridas, sino también puede operar en el sentido de las normas CFC para gravar las rentas de un EP situado en una jurisdicción de baja tributación[880].

No obstante, la ATAD II limita esta regla especial únicamente a los casos de "establecimientos permanentes no computados". Así, la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD solo aplica a los conflictos de caracterización del propio EP (EP no computado), pero no a aquellos otros conflictos en la atribución de los beneficios de un EP sí computado[881]:

> "Cuando una asimetría híbrida afecte a las rentas de un establecimiento permanente no computado no sujetas a tributación en el Estado miembro en el que el contribuyente sea residente a efectos fiscales, dicho Estado miembro exigirá al contribuyente que incluya las rentas que, de otro modo, se atribuirían al establecimiento permanente no computado. Esto se aplicará a menos que el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país."

En este tipo de asimetrías el conflicto se produce porque el Estado de residencia del contribuyente exime, en virtud de su ley nacional o de un CDI aplicable, sus rentas empresariales obtenidas a través de un EP extranjero, mientras que paralelamente el Estado de fuente de los beneficios empresariales considera, ya sea en virtud del CDI aplicable o de su legislación nacional, que el contribuyente no residente no tiene presencia física suficiente como para poder ser sometido a gravamen[882]. No obstante,

[880] OCDE (2017), párr. 37.

[881] Probablemente esta omisión sea debida a que en el momento de aprobación de la ATAD II aún no había sido emitido el informe final de la OCDE relativo a las asimetrías híbridas derivadas del uso de establecimientos permanentes.

[882] El artículo 2.9 de la ATAD define el "establecimiento permanente no computado" como "cualquier mecanismo que se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la jurisdicción de su sede de dirección y que no se considere que da lugar a un establecimiento

tal y como establece la propia regla especial en su último inciso, esta regla especial debería inaplicarse, so pena de incurrir en *treaty override*, cuando el Estado Miembro de residencia esté obligado a eximir las rentas en virtud de un CDI suscrito con un tercer país[883].

Una de las cuestiones a analizar es la interacción de esta regla anti-híbridos especial con las reglas anti-híbridos ordinarias. En el ámbito puramente intracomunitario, la aplicación preferente de esta regla especial, aplicable por la jurisdicción de residencia del inversor, hace inaplicables las reglas anti-híbridos ordinarias.

No obstante, las reglas anti-híbridos ordinarias pueden ser aplicables cuando la asimetría se da entre un Estado Miembro y un país tercero que no ha implementado reglas anti-híbridos. Supongamos que la entidad CCo situada en el Estado Miembro C paga un interés a un EP no computado situado en un país tercero B cuyo titular es la entidad ACo situada en el país tercero A. Ambos países terceros, B y A, no han implementado reglas anti-híbridos, por lo que el Estado Miembro C debe aplicar la regla ordinaria primaria a CCo, denegando la deducibilidad del pago[884].

Partiendo del ejemplo anterior, supongamos que el Estado Miembro es la jurisdicción de establecimiento del EP, y que tanto la jurisdicción del pagador como la jurisdicción del titular del EP son países terceros que no han implementado reglas anti-híbridos. En este caso, El Estado Miembro no puede aplicar la regla especial del artículo 9.5 ya que no es la jurisdicción de residencia del titular del EP, y tampoco puede aplicar la regla ordinaria primaria ya que no es la jurisdicción del pagador. Pero podría aplicar la regla

permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción". El informe sobre EPs híbridos establece que "la legislación de la jurisdicción de su sede de dirección" y "la legislación de la otra jurisdicción" incluyen tanto la ley interna como el CDI aplicable, en OCDE (2017), párr. 57.

[883] En el contexto de los CDIs, la solución ideal sería que ambos Estados contratantes vincularan su concepto interno de EP al concepto de EP del CDI. Ya que si únicamente lo hace el Estado de residencia, tal y como hace España en su artículo 22.3 de la LIS, no se evitarían las asimetrías híbridas en aquellos casos en los que el concepto de EP del CDI sea más generoso o amplio que el concepto interno de EP del Estado de fuente.

[884] Artículo 9.2(a) de la ATAD.

ordinaria secundaria (inclusión de la renta) en la medida en que es la jurisdicción del perceptor del pago[885].

No obstante, la ATAD II ha incluido la posibilidad de que los Estados Miembros no implementen la regla ordinaria secundaria aplicable a las asimetrías híbridas en forma de deducción sin inclusión en los casos de pagos a entidades híbridas inversas y de EPs híbridos (pagos a EPs no computados o conflictos en la atribución de los beneficios entre el EP y la casa central)[886]. En caso de que un Estado Miembro ejercitase esta opción y no implementase la regla ordinaria secundaria, la asimetría híbrida planteada en el ejemplo anterior quedaría sin respuesta.

La razón aparente que llevó al legislador europeo a incluir semejante opción en la ATAD II probablemente fue que hizo suyos los razonamientos de la OCDE en cuanto a la innecesariedad de la regla ordinaria secundaria en determinados supuestos[887].

En el caso de las entidades híbridas inversas, la jurisdicción del beneficiario del pago (es decir, tanto la jurisdicción de la entidad híbrida inversa como la jurisdicción del inversor en la entidad híbrida inversa), que es la competente para aplicar la regla ordinaria secundaria, ya tienen precisamente a su disposición reglas anti-híbridos especiales: la jurisdicción de la entidad híbrida inversa tiene a su disposición la regla especial del artículo 9 bis de la ATAD, y la jurisdicción del inversor tiene a su disposición las normas CFC del artículo 7 de la ATAD.

No obstante, en el caso de los pagos a EPs no computados esto no es así ya que, si bien la jurisdicción del titular del EP no computado tiene a su disposición la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD, la jurisdicción de establecimiento del EP no computado no tiene a su disposición una regla especial anti-híbridos que le permita gravar dichos pagos[888],

[885] Artículo 9.2(b) de la ATAD.
[886] Artículo 9.4(a) de la ATAD.
[887] OCDE (2015), párr. 144; OCDE (2017), párrs. 47 y 63 y 65.
[888] La Acción 7 del Proyecto BEPS: "Impedir la exclusión fraudulenta del estatus de establecimiento permanente", incluye recomendaciones para adaptar la definición de establecimiento permanente al objeto de combatir técnicas usadas para evitar inapropiadamente la presencia gravable. No obstante, estas recomendaciones tienen como objetivo construir un concepto sustantivo de EP a nivel internacional,

por lo que en nuestra opinión creemos que la regla secundaria sí debería ser implementada para cubrir las situaciones en las que el pagador y el titular del EP no computado residan en un país tercero que no haya implementado normas anti-híbridos. Incluso esta regla sería necesaria también para solucionar aquellos casos en los que el país de residencia del titular del EP no computado, aun habiendo implementado la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD, no pudiera aplicarla debido a que el CDI aplicable se lo impide (por ser aplicable la exención del artículo 23(A) del MC OCDE). No obstante, no podemos pasar por alto que la jurisdicción de establecimiento del EP no computado tampoco podría aplicar la regla ordinaria secundaria cuando un CDI aplicable le impidiese gravar las rentas por no existir un EP de acuerdo a dicho CDI.

Probablemente, la causa profunda para incluir la opción de no aplicar la regla ordinaria secundaria por la jurisdicción de establecimiento del EP se encuentre en razones de soberanía y política fiscal nacional. De tal manera que se preserve la soberanía de un Estado Miembro para decidir qué nivel de presencia física es suficiente y cuál no para gravar las rentas de un no residente. De manera que esta opción deja la puerta abierta a que los Estados Miembros decidan cuándo gravar a un no residente sin tener que depender del nivel de tributación del país de residencia.

En el caso de los resultados de deducción sin inclusión debidos a conflictos en la atribución de beneficios entre un EP y su casa central, la situación es aún más inoperante[889]. Ya que en estos casos, como ya hemos dicho, tampoco aplica la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD[890]. Por lo que si el pagador residiera en un país

pero no tienen en cuenta, como parte de la definición del EP, si ha existido o no tributación en el Estado de residencia del titular del EP.

[889] Las normas de operaciones vinculadas o *transfer pricing* no solo no sirven eficazmente para evitar este tipo de asimetrías, sino que su heterogénea aplicación por cada país es precisamente la causa de muchas de las asimetrías híbridas debidas conflictos en la atribución de beneficios entre la casa central y sus EPs. No obstante, las Acciones 8-10 del Proyecto BEPS: "Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor" han intentado fijar un marco de atribución de beneficios armonizado en el que se alinee la creación de valor con la tributación, de manera que los beneficios se atribuyan a las jurisdicciones donde realmente se realiza la actividad económica.

[890] A esto se une la dificultad para aplicar, como alternativa, las normas CFC en la jurisdicción de residencia del titular del EP, ya que el umbral de aplicación de las normas CFC tiene en cuenta el impuesto extranjero efectivamente pagado en relación a la totalidad de las rentas obtenidas por el EP extranjero. De tal manera que en multitud de casos un conflicto de atribución puntual sobre una renta no afectará

tercero que no aplicase normas anti-híbridos, y el EP y la casa central estuvieran en sendos Estados Miembros, ni la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD aplicaría en la jurisdicción de la casa central (ya que esta regla solo cubre las situaciones de EPs no computados), ni la regla ordinaria secundaria aplicaría en la jurisdicción del EP que hubiera ejercido la opción de no implementarla conforme al artículo 9.4(a) de la ATAD.

#### 4.4.4.4. La regla anti-híbridos especial aplicable a las entidades híbridas inversas: el artículo 9 bis de la ATAD

El artículo 9 bis recoge la Recomendación 5.2 del informe de la Acción 2 de BEPS[891], estableciendo una regla anti-híbridos especial aplicable en la jurisdicción de establecimiento de la entidad híbrida inversa:

> "1. Cuando una o más entidades asociadas no residentes que en total tengan un interés directo o indirecto en el 50 % o más de los derechos de voto, intereses de capital o derechos a una parte de los beneficios de una entidad híbrida constituida o establecida en un Estado miembro, estén situadas en una jurisdicción o jurisdicciones que consideren dicha entidad híbrida como persona sujeta a imposición, la entidad híbrida será considerada como residente de ese Estado miembro y tributará por su renta en la medida en que esta renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes del Estado miembro ni de ninguna otra jurisdicción.
>
> 2. El apartado 1 no se aplicará a las instituciones de inversión colectiva. A efectos del presente artículo, por institución de inversión colectiva se entenderá un fondo o institución de inversión de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujeto a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que esté establecido."

suficientemente al impuesto total ahorrado por el EP como para desencadenar la norma CFC en el país de residencia.

[891] OCDE (2015), párrs. 174-175.

Esta regla supone que un Estado Miembro debe transformar en opaca una entidad transparente establecida en su jurisdicción cuando dicha entidad esté controlada por inversores residentes en una jurisdicción que considere dicha entidad como opaca. Es decir, esta regla supone seguir el régimen fiscal aplicable en la jurisdicción del inversor.

El alcance subjetivo de esta regla se limita a entidades transparentes que estén controladas (por al menos una participación del 50% en los derechos de voto o el capital) por entidades[892] asociadas[893] en cuya jurisdicción la entidad transparente se califique como opaca. No obstante, el apartado segundo del artículo 9 bis exime de la aplicación de esta regla a las instituciones de inversión colectiva. Probablemente esto se deba a razones de política fiscal, ya que por lo general las instituciones de inversión colectiva tienen la finalidad de evitar la doble imposición económica mediante la eliminación del gravamen en sede del vehículo de inversión, bien mediante un gravamen nulo o muy reducido o bien mediante un régimen de transparencia[894].

De la lectura literal de este precepto parece desprenderse que esta regla especial solo aplica "en la medida en que" haya doble no imposición, es decir, si la renta obtenida a través de la entidad transparente no ha estado sometida a tributación en la propia

[892] No sabemos si es un simple error o un matiz voluntario del legislador. Mientras que la definición de "empresas asociadas" del artículo 2(4) de la ATAD incluye a entidades y personas físicas, la redacción del artículo 9 bis habla de *entidades* asociadas. Por lo que entendemos que quedan excluidas, aunque incomprensiblemente, de la aplicación de esta regla especial aquellas entidades híbridas inversas controladas por personas físicas. Lo contrario sería una interpretación *contra legem*.

[893] Las entidades inversoras se considerarán "asociadas" cuando formen parte de un mismo grupo de control (bien porque una persona ostente al menos el 50% de los derechos de voto o el capital sobre dichos inversores o bien porque tenga una influencia significativa en su gestión), o bien cuando dichos inversores actúen conjuntamente respecto a los derechos de voto o la propiedad del capital de la entidad híbrida inversa. Fuera del primer supuesto (que los inversores formen parte todos ellos de un mismo grupo de control), solo se nos ocurre la constitución de una entidad híbrida inversa, que por su propia naturaleza o finalidad fiscal no tendrá presencia física en su jurisdicción de establecimiento, por varios inversores cuando estos quieran canalizar un préstamo sindicado, en cuyo caso es evidente que actuarán conjuntamente respecto de los derechos de voto de la entidad y por tanto se considerarán partes asociadas a los efectos de la aplicación de la regla especial del artículo 9 bis.

[894] No es infrecuente ver cómo determinados vehículos de inversión colectiva tributan en régimen de transparencia. Una de las dudas que se nos plantea es qué tipo de instituciones de inversión colectiva quedan cubiertas por esta exención. Así, parece obvio que las instituciones de inversión colectiva de tipo abierto (capital variable) quedan cubiertas, pues son el paradigma de la inversión colectiva. La duda nos surge en relación a las instituciones de inversión colectiva de tipo cerrado (capital fijo), que suelen invertir en empresas no cotizadas y activos alternativos.

jurisdicción de la entidad o en alguna otra[895]. De tal manera que parece claro que si la renta obtenida por la entidad híbrida inversa está sometida a tributación en cualquier jurisdicción en la que el pago se considere "recibido", ya sea por sujeción real o por sujeción personal, entonces no se aplicará la regla especial[896]. Por tanto, si la renta obtenida a través de la entidad inversa híbrida es atribuida a un EP en cualquier jurisdicción (la de la propia entidad inversa híbrida, la del inversor o la de otro país) y sujeta a tributación por razón *real*, entonces no se aplicará esta regla especial.

Por el contrario, entendemos que no inhibe la asimetría híbrida la existencia de un gravamen por razón de fuente en la jurisdicción del pagador[897]. Por tanto, en estos casos sí que debería aplicarse la regla anti-híbridos especial, sin perjuicio del crédito fiscal que pudiera corresponder por dichas retenciones en fuente. La razón es que este tipo de gravámenes suele ser sobre el importe bruto y normalmente con tipos impositivos diferentes de los ordinarios, razón por la cual este tipo de retenciones en fuente no deben computarse a la hora de determinar si hay una asimetría híbrida ya que distorsionaría el concepto de asimetría.

No obstante, en la práctica estas retenciones en fuente a menudo sí eliminan la doble no imposición si el CDI aplicable se interpreta en el sentido propuesto por la OCDE en su Informe Partnership[898] o si se ha implementado la nueva cláusula para entidades transparentes del MC OCDE (2017) y del Instrumento Multilateral[899]. Esta nueva cláusula del artículo 1.2 del MC OCDE (2017) sobre entidades transparentes evita que puedan aplicarse los beneficios del convenio a las rentas obtenidas a través de una entidad híbrida inversa en la medida en que las rentas no se consideran obtenidas por un residente de un Estado contratante (ya que ni la jurisdicción de la entidad híbrida inversa ni la jurisdicción del inversor atribuyen esta renta a uno de sus residentes). De tal modo

[895] De aquí parece desprenderse que la entidad híbrida inversa no se reputará residente (y por tanto no tributará) con respecto a la parte de la renta atribuible a los socios cuya jurisdicción considere transparente a la entidad. De la misma opinión es Parada (2017), p. 307.
[896] Siempre que la renta tribute como renta ordinaria. Véase OCDE (2015), párr. 153 y ejemplo 1.8.
[897] OCDE (2015), párr. 407. Excepto que la propia retención en fuente fuera en la propia jurisdicción de la entidad híbrida inversa y a los tipos impositivos ordinarios, véase OCDE (2015), párr. 175.
[898] OCDE (1999), ejemplos 3 y 7.
[899] Artículo 3.1 del Instrumento Multilateral.

que este tipo de pagos suelen estar sometidos a una retención en fuente conforme a los tipos ordinarios nacionales, sin que quepa la posibilidad de aplicar las reducciones impositivas del CDI aplicable. Tal es la situación del CDI suscrito entre Estados Unidos y Holanda, el cual incorpora esta cláusula en su artículo 24.4, con respecto a las estructuras CV-BV[900]. En este tipo de estructuras una entidad operativa holandesa (BV) realiza pagos de intereses a una CV holandesa transparente. Paralelamente, el socio americano de la CV califica a esta como opaca, en virtud del régimen electivo *check-the-box*, a los efectos de la legislación americana. Así, el artículo 24.4 del CDI entre Estados Unidos y Holanda impide invocar los beneficios de dicho CDI a los pagos a entidades híbridas inversas[901].

En muchos casos creemos que una manera sencilla de solucionar estas asimetrías en la jurisdicción del inversor, sin tener que acudir al más complejo procedimiento de aplicación de una norma CFC, es atribuirse la residencia fiscal de la entidad híbrida inversa en virtud del criterio de la sede dirección efectiva (POEM, por sus siglas en inglés). Las entidades híbridas inversas por lo general no tienen presencia física en el país de establecimiento, ya que de otro modo existiría un EP sujeto a tributación por razón *real*, y por lo tanto no existiría asimetría híbrida[902]. Por tanto, parece razonable que la jurisdicción del inversor pueda atribuirse la residencia de la entidad híbrida inversa si consigue demostrar que la sede de dirección efectiva de esta está en su jurisdicción. El problema de este recurso es que no es un criterio de aplicación automático, como las *linking rules*, sino que implica un verdadero procedimiento de calificación de residencia que comporta el análisis de situaciones fácticas, como es existencia de sede de dirección efectiva, que pueden llevar a resultados no siempre deseables.

[900] Avi-Yonah y Mazzoni (2018), p. 902; y De Lillo (2017), pp. 24 y ss.

[901] No obstante, el Secretario de Estado para las Finanzas holandés publicó un Decreto con fecha de 6 de julio de 2005, IFZ 2005/546M, de acuerdo al cual los beneficios del CDI entre Estados Unidos y Holanda sí se aplican a los repartos de dividendos a una entidad híbrida inversa cuando la filial holandesa que reparte el dividendo realiza una actividad económica real en Holanda. No obstante, junto con la transposición holandesa de la ATAD II se derogó este decreto.

[902] Incluso podría darse la asimetría híbrida en el supuesto de que la entidad híbrida inversa sí operase a través de un EP pero que también obtuviese rentas de tipo pasivo que no fueran atribuibles al EP sino a la casa central.

Por último, esta regla esta sometida a un plazo de implementación más holgado que el resto de normas anti-híbridos. Así, los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 31 de diciembre de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 9 bis, debiendo aplicar dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2022.

#### 4.4.4.5. Las normas CFC y su interacción con otras reglas anti-híbridos especiales

La OCDE recomienda los regímenes CFC como instrumento idóneo para combatir en la jurisdicción del inversor las asimetrías híbridas derivadas del establecimiento de entidades híbridas inversas[903]. Para ello recomienda que las legislaciones nacionales adapten dichos regímenes para incluir adecuadamente dentro del alcance de estas normas a las entidades híbridas inversas[904]. Por ejemplo, determinadas excepciones del régimen CFC americano hacen inaplicable el mismo cuando el pago a la entidad híbrida inversa se realiza por una entidad asociada que tiene actividad real (*look-through exception*) o por una entidad asociada establecida en el mismo país de la entidad híbrida inversa (*same-country exeption*)[905].

Los problemas pueden darse cuando dos partes en una asimetría híbrida (ya sean dos Estados Miembros o un Estado Miembro y un tercer Estado) aplicasen concurrentemente dos reglas anti-BEPS. Por ejemplo, que uno de ellos aplicase una norma CFC y el otro aplicase la regla anti-híbridos especial de denegación de la exención de los dividendos deducibles (establecida en la Recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS y en el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial) o la regla anti-híbridos especial

[903] Véase la Recomendación 5.1 del Informe de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), párrs. 171-173.
[904] Por ejemplo, adaptando las normas CFC a los casos en los que la entidad híbrida inversa actúe en su país de establecimiento mediante un EP pero determinadas rentas pasivas no estén afectas a dicho EP, de manera que dichas rentas pasivas no tributen ni en el país de la entidad híbrida inversa ni en el país de los socios. En estos casos, las actuales normas CFC pueden no ser efectivas si el impuesto efectivo total pagado por la entidad híbrida inversa en su país de establecimiento (en virtud de las rentas afectas al EP) es superior al umbral que desencadena la norma CFC, véase nota 890.
[905] Avi-Yonah y Mazzoni (2018), p. 902; Parada (2017), pp. 243-244 y 600.

para entidades transparentes (establecida en la Recomendación 5.2 de la Acción 2 de BEPS y en el artículo 9 bis de la ATAD). En estos casos no parece haber una regla que establezca la preferencia en favor de unas sobre otras. En estos casos lo razonable es pensar que ambos países deben aplicar sus correspondientes reglas anti-BEPS, siendo el país del inversor último (el que aplica la norma CFC) quien debiera otorgar un crédito fiscal por el impuesto pagado en la otra jurisdicción en aplicación de su propia regla anti-híbridos especial[906].

Pero lo que habría que evitar es que las reglas anti-BEPS se interpretasen en el sentido de que ninguna de ellas aplicase bajo el argumento de que el otro país tiene reglas anti-BEPS.

En el caso de instrumentos financieros híbridos, la entidad filial debería aplicar la regla especial del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial en todo caso, ya que esta regla no se fija en la tributación de la jurisdicción del inversor, sino en la tributación de la jurisdicción de quien reparte el dividendo.

Con respecto a la regla del artículo 9 bis de la ATAD, la solución a esta cuestión es más compleja. La redacción del artículo 9 bis es un tanto confusa y contradictoria. Dicho artículo establece que la entidad híbrida inversa "será considerada como residente de

[906] Tal es la solución que se propone en la Acción 2 de BEPS con respecto a las dos reglas especiales propuestas (Recomendaciones 5.1 y 5.2) respecto de las entidades híbridas inversas, en OCDE (2015), párr. 175. El problema es que los CDIs no ofrecen soluciones a la cuestión relativa a qué jurisdicción, la que aplica las normas CFC (jurisdicción de los socios) o la que aplica la norma anti-híbridos especial (jurisdicción de la filial), queda obligada a eliminar la doble imposición. De hecho, la nueva redacción dada al artículo 23(A)(B) del MC OCDE en 2017 (e incorporada en el artículo 3.2 del Instrumento Multilateral) no obliga a aplicar los métodos para eliminar la doble imposición previstos en un CDI cuando el otro Estado contratante puede gravar exclusivamente por razón de residencia. Por lo que si las rentas no se originan en ninguno de los dos Estados o no están afectas a un EP en ninguno de los dos Estados, el CDI entre ambos no exigiría a ninguno evitar la doble imposición; véase al respecto Parada (2017), p. 333. Sobre esta nueva redacción del artículo 23(A)(B) del MC OCDE (recogida en el artículo 3.2 del Instrumento Multilateral), véase nota 988 y texto que la acompaña. No obstante, nada obsta para que los Estados implicados apliquen los métodos internos para eliminar la doble imposición previstos en sus legislaciones nacionales. En este sentido, en aras de establecer una cierta coordinación internacional, la OCDE recomienda en su informe sobre normas CFC (Acción 3 del Proyecto BEPS) priorizar la aplicación de las normas CFC de la jurisdicción cuyo accionista residente se encuentre más cerca de la CFC en la cadena de propiedad (OCDE [2016d], párr. 126); por lo que entendemos que la solución óptima debería ser que la jurisdicción de la filial aplicase la regla anti-híbridos especial con prioridad, de manera que la jurisdicción de los socios aplicase las normas CFC admitiendo un crédito fiscal.

ese Estado miembro y tributará por su renta **en la medida en que esta renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes** del Estado miembro **ni de ninguna otra jurisdicción**" (énfasis añadido). Esta redacción parece requerir que el Estado de establecimiento de la entidad híbrida inversa siga la calificación de la jurisdicción del inversor (es decir, que transforme la entidad transparente en opaca) pero solo en la medida en que esas rentas no tributen en otra jurisdicción. De la misma forma, las normas CFC son una suerte de *linking rules* que se aplican solamente cuando la jurisdicción de la filial no grava suficientemente las rentas de esta. De manera que podríamos decir que hay una relación de circularidad entre ambas normas.

Ante este problema, podemos adoptar varias posturas. Considerar que la regla CFC tiene prioridad sobre la regla anti-híbridos especial del artículo 9 bis apoyándonos en su orden de posición en la ATAD y en que la regla especial del artículo 9 bis es una regla supletoria aplicable en defecto de la aplicación de otras normas más generales[907]. Pero también podríamos considerar la postura contraria y dar prioridad al artículo 9 bis precisamente porque, combatiendo ambas normas situaciones de infraimposición, el artículo 9 bis es más específico y está diseñado específicamente para combatir las asimetrías híbridas. Dado que nos parece un debate bizantino, nos inclinamos por una tercera postura.

En nuestra opinión, esta circularidad de las reglas anti-BEPS debería saldarse a través de un análisis *ex ante* de la calificación o régimen fiscal aplicada en la otra jurisdicción. Es decir, cuando un Estado Miembro analice si se da el presupuesto de hecho para aplicar la regla anti-BEPS debería analizar la calificación del régimen tributario aplicable *ex ante* en la otra jurisdicción. Hablamos de aplicar una suerte de *test de atribución*, de manera que la jurisdicción que va a aplicar su regla anti-BEPS se pregunte si la otra jurisdicción se atribuye la renta de manera *primaria* o *secundaria*[908]*.* Una *atribución primaria* implica toda atribución genuina de la renta, mientras una *atribución secundaria* implica una *reatribución* no original. Así, la regla anti-BEPS debería aplicarse siempre que la otra

[907] Esta interpretación podría apoyarse en el párrafo 30 del Preámbulo de la ATAD II. Tal parece ser también la postura de Parada (2017), pp. 307-308.

[908] En el contexto de los CDIs Nikolakakis et al. (2017), p. 316, plantean la *atribución primaria/secundaria de la renta* de la renta como un posible test para determinar si una persona podría invocar los beneficios de un CDI conforme a la nueva cláusula de entidades transparentes del artículo 1.2 del MC OCDE (2017).

jurisdicción no grave la renta conforme a una atribución primaria, con independencia de que la grave conforme a una atribución secundaria.

Pongamos como ejemplo a una entidad *partnership* constituida en un Estado Miembro B, mientras que el inversor en dicha entidad reside en España. El Estado Miembro B considera que de acuerdo con su legislación la *partnership* es una entidad transparente, mientras que en España su legislación (de acuerdo con el criterio administrativo seguido actualmente por las autoridades fiscales[909]) establece que su calificación será la del país de establecimiento (es decir, transparente). En este caso el país de establecimiento de la *partnership* (Estado Miembro B) no debería aplicar la regla especial anti-híbridos del artículo 9 bis de la ATAD en la medida en que el país del inversor (España) ya califica de manera *primaria* o *ex ante,* y a todos los efectos (no solo a los efectos de doble no imposición), a dicha entidad como transparente.

Partiendo del mismo ejemplo anterior, ahora supongamos que el inversor reside en el Estado Miembro A, país que califica a la *partnership* establecida en el Estado Miembro B como entidad opaca por tener personalidad jurídica. En este caso sí estaríamos ante una entidad híbrida inversa que requiere de la aplicación de las reglas anti-BEPS por el Estado Miembro A y por el Estado Miembro B. En este caso, parece razonable requerir una aplicación concurrente de ambas reglas anti-BEPS (la del artículo 9 bis por el Estado Miembro B, y la norma CFC por el Estado Miembro A), permitiendo al inversor residente en el Estado Miembro A un crédito fiscal por los impuestos pagados en el Estado Miembro B. En este caso, el Estado Miembro B debería aplicar la regla anti-híbridos especial del artículo 9 bis de la ATAD ya que el Estado Miembro A califica, *ex ante* y con carácter previo a la aplicación de su regla anti-BEPS (la norma CFC), a dicha entidad como opaca. Ídem con respecto a la aplicación de la regla CFC por el Estado Miembro A.

#### 4.4.4.6. La doble residencia: el artículo 9 ter de la ATAD

[909] Capítulo III, sección 2.2.2.

Los supuestos de doble residencia pueden dar lugar a deducciones dobles en la medida en que los gastos de la entidad se compensen en alguna de las jurisdicciones de residencia con rentas que no sean de doble inclusión (por ejemplo, con rentas de entidades con las que forme grupo de consolidación).

Con respecto a los casos de doble residencia entre un Estado Miembro y un país tercero, la ATAD II es un tanto críptica y simplemente establece que "el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción cuando la otra jurisdicción permita que la deducción duplicada se compense con rentas que no son de doble inclusión". En nuestra opinión dos interpretaciones son posibles. La primera interpretación es seguir el criterio de la OCDE en la Acción 2 de BEPS, de manera que el Estado Miembro deniegue la deducción por el simple hecho de que dicha deducción sea potencialmente compensable en el país tercero con rentas que no sean de doble inclusión, con independencia de que dicho país implemente o no reglas anti-híbridos[910]. El problema de esta interpretación es que si el país tercero también ha implementado esta regla, los dos países de residencia, el Estado Miembro y el país tercero, aplicarían concurrentemente la regla anti-híbridos mientras no se generasen rentas de doble inclusión. Interpretación que quizás podría ser desproporcionada. La segunda interpretación posible es entender que el Estado Miembro aplica la regla anti-híbridos de manera supletoria o defensiva cuando el país tercero permite, por no aplicar la regla anti-híbridos, compensar la deducción con rentas que no son de doble inclusión. Aunque en esta segunda interpretación tampoco está claro si la regla anti-híbridos se aplicaría en el mismo periodo del devengo del gasto o si se aplicaría solamente cuando el mismo haya sido efectivamente compensado en la otra jurisdicción con rentas que no sean de doble inclusión[911].

Con respecto a los casos de doble residencia entre dos Estados Miembros, la ATAD II no sigue este criterio porque[912], de aplicar el criterio seguido por la OCDE en la Acción 2 de

[910] Recomendación 7 de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), pp. 77 y ss.

[911] España parece haber seguido esta última postura en la transposición de la ATAD II mediante el Real Decreto-ley 4/2021 de 9 de marzo, véase al respecto el Capítulo III, sección 5.2.3.

[912] Para que no haya problemas de circularidad, las normas anti-híbridos relativas a las asimetrías híbridas que se produzcan entre dos Estados Miembros deben diseñarse de tal manera que determinen qué Estado

BEPS, probablemente habría podido colisionar con las libertades fundamentales del TFUE. El hecho en sí de impedir la deducibilidad de un pago no necesariamente debería suponer una colisión con las libertades fundamentales en la medida en que dicha medida tenga por efecto exclusivo eliminar la doble no imposición, tal y como veremos a lo largo de este trabajo. El verdadero problema vendría por el hecho de que esta regla podría dar lugar a supuestos en los que ambos Estados Miembros aplicasen concurrentemente la regla anti-híbridos y no permitiesen la deducibilidad de los gastos en ninguna jurisdicción. Con lo cual para evitar la doble no imposición estaríamos creando una situación de sobreimposición, resultado desproporcionado que va más allá del objetivo perseguido por la medida, y que por tanto no podría justificar una restricción de las libertades fundamentales.

Para ello, la ATAD II ha dispuesto que "si ambas jurisdicciones son Estados miembros, el Estado miembro en el que el contribuyente no sea considerado residente en virtud de un tratado de doble imposición entre los dos Estados miembros interesados denegará la deducción"[913]. Es decir, la solución adoptada por la ATAD II es vincular la residencia, a los efectos puramente de evitar la doble no imposición, a la definición armonizada de residencia del CDI. Por tanto, esta regla no es propiamente una *linking rule*, ya que no hace depender unos efectos tributarios de régimen fiscal de otro país. Se trata de una regla de armonización, que remite al concepto de residencia del CDI aplicable, para determinar en qué Estado Miembro es residente el contribuyente y en cuál no, únicamente a los efectos de eliminar la doble no imposición en casos de doble residencia.

---

Miembro es competente para aplicar la regla anti-híbridos y cuál no. Por lo que no cabe implementar, para los casos de doble residencia entre dos Estados Miembros, la misma regla aplicable a los supuestos de doble residencia entre un Estado Miembro y una jurisdicción tercera en ninguna de las dos interpretaciones propuestas: ni una regla primaria que aplique a ambos países, ni una regla supletoria o defensiva que aplique a ambos países.

[913] Aunque la redacción de este artículo 9 ter tan solo dice que "denegará la deducción", debe entenderse que "denegará la deducción cuando la otra jurisdicción permita que la deducción duplicada se compense con rentas que no son de doble inclusión" para asegurar la proporcionalidad de la medida en relación a las libertades fundamentales del TFUE. Ya que de lo contrario podrían darse casos en los que la regla anti-híbridos operase sin haber una doble no imposición efectiva. Por ejemplo, si la regla anti-híbridos impide a la entidad deducir un gasto en el Estado Miembro donde no es residente a efectos del CDI mientras que en el Estado Miembro en que es residente a efectos del CDI no se han generado rentas positivas con las que poder compensar ese gasto.

Los CDIs suelen situar la residencia en el país en que esté la "sede de dirección efectiva". Por lo que el país en que la entidad sea residente a los efectos del CDI (es decir, en el que tenga su sede de dirección efectiva) será el que podrá permitir la deducción; y será el otro Estado Miembro el que deberá denegarla.

No obstante, tal regla no necesariamente lleva en la práctica a solucionar siempre los casos de doble residencia. En determinados casos los Estados afectados pueden interpretar la definición de residencia del CDI (la "sede de dirección efectiva") de manera diferente, de manera que la doble residencia persista. Además, la actualización del MC OCDE (2017) ha sustituido el concepto armonizado de residencia por un concepto *pactado* de residencia en el que ambos Estados contratantes tengan que llegar a un acuerdo. En estas situaciones la entidad seguiría siendo residente, a los efectos del CDI, en sendos Estados Miembros. De manera que la regla anti-híbridos no podría ser aplicada por ninguno de los Estados Miembros y la doble no imposición persistiría.

No es lo mismo que la regla anti-híbridos vincule la residencia directamente al concepto de residencia del CDI aplicable (e indirectamente a la sede de dirección efectiva), a que la vincule directamente al concepto de sede de dirección efectiva. En el primer caso, el concepto de residencia no tiene una definición autónoma comunitaria, sino nacional para cada Estado Miembro (en este caso el CDI forma parte de la legislación nacional), y por lo tanto tiene que ser interpretado en última instancia por los tribunales nacionales de cada Estado contratante, con los consiguientes problemas de interpretación heterogénea que hemos referido.

Por el contrario, si la regla anti-híbridos de este artículo 9 ter hubiera definido autónomamente la residencia (por ejemplo, vinculándola a la sede de dirección efectiva), en vez de remitir al CDI aplicable, entonces estaríamos ante un concepto autónomo de residencia que sí podría ser interpretado unívocamente por el TJUE, eliminando cualquier posibilidad de persistencia en la doble no imposición.

## 5. La implementación de las medidas anti-híbridos en España

### 5.1. La implementación inicial

Sin perjuicio de que los tribunales sí se habían pronunciado varias veces sobre los instrumentos financieros híbridos, la antigua TRLIS no preveía medidas específicas para eliminar las asimetrías híbridas. Las primeras incorporaciones de reglas orientadas a combatir este tipo de estructuras se hicieron con la aprobación de la reciente LIS en 2014. En esta Ley se incorporaron, además de la regla anti-híbridos especial introducida por la Directiva Matriz-Filial, determinadas medidas muy generales al abrigo de la incipiente preocupación por las asimetrías híbridas de las que se hizo eco la OCDE en su proyecto BEPS y de determinadas recomendaciones de la UE.

En primer lugar, en la LIS se incorporó la regla especial anti-híbridos establecida en el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial[914]. Dicha regla anti-híbridos, incorporada en la norma de exención del artículo 21.1 de la LIS, alcanza a todos los "dividendos o participaciones en beneficios" que se califiquen como tal a los efectos de la exención. Así, dicha regla no solo se aplica a los dividendos y participaciones en beneficios derivados de participaciones en un instrumento de capital en sentido mercantil, sino que también se aplica a los intereses derivados de préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades.

En el mismo artículo 21 de la LIS se implementa también en su apartado 2 (subapartado 3º) una regla especial para los préstamos de valores, de manera que si una entidad es prestataria de unos valores, el dividendo procedente de estos valores durante el préstamo no podrá estar exento si en virtud del referido contrato de préstamo dicho importe debe ser entregado al prestamista reflejando un gasto deducible al efecto[915]. Esta regla especial es también aplicable en relación al crédito fiscal subyacente derivado de dividendos de filiales extranjeras, tal y como se establece en el artículo 32.2.2º de la

[914] Esta regla es también el equivalente de la regla especial de la Recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), p. 45.

[915] Entendemos que esta regla especial también es aplicable al prestatario en los casos de préstamos estructurados como venta de valores con pacto de recompra, véase OCDE (2015), ejemplo 1.31. Véase también López Ribas (2018), p. 235.

LIS, de manera que se evita un potencial doble aprovechamiento de un crédito fiscal (en España como jurisdicción del prestatario y en la jurisdicción del prestamista).

Por último, la LIS también introduce en el artículo 15.j la regla anti-híbridos primaria para las asimetrías híbridas en forma de deducción sin inclusión:

> "Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento."

Por su extrema simplicidad esta regla es susceptible de aplicar solamente a las asimetrías híbridas derivadas de la utilización de instrumentos financieros[916]. Así, no parece cubrir asimetrías en las que el elemento híbrido sea la propia entidad o el establecimiento permanente.

De la lectura literal de esta regla parece que va en la misma línea de la Acción 2 de BEPS y la ATAD II en el sentido de que se aplica con respecto a la tributación esperada del instrumento financiero en la jurisdicción de la contraparte, ignorando así si el beneficiario del pago pudiera ser también objeto de un estatus fiscal especial[917].

Con respecto a la no aplicación de la norma cuando el pago esté sometido en la jurisdicción del beneficiario a un tipo nominal que sea igual o superior al 10%, se podrían

[916] En la Consulta de la DGT V0054-20 se analiza un pago de un arrendamiento por una entidad a otra entidad exenta, concluyendo la DGT que "en la medida en que se trata de una operación de arrendamiento para ambas partes no puede afirmarse que exista una diferente calificación fiscal y, en consecuencia, no procede analizar la aplicación del artículo 15.j) de la LIS". En la Consulta V3117-15, la DGT establece lo siguiente: "Tampoco procederá de aplicación la letra j) del artículo 15 de la LIS, por cuanto, tal y como señala el consultante, los instrumentos financieros señalados, tanto las emisiones de perpetual securities como de dated securities tienen la consideración fiscal en Países Bajos de instrumentos de deuda. Igual calificación poseen los préstamos subordinados generando por tanto un ingreso financiero en dicho país y estando dicha renta sujeta y no exenta a tributación en Países Bajos, sometida a un tipo de gravamen del 25%. Por tanto, no existe distinta calificación fiscal en la entidad de Países Bajos, no resultando así de aplicación la referida letra j)".

[917] Véase Jiménez-Valladolid (2015), pp. 145 y 146.

generar determinadas contradicciones[918]. En concreto, una exención parcial sobre un pago que determine un tributación efectiva inferior al 10% (por ejemplo, una exención de un 50% del pago recibido en una jurisdicción cuyo tipo nominal ordinario es del 15% originaría una tributación efectiva del 7,5%) debería obligar al pagador a limitar la deducibilidad del pago solo en la medida de la exención parcial (limitando solo la deducibilidad del 50% del pago), mientras que si la jurisdicción del perceptor tiene un tipo reducido del 7,5% obligaría al pagador a limitar íntegramente la deducibilidad del pago (el 100% del pago sería no deducible).

Además, no queda claro si esta medida cubriría aquellos supuestos en los que el perceptor de un dividendo goce en su jurisdicción de algún tipo de crédito fiscal indirecto por el impuesto subyacente.

Otra de las cuestiones importantes a analizar es qué ocurre en aquellos casos en los que el perceptor sí grava el pago realizado por la entidad española, pero lo grava en un periodo impositivo posterior debido a un desajuste en las reglas de imputación temporal del pago en ambas jurisdicciones. La regla del artículo 15.j de la LIS no establece que el pago deba quedar exento en el mismo periodo impositivo en que el pagador deduce fiscalmente el gasto, por lo que probablemente la manera más razonable sea interpretar esta regla a la luz del informe de la Acción 2 de BEPS[919]. De manera que el contribuyente

[918] Hay autores que se han planteado la cuestión de si la aplicación de la regla anti-híbridos del artículo 15.j de la LIS se aplicaría en cualquier conflicto de calificación en el que el perceptor tribute a un tipo nominal inferior al 10%, con independencia de si se trata de un tipo reducido o no. Para López Ribas (2014), p. 13, la regla anti-híbridos aplicaría siempre que el perceptor del pago esté sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. Jiménez-Valladolid (2015), p. 145, niega esta posibilidad acudiendo al principio de proporcionalidad, ya que entonces la regla anti-híbridos gravaría supuestos en los que no hay ventaja fiscal alguna. En nuestra opinión, ni siquiera es necesario acudir a principios generales del Derecho ni de justicia financiera para dar una repuesta a este interrogante. En nuestra opinión, la propia redacción del referido artículo establece que para aplicar la regla anti-híbridos el tipo nominal inferior al 10% debe ser "consecuencia de una calificación fiscal diferente", de manera que si el tipo de gravamen general de la jurisdicción del perceptor es inferior al 10% no se cumplirá el nexo de causalidad entre la calificación fiscal diferente y la baja tributación. Por tanto, la norma anti-híbridos solo aplicará cuando el tipo nominal inferior al 10% sea un tipo reducido respecto del tipo nominal aplicable a las rentas ordinarias. Admitir lo contrario sería proclamar la irrelevancia de la calificación híbrida, que es precisamente la razón de ser de la regla anti-híbridos.

[919] Jiménez-Valladolid (2015), p. 146, sugiere la posibilidad de alinear temporalmente la deducibilidad fiscal del gasto a la imputación temporal del ingreso por la jurisdicción del perceptor, de manera que se haga un ajuste positivo en el periodo impositivo en que el gasto es imputado contablemente y un posterior ajuste negativo en el periodo impositivo en el que la jurisdicción del perceptor haya imputado fiscalmente el correlativo ingreso. En nuestra opinión este posterior ajuste negativo, por no estar previsto

podrá deducir el gasto siempre que demuestre a la Administración que la jurisdicción del perceptor gravará el pago dentro de un periodo razonable de tiempo[920].

### 5.2. La transposición de la ATAD II: el Real Decreto-ley 4/2021

Por su complejidad y por gozar de un plazo de implementación más holgado[921], las medidas anti-híbridos de la ATAD II han sido objeto de una implementación separada con respecto a las medidas aprobadas por la ATAD I[922]. Así, muy recientemente se ha aprobado la norma española de transposición de la ATAD II mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo[923]. El Real Decreto-ley introduce en la LIS un nuevo artículo 15 bis titulado "Asimetrías híbridas" y añade los apartados 6 y 7 al artículo 18 del TRLIRNR, y despliega sus efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a su entrada en vigor.

---

expresamente en la norma anti-híbridos española, no sería posible a tenor de las normas de imputación temporal del artículo 11.3 de la LIS, que exige la inscripción contable del gasto como requisito de deducibilidad fiscal. Por tanto, solo cabria la opción de que el contribuyente alinease contablemente la imputación temporal del gasto a la imputación temporal del ingreso por el perceptor. De manera que el contribuyente español, ante aquellos casos en que el ingreso no vaya a ser imputado fiscalmente por el perceptor dentro de un periodo razonable de tiempo, debería esperar a contabilizar dicho gasto hasta que el perceptor impute el ingreso. Esta alternativa sería válida toda vez que el artículo 11.3 de la LIS permite la imputación contable y fiscal de gastos en periodos impositivos posteriores al de su devengo.

[920] Para desactivar la asimetría, y por tanto inaplicar la regla anti-híbridos, el pagador debe demostrar que se espera que el perceptor impute fiscalmente el ingreso dentro de un periodo razonable de tiempo. No se considerará cumplido este requisito cuando, en el contexto de un pago entre entidades de un mismo grupo, quede al arbitrio del perceptor la imputación fiscal futura del pago. Véase OCDE (2015), pp. 34-35 y ejemplos 1.21 y 1.22.

[921] No obstante, el plazo general de transposición de las medidas recogidas en la ATAD II finalizaba el 31 de diciembre de 2019 (habiendo debido aplicar dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2020). Excepto para la regla recogida en el artículo 9 bis de la ATAD, cuyo plazo de transposición finaliza el 31 de diciembre de 2021, debiendo aplicarse a partir del 1 de enero de 2022.

[922] Actualmente, las medidas de la ATAD I se encuentran en fase de aprobación a través del Proyecto (número 121/000033) de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 23 de octubre de 2020).

[923] Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas (BOE número 59, de 10 de marzo de 2021).

Las reglas anti-híbridos del nuevo artículo 15 bis no serán aplicables "cuando la asimetría híbrida se deba a que el beneficiario esté exento del Impuesto, se produzca en el marco de una operación o transacción que se base en un instrumento o contrato financiero sujeto a un régimen tributario especial"[924]. Tanto la ATAD II como la Acción 2 de BEPS establecen que las reglas anti-híbridos relativas a los instrumentos financieros híbridos no se aplican cuando la asimetría "se deba **únicamente** al estatuto fiscal del destinatario o al hecho de que el instrumento esté sujeto a los términos de un régimen especial" (énfasis añadido)[925]. Esta sutil diferencia en la redacción nos hace pensar que las reglas anti-híbridos españolas no se aplican cuando la asimetría híbrida derivada de un conflicto en la calificación fiscal de un instrumento financiero se solape con la existencia en la otra jurisdicción de un régimen especial de exención sobre el contribuyente (es decir, se solapen asimetría híbrida y beneficio fiscal especial o deliberado), postura que además nos parece más apropiada y conforme con el principio de proporcionalidad y con la finalidad de las normas anti-híbridos[926].

En los casos de utilización de entidades híbridas y EPs híbridos, el Real Decreto-ley parece seguir el criterio original de la Acción 2 de BEPS por el cual la regla anti-híbridos se aplicaba de modo preventivo, sin necesidad de que hubiera doble no imposición efectiva (es decir, siempre que la deducción pudiera ser compensada potencialmente con una renta que no fuera de doble inclusión). Así, en la redacción del Real Decreto-ley se requiere la aplicación de la regla anti-híbridos siempre que el gasto "no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión"[927], y ello con independencia de que se haya compensado o no con rentas que no sean de doble inclusión.

Para estos casos en que un contribuyente español aplicase la regla anti-híbridos sin que la deducción se hubiese compensado efectivamente en la otra jurisdicción, el Real

[924] Apartado 13 del artículo 15 bis de la LIS.
[925] Párrafo 16 del Preámbulo de la ATAD II. Véase también la Recomendación 1.3 del informe final de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), párr. 95.
[926] Sobre esta cuestión véanse las secciones 4.2.3.1.1 y 4.4.3.2.1 del Capítulo III.
[927] En concreto, los gastos de un EP extranjero que no calificase para la exención del artículo 22 de la LIS, pero sí para un crédito fiscal por el impuesto extranjero (artículo 31 de la LIS), no podrían deducirse en España hasta que dicho EP extranjero generase rentas de doble inclusión. Véase la letra d) del apartado 5 del nuevo artículo 15 bis de la LIS.

Decreto-ley no establece una regla de reversión de la norma anti-híbridos para evitar los supuestos de "pérdidas definitivas", tal como sí hace la Acción 2 de BEPS[928], sino que la redacción del Real Decreto-ley incluso va más allá y aplica un plazo de caducidad de 3 años al derecho a la compensación de dichos gastos con rentas de doble inclusión. En concreto el Real Decreto-ley establece lo siguiente respecto de los gastos no deducidos fiscalmente por aplicación de la regla anti-híbridos:

> "Los importes no deducidos conforme a lo establecido en el párrafo anterior podrán ser deducidos en los períodos impositivos que concluyan en los tres años siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se devengaron tales gastos, en la medida en que se compensen con ingresos de la persona o entidad vinculada que generen renta de doble inclusión."

Teniendo en cuenta que consideramos que la ATAD II debe interpretarse de conformidad con el Derecho primario de la UE[929], entendemos que el ajuste de la regla anti-híbridos únicamente debería realizarse en la medida en que haya doble no imposición efectiva (que la deducción sobre la que se aplica la regla anti-híbridos en España haya sido efectivamente compensada en la otra jurisdicción con rentas que no sean de doble inclusión), tal y como propone el propio Preámbulo de la ATAD II[930]. De otro modo, es dudoso que anticipar la aplicación de la regla anti-híbridos a situaciones en los que aún no hay doble no imposición efectiva pudiera ser conforme al Derecho primario de la UE[931].

Pero incluso de entenderse que la redacción de la ATAD II permitiese aplicar el criterio inicial de la Acción 2 de BEPS (y aplicar la regla anti-híbridos de manera preventiva antes de que haya efectiva compensación de la deducción en la otra jurisdicción con rentas

[928] OCDE (2015), Recomendación 6.1(d) y párr. 202. En estos casos, la aplicación de la regla anti-híbridos debe revertirse cuando el contribuyente demuestre que los gastos no deducidos en la jurisdicción que aplica la regla anti-híbridos se han convertido en "pérdidas definitivas" imposibles de compensar con rentas positivas en la otra jurisdicción (por ejemplo, por cese de actividad).
[929] Párrafo 28 del Preámbulo de la ATAD II.
[930] Párrafos 20 y 21 del Preámbulo de la ATAD II.
[931] Sobre esta cuestión, véase el Capítulo III, sección 4.4.3.2.2.2, y la STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.

que no sean de doble inclusión), aún así entendemos que el Real Decreto-ley extiende el alcance de las reglas anti-híbridos más allá del contenido *de minimis* de la ATAD II en la medida en que dicho Real Decreto-ley no solo no permite la reversión de la regla anti-híbridos en los casos de "pérdidas definitivas"[932] sino que además fija un plazo de 3 años para que los efectos de la regla anti-híbridos se *consoliden*, impidiendo revertir dicha regla pasado dicho plazo aunque se generen rentas de doble inclusión.

En este punto, el problema es que las medidas incorporadas por el Real Decreto-ley que excedan del contenido mínimo de la ATAD II no van a gozar de la presunción de validez propia de la que gozan las normas armonizadoras de la Unión Europea[933].

Otra de las cuestiones relevantes de este Real Decreto-ley es que amplía, con respecto a la ATAD II, el alcance subjetivo de las reglas anti-híbridos aplicables a las asimetrías híbridas derivadas de la utilización de entidades híbridas (inversas) y EPs híbridos. En la ATAD II estas reglas anti-híbridos solo son aplicables, además de en los casos de mecanismos estructurados, cuando las partes implicadas en una asimetría híbrida formen parte de un mismo grupo de control. En el Real Decreto-ley estas reglas anti-híbridos se aplican también cuando estas asimetrías híbridas tengan lugar entre partes que, sin pertenecer a un mismo grupo de control, estén vinculadas de acuerdo con los criterios del artículo 18 de la LIS. Esto supone que para aplicar cualquiera de las reglas anti-híbridos bastará con que se dé alguna de las circunstancias de vinculación del artículo 18 de la LIS, sin que por ello sea necesario que las partes implicadas formen parte de un mismo grupo de control. Esto puede suponer un problema en aquellas asimetrías híbridas que no deriven de relaciones socio-sociedad (como, por ejemplo, los pagos a una entidad híbrida inversa), ya que si las partes vinculadas no pertenecen a un mismo grupo de control no necesariamente una de las partes se va a beneficiar de la asimetría híbrida. Esta ampliación del alcance subjetivo de estas reglas podría colisionar

[932] Aunque la ATAD II no habla de los supuestos de "pérdidas definitivas", en nuestra opinión debe seguirse el criterio de la Acción 2 de BEPS no solo porque es parte del contexto sino porque tal criterio alinea la regla anti-híbridos con el Derecho primario de la UE (párr. 28 del Preámbulo de la ATAD II). Precisamente la doctrina jurisprudencial de los casos *Marks & Spencer* y *Lidl* (véase al respecto el Capítulo IV, sección 2.5.2.3) consagra que es contrario a las libertades fundamentales del TFUE que el Estado de residencia de una entidad impida a esta deducir las pérdidas definitivas de un EP extranjero.
[933] Sobre el principio *Tedeschi*, véase nota 1029 y texto que la acompaña.

con el principio de capacidad económica, e incluso con el Derecho primario de la UE, en la medida en que se den situaciones en las que el contribuyente sobre el que recae la aplicación de la regla anti-híbridos no se beneficie económicamente, ni directa ni indirectamente, de la asimetría híbrida[934].

### 5.2.1. La regla primaria

Como consecuencia de la incorporación en la LIS del nuevo artículo 15 bis por el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas, queda derogada la regla primaria general recogida en el artículo 15.j de la LIS. La nueva regla anti-híbridos primaria aplicable a los pagos derivados de instrumentos financieros híbridos queda redactada de la siguiente manera:

> "1. No serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación, no generen un ingreso, generen un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica.
>
> En caso de que el ingreso se genere en un período impositivo que se inicie dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se haya devengado el gasto para el contribuyente, dicho gasto será fiscalmente deducible en el período impositivo en el que el mencionado ingreso se integre en la base imponible del beneficiario."[935]

El apartado primero del artículo 15 bis de la LIS no supone un cambio sustancial al derogado artículo 15.j. Merece la pena subrayar que la nueva redacción, al contrario

[934] Sobre estas cuestiones, véase el Capítulo III, sección 4.4.3.1.

[935] Apartado primero del artículo 15 bis de la LIS.

que su predecesor (el derogado artículo 15.j de la LIS), sí incluye dentro de su alcance aquellas asimetrías híbridas en las que la jurisdicción del beneficiario del pago aplique un tipo nominal reducido[936] o cualquier otra reducción impositiva sobre la tributación ordinaria.

Esta regla cederá cuando sea aplicable la regla especial relativa a los préstamos de valores de los artículos 21.2.3º y 32.2.2º de la LIS[937].

Se pretenden resolver algunos de los problemas de imputación temporal planteados en la redacción del derogado artículo 15.j, pero la redacción genera cierta confusión. En este sentido, la regla primaria parece aplicarse incluso en los casos en los que la asimetría híbrida se debe a un conflicto transitorio de imputación temporal.

La ATAD II excluye de su alcance los conflictos de imputación temporal, de manera que establece que no hay asimetría híbrida cuando: *a)* la jurisdicción del beneficiario incluye el pago dentro del período impositivo que se inicie dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se haya devengado el gasto para el contribuyente; o *b)* cuando pueda preverse razonablemente que el pago será incluido por la jurisdicción del beneficiario en un período fiscal futuro y las condiciones del pago sean las que puede preverse que se acuerden entre dos empresas independientes[938].

---

[936] Véase nota 918. Si no se refiriese a una tributación reducida respecto de la ordinaria, la regla se aplicaría también a situaciones en las que no hay asimetría. Recordemos que, tanto en la Acción 2 de BEPS como en la ATAD II, la existencia de una asimetría híbrida viene determinada por una "no inclusión" del pago en la jurisdicción del beneficiario. La "no inclusión" no solo incluye los casos de exención, sino también los casos en que el pago tribute a un tipo inferior al ordinario, fuera cual fuera este. Así, en el párrafo 16 del Preámbulo de la ATAD II se establece que existe deducción sin inclusión cuando en la jurisdicción del beneficiario el pago dé derecho a "una exención del impuesto, una reducción del tipo impositivo o cualquier crédito o reembolso del impuesto".

[937] En la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley se aclara que, siguiendo los criterios de la ATAD II, no se aplica la regla anti-híbridos respecto del pago de un *dividendo fabricado* cuando la obtención del dividendo del que trae causa aquel se integre en la base imponible del pagador. Por tanto, en la medida en que los artículos 21.2.3º y 32.2.2º de la LIS obligan a integrar en la base imponible "los dividendos o participaciones en beneficios recibidos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden", la regla anti-híbridos primaria no se aplicará.

[938] Letra a) del párrafo primero del artículo 2.9 de la ATAD. Véase el párrafo 22 del Preámbulo de la ATAD II. Esta regla pretende evitar que, en aquellos países donde el país del pagador utilice el criterio de devengo y el país del beneficiario el criterio de caja, pagador y beneficiario establezcan respecto de un pago términos contractuales artificiales (por motivos puramente fiscales) para explotar dichas diferencias; véase al respecto nota 920. Aunque es cierto que dichas técnicas pueden ser combatidas con medidas

Sin embargo, de la redacción del apartado primero del artículo 15 bis parece inferirse que el pagador español debe denegar permanentemente (es decir, una diferencia permanente positiva) la deducibilidad de un pago cuando la jurisdicción del beneficiario lo haya gravado en un periodo impositivo que se inicie pasados los doce meses siguientes a la finalización del periodo impositivo en que se devengó dicho gasto para el contribuyente español. Así, más allá de este umbral de doce meses, no parece que el contribuyente pueda demostrar que, debido a un diferente criterio de imputación temporal en ambas jurisdicciones, el pago va a ser incluido con seguridad en un periodo futuro. Posibilidad que sí se contempla en la ATAD II y en la Acción 2 de BEPS.

Esta lectura literal de la norma nos parece absolutamente desproporcionada ya que generaría supuestos de sobreimposición por conflictos de imputación temporal de carácter meramente transitorio. Por lo que entendemos que este umbral de doce meses debe operar como una suerte de *safe harbour* que, en caso de no satisfacerse, en todo caso permita al contribuyente poder demostrar que el pago va a ser integrado en la base imponible del beneficiario extranjero en un periodo razonable, tal y como se establece en la ATAD II[939].

No obstante, el contribuyente español podría evitar estas dudas interpretativas simplemente alineando temporalmente la contabilización del gasto a la tributación del pago en la jurisdicción del beneficiario[940].

El Real Decreto-ley también incluye la regla primaria para supuestos de deducción sin inclusión derivados de pagos ignorados entre una entidad híbrida y sus socios o de pagos realizados a una entidad híbrida inversa. En estos casos la regla primaria es aplicable cuando España sea la jurisdicción del pagador, denegando así la deducibilidad del pago.

generales anti-abuso. Fuera de dichos casos, la mera existencia de diferencias de imputación temporal no da lugar a una asimetría híbrida.

[939] De hecho, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas se hace eco del criterio seguido por la ATAD II en cuanto al "plazo razonable" de imputación temporal.

[940] Véase nota 919.

Se incluye también la regla primaria relativa a los supuestos de deducciones dobles derivados de gastos incurridos por una entidad híbrida, regla que es aplicable cuando España sea la jurisdicción del inversor. Aunque es difícil que esta regla se llegue a aplicar en la práctica dado que el criterio seguido por la DGT hace que no puedan surgir asimetrías híbridas cuando España es el país del inversor[941].

Por último, también se incluyen las reglas primarias en relación a las asimetrías híbridas a través de establecimientos permanentes híbridos. Así, la regla primaria se aplica a los supuestos de deducción sin inclusión derivados de pagos a EPs no computados y de conflictos en la atribución de los beneficios entre la casa central y sus EPs (por pagos procedentes de terceros o por pagos internos presumibles o estimados). En estos casos la regla primaria será aplicable cuando España sea la jurisdicción en la que se ha deducido fiscalmente el pago (ya sea real o presumible). También se incluyen los supuestos de deducciones dobles derivados de los gastos realizados por EPs híbridos, en cuyo caso la regla primaria será aplicable cuando España sea la jurisdicción de la casa central.

### 5.2.2. La regla secundaria

El Real Decreto-ley opta por ejercer la opción prevista en la ATAD II y no implementar la regla secundaria respecto de las situaciones de deducción sin inclusión derivadas de pagos a entidades híbridas inversas, de pagos a EPs no computados y de conflictos en la atribución de pagos entre la casa central y sus EPs[942].

No obstante, la regla secundaria sí se incorpora en relación a los supuestos de deducciones dobles, tanto en situaciones que impliquen a una entidad híbrida como en las que impliquen a un EP híbrido. En este caso la regla secundaria se aplica cuando España sea la jurisdicción de establecimiento de la entidad híbrida o el EP híbrido que incurre en el gasto. Y también se incorpora la regla secundaria para los supuestos de

[941] En relación con el criterio de la DGT, véase el Capítulo III, sección 2.2.2.
[942] Artículo 9.4(a) de la ATAD.

deducción sin inclusión derivados de pagos internos ignorados entre una entidad híbrida y sus socios, regla que será aplicable cuando España sea la jurisdicción del socio (en cuyo caso se debe incluir el pago como renta imponible).

Por último, merece mención especial que el Real Decreto-ley no incorpora la regla anti-híbridos secundaria relativa a las situaciones de deducción sin inclusión derivadas de pagos procedentes de instrumentos financieros híbridos, aplicable en la jurisdicción del beneficiario. La razón alegada en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley es que es que esta regla secundaria es innecesaria toda vez que la regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS ya cubre los supuestos de obtención de dividendos que sean deducibles para quien los distribuye. Sin embargo, determinados supuestos de *transferencias híbridas* con resultado de deducción sin inclusión no quedan cubiertos por la regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS, lo que exigiría a nuestro juicio haber incorporado la regla anti-híbridos secundaria. Así, la regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS no aplicaría al prestamista que recibe dividendos procedentes de valores cedidos en préstamo, y por lo tanto sí tendría derecho a la exención del artículo 21.1 de la LIS en la medida en que dichos dividendos no fueran deducibles en sede de la entidad que los distribuye[943].

### 5.2.3. Reglas especiales

El Real Decreto-ley transpone, a través del apartado sexto del artículo 15 bis de la LIS, la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD relativo a los pagos a EPs no computados. Así, la exención sobre los beneficios obtenidos a través de un EP extranjero (artículo 22 de la LIS) no será aplicable cuando dicho EP sea no computado en su jurisdicción de

[943] Véase el artículo 21.2.3º de la LIS. En estos casos, podría seguir habiendo una potencial asimetría híbrida si el prestatario de los valores reside en una jurisdicción que no ha implementado normas anti-híbridos y, conforme a su legislación, se atribuye también el dividendo (que también es declarado exento) procedente de los valores cedidos en préstamo, a la par que se deduce fiscalmente el pago del *dividendo fabricado* al prestamista. Lo mismo pasaría en caso de aplicar el crédito fiscal indirecto del artículo 32.1 de la LIS, de manera que seguirían siendo posibles los casos de doble aprovechamiento de un crédito fiscal indirecto en los préstamos de valores cuando el prestamista resida en España y el prestatario en un país sin reglas anti-híbridos.

establecimiento. Sin embargo, al contrario que la Directiva, la regla española no excluye expresamente la aplicación de esta regla especial cuando un CDI suscrito entre España y un Estado no miembro de la UE prevea una exención sobre tales rentas. No obstante, tal omisión es irrelevante toda vez que una exención prevista por un CDI suscrito por España debe prevalecer sobre la norma interna española (ya que en este caso ni siquiera la norma comunitaria ampara la aplicación de la norma anti-híbridos cuando hay exención en un CDI suscrito con un país tercero).

Incluye también una regla especial para asimetrías híbridas importadas[944], que será aplicable cuando un contribuyente residente en España realice pagos que financien, directa o indirectamente, gastos deducibles en otra jurisdicción que den lugar a una asimetría híbrida. De acuerdo a esta regla especial, dichos pagos no serán deducibles para el contribuyente español. De manera que esta regla especial tiene como objetivo prevenir el traslado de bases imponibles a jurisdicciones en las que no existan normas anti-híbridos[945].

Asimismo, el Real Decreto-ley incorpora, a través de apartado octavo del artículo 15 bis de la LIS, la regla especial del artículo 9.6 de la ATAD relativa al doble aprovechamiento de un crédito fiscal en las transferencias híbridas, aquellas en las que las ambas partes de la operación, cedente y el cesionario, se atribuyen conforme la legislación de su país el rendimiento de un instrumento financiero, de manera que ambas partes también se atribuyen el crédito fiscal por la retención en fuente pagada sobre el rendimiento de dicho instrumento financiero; y a la par una de las partes, la que es la prestataria en la operación, genera un gasto financiero deducible fiscalmente. Como ya dijimos anteriormente, las transferencias híbridas se articulan básicamente a través de préstamos de valores o de préstamos estructurados como venta de valores con pacto de recompra. El problema de estas operaciones es que no permiten aplicar las reglas

[944] Apartado séptimo del artículo 15 bis de la LIS.

[945] Aunque la operativa puede ser muy compleja, el mecanismo general es simple. Una entidad residente en un país con normas anti-híbridos traslada, en virtud de un pago fiscalmente deducible, sus bases imponibles a una jurisdicción en la que no existan reglas anti-híbridos al objeto de crear una asimetría híbrida con un tercer país en el que tampoco existan normas anti-híbridos, y así anular toda la base imponible.

anti-híbridos ordinarias cuando el doble crédito fiscal es un crédito fiscal directo para eliminar la doble imposición jurídica (ya que en ese caso no hay un resultado de deducción sin inclusión)[946]. En el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas solo se incorpora esta regla en lo atinente a los créditos fiscales derivados de retenciones a cuenta del propio Impuesto sobre Sociedades, dejando fuera del ámbito de aplicación de esta regla a los créditos fiscales por retenciones de fuente extranjera bajo la asunción de que la LIS ya "dispone de preceptos"[947]. Entendemos que esta decisión se basa en que las retenciones de fuente extranjera solo son deducibles en la medida en que no excedan de la parte de la cuota impositiva española atribuible a dichos rendimientos. De manera que el prestatario español, en la medida en que no obtiene renta neta positiva en estas operaciones, no podría deducir las retenciones de fuente extranjera[948]. No así con las retenciones a cuenta del propio Impuesto sobre Sociedades. De hecho, muchas de estas operaciones pueden ser combatidas por la vía de la propia calificación[949] (ya sea por la vía del artículo 13 de la LGT o de la simulación del artículo

[946] De acuerdo al artículo 15 bis.1 de la LIS solo hay resultado de deducción sin inclusión cuando los pagos "no generen un ingreso, generen un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos **distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica**" (énfasis añadido). Así, el hecho de que un pago goce de un crédito fiscal directo por el impuesto retenido en fuente no desnaturaliza su condición de pago "incluido como renta ordinaria", véase OCDE (2015), párr. 32.

[947] Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo: "En relación con las asimetrías de transferencias híbridas generadas por una doble utilización de retenciones, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, dispone de preceptos que impiden una parte de los efectos de dichas asimetrías por lo que solo resulta necesario transponer en el artículo 15 bis.8 el precepto regulado en el artículo 9.6 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, en lo atinente a las retenciones a cuenta del Impuesto sobre Sociedades, lo que se lleva a cabo en conexión con la recomendación contenida en el considerando 23 de la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017".

[948] La STS de 14 de junio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 1256/2011), establece que "el propio art. 23 [del CDI] establece que la deducción de los impuestos soportados en Brasil tienen como límite lo que hubiera soportado como tributación de haber sido obtenida la renta en España, para cuya determinación, como señala el Abogado del Estado, se aplica la normativa española, la cual, conforme a los artículos 10 a 23 del Impuesto sobre Sociedades, considera a efectos fiscales como renta gravada la resultante de los ingresos menos gastos". En el mismo sentido la SAN de 26 de diciembre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 109/2011). El TEAC, por su parte, confirma en su resolución de 8 de octubre de 2019 (R.G. 5548/2018) que para determinar la base de la deducción, deben computarse "tanto los ingresos por los intereses percibidos, como los gastos relacionados con los mismos (gastos financieros, servicios exteriores y diferencias de cambio)". Véase también López Ribas (2018), p. 235, para quien el "método de imputación ordinaria para impuestos retenidos en el extranjero no parece que facilite el aprovechamiento de créditos sin integración de ingreso en la base imponible".

[949] Aunque la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se determina a partir del resultado contable, la determinación del elemento subjetivo del hecho imponible (la atribución de la renta) se debe hacer de acuerdo a criterios materiales de determinación de quién obtiene realmente la renta. No obstante, una

16 de la LGT) o por la vía del artículo 15 de la LGT[950]. Por ejemplo, muchos préstamos de valores realmente son operaciones de simulación absoluta en la medida en la que las partes de la operación solo buscan los efectos fiscales de la misma[951].

Para combatir los casos de doble residencia se incorpora, a través del apartado décimo del artículo 15 bis de la LIS, la regla especial del artículo 9 ter de la ATAD. En estos casos el Real Decreto-ley se aparta del criterio seguido para los casos de deducciones dobles derivados de entidades híbridas y EPs híbridos, y únicamente impone la obligación de aplicar la regla anti-híbridos en el momento y en la medida en que haya doble no imposición efectiva ("en la parte que se compense con ingresos que no generen renta de doble inclusión" y "en el período impositivo en que esta se produzca"). No obstante, tal y como establece el artículo 9 ter de la ATAD, cuando la doble residencia se produzca con otro Estado Miembro y España sea el país de residencia de acuerdo con el CDI suscrito entre ambos, España no debe aplicar la norma anti-híbridos.

Por último, es reseñable señalar que el Real Decreto-ley elude incorporar el artículo 9 bis de la ATAD[952] bajo el argumento de que la "doble no inclusión" propia de las entidades híbridas inversas no tiene cabida en nuestro ordenamiento tributario "toda vez que lo establecido en la regulación de los impuestos que gravan la renta impiden que surja la asimetría señalada"[953]. En nuestra opinión, la actual legislación española únicamente "cubre" los supuestos de entidades híbridas inversas cuando España es la jurisdicción del socio en la entidad híbrida inversa, pero no cubre aquellos casos en que la entidad híbrida inversa estuviera establecida en España. Y entrecomillamos "cubre" porque como ya hemos tratado anteriormente en este trabajo, es dudoso que la

interpretación adecuada de las normas contables debería llevarnos a similares resultados. Para un estudio en profundidad de estas cuestiones véase Báez Moreno (2009), pp. 71-73 y 156-170.

[950] López Ribas (2018), p. 236, y párrafo 23 del Preámbulo de la ATAD II.

[951] Véanse las sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2019 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, rec. 146/2016) y de 23 de julio de 2020 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, rec. 213/2017).

[952] Véase la Disposición final segunda del Real Decreto-ley 4/2021 de 9 de marzo.

[953] Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas. El Anteproyecto puede consultarse en: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/impuesto-sociedades.pdf.

redacción del artículo 87.1 de la LIRPF permita a las autoridades fiscales españolas calificar a las entidades extranjeras conforme a la calificación fiscal de su jurisdicción de establecimiento. No obstante, entendemos que las normas españolas sobre transparencia fiscal internacional también podrían ser efectivas en estos casos.

Así, consideramos que España no tiene normas efectivas que cubran los supuestos contemplados por el artículo 9 bis de la ATAD. En este sentido piénsese que se estableciese en España una sociedad civil con objeto profesional (que no es contribuyente por el Impuesto sobre Sociedades) que fuera considerada entidad opaca en la jurisdicción de los socios[954]. Incluso cabría la posibilidad de que la constitución de una comunidad de bienes en España pudiera ser visto en la jurisdicción de los partícipes como un verdadero contrato de sociedad, con verdadera personalidad jurídica, y por tanto se calificase como opaca en su jurisdicción. En todos estos casos, el TRLIRNR tampoco nos ofrece soluciones efectivas si esta entidad no realiza actividades económicas en España (de manera que no se le pueda imputar la existencia de un EP) y los ingresos que recibe no son de fuente española[955].

### 5.3. Reflexiones finales: la interacción de las normas anti-híbridos españolas con la ATAD en sus distintas etapas de implementación

La primera batería de normas anti-híbridos, de carácter muy sucinto y simple, se incorporó en la redacción original de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que entró en vigor el 1 de enero de 2015 y con efectos para los periodos impositivos iniciados el 1 de enero de 2015.

[954] El mismo problema podría darse con respecto a las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, ya que están sujetas a un régimen de transparencia fiscal (artículo 44 de la LIS). Véase al respecto, Sanz Gadea (2014), p. 41.

[955] Véanse los artículos 35 y 36 del TRLIRNR. Véanse las Consultas de la DGT V1753-08 y V2483-07.

Salvo la medida anti-híbridos incorporada en el artículo 21.1 de la LIS relativa a la exclusión del régimen de exención de participaciones para los dividendos que fueren deducibles en la jurisdicción del pagador, que con respecto a los dividendos intracomunitarios contaba ya con la cobertura de la Directiva Matriz-Filial en su redacción dada por la reciente Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014, el resto de medidas anti-híbridos no derivaban de ninguna directiva europea. En concreto, el artículo 15.j relativo a la deducibilidad de los pagos no gravados en la jurisdicción del beneficiario.

Una de las primeras consecuencias es que, sin contar con amparo de directiva europea alguna, las medidas anti-híbridos podrían ser contrarias a las libertades fundamentales del TFUE ya que, como explicaremos en el Capítulo IV del presente trabajo, las normas anti-híbridos discriminan las operaciones transfronterizas y su finalidad esencialmente "compensatoria" no puede justificar una restricción de las libertades fundamentales[956].

Por tanto, en nuestra opinión, la aplicación de la norma anti-híbridos del artículo 15.j de la LIS pudo ser incompatible con las libertades del TFUE hasta la entrada en vigor de la ATAD, el 8 de agosto de 2016. De la misma forma, la aplicación de la norma española a las asimetrías híbridas con países extracomunitarios pudo ser incompatible con el TFUE hasta la entrada en vigor de la modificación de la ATAD (mediante la ATAD II, que dio cobertura a las normas anti-híbridos aplicables a las asimetrías híbridas con países terceros), el 27 de junio de 2017.

A partir de ese momento, al margen de que, como se verá en el Capítulo IV, defendemos la conformidad de las normas anti-híbridos con las libertades fundamentales del TFUE en la medida en que derivan de una Directiva europea cuya finalidad es asegurar los objetivos de la Unión Europea (como es preservar un adecuado marco de competencia empresarial en condiciones de igualdad), lo que no ofrece dudas es que, como mínimo, las normas anti-híbridos nacionales aprobadas bajo la cobertura legal de una directiva europea, como es la ATAD, gozan presunción validez[957].

[956] Sobre esta cuestión, véase el Capítulo IV, sección 2.5.2.2.1.1.
[957] Véase al respecto el principio *Tedeschi*, en nota 1029 y texto que la acompaña.

No obstante, lo que no podemos perder de vista es que las normas anti-híbridos establecidas en la ATAD son unas normas de mínimos que obligan a los Estados Miembros a transponer unos estándares mínimos. Esta circunstancia nos sitúa ante una doble problemática.

En primer lugar, qué ocurre cuando un Estado Miembro no ha implementado, dentro del plazo de transposición, los estándares mínimos del artículo 9 de la ATAD. Las medidas actualmente vigentes de la ATAD (en su redacción dada por la Directiva (UE) 2017/952 de 29 de mayo de 2017) debían estar transpuestas en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros para el 31 de diciembre de 2019, debiendo ser aplicadas a partir del 1 de enero de 2020[958].

No obstante, España no transpuso las normas anti-híbridos de la ATAD hasta el año 2021, mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, sobre asimetrías híbridas. La Disposición final cuarta del referido Real Decreto-ley establece que las medidas contenidas en el mismo tendrán "efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a su entrada en vigor". De manera que, en aras de cumplir con las limitaciones constitucionales a la retroactividad de las normas tributarias, el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas no es aplicable a los periodos impositivos ya concluidos a su entrada en vigor (el 11 de marzo de 2021).

Además, sobre dichos periodos impositivos ya concluidos a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas, la ATAD tampoco es directamente aplicable por las autoridades fiscales españolas. Cabe recordar que las directivas europeas no son directamente aplicables por los Estados Miembros en cuanto supongan perjuicios u obligaciones para el contribuyente; es decir, se prohíbe el efecto directo vertical inverso o descendente de las directivas[959]. Esto supone que la Administración

[958] Salvo en lo relativo a la regla especial del artículo 9 bis de la ATAD, cuyo plazo de transposición termina el 31 de diciembre de 2021, debiendo ser aplicable a partir del 1 de enero de 2022.

[959] El TJUE abordó por vez primera el efecto de las directivas europeas en el caso *Van Duyn* (asunto 41/74), cuya sentencia de 4 de diciembre de 1974 estableció que un particular podía invocar los derechos de una directiva si esta es lo suficientemente clara y precisa. No obstante, en el caso *Nijmegen* (asunto 80/86) el

tributaria española no puede aplicar, para aquellos periodos impositivos concluidos antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas, aquellas medidas anti-híbridos de la ATAD que, debiendo haber sido ya transpuestas, no habían sido aún implementadas en el ordenamiento español, como las medidas relativas a las entidades híbridas (inversas), a los EPs híbridos, y a la doble residencia.

No obstante, el hecho de que la ATAD sea una norma de mínimos, tal y como consagra el propio artículo 3 de la ATAD, faculta a los Estados Miembros para establecer normas más restrictivas o gravosas para los contribuyentes que las que se derivan de dicha directiva. Por lo que el contribuyente tampoco podría ampararse en el efecto directo vertical ascendente[960] (en favor del contribuyente) de las directivas para pretender invocar la aplicabilidad de las medidas de la ATAD que pudieran ser menos gravosas que las que se derivasen de la aplicación del artículo 15.j de la LIS.

El segundo problema que deriva del hecho de que la ATAD sea una norma de mínimos, y el mas importante, es que toda aquella transposición nacional que exceda de los

---

TJUE estableció en su sentencia de 8 de octubre de 1987 que un Estado Miembro no puede invocar, para imponer obligaciones a los particulares, los preceptos de una directiva que no hubiera sido transpuesta. En el ámbito de la fiscalidad, el TJUE reiteró la prohibición del efecto directo vertical descendente en su sentencia de 5 de julio de 2007, C-321/05 (*Kofoed*), párrs. 40-42. Véase al respecto Weber (2009), p. 52. En España el TEAC ha asumido este principio europeo de interdicción del efecto directo vertical descendente. No obstante, es extremadamente fina la línea divisoria que separa el principio de interdicción del efecto directo vertical descendente del principio de "interpretación conforme", por el cual las normas nacionales que transpongan una directiva tienen que ser interpretadas a la luz de la letra y la finalidad de esta. Por lo que la cuestión estriba en determinar hasta qué punto una norma nacional de transposición de una directiva se ha transpuesto deficientemente (en cuyo caso las autoridades nacionales del Estado Miembro no pueden invocar la Directiva en perjuicio del contribuyente) o si por el contrario hay un simple error de interpretación de la norma nacional por parte de las autoridades fiscales nacionales. La resolución de esta cuestión actualmente está pendiente de resolución por el Tribunal Supremo en relación a un supuesto sobre la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido por una entidad mercantil (Auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, rec. 1045/2020). Para Almudí Cid, "el principio de interpretación conforme determina que el juez nacional**, en la medida en que así lo permita el Derecho interno** [interpretado conforme a los métodos de interpretación previstos en el artículo 12 de la Ley General Tributaria y 3.1 del Código Civil], resulta obligado a interpretar y aplicar dicho ordenamiento de forma conforme con el Derecho de la Unión Europea" (énfasis añadido), en "La Transmisión de Participaciones como Operación Financiera Accesoria a Efectos del Cálculo de Regla de Prorrata del IVA: Análisis a Luz de la Doctrina del Acto Aclarado y del Principio de Interpretación Conforme, Comentario a la STS de 2 Marzo de 2020, Rec. 2465/2017", disponible en: https://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/47073/la-transmision-de-participaciones-como-operacion-financiera-accesoria-a-efectos-del-calculo-de-regla-de-prorrata-del-iva-analisis-a-luz-de-la-doctrina

[960] Véase nota 959, caso *Van Duyn*.

estándares mínimos de la ATAD, en la medida en que no tiene cobertura legal de la directiva, ya no gozaría de una presunción de validez conforme al Derecho de la UE y muy probablemente sería incompatible con las libertades del TFUE[961]. Así, determinadas medidas incorporadas en el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas van más allá de los mínimos requeridos por la ATAD, e incluso algunas tienen carácter desproporcionado por ser susceptibles de provocar situaciones de sobreimposición.

Un ejemplo de ello lo encontramos en que el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas amplía[962], con respecto a la ATAD, el alcance subjetivo de las medidas anti-híbridos relativas a las entidades híbridas (inversas) y EPs híbridos; de tal forma que dichas medidas son aplicables en cualquiera de los casos de vinculación del artículo 18 de la LIS. Otro ejemplo lo encontramos en la regla primaria relativa a los instrumentos financieros híbridos, establecida en el artículo 15 bis.1 de la LIS, cuya reversión parece ser posible únicamente si la jurisdicción del beneficiario del pago grava la renta "en un período impositivo que se inicie dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se haya devengado el gasto para el contribuyente".

Otro caso de posible incompatibilidad con las libertades fundamentales del TFUE lo encontramos en el alcance objetivo de las normas anti-híbridos relativas a las entidades híbridas y EPs híbridos. Por un lado la norma española no requiere para su aplicación la existencia de doble no imposición efectiva, sino que la norma anti-híbridos se aplica ante una doble no imposición potencial, bastando simplemente que la deducción "no se compense con ingresos (…) de doble inclusión". Y por otro lado, la norma española ni siquiera prevé un sistema de para evitar el no aprovechamiento de *pérdidas definitivas*, sino que va más allá y establece una limitación temporal de tres años (que en ningún modo está prevista en la ATAD) para revertir la aplicación de la norma anti-híbridos; es

[961] Véase al respecto el principio *Tedeschi*, en nota 1029 y texto que la acompaña.

[962] Quizás otro ejemplo de posible incompatibilidad con las libertades del TFUE podría ser la norma anti-híbridos del artículo 21.1 de la LIS (relativa a la percepción de dividendos deducibles) en los supuestos en que se aplique a aquellos dividendos pagados por entidades extracomunitarias sobre las que el beneficiario ostente una participación inferior al 25% . En estos casos, tal aplicación no cuenta con la cobertura legal de la regla anti-híbridos especial del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial, que solo es aplicable a los dividendos intracomunitarios, ni con la cobertura de la regla anti-híbridos secundaria de la ATAD (artículo 9.2(b)), cuya aplicación exige una participación mínima de un 25% (o influencia significativa) o la existencia de un mecanismo estructurado.

decir, la norma española únicamente permite compensar las deducciones con rentas de doble inclusión dentro del plazo de los tres periodos impositivos posteriores a la aplicación de la regla anti-híbridos.

# CAPÍTULO IV - LAS REGLAS ANTI-HÍBRIDOS NACIONALES Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL

## 1. La interacción de las normas anti-híbridos con los convenios de doble imposición

### 1.1. ¿*Treaty override*?

#### 1.1.1. La regla anti-híbridos especial aplicable a los dividendos

La aplicación de las normas anti-híbridos ha planteado cuestiones de legalidad con respecto a determinadas normas de los CDIs que limitan la potestad de alguno de los Estados contratantes.

Las normas anti-híbridos, en la medida en que su aplicación supone el ejercicio de la potestad tributaria por un Estado contratante sobre uno de sus residentes, no afectan a las reglas distributivas de los convenios que limitan la tributación en fuente de los contribuyentes no residentes. Sin embargo, las normas anti-híbridos sí pueden afectar a las reglas de eliminación de la doble imposición de muchos CDIs establecen en favor de sus residentes. En concreto, en determinados convenios se establece una exención sobre los dividendos con el objetivo de eliminar la doble imposición económica.

Este tipo de exención sí puede afectar a la regla especial sobre dividendos establecida en la Recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS y a la regla secundaria relativa a los instrumentos financieros híbridos (Recomendación 1.1)[963]. En ambos casos la norma anti-híbridos requiere denegar la exención sobre dividendos cuando el pago sea deducible en la jurisdicción del pagador.

Si bien es cierto que el propio MC OCDE no estable una exención sobre los dividendos, sino el método de imputación, no obstante, muchos CDIs se desvían del MC OCDE de

[963] OCDE (2015), pp. 23 y 45.

manera que sí establecen una exención sobre dividendos incondicional con el objetivo de eliminar la doble imposición económica[964].

En estos casos, siguiendo a Rust, hay que distinguir entre dos escenarios: el Estado de residencia califica el pago como dividendo siguiendo el concepto autónomo de dividendo de las dos primeras definiciones del artículo 10.3 del MC OCDE, o califica el pago como dividendo siguiendo la calificación interna del Estado de fuente conforme a la última definición del artículo 10.3 del MC OCDE[965].

En el primero de los casos, cuando el Estado de residencia califica el pago como dividendo conforme a las definiciones autónomas del artículo 10.3 del MC OCDE[966], dicho Estado tiene la obligación de conceder la exención de manera incondicional, con independencia de que el Estado de fuente haya calificado internamente la renta como interés. En este tipo de casos, si el Estado contratante de residencia aplica la regla anti-híbridos estaría incurriendo en *treaty override*[967]. Por tanto, y al margen de la especial consideración que tienen las normas anti-híbridos de la ATAD por su primacía sobre los CDIs, la exención del CDI debe prevalecer sobre las normas anti-híbridos nacionales.

[964] Martínez Laguna (2019), sección 3.02[B][1].

[965] Rust (2015), p. 318. El artículo 10.3 de MC OCDE establece una definición de dividendo que comprende tres definiciones de carácter alternativo. Las dos primeras definiciones son definiciones autónomas: las rentas de "las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador", y de "otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios". Por el contrario, la tercera definición remite al régimen fiscal del Estado de fuente: "las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución". Véase Castro Arango (2014), pp. 284 y ss.

[966] Hay autores que han sugerido que el Estado de residencia puede aplicar su definición interna de dividendo cuando la norma convencional de exención alude exclusivamente al término "dividendo" sin aludir al artículo 10 del MC OCDE, de manera que la definición del artículo 10.3 no sería aplicable para el Estado de residencia en tal caso. Véase Avery Jones et al. (1996), pp. 140-141. En sentido contrario, Castro Arango (2014), p. 72. Este debate no altera el resultado de *treaty override* en la medida en que el Estado de residencia sigue teniendo la obligación de aplicar la exención conforme al CDI, ya sea porque considere que el término "dividendo" establecido en la norma de exención del CDI es un concepto autónomo convencional, o bien porque considere que es un término no definido en el convenio y remitido a la legislación interna del Estado que está aplicando la norma de exención que contiene tal término (en este caso el Estado de residencia).

[967] Martínez Laguna (2019), sección 3.02[B][2].

La solución en estos casos es que el Estado de residencia incorpore a su CDI una cláusula *subject-to-tax* específica, similar a la prevista por el Instrumento Multilateral en su artículo 5, Opción B (apartados 4 y 5)[968].

En el segundo de los escenarios, conforme a la definición dependiente del artículo 10.3 del MC OCDE, no parece posible que pueda haber una asimetría híbrida que revertir, ya que si el Estado de residencia califica el pago conforme a la definición dependiente del artículo 10.3 del MC OCDE, será necesariamente porque concurre el requisito de, además de que sea una renta derivada de "otras participaciones sociales", que estén "sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución". Por tanto, cuando el Estado de residencia califica como dividendo una renta conforme a la definición dependiente del artículo 10.3 del MC OCDE será porque necesariamente dicha renta tiene un régimen fiscal de dividendos (no deducibles fiscalmente) en el Estado de fuente; y por tanto no habrá asimetría híbrida a la que aplicar la regla anti-híbridos[969].

---

[968] OCDE (2016b), *Convención Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios*. Puede consultarse en https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf.

[969] Rust (2015), p. 318, y Martínez Laguna (2019), sección 3.02[B][2]. En concreto Martínez Laguna señala que si alguno de los términos aplicables a la definición autónoma de dividendos se considerase un término no definido al que le fuera de aplicación al Estado de fuente el artículo 3.2 del MC OCDE, la conclusión sería la misma que con respecto a la definición dependiente. No obstante, este autor señala que el artículo 3.2 del MC OCDE no remite al régimen fiscal interno, como sí lo hace la definición dependiente del artículo 10.3, sino que simplemente remite a la definición interna del término no definido en el CDI. De manera que la calificación de un pago como dividendo por el Estado de fuente conforme a un término no definido en el CDI supone que el Estado de residencia debe seguir dicha calificación y por tanto conceder la exención. No obstante, esto no presupone necesariamente la inexistencia de una asimetría híbrida, ya que pueden darse situaciones en las que el Estado de fuente califica un pago como dividendo pero dicho pago es deducible fiscalmente de acuerdo a su legislación interna (por ejemplo, los *juros* brasileños). Además, no estamos de acuerdo con Martínez Laguna en que el Estado de residencia deba seguir la calificación del Estado de fuente cuando este último aplica las definiciones autónomas del artículo 10.3 con respecto a los términos no definidos empleados en dichas definiciones en los casos en que el precepto de exención solo alude a los "dividendos" y no al artículo del CDI (como hace el CDI entre España y Brasil). En este tipo de preceptos el presupuesto de hecho de la exención se basa en un elemento (la existencia de un "dividendo") o a lo sumo en dos elementos (la existencia de un "dividendo" que "pueda ser gravado de acuerdo al convenio"). En este tipo de preceptos el Estado de residencia sí aplica el artículo 3.2 del MC OCDE para dar contenido al término "dividendo" y como tal debe interpretar conforme a su legislación interna cualquier término no definido por el convenio "a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente". Por tanto, el Estado de residencia puede aplicar su propia definición interna de dividendo, o bien aplicar la definición de dividendo del artículo 10.3 del MC OCDE, en cuyo caso deberá completar los términos no definidos en las definiciones autónomas de dicho precepto con sus definiciones internas. Véase nota 966.

### 1.1.2. Las reglas anti-híbridos especiales aplicables a las entidades híbridas inversas y a los establecimientos permanentes no computados

#### 1.1.2.1. Reglas aplicables en la jurisdicción del inversor

Las reglas anti-híbridos especiales pueden ser aplicadas bien por la jurisdicción del inversor o bien por la jurisdicción de establecimiento de la inversión (es decir, la jurisdicción de establecimiento de la entidad híbrida inversa o del EP no computado). Como ya señalamos anteriormente, se trata de reglas especiales que se aplican con preferencia sobre las reglas anti-híbridos ordinarias, y que tienen el objetivo precisamente de alinear el tratamiento fiscal de este tipo de vehículos en las jurisdicciones del inversor y de la inversión. Así, estas normas obligan al Estado a gravar una renta que de otro modo no tributaria, y que por tanto pueden plantear problemas de compatibilidad con los CDIs aplicables entre las jurisdicciones de inversor e inversión.

En cuanto a las entidades híbridas inversas, la regla especial propuesta para la jurisdicción del inversor es básicamente ampliar el alcance de las normas CFC para cubrir las rentas obtenidas a través de una entidad híbrida inversa. Esta regla aparece en la Recomendación 5.1 del Informe de la Acción 2 de BEPS y en el artículo 7 de la ATAD. La OCDE ha venido reconociendo la compatibilidad de las cláusulas CFC con el MC OCDE[970]. Aunque por lo general la mayoría de los países, como España, reconocen la validez de las normas CFC[971], en el pasado esta postura no ha estado exenta de debate ni de sentencias en ambos sentidos[972]. La postura de la OCDE y de gran parte de la doctrina

[970] Párrafo 81 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

[971] La Administración tributaria española ha reconocido tradicionalmente la compatibilidad del régimen de transparencia fiscal internacional con los CDIs (resolución de la Dirección General de Tributos de 10 de noviembre de 1995). De hecho, aunque en ningún CDI suscrito por España se han incluido disposiciones expresas que permitan la aplicación de las normas CFC, ya que según Almudí Cid (2020), pp. 716-718, la inclusión de tales disposiciones podría suponer automáticamente que los CDIs que no las incluyesen impedirían la aplicación de las normas CFC, sí se han hecho declaraciones en algunos Protocolos interpretativos (por ejemplo, en los CDIs suscritos con Suiza o Uruguay) por las cuales "el presente Convenio no impedirá a los Estados contratantes la aplicación de sus normas internas relativas a la transparencia fiscal internacional".

[972] En contra de la validez de las normas CFC nos encontramos a Almudí Cid (2004), p. 575-577. Por el contrario, para Rust (2004), p. 267, la atribución de renta no está regulada por los CDIs, y por tanto la ley nacional de Estado contratante decide a qué persona se atribuye la renta. En la misma línea Lang (2003), pp. 51 y ss. Con respecto a la práctica judicial también nos encontramos con posturas contrapuestas. La

se basa en que está en manos de cada país atribuir cuál es el "beneficio de una empresa de un Estado contratante"[973]. Así, "los beneficios de una empresa de un Estado contratante" pueden atribuirse a dos personas residentes en sendos Estados contratantes.

En nuestra opinión, la postura contraria a la compatibilidad de las normas CFC con el artículo 7 del MC OCDE se enfrenta con varios problemas de índole exegética. En primer lugar, defender que los beneficios de una entidad filial *pertenecen* a esta y por tanto no pueden ser imputados por la jurisdicción de la matriz a esta última supondría tener que aceptar también que las rentas obtenidas a través de una entidad de carácter personalista (pero opaca en su jurisdicción de establecimiento) tampoco pueden ser imputados a los socios extranjeros de dicha entidad en la jurisdicción de residencia de estos en la medida en que una entidad personalista también goza de personalidad jurídica igual que una entidad capitalista y además puede invocar los beneficios del CDI. Así, una defensa coherente de la incompatibilidad de las normas CFC con el artículo 7 del MC OCDE solo podría venir amparada bajo el argumento de que el presupuesto de hecho de las reglas distributivas del MC OCDE descansa sobre una atribución de la renta conforme a criterios jurídico-privados, y no fiscales. Esta interpretación necesariamente debería conducir a que, en ausencia de una cláusula análoga a la del nuevo artículo 1.2 del MC OCDE (2017), el Estado de la fuente de una renta tuviera que denegar los beneficios de un CDI a los socios de una entidad transparente en la medida en que dichas rentas no son obtenidas legalmente por ellos, sino por la entidad transparente[974]. Así,

sentencia de 28 de junio de 2002 del *Conseil d'État* francés (caso *Schneider Electric*) determinó la incompatibilidad de las normas francesas CFC con el CDI suscrito entre Francia y Suiza. Sin embargo, la Corte Suprema Administrativa de Finlandia en su sentencia de 20 de marzo de 2002 (caso *A Oyj Abp*) sí admitió la compatibilidad de las normas CFC con los convenios de doble imposición.

[973] Aigner et al. (2004), pp. 33-34.

[974] De hecho, esta postura ha sido aplicada por algunos tribunales. En concreto en el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, en el caso *Padmore vs. Inland Revenue Commissioners* (1989) STC 493, consideró que un residente en Reino Unido no podía ser gravado en dicho país por las rentas obtenidas por una *partnership* constituida en Jersey de la que aquel era socio debido a que la *partnership* quedaba protegida por los beneficios del CDI de Reino Unido y Jersey. Véase Kofler (2016), p. 584. Hay países que han venido considerando que los socios de una entidad *partnership* fiscalmente transparente no pueden invocar los beneficios de un tratado. En concreto tal es la postura de Francia con respecto al Informe Partnership, en OCDE (1999), anexo II, pp. 63-64. Tal postura se basa en la aplicación de un criterio de atribución jurídico-privado sobre el criterio de atribución fiscal. Este criterio de atribución no nos parece conveniente por las evidentes complejidades y los diferentes enfoques nacionales con respecto a la personalidad jurídico-privada de las entidades.

de aplicar este criterio de atribución, si solamente la entidad *partnership* (en caso de que se considerase residente) puede invocar los beneficios de las reglas distributivas del CDI con respecto a la jurisdicción de su pagador, también solamente ella podrá invocar los beneficios del artículo 7 con respecto la jurisdicción de sus socios (y no sus socios con respecto a ella).

Por el contrario, en contra de la compatibilidad de las normas CFC con los CDIs se podría argumentar que aquellas podrían ser utilizadas por un Estado contratante para circunvalar las restricciones de los CDIs en aquellos casos en los que el contribuyente no comete realmente abuso (ni de la norma nacional ni del CDI)[975]. Probablemente, y a favor de esta postura, podríamos argumentar que no necesariamente las normas CFC y los regímenes de atribución de rentas son situaciones comparables y que, por tanto, un mismo CDI podría permitir a un Estado contratante gravar las rentas de una entidad del otro Estado contratante en virtud de un régimen de atribución de rentas (tanto si dicho CDI ha incorporado la nueva cláusula sobre entidades transparentes del articulo 1.2 como si no lo ha hecho), pero no gravar las rentas de una entidad del otro Estado contratante en virtud de un régimen de CFC. Un régimen de atribución de rentas realiza una atribución primaria de la renta, mientras que un régimen CFC realiza una atribución secundaria de la renta[976]. De tal forma que si dos Estados suscriben entre sí un CDI es porque ambos se reconocen mutuamente con un nivel de tributación adecuado como para no tener que recurrir a técnicas impositivas, como son los regímenes CFC, de atribución secundaria de la renta, vulnerando así la atribución primaria (según el cual las rentas obtenidas por una entidad filial no se atribuyen a su entidad matriz) mutuamente reconocida.

[975] En este sentido, compartimos la postura de la OCDE de que la aplicación de medidas generales anti-abuso debería ser compatible con los CDIs en la medida en que exista un verdadero abuso del CDI por el contribuyente. Véanse al respecto los párrs. 60-61, 74, 76-77 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE. Por ello, en nuestra opinión, la aplicación de la normas CFC no debería ser incompatible con las reglas distributivas de un CDI cuando exista abuso real por parte del contribuyente, y ello aunque el CDI no prevea expresamente una *saving clause* como la recogida en el nuevo artículo 1.3 del MC OCDE; en el mismo sentido se manifiesta la OCDE en el párrafo 81 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

[976] Sobre la atribución primaria y secundaria de la renta véase nota 908, Nikolakakis et al. (2017), p. 316.

No obstante, se adopte la interpretación que se adopte, en el contexto de las entidades híbridas inversas la existencia de un CDI nunca debería ser un obstáculo a la aplicación de las normas CFC por la jurisdicción del inversor ya que la entidad híbrida inversa no es residente a los efectos del CDI en su jurisdicción de establecimiento, por lo que no habría contribuyente alguno que pudiera invocar los beneficios del CDI frente a la aplicación de las normas CFC por la jurisdicción de los socios. Salvo que la jurisdicción de la entidad híbrida aplicase de manera concurrente su propia norma anti-híbridos, recalificando la entidad transparente en opaca, en cuyo caso estaríamos otra vez en el dilema anterior[977].

Por ello, y resumiendo, en nuestra opinión la substancia verdadera de tal debate se encuentra en determinar si el presupuesto de hecho del artículo 7 del MC OCDE, "los beneficios de una empresa de un Estado contratante", es una regla de atribución autónoma de los CDIs o si por el contrario dicha regla reconoce la propia atribución interna que haga cada Estado contratante. Y en caso de considerarse una regla de atribución interna, ¿es aplicable únicamente con respecto a los regímenes de atribución primaria (como las entidades transparentes o en régimen de atribución de rentas), o también para los regímenes de atribución secundaria (como las normas CFC)?

Para evitar este tipo de problemas interpretativos, algunos países han introducido cláusulas específicas en sus CDIs reservándose expresamente el derecho a aplicar a sus residentes sus normas anti-abuso nacionales, como las normas CFC. En concreto, y como consecuencia de los trabajos del proyecto BEPS, la OCDE ha introducido en la actualización del MC OCDE (2017) la denominada *saving clause*[978], cláusula que también ha sido incorporada en el Instrumento Multilateral[979].

[977] Véase nota 974.

[978] Artículo 1.3 del MC OCDE (2017). La inclusión de la *saving clause* en el MC OCDE (2017) tiene origen en la Acción 6 del Proyecto BEPS, OCDE (2016c), párrs. 61-63. Esta cláusula tiene su origen en el Modelo de Convenio de los Estados Unidos. Sobre esta cláusula, véase Kofler (2016).

[979] La cláusula del artículo 3.3 del Instrumento Multilateral (que amplía el contenido de la cláusula sobre entidades transparentes del artículo 3.1) establece una *saving clause* específica para las entidades transparentes; mientras que el artículo 11 del Instrumento Multilateral establece una *saving clause* de alcance general, que cubre también las normas CFC. En OCDE (2016b).

La *saving clause* despeja todos los problemas interpretativos antes referidos con respecto a la compatibilidad de las normas CFC con las reglas distributivas de los CDI[980]. De tal suerte que la citada cláusula establece que el "Convenio no afecta a las potestades tributarias de los Estados contratantes respecto de sus residentes, excepto por lo que respecta a los beneficios concedidos en virtud del (…) los artículos (…) 23[A][B]"[981]. Esta cláusula se regula en el artículo 11 del Instrumento Multilateral pero no forma parte de su estándar mínimo, por lo que España se ha reservado el derecho a no aplicar esta cláusula en sus CDIs comprendidos[982]. Una explicación plausible para la posición española con respecto a la *saving clause* podría ser la de evitar el riesgo de que la inclusión de esta cláusula en algunos de los CDIs suscritos por España pudiera provocar automáticamente que los CDIs que no la incluyesen impidiesen la aplicación de las normas CFC españolas, decayendo así la validez de la tradicional interpretación de las autoridades españolas favorable a la compatibilidad del régimen CFC con las reglas distributivas de los CDIs[983].

Por el contrario, España, al no realizar reserva alguna con respecto a la incorporación de la cláusula de entidades transparentes del artículo 3.1 (ampliado por la disposición del artículo 3.3) del Instrumento Multilateral[984], ha consentido que "[l]as disposiciones de este apartado no se interpretarán en modo alguno en detrimento del derecho de una Jurisdicción contratante a someter a imposición a sus propios residentes". Así, España sí consiente en incorporar en sus CDIs comprendidos una *saving clause* específica que opera solo para las entidades transparentes. Esta *saving clause* de carácter específico, que complementa a la cláusula de entidades transparentes, viene a solucionar posibles colisiones entre la cláusula de entidades transparentes y las reglas distributivas en aquellos casos en que un Estado contratante es a la vez Estado de fuente de la renta, limitando la regla distributiva su potestad tributaria, y Estado de residencia[985].

[980] Kofler (2016), p. 584.
[981] Artículo 1.3 del MC OCDE (2017).
[982] Véase Ribes Ribes (2018), sección II.2.3.F.
[983] Véase nota 971, Almudí Cid (2020).
[984] Sobre la cláusula de entidades transparentes, véase el Capítulo II, sección 2.2.4.3.3.
[985] OCDE (1999), ejemplos 16 y 17, y caso *Padmore* (véase nota 974). Véase Kofler (2016), pp. 584-586, y Nikolakakis et al. (2017), pp. 349-351.

No obstante, aún asumiendo que la aplicación de las normas CFC es compatible con las reglas distributivas del CDI, su aplicación sí podría colisionar en determinadas circunstancias con aquellos CDIs que estableciesen como método para eliminar la doble imposición internacional el de exención[986], ya fuere sobre los dividendos *ad hoc* o en general sobre cualquier renta que pudiera ser gravada por el otro Estado contratante.

No obstante, en este punto no podemos dejar de mencionar la nueva redacción del artículo 23(A)(B) del MC OCDE (actualización de 2017), incorporada también en el artículo 3.2 del Instrumento Multilateral, por la cual los métodos de eliminación de la doble imposición previstos en un CDI (exención e imputación) "no serán aplicables en la medida en que dichas disposiciones [las del CDI] permitan la imposición por esa otra Jurisdicción contratante únicamente porque la renta sea también renta obtenida por un residente de esa otra Jurisdicción contratante". Con origen en la Acción 6 del proyecto BEPS[987], esta nueva redacción del artículo 23(A)(B) del MC OCDE tiene el objetivo de evitar una aplicación concurrente, por ambos Estados contratantes, de los mecanismos para evitar la doble imposición amparándose, de manera cruzada cada Estado

[986] Tal y como señala el párrafo 38 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE, dependiendo de la configuración nacional de un régimen CFC, las rentas obtenidas por la filial extranjera e imputadas a su matriz en virtud de dicho régimen pueden ser calificadas como un "dividendo presunto" o como rentas directamente obtenidas por la entidad matriz y por tanto calificadas conforme a la calificación subyacente de la filial (beneficios empresariales, cánones, intereses, etc.). Así, en el segundo caso el método aplicable para eliminar la doble imposición sería el correspondiente para cada tipo de renta, mientras que en el caso de "dividendos presuntos", la propia OCDE no tiene claro si se calificarían como "otras rentas" del artículo 21 o como dividendos a los efectos de que le fuera aplicable una posible exención sobre dividendos *ad hoc* establecida en un CDI. Véase al respecto Kofler (2016), p. 583. Sobre los diferentes enfoques de los regímenes CFC en el Derecho comparado, véase Nikolakakis et al. (2017), pp. 371-372. En nuestra opinión, una respuesta óptima debería depender de si la entidad filial extranjera sobre cuyas rentas se aplican las normas CFC se utiliza de manera abusiva (sin sustancia económica), en cuyo caso el contribuyente abusa no solo de las norma nacional del país de la matriz sino también de la protección del CDI; en cuyo caso debería dar igual si el régimen CFC opera formalmente como un régimen de atribución de rentas o como un régimen de "dividendo presunto" y por tanto ignorar la existencia de la entidad filial y aplicar el CDI como si dicha entidad filial no existiese, aplicando los métodos de eliminación de la doble imposición que correspondiesen a cada elemento de renta imputado en función de su origen. Por el contrario, cuando la aplicación de la normativa CFC se realiza en casos en los que sí hay verdadera sustancia económica, el recurso a las normas CFC no puede suponer un medio para circunvalar una eventual exención sobre dividendos establecida en un CDI. Véase al respecto Almudí Cid (2020), p. 720, para quien las normas CFC españolas serían incompatibles con los CDIs suscritos por España que incluyesen una exención sobre los dividendos (como el suscrito con Brasil). No obstante, no compartimos con este autor que la incorporación de la *saving clause* general (del artículo 1.3 del MC OCDE [2017] y del artículo 11 del Instrumento Multilateral) pudiese liberar en todo caso al Estado contratante que aplica la norma CFC de la obligación de aplicar la exención sobre dividendos del CDI, sino solamente compartimos su postura para aquellos casos en los que la entidad filial no tiene sustancia económica.

[987] OCDE (2016c), párr. 64. Véase Kofler (2016), p. 581.

contratante, en el argumento de que la *saving clause* permite al otro Estado contratante gravar la renta (y que por tanto fuera aplicable el mecanismo de exención/imputación en ambos Estados contratantes bajo la asunción mutua de que las rentas "pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante"). En nuestra opinión, esta cláusula da coherencia y alinea el artículo 23(A)(B) del MC OCDE con la finalidad de las reglas distributivas del MC OCDE. Así, se consiguen dos objetivos: por un lado se evita el riesgo de doble no imposición; y por otro lado se consagra la potestad primaria del Estado de fuente, con independencia de que dicho Estado pueda gravar también por razón de residencia[988]. España no ha realizado reserva respecto a la cláusula recogida en el artículo 3.2 del Instrumento Multilateral, por lo que consiente en incorporar en sus CDIs comprendidos esta nueva redacción del artículo 23(A)(B) del MC OCDE.

Por último, el informe especial sobre EPs híbridos y la ATAD también prevén la aplicación de una regla especial en la jurisdicción del inversor de un EP no computado. En concreto en la Recomendación 1 del informe especial de EPs híbridos del proyecto BEPS[989] y en el artículo 9.5 de la ATAD. En estos casos, dicha regla especial obliga a la jurisdicción del inversor a integrar las rentas derivadas de dichos EPs no computados. Siendo consciente de su potencial incompatibilidad con aquellos CDI que apliquen el método de exención para eliminar la doble imposición internacional, la propia regla especial del artículo 9.5 de la ATAD prevé su inaplicación cuando "el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país". Esta inaplicación de la regla especial se dará cuando la doble no imposición derive de la interacción entre la aplicación de norma nacional del Estado de fuente (que pudiendo de acuerdo al CDI, se abstiene unilateralmente de gravar a un EP) y la aplicación del CDI por el Estado de residencia (que debe aplicar el

[988] No parece que siempre fuera tal la postura de la OCDE. En el Informe Partnership (OCDE [1999], párrs. 129 y 139) la OCDE parece otorgar la potestad primaria a la jurisdicción de la entidad filial sobre la jurisdicción de los socios, de tal forma que la OCDE parece asumir que debe ser siempre la jurisdicción de los socios la que elimine la doble imposición, y ello con independencia de que la jurisdicción de la entidad filial no pudiera gravar por razón de fuente: "*The fact that the partnership has a permanent establishment in State P is not relevant in that respect since, as discussed in subsection b), the tax levied by State P will still have been levied in accordance with the provisions of the Convention since State P is allowed to tax partnership P as its resident.*" Tal asunción de la OCDE nos parece arbitraria, ya que no creemos que sea obvio que la jurisdicción de la entidad filial deba tener en todo caso un "mejor derecho" para ejercer su potestad tributaria.

[989] OCDE (2017), pp. 23 y ss.

método de exención en la medida en que el Estado de fuente "puede gravar" la renta). No obstante, cuando nos encontremos ante un conflicto en la calificación del EP que derive de la diferente aplicación del CDI por ambos Estados contratantes, el propio Estado de residencia podría seguir la calificación de Estado de fuente (y denegar la exención), salvo que derive de una diferente interpretación de términos definidos por el CDI en cuyo caso deberá aplicar la exención del CDI a menos que este disponga de una cláusula *switch-over* similar a la del párrafo cuarto del artículo 23(A) del MC OCDE. De tal forma que en estos casos el propio CDI podría ofrecer soluciones a la doble no imposición sin tener que recurrir a las reglas anti-híbridos nacionales.

#### 1.1.2.2. Reglas aplicables en la jurisdicción de la inversión

Tanto el informe de la Acción 2 de BEPS (en su Recomendación 5.2) como la ATAD (en su artículo 9 bis) establecen la misma regla especial para la jurisdicción de la entidad híbrida inversa. Esta regla especial obliga a la jurisdicción de establecimiento de la entidad híbrida inversa a recalificar en opacas dichas entidades. Así, la regla especial establece que las entidades híbridas inversas constituidas en un país serán consideradas contribuyentes residentes en dicha jurisdicción.

La cuestión controvertida estriba en determinar si la recalificación de la entidad híbrida inversa derivada la regla especial podría suponer un incumplimiento del CDI. La regla especial del artículo 9 bis de la ATAD se aplica a "toda entidad o **mecanismo**" (énfasis añadido), por lo que cabría plantearse si la aplicación de esta regla especial a determinados instrumentos o mecanismos que no sean entidades con personalidad jurídica podría plantear problemas de incompatibilidad con el artículo 7 del MC OCDE en la medida en no exista un EP en dicha jurisdicción. En este punto es importante recordar que la definición de "persona" del artículo 3.1 del MC OCDE refiere a "las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas", incluyéndose entre las "sociedades" a "cualquier persona jurídica o **cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos**" (énfasis añadido). Por ello, cualquier mecanismo o instrumento jurídico que carezca de personalidad jurídica, pero sea

dotado de personalidad a efectos fiscales, como podría ser un *trust* (o en general cualquier acuerdo fiduciario) o cualquier forma de *joint venture*, debería ser calificado de "persona" a los efectos del CDI aplicable. Y todos aquellos mecanismos jurídicos que sean calificados de "personas" serán residentes de un Estado contratante en la medida en que estén sometidos a sujeción tributaria plena por razón de su lugar de constitución o domicilio (artículo 4.1 del MC OCDE)[990]. De tal modo que la jurisdicción que aplique la regla especial del artículo 9 bis de la ATAD puede gravar ilimitadamente, de conformidad con el artículo 7 del MC OCDE, a determinados vehículos jurídicos que carezcan de personalidad jurídica, aun en ausencia de EP, en la medida en que precisamente el artículo 9 bis de la ATAD les dota de personalidad a efectos tributarios y los somete a sujeción plena. En lo que a España se refiere, la regla del artículo 9 bis podría someter a imposición a aquellas entidades o mecanismos sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT, sin que por ello contraviniese los CDIs aplicables.

Podría pasar que ambas jurisdicciones, la de la entidad híbrida inversa y la de sus socios, aplicasen concurrentemente su regla especial, de manera que nos encontrásemos con el supuesto contrario, con una entidad "híbrida directa" cuyas rentas son atribuidas a la entidad y sus socios en sus respectivas jurisdicciones. En estos casos, partiendo de una lectura literal de las reglas distributivas del MC OCDE, sí que sería posible llegar a la conclusión de que la jurisdicción de la entidad híbrida inversa no puede aplicar la regla especial con respecto a los pagos de intereses o cánones originados en la misma jurisdicción de la entidad. En concreto, el artículo 12.1 del MC OCDE establece que "las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado". Así, si el Estado contratante en el que se originan los cánones es además el país

[990] La atribución de la renta a un contribuyente por razón personal (residente fiscal o contribuyente por razón de residencia) no viene determinada por una atribución formal, sino por una atribución sustantiva. Es decir, si el cálculo de la cuota tributaria de una *partnership* se hace en atención a las circunstancias personales de sus socios extranjeros, entonces no es relevante que el obligado tributario formal sea la *partnership*. En estos casos, aunque el Estado contratante atribuya formalmente la renta a una entidad *partnership* nacional, el verdadero contribuyente a quien se atribuye la renta objeto de gravamen es el socio extranjero; de manera que a los efectos del MC OCDE la renta es atribuida a los socios extranjeros. Véase el Informe Partnership, OCDE (1999), párr. 40. Esta postura fue posteriormente introducida en el párrafo 9 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE en la actualización de 2017, previa propuesta en el informe de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), pp. 139 y ss.

en el que está constituida una *partnership* recalificada como opaca, en dicho país se superponen su rol de Estado de contratante de residencia y de fuente. Por lo que si dicho país está obligado a reconocer los beneficios del CDI a los socios residentes de otro Estado contratante, bien vía interpretativa (siguiendo los postulados del Informe Partnership) o habiendo implementado la nueva cláusula del artículo 1.2 del MC OCDE, podría pensarse que su rol de Estado de residencia de la *partnership* cede ante el rol de Estado de fuente de los cánones y por tanto tener que abstenerse de gravar los cánones en beneficio del Estado de residencia de los socios[991]. Por ello en estos casos es conveniente adoptar la *saving clause* del nuevo artículo 1.3 del MC OCDE (2017).

En cuanto a los establecimientos permanentes no computados (el Estado de fuente considera que no hay presencia física suficiente para gravar por razón de fuente y el Estado de residencia del contribuyente titular de dicha actividad sí considera que hay un EP y por tanto exime de tributación las rentas derivadas del mismo), estos no son "personas" susceptibles de ser residentes de un Estado contratante a los efectos del MC OCDE. Si la Acción 2 de BEPS o la ATAD hubieran previsto para los EPs no computados una regla análoga a la Recomendación 5.2 de a Acción 2 de BEPS (o artículo 9 bis de la ATAD) se obligaría al país de establecimiento del EP a gravarlo. En dicho caso, dicha regla sería potencialmente incompatible con el MC OCDE en la medida en que el Estado de fuente considerase que no existe un EP en aplicación de la definición convencional.

### 1.1.3. Interacción entre la ATAD y los convenios de doble imposición

Las obligaciones que la ATAD impone a los Estados Miembros predominan sobre los CDI en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE[992]. De tal manera que la ATAD puede obligar a los Estados Miembros a tener que incumplir sistemáticamente

[991] Véase el ejemplo 17 del Informe Partnership (el ejemplo 16 cubre la situación contraria: el canon es pagado en la jurisdicción de residencia del socio), en OCDE (1999).

[992] La supremacía del Derecho de la UE sobre las normas nacionales (entre las que se encuentran los tratados suscritos por los Estados Miembros) queda ratificada por las célebres sentencias del TJCE *Costa v. ENEL* (C-6/64, ECR [1964] 585) y *Van Gend* (26/62, ECR [1963] 1). No obstante, esta supremacía no aplica con respecto a terceros Estados con quienes los Estados Miembros hubieran suscrito tratados que pudieran ser contrarios a la normativa comunitaria. En este sentido, véase Taha (2010), pp. 160-161.

determinadas disposiciones contenidas en sus CDIs suscritos con terceros países que puedan ser incompatibles con la ATAD.

No obstante, no podemos pasar por alto que el TFUE establece en su artículo 351 una cláusula que exime de dicha primacía del Derecho de la UE a aquellos CDIs suscritos por los Estados Miembros con países terceros con anterioridad a la adhesión de aquellos a la UE/CEE (o del 1 de enero de 1958 en el caso de los Estados Miembros fundadores)[993]. El Tratado de adhesión de España a la Comunidad Económica Europea entro en vigor con fecha de 1 de enero de 1986. Por lo que entendemos que las disposiciones de cualquier convenio de doble imposición que estuvieran vigentes a la fecha de la citada adhesión y que en la actualidad sigan vigentes, deberían poder ser aplicadas por España con preferencia sobre las disposiciones de la ATAD[994].

Esto nos hace inclinarnos a pensar que, por ejemplo, la exención sobre dividendos establecida en el artículo 23 del CDI suscrito entre España y Brasil en 1974 debería seguir siendo de aplicación a los *juros* brasileños con independencia de la regla anti-híbridos establecida en la ATAD[995].

No obstante, no hay que olvidar que el artículo 351 del TFUE obliga a los Estados Miembros recurrir "a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado". De tal suerte que España quedaría obligada a renegociar con

[993] Helminen (2010), pp. 37-38.

[994] Véase la STJUE de 2 de agosto de 1993, C-158/91 (*Jean-Claude Levy*), párrs. 16-17.

[995] Hasta la aprobación de la ATAD II en 2017, la regla anti-híbridos del artículo 21.1 de la LIS no podía prevalecer sobre la exención de un CDI suscrito por España con un país no comunitario ya que ninguna de las normas comunitarias que daban cobertura (la regla anti-híbridos del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial y la regla anti-híbridos del artículo 9 de la ATAD I) a la regla anti-híbridos española extienden su alcance a las asimetrías híbridas entre un Estado Miembro y países terceros. No obstante, a partir de la aprobación de la ATAD II en 2017, la regla anti-híbridos secundaria (aplicable en la jurisdicción del beneficiario) introducida en el artículo 9.2(b) de la ATAD sí da cobertura comunitaria a la regla anti-híbridos del artículo 21.1 de la LIS cuando se aplica en asimetrías híbridas con países terceros. Razón por la cual, la regla anti-híbridos del artículo 21.1 de la LIS sí prevalecería sobre las exenciones establecidas en CDIs salvo que entendamos que el CDI aplicable sí prevalece, por aplicación del artículo 351 del TFUE, sobre la regla anti-híbridos de origen comunitario. No obstante, en el caso de los *juros* brasileños las autoridades fiscales han salvado estos problemas considerando que los juros se califican como intereses a los efectos del CDI hispano-brasileño y que por tanto no le es aplicable la exención sobre dividendos de dicho convenio (Consultas de la DGT V2960-16 y V2962-16).

Brasil las disposiciones de dicho CDI que fueran contrarias al Derecho de la UE, y en concreto a la ATAD[996].

Con respecto a los CDIs suscritos entre un Estado Miembro y un país tercero con posterioridad a la adhesión de aquel a la UE/CEE pero con anterioridad a la aprobación de la ATAD, cabe plantearse si podría aplicarse por analogía el artículo 351 del TFUE, de manera que las disposiciones de dicho CDI siguieran siendo aplicables por encima de las normas anti-híbridos de la ATAD[997]. De hecho, la ATAD parece querer evitar expresamente la aplicación de determinadas reglas anti-híbridos que pudieran ser incompatibles con los CDIs. En concreto, la regla especial del artículo 9.5 de la ATAD, que obliga al Estado Miembro de residencia del inversor a gravar las rentas de sus EPs extranjeros no computados, establece como excepción a la misma que dicha regla no será aplicable cuando "el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país". A mayor abundamiento, el párrafo 11 del Preámbulo de la ATAD II establece que "cualquier ajuste que sea necesario efectuar con arreglo a la presente Directiva no debe en principio afectar a la atribución de los derechos de imposición entre jurisdicciones establecidos en virtud de un tratado de doble imposición".

No obstante, como argumento contrario a la extensión analógica del artículo 351 del TFUE a los CDIs posteriores a la adhesión pero anteriores a la ATAD, cabría objetar que el artículo 351 del TFUE no deja de ser una excepción al principio de primacía del Derecho de la UE, por lo que debería ser interpretado de manera restrictiva[998].

[996] Rosas (2011), p. 1323. Con respecto a aquellos CDIs suscritos por España que contuviesen el método de exención, España ha optado en el Instrumento Multilateral por sustituir dicho método por el de imputación, regulado en los apartados 6 y 7 (opción C) del artículo 5 del Instrumento Multilateral. Sin embargo, a la fecha de la finalización del presente trabajo Brasil no había suscrito aún el Instrumento Multilateral, de manera que si finalmente no lo suscribe seguiría siendo aplicable la actual exención sobre dividendos del artículo 23.3 del CDI hispano-brasileño siempre y cuando se entienda que España ha puesto todos los medios para intentar renegociar tal disposición.

[997] Kofler (2020), pp. 48-49. A favor de esta interpretación analógica del artículo 351 del TFUE está la Abogada General Kokott en su Opinión de 13 de marzo de 2008, C-188/07 (*Commune de Mesquer*), párrs. 94-98; y en contra Rosas (2011), p. 1322.

[998] Haslehner (2020), párr. 2.67.

Una opción que ha sido sugerida es que el Estado Miembro que se encuentre obligado a aplicar los beneficios de un CDI interprete el mismo, y en la medida de lo posible, de tal manera que sea compatible con la ATAD[999]. En nuestra opinión, este recurso no sería del todo necesario en los conflictos de atribución propios de las entidades híbridas inversas, ya que las reglas especiales aplicadas en estos casos por la jurisdicción del inversor (regla CFC del artículo 7 de la ATAD) o por la jurisdicción de la entidad híbrida inversa (regla especial del artículo 9 bis de la ATAD) no presentan ningún problema de incompatibilidad con los CDI aplicables, tal y como hemos defendido con anterioridad. No obstante, en determinados supuestos de doble no imposición derivados de una aplicación distinta del CDIs por ambos Estados contratantes, sí se podría realizar una interpretación del CDI que fuera alineada con las reglas anti-híbridos[1000].

### 1.2. El principio de no discriminación en los convenios de doble imposición

Las normas anti-híbridos están redactadas de tal forma que en teoría pueden afectar tanto a situaciones transfronterizas como a situaciones puramente internas. Así, dichas normas podrían aplicarse también a aquellas asimetrías híbridas originadas en un contexto puramente doméstico. No obstante, es prácticamente imposible que puedan darse asimetrías híbridas en un contexto puramente interno ya que la causa de las asimetrías híbridas es un conflicto en la calificación de un hecho imponible, situación que es prácticamente inconcebible que pueda darse dentro de un mismo sistema jurídico.

El alcance del principio de no discriminación del artículo 24 del MC OCDE es más limitado que el del principio de no discriminación del TFUE. El artículo 24 prohíbe aquellas discriminaciones que se produzcan exclusivamente por las razones tasadas en dichos artículos (en el caso del apartado primero por nacionalidad, en los apartados tres y cinco

[999] Haslehner (2020), párr. 2.68.

[1000] En determinados casos, una interpretación del artículo 23(A) del MC OCDE conforme al *new approach* podría eximir al Estado de residencia de la obligación de otorgar la exención del CDI. Sobre el *new approach*, propuesto por la OCDE en su Informe Partnership (OCDE, 1999), véase Lang (2004), pp. 95-98, y párr. 32.6 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

por la residencia del inversor, y en el apartado cuarto por la residencia del perceptor del pago). Por ello su alcance es más limitado que el del principio de no discriminación del TFUE, dejando un margen más amplio para la posible legalidad de las normas anti-híbridos. Por el contrario, el principio de no discriminación del TFUE proscribe cualquier discriminación que realice un Estado Miembro por razón del ejercicio de una libertad de circulación (de servicios, bienes, personas, trabajadores, establecimiento, etc.) a través de los Estados Miembros. Este amplio alcance implica que no solo la nacionalidad, sino también la residencia pueda ser un factor de discriminación. Y no solo con respecto al propio contribuyente, sino también con respecto a otras personas o entidades con las que el contribuyente realiza transacciones o tiene algún tipo de relación.

En primer lugar, la cláusula general establecida en el apartado primero del artículo 24 cubre solamente los casos de discriminación por razón de nacionalidad del propio contribuyente. Esta cláusula general no solo no cubre los casos de discriminación por razón de residencia del propio contribuyente[1001], sino que tampoco cubre los casos de las mal llamadas "restricciones no discriminatorias"[1002].

Los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 24 sí cubren otro tipo de discriminaciones. Los apartados tercero y quinto establecen la prohibición de no discriminar las inversiones nacionales de titularidad extranjera (*inbound investments*), mientras que el apartado cuarto establece una prohibición de no discriminar a las empresas residentes de un Estado contratante que satisfagan pagos a empresas residentes del otro Estado contratante (*outbound payments*).

Lo que en ningún caso cubre el artículo 24 son las discriminaciones sobre inversiones extranjeras de titularidad nacional (*outbound investments*) por lo que la aplicación de normas anti-híbridos por la jurisdicción del inversor (ya sea un inversor en un instrumento financiero híbrido, en una entidad híbrida o en una entidad híbrida inversa) no darán lugar en ningún caso a discriminación alguna.

[1001] Bammens (2012), p. 1015.
[1002] Véase nota 1042.

Los apartados tercero y quinto del artículo 24, que prohíben la discriminación de las inversiones nacionales de titularidad extranjera (*inbound investments*), sí podrían afectar a las normas anti-híbridos dirigidas a combatir las deducciones dobles cuando estas sean aplicadas por la jurisdicción de residencia del pagador (la entidad híbrida o el EP).

El apartado cuarto del artículo 24 establece una prohibición de no discriminar a las empresas residentes de un Estado contratante que satisfagan pagos a empresas residentes del otro Estado contratante (*outbound payments*). Este apartado podría afectar a las normas anti-híbridos dirigidas a combatir los resultados de deducción sin inclusión cuando estas sean aplicadas por la jurisdicción de residencia del pagador.

#### 1.2.1. El apartado cuarto del artículo 24 del MC OCDE y la regla anti-híbridos aplicable a los instrumentos financieros híbridos

El articulo 24.4 del MC OCDE prohíbe discriminaciones sobre la deducibilidad fiscal de un pago por razón de la residencia del perceptor. Esta medida podría afectar a la regla anti-híbridos primaria relativa a los instrumentos financieros híbridos. La regla primaria establece que no podrán deducirse los pagos que generen una asimetría híbrida en forma de deducción sin inclusión. El presupuesto de hecho de la regla primaria no distingue en función de elementos transfronterizos (como la residencia del perceptor): basta con que el pago deducible esté exento en la jurisdicción del perceptor, cualquiera que sea esta.

Uno de los problemas que presenta el artículo 24.4 es que no requiere expresamente un análisis de comparabilidad con situaciones puramente internas que se encuentren "en las mismas circunstancias", requerimiento que sí es exigido expresamente por los demás preceptos del artículo 24. Por lo tanto, la redacción de este precepto parece que otorga una suerte de carta blanca para buscar cualquier comparador interno. Así, un pago que produzca una asimetría híbrida transfronteriza podría ser comparado con un

pago interno que no produzca una asimetría[1003]. O un pago que produzca una asimetría híbrida transfronteriza también podría ser comparado a un pago interno que sí que esté exento (por ejemplo, que no sea debido a un conflicto de calificación del pago) pero cuyas circunstancias fácticas sean muy diferentes a las de la asimetría híbrida transfronteriza[1004]. De manera que en ambos casos el resultado sería que la regla primaria sería discriminatoria.

Esta interpretación no parece muy coherente con el verdadero propósito de la cláusula de no discriminación del artículo 24. De hecho, los Estados Unidos han venido interpretando que sus normas anti-subcapitalización no son contrarias a la cláusula de no discriminación de los convenios[1005]. No obstante, en España el Tribunal Supremo ha considerado en varias ocasiones que las antiguas normas españolas anti-subcapitalización eran contrarias a la cláusula de no discriminación establecida en los CDIs[1006].

Así, compartimos con Van Raad que el análisis de comparabilidad (la búsqueda de un comparador interno) requiere necesariamente de una comparación bajo las "mismas circunstancias"[1007]. En el propio genoma del principio de no discriminación se encuentra inherente la necesidad de encontrar un comparador interno que se encuentre en las mismas circunstancias. Comparar implica necesariamente aislar el elemento transfronterizo para, *ceteris paribus*, determinar si ha existido un trato desfavorable con respecto al comparador interno. De hecho, Bammens viene a identificar la expresión del artículo 24.4, "serán deducibles (…) en las mismas condiciones", con la exigencia de

[1003] Bammens (2012), p. 339.
[1004] Dziurdź (2019), sección 3.06[D][5][b].
[1005] Bammens (2012), p. 341.
[1006] Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. 1596/2004) y de 17 de marzo de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. 5871/2006). La norma anti-subcapitalización enjuiciada disponía que "[c]uando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella en el sentido de los apartados cuatro y cinco de este artículo, exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos". En nuestra opinión, las conclusiones del TS no son aplicables a las normas anti-híbridos por cuanto que estas normas sí pueden ser potencialmente aplicables a supuestos en los que el perceptor del pago sea también residente en el mismo Estado de residencia del pagador sobre el que se aplica la regla anti-híbridos primaria.
[1007] Van Raad (1986), p. 176.

comparabilidad "bajo las mismas circunstancias" que requieren el resto de preceptos del artículo 24[1008].

Habiendo esquivado este problema, el análisis de comparabilidad nos enfrenta con otro problema no menor: la relevancia o irrelevancia de las condiciones, fácticas y legales, que concurren en la situación transfronteriza sobre la que se aplica la norma anti-híbridos enjuiciada[1009]. Es decir, determinar cuándo una circunstancia es lo suficientemente relevante para que se incluya dentro de las circunstancias que deben concurrir en el comparador interno al objeto de poder identificarlo. Una circunstancia irrelevante puede ser ignorada a los efectos de buscar un comparador interno, pero una circunstancia relevante no puede ser ignorada. Esto supone que si consideramos irrelevante el propio hecho de la asimetría híbrida, nos valdría cualquier comparador interno en el que el pago estuviera exento, aunque no fuera debido a una asimetría híbrida, como por ejemplo el pago a una entidad nacional que por su naturaleza especial estuviera exenta del impuesto sobre sociedades. Esta conclusión no parece plausible dado que estaríamos comparando situaciones diversas y que responden a políticas fiscales diversas. Por el contrario, si consideramos relevante la asimetría híbrida, el único comparador interno posible será aquel en el que el pago también esté exento debido a un conflicto de calificación. Por lo cual, un pago a una entidad nacional exenta no puede ser un comparador interno ya que la asimetría no se da debido a un conflicto de calificación[1010].

[1008] Bammens (2012), pp. 345-346.

[1009] Bammens (2012), p. 346.

[1010] En los párrafos 10 y 11 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE, se establece que un Estado no está obligado a extender a los residentes del otro Estado contratante los beneficios fiscales que otorgue a una entidad residente en atención al carácter o utilidad pública de sus actividades. Siendo deducible fiscalmente un pago a este tipo de entidades de naturaleza especial, no puede utilizarse este tipo de situaciones como comparador interno de una asimetría híbrida transfronteriza. Quizás sí que podría utilizarse como comparador interno si la asimetría híbrida transfronteriza se produjese en el contexto de un pago a una entidad extranjera exenta (por ejemplo, un vehículo de inversión colectiva exento); en este caso la asimetría híbrida se solapa con una asimetría no híbrida, pero como ya hemos dicho anteriormente se aplica igualmente la norma anti-híbridos. Por ello en este caso sí podría utilizarse como comparador interno una situación interna idéntica (un pago a un vehículo de inversión colectiva nacional exento) en la que el pago fuese deducible, de tal modo que la aplicación de la norma anti-híbridos a la situación transfronteriza fuera discriminatoria de acuerdo al artículo 24.4. La única duda que nos surge en este caso es si cabría considerar la asimetría híbrida (asimetría debida a un conflicto de calificación en el pago) como un elemento relevante en la comparación; de manera que pudiera considerarse que el pago a un vehículo de inversión colectiva nacional exento no puede ser un comparador interno ya que no existe una asimetría híbrida en el pago. Todo depende de si consideramos la asimetría híbrida como una circunstancia

Pero esto se complica más ya que también habrá que determinar la relevancia de otras circunstancias, como es la existencia o no de un establecimiento permanente[1011]. Con lo que se podría dar la situación de que dos circunstancias relevantes (la asimetría híbrida y la existencia de un EP) se autoexcluyan mutuamente en sede del comparador interno, con el resultado de que no habría discriminación al no encontrase un comparador interno en el que concurran todas las circunstancias relevantes que concurren en la situación transfronteriza a la que aplica la norma anti-híbridos.

Si consideramos irrelevante la existencia de un EP, nos valdrá como comparador interno cualquier situación interna en la que se produzca una asimetría híbrida, haya o no haya un EP. En este caso, podremos concluir que un pago imputable al EP extranjero de una entidad residente sí es un comparador interno válido, y por consiguiente, en la medida en que sí se aplique la regla anti-híbridos primaria a dicho comparador interno, no habría discriminación.

Si consideramos relevante la existencia de un EP, entonces el análisis de comparabilidad se volverá más estricto. En estos casos la existencia de discriminación va a depender de las circunstancias específicas, tanto legales como fácticas, de la operación transfronteriza sobre la que aplica la norma anti-híbridos enjuiciada. Así, si la norma anti-híbridos se aplica sobre un pago a una entidad residente en el otro Estado contratante que opera en su jurisdicción mediante una base física real, entonces el comparador interno deberá ser un pago imputable a un EP situado en el otro Estado contratante cuyo titular es una entidad residente. En cuyo caso no habría discriminación ya que también se aplicaría la norma anti-híbridos sobre el comparador interno[1012]. Pero

relevante en la comparabilidad o no. En nuestra opinión, la relevancia o no de esta circunstancia es irrelevante, valga la redundancia, ya que al ser una circunstancia que solo puede producirse a nivel transfronterizo, dicha circunstancia (la existencia de una asimetría híbrida) está vinculada al atributo protegido (la residencia del perceptor), por lo que deberá ignorarse en el análisis de comparabilidad; no alterándose por tanto nuestra conclusión.

[1011] Dziurdź (2019), sección 3.06[D][4].

[1012] Véase nota 1018. Siempre y cuando el propio Estado aplique el método de exención sobre las rentas derivadas del EP extranjero. Ya que si aplicase el método de imputación, entonces los pagos realizados al EP extranjero, a pesar de que quedasen exentos en la jurisdicción del EP, quedarían sujetos a tributación en la propia jurisdicción de la entidad perceptora; de manera que no se aplicaría la norma anti-híbridos al comparador interno (no hay que olvidar que no existe asimetría híbrida cuando el pago tributa en la

si por el contrario la norma anti-híbridos se aplica sobre un pago a una entidad residente en el otro Estado contratante que opera en su jurisdicción sin base física real, entonces su comparador interno será un pago a una entidad residente que opera sin un EP en el otro Estado contratante, en cuyo caso el comparador interno no incurrirá en asimetría híbrida (y por lo tanto no se aplica la norma anti-híbridos), por lo que tampoco podría ser un comparador interno debido a que no se da una circunstancia relevante (la asimetría híbrida)[1013].

Por tanto, podemos observar cómo considerar relevante la asimetría híbrida distorsiona algunas de estas conclusiones cuando el atributo de la asimetría híbrida está inexorablemente unido al atributo protegido de *no residencia*.

Veamos si el atributo de la asimetría híbrida está inexorablemente unido al atributo protegido (no residencia del pagador). Para ello tomaremos como punto de partida el supuesto en el cual la norma anti-híbridos se aplica sobre un pago a una entidad residente en el otro Estado contratante que opera en su jurisdicción sin base física real. En este caso, es indiferente que el legislador hubiera redactado el presupuesto de hecho de la norma anti-híbridos para cubrir aquellas asimetrías híbridas que se produzcan como consecuencia de los pagos a personas no residentes, o que directamente hubiera redactado el presupuesto de hecho para cubrir cualquier asimetría híbrida. En la primera redacción el presupuesto de hecho de la norma anti-híbridos requiere de dos condiciones: que el perceptor del pago sea un no residente y que se produzca una asimetría híbrida; mientras que en la segunda redacción solo se requiere una condición: la existencia de una asimetría híbrida, de manera que la residencia de perceptor del pago es indiferente, por lo que cabría pensar que no habría discriminación.

Sin embargo en estos casos, ambos atributos, la asimetría híbrida y la no residencia, son intercambiables entre sí, de manera que la asimetría híbrida quedaría vinculada al atributo protegido (no residencia). *Ceteris paribus*, la asimetría híbrida es una

*jurisdicción en la que el beneficiario sea contribuyente*, cualquiera que sea esta, ya sea la propia jurisdicción del pagador u otra distinta).

[1013] Dziurdź (2019), sección 3.06[D][2].

consecuencia legal inexorable de la no residencia del perceptor. Por ello, por muy relevante que pudiera ser la asimetría híbrida, dicho atributo debe ser ignorado en el análisis de comparabilidad como si del propio atributo de no residencia se tratara[1014].

Por tanto, volviendo al ejemplo que hemos tomado (la norma anti-híbridos se aplica sobre un pago a una entidad residente en el otro Estado contratante que opera en su jurisdicción sin base física real), vemos como en este caso sí que podría ejercer de comparador interno un pago a una entidad residente que opere sin un EP en el otro Estado contratante. Aunque en el comparador interno no concurra la asimetría híbrida, esta está vinculada con el atributo de la no residencia, por lo que hay que ignorarla en el examen de comparabilidad. Así, en este caso sí habría discriminación por cuanto no se aplica la norma anti-híbridos sobre el comparador interno.

No obstante, y como conclusión, teniendo en cuenta que la asimetría híbrida en forma de deducción sin inclusión no se produce exclusivamente en aquellos casos en que concurre el atributo protegido (no residencia del perceptor), sino que también puede producirse en casos en que el perceptor es residente (cuando tiene un EP en el extranjero), ya nos sitúa en el ámbito de la discriminación indirecta, que no encubierta. En una discriminación indirecta, un atributo suele solaparse la mayoría de las veces con el atributo protegido, pero no siempre; mientras que en la discriminación encubierta un atributo se solapa siempre con el atributo protegido[1015]. Y hemos observado cómo la asimetría híbrida en forma de deducción sin inclusión, en unos casos es un atributo inexorablemente unido a la no residencia del perceptor, pero en otros casos no hay tal vínculo. De manera que en aquellos casos en que sí haya tal vínculo, la discriminación existiría, pero sería indirecta y por tanto permitida por el artículo 24.4 del MC OCDE.

---

[1014] Dziurdź (2019), sección 3.06[C][2].

[1015] Una discriminación indirecta se produce cuando el trato desfavorable no se produce por razón del atributo protegido (la no residencia del pagador), sino por otro atributo que se solapa en la mayoría de ocasiones con el atributo protegido. De tal manera que si el atributo protegido es la *no nacionalidad* (como ocurre en la cláusula del párrafo primero del artículo 24), establecer una norma dirigida a los *no residentes* no convierte dicha norma automáticamente en discriminatoria aunque en la mayoría de casos se solapen ambos atributos. No obstante, el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE señala que la legalidad de una discriminación indirecta no puede llevar hasta el punto de admitir la validez de una discriminación encubierta. Entendemos por "discriminación encubierta" aquella en la que el trato desfavorable se produce por razón de un atributo que se solapa siempre y en todo caso con el atributo protegido. Véanse Bammens (2012), p. 58; y Dziurdź (2019), sección 3.06[C][6].

La discriminación indirecta no es contraria al artículo 24[1016]. Por tanto, no estarán prohibidos aquellos casos en los que sí que se materializa la discriminación indirecta, como por ejemplo cuando el perceptor del pago no actúa mediante base física o EP en ningún país.

Con lo cual, la cuestión sobre la relevancia o irrelevancia del EP es irrelevante, valga la redundancia. Es decir, el hecho de que la discriminación indirecta esté permitida convierte en irrelevante la existencia o no de un EP. Así, en nuestra opinión, es necesario un previo análisis de comparabilidad legal (que tenga en cuenta únicamente el *presupuesto de hecho normativo* de la norma desfavorable aplicada sobre una situación transfronteriza) para determinar si existe o no discriminación indirecta. Por el contrario, el análisis de comparabilidad fáctica (que tenga en cuenta de manera estricta el *presupuesto de hecho fáctico,* tanto las circunstancias fácticas concurrentes como las legales, de una norma desfavorable aplicada sobre una situación transfronteriza) solamente debe ser realizado una vez se ha descartado la discriminación indirecta[1017].

Rust también parece asumir la hipótesis de que la existencia de un EP es una circunstancia irrelevante en cualquier asimetría híbrida, de tal manera que utiliza como comparador interno un pago imputable a un EP extranjero de una entidad residente, situación en la que también se da la asimetría híbrida y la consiguiente aplicación de la norma anti-híbridos[1018], para argumentar que la regla anti-híbridos primaria no es

[1016] Esta idea iría en consonancia con la postura de la OCDE expresada en el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE, donde se establece que "no debe forzarse el ámbito objetivo del artículo de modo que comprenda la denominada discriminación 'indirecta'". En el informe final de la Acción 2 de BEPS, la OCDE precisamente se vale de estos argumentos para defender la legalidad de las normas anti-híbridos, en OCDE (2015), párrs. 447-450.

[1017] Aunque, como veremos en la parte relativa en el principio de no discriminación del TFUE, en numerosas ocasiones el TJUE ha incorporado en este análisis de comparabilidad fáctico los elementos indisolublemente unidos al atributo protegido, de manera que dicho análisis se solapa ciertamente con un análisis de justificación (véase al respecto el Capítulo IV, sección 2.4).

[1018] Rust (2015), p. 312. utiliza como comparador interno un pago percibido por un EP extranjero donde dicho pago queda exento en virtud de la exención sobre dividendos (generándose una asimetría híbrida con respecto al pagador). A su vez el titular del EP extranjero es una entidad residente que deja exentas las rentas de su EP extranjero. Esta situación provoca la aplicación de la regla anti-híbridos primaria ya que el pago no tributa en ninguna de las jurisdicciones donde el pago se considera recibido, véase ejemplo 1.8 de OCDE (2015).

contraria al artículo 24.4[1019]. Así, Rust establece que la no residencia no es un atributo "necesario" para provocar la asimetría híbrida y la consiguiente aplicación de la norma anti-híbridos.

Más desconcertante es la afirmación del propio Rust de que el atributo de no residencia no es "suficiente" para provocar la asimetría híbrida, razón que aduce también para corroborar la legalidad de la regla anti-híbridos primaria. Rust da a entender que en la hipótesis de que la *no residencia* fuera un atributo *necesario* para provocar la asimetría híbrida (y la consiguiente aplicación de la norma anti-híbridos), aun así tampoco sería "suficiente" para provocarla dado que hay determinados casos en los que el pago a un residente del otro Estado contratante no produce una asimetría híbrida (por ejemplo, cuando el pago se imputa a su EP situado en el propio Estado de residencia del pagador)[1020]. De manera que para Rust los factores "no residencia" y "asimetría híbrida" no están vinculados entre sí, de lo que deducimos que para Rust la asimetría híbrida nunca puede ser ignorada a efectos del análisis de comparabilidad, con la consecuencia de que o bien nunca habrá comparabilidad (la no residencia es necesaria pero no suficiente para generar una asimetría híbrida) o bien, habiéndola, nunca habrá discriminación (la no residencia no es necesaria para provocar la asimetría híbrida).

Esta conclusión supondría tener que admitir que cualquier circunstancia íntimamente ligada al atributo de la *no residencia*, como puede ser la mera existencia de un tipo de gravamen inferior al del país que aplica la norma enjuiciada, sería un atributo relevante en la comparabilidad; y por tanto denegar la deducibilidad de un pago por el mero hecho de que el perceptor no residente estuviera sometido a un tipo de gravamen inferior al

[1019] Rust (2015), p. 312. Martínez Laguna (2019), sección 3.02[A][1], es contario a la tesis de Rust, estableciendo que no hay comparabilidad entre una asimetría híbrida en la que el perceptor del pago es un no residente y aquella otra asimetría híbrida en la que el perceptor es residente con un EP en el extranjero. Aunque esto es cierto desde un enfoque de comparabilidad "caso por caso" o *ceteris paribus* (enfoque que defiende la relevancia en el análisis de comparabilidad de las circunstancias fácticas de cada caso, como es la existencia o inexistencia de un EP), la tesis de Martínez Laguna conduciría a vaciar de contenido el concepto de "discriminación indirecta" permitida por el artículo 24 del MC OCDE.
[1020] Rust (2015), p. 312.

del pagador sería absolutamente legal desde el punto de vista del artículo 24.4 del MC OCDE ya que no habría comparabilidad[1021].

Por último, si en vez de cubrir solo la discriminación por razón de la residencia del perceptor del pago, el artículo 24.4 cubriese las discriminaciones por cualquier factor transfronterizo[1022], como hacen las libertades fundamentales del TFUE, entonces la discriminación únicamente se produciría en situaciones transfronterizas[1023]. *Ergo* no sería una discriminación indirecta, sino encubierta y prohibida. Por tanto, la comparabilidad implicaría un vínculo directo, de *necesariedad*, entre la asimetría híbrida y el factor *transfronterizo*[1024].

### 1.2.2. Reglas anti-híbridos aplicables a los pagos a entidades híbridas inversas

Las normas anti-híbridos que combaten los resultados de deducción sin inclusión derivados de un pago a una entidad híbrida inversa, son normas distintas a las que combaten la deducción sin inclusión de los instrumentos financieros híbridos. Mientras que estas últimas exigen un conflicto de calificación en el pago, las primeras no exigen un conflicto de calificación en el pago, sino un conflicto de atribución en cuanto al

[1021] Autores como Dziurdź (2019), sección 3.06[D][6], señalan acertadamente que el hecho de que el factor *no residencia* no sea un factor decisivo por sí solo para provocar el trato desfavorable, sino que tienen que concurrir otras circunstancias adicionales como la asimetría híbrida, no desnaturaliza el carácter discriminatorio de una norma que solo es aplicada en un contexto transfronterizo. Así, el hecho de que una norma fiscal desfavorable solo sea aplicable a un determinado colectivo de no residentes (por ejemplo, que solo aplicase a las entidades jurídicas y no a las personas físicas, etc.) no excluye la discriminación. Debate diferente es si dicha discriminación puede quedar justificada o no en base a criterios de interés general.

[1022] El alcance de las libertades fundamentales cubre no solo aquellas discriminaciones por razón de *no residencia* de alguno de los intervinientes en una operación, sino por cualquier otro elemento transfronterizo que ponga de manifiesto el ejercicio de una libertad de circulación entre varios Estados Miembros.

[1023] El comparador interno que anteriormente hemos puesto de ejemplo (una asimetría híbrida en la que el beneficiario es residente pero el pago es imputado a un EP extranjero, nota 1018), ya no valdría como comparador interno al ser una situación transfronteriza protegida por la norma de no discriminación.

[1024] Este posible vínculo directo entre el elemento transfronterizo y la asimetría híbrida implicaría que la norma anti-híbridos pueda ser discriminatoria incluso en aquellos casos en los que dicha norma se redacta de manera que teóricamente cubra situaciones puramente internas. Ya que, en la medida en que la asimetría híbrida es solo posible en el contexto transfronterizo, tal factor ya incorpora de suyo el factor transfronterizo. Es lo que se denominan "discriminaciones encubiertas", las cuales que trataremos en el apartado relativo a las libertades comunitarias.

perceptor del pago. Por lo tanto, estas normas tienen que ser analizadas de modo separado ya que el presupuesto de hecho de la norma es diferente.

En estos casos la regla de no deducibilidad de un pago realizado a una entidad híbrida inversa presenta determinadas singularidades que la hacen particular en cuanto a su encaje en el artículo 24.4 del MC OCDE. En concreto, el nuevo apartado segundo del artículo 1 del MC OCDE (2017) establece lo siguiente:

> "A los efectos de este Convenio, la renta obtenida por una entidad u otro instrumento considerados total o parcialmente transparentes a efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cualquiera de los Estados contratantes, o que se obtenga a través de ellos, se considerará renta de un residente de un Estado contratante, pero únicamente en la medida en que dicha renta se trate, a los efectos de la imposición por ese Estado, como renta de un residente del mismo."

Las entidades híbridas inversas son entidades que son consideradas fiscalmente transparentes en su propia jurisdicción y opacas a los efectos de la jurisdicción de los socios, de manera que la renta no está sujeta en ninguna jurisdicción. Este nuevo precepto establece que un pago a una entidad híbrida inversa no se considerará como "renta de un residente" a los efectos del convenio suscrito por el Estado de residencia del pagador tanto con el Estado de constitución de la entidad híbrida inversa como con el Estado de residencia de los socios de dicha entidad. Por tanto, un pago a una entidad híbrida inversa no se considera recibido ni por la entidad híbrida ni por sus socios a los efectos de sus respectivos convenios suscritos con el Estado de residencia del pagador.

La consecuencia de esto es que ni la entidad híbrida inversa ni sus socios pueden invocar los beneficios del convenio. Y, por tanto, no pueden invocar la cláusula de no discriminación del artículo 24.4[1025]. Por todo ello ni si quiera es necesario analizar si

[1025] Es cierto que los Comentarios al apartado dos del artículo 1 del MC OCDE no hacen referencia expresamente al artículo 24. Sin embargo, al igual que artículo 1.2 sirve para interpretar que los beneficios propios de las reglas distributivas de un CDI son solo aplicables a las rentas "pagadas a un residente del otro Estado contratante", el precepto del artículo 1.2 debería servir también para interpretar que los

estamos ante una discriminación indirecta (en cuyo caso, incluso tampoco lo sería debido a que el pago que dé lugar a una asimetría híbrida, y a la aplicación de la norma anti-híbridos, puede ser hecho desde la misma jurisdicción del inversor o de la entidad híbrida inversa).

### 1.2.3. Los apartados tercero y quinto del artículo 24 del MC OCD y las reglas anti-híbridos aplicables a los pagos híbridos resultantes en deducciones dobles

Como acabamos de ver, el artículo 24.4 del MC OCDE solo cubre aquellas discriminaciones por razón de la residencia del perceptor del pago. Por el contrario, las reglas anti-híbridos que combaten los pagos híbridos resultantes en deducciones dobles no se aplican por razón de la residencia del perceptor del pago, ya que dichas reglas son susceptibles de aplicarse indistintamente en casos en los que el pago se realice a un residente o a un no residente. Por lo cual, la prohibición de discriminación del artículo 24.4 (por razón de la residencia del perceptor del pago) no puede afectar a la norma anti-híbridos relativa a los pagos híbridos resultantes en deducciones dobles.

Sin embargo, estas normas sí podrían quedar afectadas por los apartados tercero y quinto del artículo 24 del MC OCDE. Estas cláusulas establecen la prohibición de discriminación de los EPs o entidades de un Estado contratante cuando estén poseídos o controlados por entidades del otro Estado contratante. Es decir, estas cláusulas de no discriminación prohíben la discriminación por razón de la residencia de inversor.

Si bien la regla primaria, que deniega la deducción de un pago híbrido en la jurisdicción del inversor, no podría quedar afectada por ninguna de las cláusulas del artículo 24, sí podría quedar afectada la regla secundaria. La regla secundaria establece la no deducibilidad de los pagos en la jurisdicción del pagador (la entidad híbrida o el EP). La

beneficios del artículo 24.4 son solo aplicables "a los gastos pagados (…) a un residente del otro Estado contratante" y así considerar que un pago realizado a una entidad híbrida inversa no es un pago realizado a un residente del otro Estado contratante. Y ello sin perjuicio de que el beneficio del artículo 24.4 esté dirigido al residente que paga dichas rentas, y no al no residente que las percibe.

asimetría híbrida (deducción doble) que desencadena esta regla secundaria solo es posible cuando la entidad o el EP estén participados por un residente de otro Estado. Ya que no puede haber asimetría híbrida con respecto a inversores nacionales.

Esta circunstancia plantea los mismos interrogantes que han sido estudiados en el anterior apartado en relación con el artículo 24.4 y la regla primaria relativa a los instrumentos financieros híbridos. Por ello es necesario analizar si la regla secundaria relativa a los supuestos de deducciones dobles es susceptible de generar únicamente discriminaciones indirectas.

En nuestra opinión, la regla secundaria forma parte de una norma más amplia cuyo presupuesto de hecho es exactamente el mismo. La regla primaria y la secundaria se aplican sobre un mismo presupuesto de hecho: un resultado de deducción doble derivado de un pago por un pagador híbrido. La diferencia entre la regla primaria y la secundaria es el país que la aplica: la regla primaria será aplicada por el país del inversor y la regla secundaria por el país del pagador híbrido (una entidad híbrida o un EP) en caso de que el país del inversor no aplique la regla primaria.

Siguiendo el mismo razonamiento que con respecto al artículo 24.4, observamos que la asimetría híbrida en forma de deducción doble no se produce exclusivamente en aquellos casos en que concurre el atributo protegido por los apartados tres y cinco del artículo 24 (no residencia del inversor), sino que también puede producirse en casos en que el inversor del contribuyente es residente y el propio contribuyente a su vez participa en el capital de un pagador híbrido extranjero (una entidad híbrida extranjera o un EP extranjero). En el primer caso el contribuyente es el pagador híbrido y por tanto se le aplicará la regla secundaria, y en el segundo caso el contribuyente será el inversor y por tanto se le aplicará la regla primaria. La discriminación existente en el primer caso con respecto a un comparador interno exactamente en la misma situación fáctica (el contribuyente sigue siendo el pagador, lo que cambia es que su inversor es residente) sería una discriminación indirecta, ya que la asimetría híbrida, y la consiguiente aplicación de la norma anti-híbridos, también se produce en situaciones en las que el inversor del contribuyente sí es residente.

Con lo cual, el hecho de que el contribuyente sea el pagador híbrido o el inversor de aquel es irrelevante, ya que la posible discriminación es indirecta, y por tanto no contraria al artículo 24.3 y 24.5 del MC OCDE. En este sentido, la aplicación de la regla primaria a un pagador híbrido produce una discriminación, pero no basada *exclusivamente* en el atributo protegido (la no residencia del inversor)[1026].

## 2. Las reglas anti-híbridos y las libertades fundamentales del TFUE

### 2.1. Introducción

La ATAD ha establecido varias medidas anti-abuso, entre ellas las normas anti-híbridos, que se aplican de manera automática sin necesidad de que concurra una conducta abusiva por parte del contribuyente. La aplicación automática de las normas anti-híbridos ha suscitado el debate sobre si dichas medidas pueden ser contrarias a las libertades del TFUE.

Las normas anti-híbridos tienen una naturaleza *de minimis*, y por tanto son susceptibles de interpretarse a la luz de las libertades fundamentales cuando los Estados Miembros las implementan con un alcance superior al cubierto por la ATAD. Sin embargo, cuando los Estados Miembros transponen únicamente el alcance mínimo obligatorio que prescribe la ATAD (sobre todo teniendo en cuenta al alto de grado de detalle que establece el artículo 9 de la ATAD relativo a las normas anti-híbridos, que hace prácticamente innecesario una implementación nacional extensiva de tales medidas), una eventual ilegalidad de determinadas medidas de la ATAD se enfrenta con ciertas

[1026] El párrafo 3 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE establece que "las distintas disposiciones del artículo 24 impiden las diferencias en el tratamiento fiscal basadas exclusivamente en ciertos motivos concretos (por ej. la nacionalidad en el caso del apartado 1)". Aunque la norma anti-híbridos que la cubre es formalmente diferente, la asimetría híbrida en forma de doble deducción también se produce en supuestos de doble residencia. Por lo que también podríamos apoyarnos en esta circunstancia para argumentar que en los supuestos de aplicación de la regla secundaria sobre el pagador híbrido (cuyo inversor es inexorablemente un no residente) no hay discriminación *exclusivamente* por razón de la residencia del inversor.

dificultades procesales[1027]. Una es la presunción de legalidad de los actos de la Unión Europea, que hace inviable enjuiciar la ATAD por los tribunales nacionales[1028]. Además, el principio *Tedeschi* establece una suerte de presunción de validez con respecto a los actos armonizadores de la UE que, sobre la base de justificaciones legítimas previstas en el TFUE, deroguen las libertades comunitarias[1029].

Así, en la medida en que las normas de la ATAD sirvan al objetivo de asegurar el mercado interior y evitar situaciones de doble no imposición que socaven el marco de competencia igualitario (*level-playing field*), es muy probable que el TJUE vea en dichas finalidades suficiente justificación como para validar dichas medidas. No obstante, estas dificultades de corte procesal no nos eximen del deber de analizar un análisis de fondo sobre el encaje de estas normas en las libertades fundamentales.

### 2.2. Identificación de la libertad aplicable

Las dos libertades susceptibles de ser afectadas por las medidas anti-híbridos son la libertad de establecimiento (arts. 49-55 TFUE) y la libre circulación de capitales (arts. 63-66 TFUE).

Es importante advertir que el TJUE ha admitido que una misma medida nacional puede afectar, dependiendo de las circunstancias fácticas concretas del contribuyente, a una sola o ambas libertades. Así, en una misma situación fáctica, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales muchas veces se solapan ya que determinadas medidas anti-abuso suelen a afectar a los pagos financieros en el seno de grupos empresariales. Es doctrina consolidada del TJUE que se ve afectada la libertad de establecimiento cuando una medida se aplica a aquellos casos en que una entidad ejerza

[1027] Ginevra (2017), p. 123.
[1028] SSTJUE de 15 de junio de 1994, C-137/92 P (Comisión contra BASF y otros), párr. 48, y de 8 de julio de 1999, C-245/92 P (*Chemie Linz contra Commisión*), párr. 93.
[1029] STJUE de 5 de octubre de 1977, C-5/77 (*Tedeschi contra Denkavit*), párrs. 33-35.

una "influencia determinante"[1030] sobre otra, sin perjuicio de que dicha medida también pueda afectar a la libre circulación de capitales[1031].

Esta postura tiene poca repercusión práctica en respecto de aquellas medidas discriminatorias que solo afecten a situaciones intracomunitarias, donde ambas libertades ofrecen protección; pero tiene una gran repercusión cuando dichas medidas afectan a situaciones entre un Estado Miembro y terceros países, ya que la libre circulación de capitales tiene una protección territorial más amplia que la del resto de libertades, estando prohibidas también las medidas nacionales que restrinjan la libre circulación de capitales entre un Estado Miembro y un país extracomunitario. Así, cuando el TJUE ha enjuiciado medidas que afectaban a países terceros, ha sido de vital importancia dilucidar qué libertad quedaba afectada y, en caso de ser varias, si alguna de ellas predominaba[1032]. En tales casos el TJUE ha mantenido la postura, a nuestro juicio con buen tino, de determinar cuál es la libertad afectada principalmente a la luz

[1030] Para determinar si la libertad de establecimiento se ve afectada, el TJUE ha establecido el *test de la influencia determinante*, de manera que lo relevante no es que la medida potencialmente restrictiva afecte a situaciones de mayorías accionariales ni a un umbral determinado de control sobre el establecimiento, sino que lo relevante es que la medida afecte a aquellas situaciones en las que haya una influencia determinante en las decisiones y actividades del establecimiento. Ya se avanzaron estas conclusiones en la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 27, pero es en la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2007, C-492/04 (*Lasertec*), párrs. 22 y 23, donde se consolida esta postura. En concreto, el TJUE ha considerado que afectan a la libertad de establecimiento aquellas medidas que se apliquen a participaciones que garantizan al socio el control de una sociedad, en STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 32. Igualmente, el TJUE ha considerado que afectan a la libertad de establecimiento aquellas medidas nacionales que se apliquen a participaciones superiores a un 25% o, en todo caso, cuando exista una "influencia dominante" en la sociedad; véase el Auto del TJUE del 10 de mayo del 2007, C-492/04 (*Lasertec*), párrs. 21-22. Por el contrario, el TJUE ha considerado que no queda afectada la libertad de establecimiento, sino solo la libre circulación de capitales, cuando la medida nacional se aplique a participaciones superiores al 10% que no confieran una "influencia real" en las decisiones de la sociedad; en STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 58.

[1031] En la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 101, se establece que "una legislación (…) que sólo tiene por objeto las relaciones en el seno de un grupo de sociedades, afecta principalmente a la libertad de establecimiento. Suponiendo que tal legislación tenga efectos restrictivos sobre la libre prestación de servicios y sobre la libre circulación de capitales, tales efectos serían la consecuencia inevitable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no justificarían un examen de dicha legislación a la luz de los artículos 49 CE y 56 CE". Por el contrario, el TJUE se ha mostrado inclinado a favorecer el predominio de la libre circulación de capitales sobre la libertad de establecimiento cuando la medida cuestionada está dirigida con carácter general a todo tipo de inversiones, haya o no influencia por parte de los accionistas. En este sentido véanse las sentencias del TJUE de 28 de septiembre de 2006, C-282/04 y C-283/04 (*Comisión contra Holanda*), párr. 43, y de 17 de septiembre de 2009, C-182/08 (*Glaxo*), párrs. 49-51.

[1032] Para una discusión sobre la posibilidad una aplicación paralela de todas las libertades afectadas o, por el contrario, una aplicación exclusiva de la libertad predominante, véase Strik (2014), pp. 36 y ss., y Cordewener et al. (2007), pp. 372-374.

del propósito fundamental de la medida nacional. De tal forma que ha considerado que una medida nacional de carácter general dirigida a cualquier grado de participación en una sociedad afecta principalmente a la libre circulación de capitales, con independencia de que la medida también sea aplicable a situaciones de control accionarial e influencia determinante. En estos casos, el contribuyente puede invocar la libre circulación de capitales aunque la participación confiera control sobre la sociedad[1033].

Por el contrario, cuando la medida nacional es aplicable únicamente a situaciones en las que la participación confiere una influencia determinante entonces la libertad afectada principalmente es la libertad de establecimiento, la cual no es invocable en situaciones transfronterizas entre un Estado Miembro y un tercer Estado[1034]. En estos casos el TJUE considera que los posibles efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales son una "consecuencia inevitable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no justifican, en cualquier caso, un examen autónomo de la referida legislación"[1035].

Una de las razones que llevó al TJUE a adoptar este enfoque del "propósito fundamental de la medida nacional" cuando se enjuician medidas nacionales aplicables a países terceros es, dado que el TFUE no amplía la protección de la libertad de establecimiento a las situaciones con países terceros, evitar que el contribuyente se aproveche indebidamente de la libre circulación de capitales en aquellos casos en los que la medida nacional impone verdaderas barreras de acceso al mercado[1036] pero que de manera

[1033] STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 99. En el mismo sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-47/12, (*Kronos International*), párrs. 51-52.
[1034] STJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 98: "no está comprendida en el artículo 43 CE la aplicación de una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal a una situación en la que una sociedad residente obtiene un préstamo de una sociedad residente en otro Estado miembro que no posee una participación de control en la sociedad prestataria y cuando estas dos sociedades están controladas, directa o indirectamente, por una sociedad vinculada común que reside en un tercer país". De la misma forma, en el Auto del TJUE del 10 de mayo del 2007, C-492/04 (*Lasertec*), párrs. 27-28, se reitera que la libertad de establecimiento no puede ser invocada "en una situación que implique a una sociedad de un país tercero".
[1035] STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 33.
[1036] Importante es la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2006, C-452/04 (*Fidium Finanz*). En este caso, una entidad establecida en un país tercero, Suiza, pretendía realizar una actividad de prestación de servicios financieros en Alemania. La normativa regulatoria alemana supeditaba la autorización para realizar dicha actividad financiera en Alemania al cumplimiento de determinados requisitos regulatorios, lo que suponía para las empresas suizas una desventaja con respecto a las empresas alemanas. El TJUE aceptó que la normativa alemana afectaba tanto a la libre prestación de servicios y como a la libre circulación de capitales (párr. 43), aunque el propio Tribunal consideró que predominaba la libre

accesoria y contingente también supone una barrera a la libre circulación de capitales[1037].

En el ámbito de las normas anti-híbridos esto tiene consecuencias indudables en la medida en que dichas medidas afectan también a las transacciones con países terceros[1038]. Las normas anti-híbridos se aplican a dos supuestos de hecho diferenciados, desde el punto de vista subjetivo: *i)* aquellas asimetrías híbridas entre partes vinculadas, y *ii)* aquellas asimetrías híbridas en las que medie un *mecanismo estructurado*, con independencia del grado de participación o vinculación.

En el primer supuesto, las normas anti-híbridos afectan fundamentalmente a la libertad de establecimiento en la medida en que se aplican a los pagos realizados entre entidades vinculadas o de un mismo grupo. Por ello, en estos casos el contribuyente solo podría invocar la libertad de establecimiento en las asimetrías híbridas intracomunitarias, pero no en las asimetrías híbridas con países terceros.

No obstante, cuando la norma anti-híbridos se aplique en virtud de un mecanismo estructurado, el contribuyente podría invocar la protección de la libre circulación de capitales, tanto en asimetrías híbridas intracomunitarias como en asimetrías híbridas con países terceros. En aquellos casos en que, en una asimetría híbrida, se solapen la existencia de relación de vinculación y la existencia de un mecanismo estructurado, el contribuyente, por mucho que pudiera invocar la libre circulación de capitales para evitar la aplicación de la norma anti-híbridos en virtud de un mecanismo estructurado, seguiría estando sujeto a la medida anti-híbridos en virtud de la existencia de relación de vinculación.

---

prestación de servicios, de manera que los efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales eran una "consecuencia inevitable de la restricción impuesta en relación con la prestación de servicios" (párrs. 48 y 49). Por ello, el TJUE concluyó que la normativa alemana no era ilegal, sin perjuicio de que realmente suponía una restricción a la libre prestación de servicios, porque una empresa de un país tercero no puede invocar la libre prestación de servicios.

[1037] STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 100. En el mismo sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-47/12, (*Kronos International*), párr. 53.

[1038] La ATAD fue modificada por la ATAD II con el objeto de extender las medidas anti-híbridos a las transacciones con terceros Estados.

## 2.3. El concepto de restricción prohibida de las libertades comunitarias y la doble no imposición

### 2.3.1. El elemento transfronterizo como factor de discriminación: el falso debate entre restricción y discriminación

La siguiente pregunta que hemos de hacernos es si las normas anti-híbridos pueden suponer una verdadera discriminación. Puede haber "discriminaciones" tributarias por multitud de razones. Pero la restricción a las libertades de circulación y establecimiento implican necesariamente que la discriminación tenga que ser por razón del ejercicio de dichas libertades. Es decir, la causa inmediata del trato fiscal discriminatorio debe ser la existencia de un elemento transfronterizo (que evidencie el ejercicio de alguna libertad de circulación) en el presupuesto de hecho de la norma[1039].

El elemento discriminatorio puede manifestarse tanto en un elemento subjetivo del contribuyente como en un elemento objetivo. Pero en ambos casos, ya sea un elemento subjetivo u objetivo, el elemento debe ser *transfronterizo* para dar lugar a una restricción de las libertades comunitarias. Así, una medida tributaria es discriminatoria si establece un trato desfavorable por razón de la residencia del contribuyente. Pero también es discriminatoria aquella medida tributaria que establece un trato desfavorable hacia las inversiones transfronterizas de un contribuyente.

No obstante, el TJUE ha utilizado de manera un tanto confusa el concepto de "restricción" y el de "discriminación". El propio TJUE ha oscilado entre la aplicación de un análisis de discriminación y la aplicación de un análisis de restricción[1040]. Aunque esta

[1039] Esto implica que el principio de no discriminación que se deriva de las libertades comunitarias no comprenda aquellas situaciones de "discriminación inversa", en Bammens (2012), p. 530. La discriminación inversa es el trato desfavorable dado a una situación interna con respecto de una situación transfronteriza. Este tipo de discriminaciones no son causadas por el ejercicio de una libertad comunitaria, ya que no hay un elemento transfronterizo, sino que se dan en situaciones puramente internas. No obstante, en algunos casos este tipo de discriminaciones podrían quedar prohibidas de manera indirecta a través del régimen de ayudas de Estado prohibidas del TFUE.

[1040] Véase Bammens (2012), pp. 534 y ss.

distinción, en manos del TJUE, ha sido más terminológica que sustancial, ya que gran parte de los supuestos que el TJUE ha calificado de "restricciones" no son más que supuestos de discriminación, en los que hay un trato desfavorable a una situación transfronteriza con respecto de una situación interna[1041]. Con lo cual, de la doctrina del TJUE se infiere que la diferencia entre ambos conceptos es que en la restricción la diferencia de trato es por razones objetivas (la naturaleza transfronteriza de una inversión, un pago o un servicio) y en la discriminación el trato desfavorable es por razón de la residencia/nacionalidad del propio contribuyente[1042]. Así, de la práctica del TJUE se ha derivado que, con independencia del tipo de análisis, el resultado por lo general es similar, ya sea por la vía del análisis de comparabilidad (en caso de utilizar un análisis de discriminación) o bien por la vía de la justificación (en caso de utilizar un análisis de restricción)[1043].

[1041] Bammens (2012), p. 535.

[1042] Las mal llamadas "restricciones no discriminatorias" son situaciones en las que no hay discriminación por razón subjetiva (la residencia del contribuyente) sino por razones objetivas (como es la naturaleza transfronteriza de un pago o de una inversión); véase Dahlberg (2005), pp. 107 y ss. Para Bammens (2012), p. 542 y ss., este tipo de restricciones son en realidad discriminaciones encubiertas, ya que el TJUE aplica realmente el mismo análisis de comparabilidad con respecto a situaciones internas que el que realiza con las discriminaciones, por lo que la mera referencia por el TJUE a una "restricción" o una "discriminación" se trata únicamente de una cuestión de lenguaje, Bammens (2012), pp. 537 y 538.

[1043] Véase Lazarov (2020), pp. 77-78. De hecho, la utilización del análisis de comparabilidad y la de la justificación es un tanto confusa por el TJUE, ya que en muchas situaciones el TJUE utiliza ambos análisis de manera intercambiable en todos aquellos casos en que la medida discutida tiene una finalidad objetiva al margen de la mera residencia/nacionalidad de los sujetos intervinientes en una situación transfronteriza. No existen criterios claros en cuanto al análisis de comparabilidad que los distingan del análisis de justificación, tal y como sugiere la Abogada General Kokott en la Opinión de 13 de marzo de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párrs. 21-28. De hecho, la propia Abogada General planeta la posibilidad de renunciar al análisis de comparabilidad y centrar en enfoque de la discriminación en el test de justificación. Sobre todo porque el test de justificación permite un análisis sobre la proporcionalidad de la medida que el análisis de comparabilidad no permite, de manera que un análisis de comparabilidad puede llegar a declarar como legal una medida desfavorable desproporcionada (por estar dirigida a situaciones objetivamente no comparables) que de otro modo sería una discriminación justificada pero desproporcionada en caso de obviar el análisis de comparabilidad (párrafo 27 de la referida Opinión). Véase al respecto los casos relativos a los regímenes de consolidación fiscal (jurisprudencia *Marks & Spencer*), donde se ha declara que una sociedad matriz con una filial extranjera está en una situación comparable respecto a una matriz con una filial nacional, de manera las medidas nacionales que deniegan la posibilidad de compensar las pérdidas de las filiales extranjeras son discriminatorias (por tratarse de una situación comparable a la de una relación matriz-filial puramente doméstica) pero justificadas siempre y cuando la medida fuera proporcionada. En estos casos, un análisis de comparabilidad estricto que determinase que no estamos ante situaciones comparables (por tratarse de situaciones en las cuales el Estado Miembro no grava las rentas obtenidas en el extranjero, como por ejemplo en *Schumacker*), determinaría ineludiblemente que este tipo de medidas fueran legales en cualquier caso, por muy desproporcionadas que fueran. En teoría una restricción no discriminatoria no se somete a un análisis de comparabilidad ya que una restricción lo es con carácter absoluto, con independencia de la tributación interna, siendo enjuiciada su legalidad a la luz del test de justificación. Mientras que una medida

Haciéndose eco de la terminología usada por el TJUE, algunos autores han distinguido las restricciones no discriminatorias de las discriminaciones bajo el argumento de que solo una discriminación por causas subjetivas, como es la residencia del contribuyente, puede ser una discriminación[1044]; de manera que el trato desfavorable de determinadas situaciones por razones objetivas es simplemente una restricción. No obstante, como acertadamente apunta Bammens, estas restricciones encubren verdaderas discriminaciones. Como se ha evidenciado, la mayor parte de las llamadas restricciones no discriminatorias son en realidad discriminaciones sobre las personas que ejercen alguna de las libertades del TFUE con respecto de aquellas que no ejercen dichas libertades[1045].

Por tanto, en nuestra opinión, las únicas y verdaderas *restricciones no discriminatorias* son aquellas en las que se da un trato legal idéntico a situaciones que *de facto* son diferentes, generándose una restricción a las libertades en forma de riesgos y obstáculos adicionales[1046]. El problema de este tipo de situaciones, como apunta Marchgraber, es que el TJUE tendría que decidir "cómo de diferente" tratan los Estados Miembros una situación diferente[1047]. Lo que en nuestra opinión supondría dejar en manos de un tribunal el escoger los parámetros equidad vertical (decidir qué elemento fáctico hace diferente dos situaciones jurídicamente idénticas, como puede ser la capacidad económica) y el decidir cuán diferente debe ser la medida adoptada para cumplir con

discriminatoria sí es sometida a un análisis de comparabilidad para determinar los *pares* con respecto a los que se produce la diferencia de trato. En este sentido, véase Bammens (2012), p. 536.

[1044] Se ha distinguido entre "discriminación" (diferente tratamiento de situaciones comparables) y "restricción" (impedimento a las libertades de establecimiento o circulación de capitales), en Bundgaard (2013b), p. 549.

[1045] Bammens (2012), p. 545. Este autor evidencia acertadamente que un obstáculo por razón del ejercicio de las libertades comunitarias supone en esencia una discriminación, de la misma manera que también supone una discriminación cualquier obstáculo por razón de residencia o nacionalidad. La diferencia estriba en la naturaleza objetiva de la primera (la discriminación se ejerce sobre situaciones objetivas, como es el establecimiento o inversión en otro Estado Miembro) frente a la naturaleza subjetiva de la segunda (la discriminación se ejerce sobre una condición subjetiva del contribuyente: la nacionalidad o la residencia). El denominador común en todos los casos es que la causa directa de la discriminación es la existencia de un elemento transfronterizo: el ejercicio de las libertades de establecimiento o circulación en otro Estado Miembro. En el mismo sentido, véase Vilhena de Moraes (2015), pp. 228-230 y ss.

[1046] Bammens (2012), pp. 552 y ss. Para este autor el caso *Futura* (sentencia del TJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95) es una los pocos ejemplos de restricción no discriminatoria en el ámbito de los impuestos directos.

[1047] Marchgraber (2018), p. 114.

esa equidad vertical. En muchos casos la solución es sencilla para el tribunal cuando hay una carga doble que busca proteger un mismo interés jurídico[1048] (dos Estados Miembros establecen sendos requerimientos legales sobre una misma situación, generándose un obstáculo cuando la situación es transfronteriza al haber una doble carga) y los principios generales del Derecho de la UE establecen qué Estado Miembro es el que debe renunciar a su potestad reguladora. Es decir, en estos casos el tribunal solo debe aplicar medidas *negativas*: dejar sin efecto un requerimiento legal del propio Estado Miembro cuando este suponga una carga adicional a una previa soportada en el Estado de origen (a través del principio general de reconocimiento mutuo).

Pero en otros casos el Tribunal podría verse forzado a adoptar medidas de carácter positivo, teniendo que decidir qué Estado Miembro tiene mejor derecho para imponer sus requerimientos legales (sus cargas fiscales)[1049] y en qué medida anula esas restricciones (ya que no es lo mismo una deducción del impuesto extranjero en la base imponible, un crédito fiscal por impuestos extranjeros o una exención). Esto podría suponer una clara invasión por parte del Tribunal en la función legislativa[1050].

Por tanto, solamente en el Derecho tributario formal ha podido aplicarse un concepto de restricción no discriminatoria prohibida, susceptible por tanto de ser corregida por

[1048] Algunos autores Kofler y Mason (2007), pp. 70-72, han apelado al principio de reconocimiento mutuo para deshacer la doble imposición internacional desde el Derecho de la UE. El principio de reconocimiento mutuo descansa sobre la existencia de un doble requerimiento legal en sendos Estados Miembros y cuya finalidad es proteger un mismo interés jurídico, de manera que ambos requerimientos legales se solapan entre sí. No obstante, el hecho de que un Estado Miembro grave una renta que también es gravada en otro Estado Miembro no supone que haya un doble requerimiento tendente a proteger un mismo interés jurídico. La finalidad intrínseca de los impuestos directos es la recaudatoria. Por tanto, el hecho de que cada país necesite financiarse autónomamente excluye necesariamente que la tributación de un país pueda proteger también, además de su interés jurídico (la financiación de sus gastos públicos), el interés jurídico de otro país distinto. Por lo que eliminar la doble imposición internacional no preserva el interés jurídico (la financiación de los gastos públicos) de ambos países, sino solo del que conserva su potestad tributaria.

[1049] La discriminación no es un concepto que se verifica por un resultado agregado, sino que se verifica "país por país". Por tanto, la doble imposición internacional no puede ser una discriminación prohibida salvo que hubiera principios de Derecho de la UE que identificasen qué país es el que tiene mejor derecho para gravar.

[1050] Para Lang (2008), p. 72, el enfoque agregado, aunque facilitase un mejor funcionamiento del mercado interno, implicaría el riesgo de que el TJUE tuviera que adoptar el rol de legislador.

los tribunales. Mientras que en el Derecho tributario material o sustantivo las restricciones no discriminatorias no parecen estar prohibidas conforme al TJUE[1051].

### 2.3.2. La discriminación encubierta en las normas anti-híbridos

En principio el diferente trato fiscal debe afectar solamente a las situaciones transfronterizas, es decir, aquellas en las que se ejercitan las libertades comunitarias. Las normas anti-híbridos, teóricamente están ideadas para cubrir las asimetrías híbridas no solo derivadas de situaciones transfronterizas sino también de situaciones internas. Sin embargo, en la práctica es francamente difícil que surjan asimetrías híbridas en el contexto interno por cuanto que tanto el legislador como el interprete del Derecho tributario es el mismo.

Por ello, el hecho de que las normas anti-híbridos se implementen en los Estados Miembros de manera que en teoría cubran asimetrías híbridas internas y transfronterizas no excluye el hecho de que, *de facto*, las normas híbridas cubran solo situaciones transfronterizas[1052].

Para algunos autores esto es signo inequívoco de la existencia de una discriminación encubierta[1053]. Argumento que compartimos. De otra manera muchos Estados Miembros podrían eludir la aplicación de las libertades fundamentales mediante el diseño de normas tributarias que *de iure* afectasen a situaciones transfronterizas e internas pero que *de facto* solo afectasen a situaciones transfronterizas. Lo cual sería claramente un fraude al principio de no discriminación del TFUE. Las libertades

[1051] Contrástense las sentencias del TJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95 (*Futura*) y de 14 de noviembre de 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*). En ambos casos estamos ante una doble carga tributaria en una situación transfronteriza. En *Futura,* dicha doble carga, de carácter procesal o formal, es considerada una restricción, que posteriormente es sometida al test de justificación. Mientras que en *Kerckhaert-Morres* se trata de una doble carga de carácter material, que en ningún caso es considerada una discriminación, sin perjuicio de que es considerada una distorsión o "cuasirestricción", véase nota 1057.

[1052] En *Lankhorst-Hohorst* el TJUE consideró que una norma de subcapitalización aplicable a los intereses pagados a "un socio que carece de crédito fiscal" afectan casi exclusivamente a pagos realizados a entidades extranjeras. STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), párr. 28.

[1053] Vanden Berghe (2017), p. 78; y Rust (2015), p. 313.

fundamentales tienen una doble vertiente: para el contribuyente suponen un derecho y para los Estados Miembros una obligación de no discriminación. Si el contribuyente no puede abusar de las libertades fundamentales en su beneficio (que es precisamente lo que intenta perseguir la ATAD), lo lógico es que los Estados Miembros tampoco puedan valerse de artificios legislativos para evitar la aplicación del principio de no discriminación.

Piénsese, por ejemplo, en la implementación de una norma de transparencia fiscal internacional que obligase a una entidad matriz a imputar las rentas de sus filiales extranjeras y nacionales. Aunque *de iure* fuera una norma aplicable a situaciones internas y transfronterizas, es inverosímil que pudiera aplicarse en la práctica respecto de las rentas de filiales nacionales ya que estas, por lo general, no van a estar sujetas a un tipo impositivo inferior al de la entidad matriz (cabe recordar que la sujeción a un tipo impositivo reducido es uno de los elementos del presupuesto de hecho de toda norma de transparencia fiscal internacional).

### 2.3.3. La discriminación y la norma extranjera: el enfoque "país por país"

Se ha distinguido con acierto entre el concepto de "disparidades" y "discriminación", conceptos que a menudo se entrelazan, ya que ambos pueden suponer obstáculos al mercado interior, pero que conviene distinguir para evitar confusiones dogmáticas en cuanto a la naturaleza de las restricciones prohibidas del TFUE[1054].

El TJUE ha mantenido un concepto de restricción prohibida centrado en la discriminación, de manera que dicho concepto no filtre aquellas restricciones derivadas de las meras disparidades legislativas, inherentes al ejercicio de la soberanía por los Estados Miembros. En nuestra opinión una disparidad difícilmente puede constituir una restricción a las libertades comunitarias si dicha disparidad es a la vez una barrera de

[1054] Sobre la distinción entre disparidades y discriminación, véase Douma (2011), pp. 150 y ss.

entrada para un Estado Miembro y una ventaja para otro[1055]. En nuestra opinión, no se debería confundir el debate de las neutralidades fiscales (un debate eminentemente económico) con el debate de las restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales (un debate eminentemente jurídico).

No obstante, la doctrina ha distinguido un doble enfoque del concepto de discriminación. Por un lado, el **enfoque agregado** u *overall approach,* que toma en cuenta la situación agregada del contribuyente en distintos países, es decir, el tratamiento fiscal combinado del país de origen y el país de destino[1056]. Por otro lado, el **enfoque "país por país"** identifica las restricciones prohibidas como aquellas discriminaciones que se derivan del tratamiento fiscal de un Estado Miembro.

A la hora de identificar la discriminación, el TJUE ha seguido el enfoque "país por país", como se desprende de casos como *Denkavit* o *Amurta,* en relación a la eventual neutralización de una discriminación por otro Estado Miembro distinto al que establece la medida discriminatoria, o de casos como *Kerckhaert-Morres,* donde se trata la doble imposición como una "cuasirestricción" que deriva del ejercicio paralelo de potestades tributarias[1057].

---

[1055] Si la tributación del Estado Miembro A es superior a la del Estado Miembro B, puede afectar negativamente a los flujos de inversión desde B a A. Sin embargo, esta disparidad no es verdaderamente una restricción al comercio y la circulación transfronteriza, sino simples diferencias que afectan a la decisión de los agentes privados a la hora de decidir desde qué país operan. De hecho, lo que para el país con tributos más altos supone un obstáculo de entrada, para el país con tributos más bajos supone correlativamente un incentivo de entrada, por lo que estrictamente no podemos hablar de barreras a las situaciones transfronterizas, ya que se la existencia de una barrera depende de la perspectiva del Estado Miembro (lo que para un Estado puede ser una barrera, para otro país con impuestos más bajos puede ser una ventaja). Así, para el TJUE esta ausencia de neutralidad fiscal en el espacio europeo no supone una restricción prohibida de las libertades fundamentales, sino una decisión de política fiscal de los Estados Miembros y el reconocimiento del principio de competencia fiscal internacional en el mercado interno.

[1056] Kofler (2011b), p. 685; Lang (2008), p. 72.

[1057] De acuerdo al test de discriminación aplicado por el Abogado General Geelhoed, y asumido por el TJUE, no habrá discriminación cuando el desventajoso tratamiento fiscal que existe en el contexto transfronterizo con respecto al puramente interno es consecuencia de la interacción de legislaciones. A este tipo de desventajas les llama el Abogado General Geelhoed "cuasirestricciones", en Opinión del Abogado General Geelhoed de 23 de febrero de 2006, C-374/04 (*Class IV ACT*), párrs. 37-39. El Abogado General hace notar que las distorsiones producidas en las actividades transfronterizas por el ejercicio paralelo de competencias tributarias por los Estados Miembros tienen dos caras: las distorsiones que suponen una menor carga tributaria que la que se derivaría si la operación fuera puramente interna, en cuyo caso incentiva la actividad transfronteriza; y las distorsiones que suponen una desventaja para las actividades transfronterizas, en cuyo caso estamos ante una "cuasirestricción". En el mismo sentido las

Tomar un enfoque agregado a la hora de identificar una discriminación prohibida supondría afirmar que una discriminación puede surgir de la acción paralela de dos Estados Miembros y a la vez la acción paralela de dos Estados Miembros puede anular una discriminación de uno de ellos. Por el contrario, el enfoque "país por país" implica que la existencia de discriminación se produzca como consecuencia de la aplicación de la norma nacional a una situación transfronteriza en comparación con una interna. Si no hay discriminación es indiferente que, como consecuencia de la aplicación de la norma de otro Estado Miembro en el ejercicio paralelo de su soberanía fiscal, se produzca una carga tributaria agregada superior a la que se produciría en el contexto puramente interno.

La propia naturaleza del enfoque agregado hace inviable, en nuestra opinión, poder defender su validez. Toda norma de prohibición, como es el principio de no discriminación del TFUE, necesita de un destinatario. Así, una discriminación provocada por un Estado Miembro, por mucho que sea compensada por otra medida unilateral de otro Estado Miembro, quedaría al albur de este último Estado, es decir, la discriminación por un Estado Miembro dependería de la legislación de otro Estado Miembro (salvo que actúen colegiadamente a través de un CDI[1058]); o el hecho de que la doble imposición internacional derive del ejercicio paralelo de varias soberanías tributarias excluye necesariamente que haya un país que sea el responsable de la discriminación, salvo que encontrásemos un principio general de Derecho de la UE que nos permitiese distribuir las potestades tributarias entre los Estados Miembros. No obstante, el principio de reconocimiento mutuo, como principio general de Derecho de la UE, solo opera en el ámbito de las obligaciones tributarias formales, no de las materiales. Por tanto, si la acción paralela de dos Estados Miembros no puede constituir una discriminación

Opiniones del Abogado General de 6 de abril de 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 38 y 39; de 6 de abril de 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*), párrs. 18-19 y 38; de 27 de abril de 2006, C-170/05 (*Denkavit*), párr. 20; y de 29 de junio de 2006, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 40. Véase también Bundgaard (2013b), p. 550.

[1058] El TJUE ha reiterado numerosas veces que los CDIs forman parte de los sistemas legales de ambos Estados contratantes. Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, C-170/05 (*Denkavit Internationaal*), párr. 45.

prohibida, *a contrario sensu* el ejercicio paralelo de varias soberanías tributarias tampoco puede deshacer una discriminación.

Cuestión diferente, como veremos más adelante, es que el TJUE haya tenido en cuenta la tributación de la situación transfronteriza en otro Estado Miembro como elemento valorativo a la hora de determinar si la discriminación responde a la necesidad de alcanzar una igualdad vertical (es decir, la necesidad de tratar de manera diferente dos situaciones diferentes), ya sea por la vía de la comparabilidad o bien por la vía de la justificación.

Así, la consecuencia del enfoque "país por país" tiene una doble vertiente: *i)* la doble imposición internacional no es una restricción prohibida; y *ii)* una ventaja fiscal en un Estado Miembro no anula automáticamente una discriminación en otro Estado Miembro, lo cual tiene implicaciones en relación a las medidas anti-híbridos que sean susceptibles de ser discriminatorias, ya que su naturaleza discriminatoria no quedaría anulada por el hecho de que en el agregado transfronterizo su efecto fuera neutral.

#### 2.3.3.1. El treaty-based overall approach

En *Denkavit* y *Amurta* se establecieron las bases del enfoque global de origen convencional (*treaty-based overall approach*). Este enfoque deriva del siguiente axioma: una discriminación deja de serlo cuando es neutralizada por el mismo Estado Miembro que la provocó. El corolario de esta proposición es que el Estado Miembro que crea una discriminación puede neutralizarla no solo a través de sus propias normas internas, sino también a través de convenios internacionales, ya que estos forman parte de su "marco jurídico"[1059].

[1059] En la STJUE de 14 de diciembre de 2006, C-170/05 (*Denkavit Internationaal*), párr. 45, se establece que el convenio franco-neerlandés forma parte del "marco jurídico aplicable" a la hora de dirimir si ha existido discriminación por Francia.

En *Amurta* el TJUE estableció que una discriminación cometida por el Estado de fuente solo puede ser neutralizada en el Estado de residencia si dicha neutralización deriva de una medida convencional, ya que el Estado de fuente en que se origina la medida discriminatoria "está obligado a velar por que, en relación con el mecanismo establecido en su Derecho nacional para evitar o atenuar la imposición en cadena o la doble imposición económica, las sociedades beneficiarias establecidas en otro Estado miembro sean objeto de un trato equivalente al que se dispensa a las sociedades beneficiarías establecidas en los Países Bajos". Así, el Estado de fuente "no puede alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado"[1060].

Una de las consecuencias que se derivan de *Amurta* es que la existencia de un crédito fiscal íntegro o completo de origen interno (no convencional) en el Estado de residencia que permita reembolsar íntegramente al contribuyente el importe de la discriminación cometida por el Estado de fuente no neutraliza la discriminación ya que el origen de este crédito fiscal completo no es convencional y por lo tanto no forma parte del marco jurídico aplicable del Estado infractor[1061].

Por tanto, la neutralización debe venir necesariamente de una medida establecida por el propio Estado infractor que comete la discriminación, bien a través de su normativa interna o bien a través de un convenio suscrito por él[1062].

---

[1060] STJUE de 8 de noviembre de 2007, C-379/05 (*Amurta*), párrs. 77 y 78. El *treaty-based overall approach* es perfectamente coherente con la jurisprudencia comunitaria que declara no contrarias a las libertades comunitarias aquellas *cuasirestricciones* que deriven de un ejercicio paralelo de potestades tributarias por dos Estados Miembros. Si una distorsión derivada de dicho ejercicio paralelo de soberanías tributarias es legal, *a contrario sensu*, el ejercicio paralelo de una potestad tributaria por un Estado Miembro tampoco podrá deshacer una discriminación generada por otro Estado Miembro.

[1061] Probablemente podríamos concluir que este enfoque podría generar consecuencias en sentido contrario. Es decir, ante una eventual armonización comunitaria del impuesto sobre sociedades, todas aquellas medidas que generasen una doble imposición internacional deberían ser discriminatorias en la medida en que derivan de un mismo marco jurídico, como es una directiva comunitaria.

[1062] Lo relevante no es el país en que se aplique la medida neutralizadora (incluso puede ser un país tercero), sino que la neutralización tenga fundamento legal en el propio Estado Miembro que la ha provocado, ya que es dicho país el que debe legalmente articular medidas para neutralizar la discriminación. Como bien señala el Abogado General Mengozzi, en su Opinión presentada el 7 de junio de 2007 con respecto a *Amurta* (C-379/05), párr. 78, de admitir la neutralización de la discriminación mediante medidas unilaterales en el otro Estado "no existiría seguridad jurídica alguna sobre el respeto por parte de un Estado miembro de la prohibición de discriminación arbitraria".

Una de las cuestiones que se nos plantea es si el *treaty-based overall approach* podría aplicar en sentido inverso. Es decir, si sería posible que una medida discriminatoria establecida en un CDI fuera neutralizada por la normativa interna de uno de los Estados contratantes. Y abundando más, si sería posible una suerte de *directive-based overall approach* por el cual una medida discriminatoria establecida en una directiva comunitaria fuera neutralizada por una norma interna de un Estado Miembro. Así, una cláusula convencional de *limitación de beneficios* (LOB, por sus siglas en inglés) que opere de manera automática, y no sobre la base de una demostración de abuso, podría ser discriminatoria en la medida en que limite el acceso a los beneficios del CDI a las entidades residentes controladas por accionariado extranjero (de manera que las empresas residentes en el Estado Miembro contratante que estén controladas por accionistas residentes en otro Estado Miembro se verían discriminadas de acceder a los beneficios del CDI)[1063]. No obstante, si el Estado contratante de residencia previese, ya sea mediante el propio CDI o mediante una norma interna, un crédito fiscal que permitiese al contribuyente obtener un reembolso íntegro de la retención en fuente[1064], la cláusula LOB debería ser válida en la medida en que tanto la medida discriminatoria como la medida neutralizadora pertenecen al mismo marco jurídico (el del Estado contratante de residencia).

Pero la cuestión más importante que nos ocupa en relación con el *treaty-based overall approach* es dirimir si cualquiera de los métodos establecidos en un convenio para

[1063] En este sentido, el grupo de sentencias del TJUE denominadas *Open Skies* (por ejemplo, la sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2002, C-466/98, *Commission of the European Communities v. United Kingdom*) pone de manifiesto que puede ser un tercer país el que efectivamente aplica la discriminación siempre y cuando dicha discriminación tenga origen legal en un Estado Miembro (en este caso debido a un convenio internacional firmado entre un Estado Miembro y un país tercero por el cual los beneficios de dicho tratado aplicados en el país tercero quedan limitados a empresas del Estado Miembro que estén controladas por accionariado doméstico). Así, Traversa (2007), p. 160, considera que la jurisprudencia que se deriva de *open skies* podría ser aplicada a las cláusulas LOB establecidas mediante CDIs. En este sentido Véase también Debelva et al. (2015), pp. 136 y 137.

[1064] Esta medida neutralizadora además no causaría ninguna *doble no imposición* ya que el Estado de residencia debería gravar *suficientemente* la renta de fuente extranjera para poder obtener el reembolso del importe de la discriminación (el diferencial de la retención en fuente como consecuencia de la aplicación de la cláusula LOB). Como veremos un poco más adelante, el método de exención no constituye una medida susceptible de neutralizar una discriminación provocada por el Estado de fuente.

mitigar la doble imposición (exención o crédito fiscal) sirven para neutralizar la discriminación.

En *Denkavit* una entidad matriz holandesa recibe dividendos de su filial francesa, dividendos que son sometidos a retención en fuente en Francia, mientras que los dividendos percibidos por sociedades matrices francesas quedan exentos de tributación en Francia. Ya que el convenio franco-holandés forma parte del marco jurídico aplicable al caso, se analiza si el crédito fiscal previsto en dicho convenio es susceptible de neutralizar la discriminación provocada por el Estado francés. De acuerdo al TJUE, esta discriminación no queda neutralizada ya que el crédito fiscal previsto en el convenio franco-holandés "no puede superar la cuota del impuesto neerlandés que se devenga normalmente sobre tales dividendos" y "las sociedades matrices neerlandesas están exentas, por disponerlo así el Reino de los Países Bajos, del impuesto sobre los dividendos de fuente extranjera, y por ende, de fuente francesa, de forma que no se concede reducción alguna en concepto de la retención en la fuente francesa"[1065]. La consecuencia indudable de esta sentencia es que el crédito fiscal ordinario o limitado no es susceptible de neutralizar plenamente la retención en fuente en la medida en que esta pudiera ser superior al impuesto devengado en el Estado de residencia.

Sin embargo, en *Denkavit* no queda del todo claro si el TJUE deniega la neutralización de la discriminación debido al potencial efecto limitado del crédito fiscal ordinario establecido en el convenio, tal y como acabamos de explicar, o si por el contrario el TJUE deniega la discriminación debido a la ausencia de una neutralización efectiva en el Estado de residencia (causada por el hecho de que el país de residencia exime de tributación el dividendo, no habiendo renta devengada a cuya cuota imputar el crédito fiscal por el impuesto pagado en el país de fuente).

Esta cuestión no parece de especial relevancia en los procedimientos de infracción, en los que el TJUE analiza en abstracto el marco jurídico del Estado Miembro que adopta la discriminación. En estos casos el TJUE ha considerado que un crédito fiscal ordinario

[1065] STJUE de 14 de diciembre de 2006, C-170/05 (*Denkavit Internationaal*), párr. 46.

establecido en un convenio no es capaz por sí solo de neutralizar una medida discriminatoria en la medida en que depende de la tributación interna del otro Estado contratante. Por lo que parece evidente que la medida discriminatoria es potencialmente susceptible de no quedar neutralizada[1066].

Pero en las cuestiones prejudiciales conocidas por el TJUE, la cuestión planteada adquiere máxima relevancia ya que se resuelven situaciones concretas. En estos casos es necesario conocer si la neutralización únicamente se produce cuando hay un crédito fiscal en el CDI que asegure de manera incondicional la neutralización en todo caso (crédito fiscal completo), o si por el contrario basta con una neutralización efectiva como consecuencia de un crédito fiscal previsto en el convenio, aunque dicho crédito fiscal sea limitado (por ejemplo, cuando la tributación devengada en el Estado de residencia sea superior a la retención del Estado de fuente, pudiendo esta imputarse íntegramente). Es decir, si la neutralización prevista en el convenio tiene que ser *ex ante*, o basta con que sea efectiva.

Hay autores que parecen decantarse por la necesidad de que la neutralización derive de un crédito fiscal completo[1067]. La razón es que cuando el convenio prevé un crédito fiscal ordinario la neutralización sigue quedando al albur de otro Estado ya que una eventual exención o un reducido tipo de gravamen pueden provocar que la discriminación del Estado de fuente no sea completamente neutralizada por el crédito fiscal. Esta postura deja la posibilidad de neutralización en una mera posibilidad teórica pero poco posible en la práctica ya que ningún convenio suscrito por los Estados Miembros prevé un crédito fiscal completo.

Por el contrario, otros autores han visto en *Amurta* la solución a este debate[1068]. En dicha sentencia el TJUE deja en manos de los tribunales nacionales la facultad de analizar el efecto del crédito fiscal previsto en el convenio y de decidir si la discriminación es

[1066] STJUE de 19 de noviembre de 2009, C-540/07 (*Comisión contra Italia*), párrs. 36-40; y STJUE de 3 de junio de 2010, C-487/08 (*Comisión contra España*), párrs. 58-64.
[1067] Lang (2008), p.71.
[1068] Kofler (2011b), p. 688.

efectivamente neutralizada o no[1069]. De haberse regido por la primera postura, el TJUE debería haber declarado discriminatoria la retención del Estado de fuente por no ser apto, en abstracto o *ex ante*, un crédito fiscal limitado para neutralizar una discriminación, y por tanto el Tribunal no debería haber remitido al tribunal nacional el análisis de los efectos del crédito limitado convencional.

En nuestra opinión la decisión del TJUE en *Amurta* es acertada. Hay multitud de normas nacionales cuya conformidad con las libertades del TFUE depende en última instancia de las normas nacionales de otros países. Y en estos casos el TJUE ha venido obligando a los países afectados a modificar la norma discriminatoria únicamente en la medida en que se deshaga la discriminación, de manera que los efectos de la decisión judicial no sean desproporcionados[1070]. Por ello, y como corolario de lo anterior, creemos que en caso de que el tribunal nacional apreciase que los efectos del crédito fiscal del CDI no permitiesen una neutralización absoluta de la discriminación debería ser suficiente con obligar al propio Estado de fuente a reintegrar únicamente la parte de la discriminación no reintegrada en el Estado de residencia vía crédito fiscal[1071].

---

[1069] STJUE de 8 de noviembre de 2007, C-379/05 (*Amurta*), párr. 83. El Abogado General Mengozzi, en su Opinión presentada el 7 de junio de 2007 con respecto a *Amurta* (C-379/05), párrs. 89-90, parece también seguir la misma línea, no descartando una neutralización de la discriminación mediante un crédito fiscal ordinario. La posterior STJUE de 17 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 (*Miljoen*), párr. 90, ahonda en esta misma línea cuando establece que la discriminación estará justificada cuando "haya desaparecido la diferencia de trato" en virtud de un convenio bilateral para evitar la doble imposición. Esta postura parece también avalada en España por el TEAC en su Resolución nº 00/8376/2015, de 2 de noviembre de 2017.

[1070] Véase la STJUE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer*), párr. 55. El principio de proporcionalidad supone que una medida discriminatoria justificada por motivos de interés general es proporcionada en la medida en que sus efectos no van mas allá del interés jurídico que pretende proteger la medida. Asimismo, *a contrario sensu*, el principio de proporcionalidad impone al TJUE una prohibición negativa de excederse más allá de la propia discriminación. En *Schempp* (STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03, párr. 38) el TJUE establece que en el supuesto de hecho concreto enjuiciado no hay discriminación, dejando entrever que ante otro supuesto distinto esa misma medida bien podría ser discriminatoria.

[1071] Aunque Kofler (2011b), p. 689, considera que en *Secilpar* (Auto del TJUE de 22 de noviembre de 2010, C-199/10, párrs. 40-41) el TJUE consideró inviable una neutralización parcial en el Estado de residencia (enfoque de "todo o nada"), apartándose así de la postura de la Corte Suprema Administrativa de Austria, en nuestra opinión creemos que el TJUE no excluye la neutralización parcial. El TJUE simplemente estableció que la discriminación del Estado de fuente solo "desaparece totalmente" si el crédito fiscal otorgado por el país de residencia absorbe complemente el importe de dicha discriminación, remitiéndose a continuación a los tribunales nacionales como los competentes para apreciar este extremo. Así, de la lectura de esta sentencia se puede inferir que en ningún caso está excluyendo la posibilidad de que si el crédito fiscal únicamente absorbe una parte del importe de la discriminación la discriminación pueda ser parcial. De lo contrario, la decisión del TJUE sería contraria al principio de proporcionalidad, véase nota 1070.

Así, como consecuencia de los casos *Denkavit* y *Amurta*, Austria modificó su régimen de retenciones sobre dividendos pagados a determinadas matrices extranjeras al objeto de conceder un reintegro de sus retenciones *en la medida en que* el Estado de residencia no pudiese devolver plenamente la retención mediante un crédito fiscal[1072]. La propia Corte Suprema Administrativa de Austria (*Verwaltungs-gerichtshof*) validó esta medida[1073].

En nuestra opinión la neutralización de una discriminación no es posible en aquellos casos en que el convenio prevea el método de exención.

Es cierto que la exención puede producir un efecto económico idéntico al de un crédito fiscal ordinario o limitado en la medida en que la plena compensación del impuesto extranjero depende del tipo de gravamen del Estado de residencia. Por lo que cabría aceptar *prima facie* que la exención neutraliza completamente la discriminación producida en el país de fuente en la medida en que el tipo de gravamen general del país de residencia sea mayor que la retención aplicada en el país de fuente, tal y como hemos explicado en los puntos anteriores respecto al crédito fiscal ordinario. Adoptar esta conclusión no sería baladí en el contexto del presente trabajo ya que podría implicar que algunas de las normas anti-híbridos con efectos en el seno de una misma entidad[1074] pudieran quedar *ipso facto* neutralizadas, total o parcialmente (dependiendo de los tipos impositivos de los Estados Miembros afectados), por la correlativa exención del otro Estado Miembro siempre y cuando la medida discriminatoria y su correlativa medida neutralizadora derivasen del mismo marco jurídico.

[1072] Kofler (2011b), p. 689; y Kofler (2009), pp. 313-314.
[1073] AT: VwGH, 23 Sept. 2010, 2008/15/0086. Véase Kofler (2011b), p. 689.
[1074] En *Cadbury Schweppes* (STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, párr. 45) el TJUE no aplica un análisis económico de discriminación, ya que no admite dentro del comparador interno la tributación de sus entidades filiales. Esta valoración económica solo encuentra cabida cuando el comparador interno se imputa las rentas de sus entidades filiales conforme a un régimen de transparencia fiscal o de consolidación fiscal obligatoria. Por tanto, la identificación de una discriminación adopta un enfoque *jurídico* o "entidad por entidad".

No obstante, esta conclusión debe quedar desechada ya que tanto las exenciones como las deducciones son medidas que persiguen la neutralidad en la importación de capitales (CIN, por sus siglas en inglés)[1075]. Es decir, se trata de medidas que aplican una tributación absoluta, sin que la tributación de otro Estado Miembro incida en la aplicación de dichas medidas[1076]. Así, un pago que esté exento para el perceptor estará exento con independencia de la tributación del pagador. De la misma manera, un pago deducible para el pagador generará un crédito fiscal cuya cuantía no será dependiente de la tributación del país del perceptor. En resumen, los aumentos impositivos en otro país suponen un coste financiero real para el contribuyente en cuya residencia se aplican medidas de CIN[1077].

Por ello, a la hora de definir el concepto de discriminación, previo a un eventual análisis de justificación, es importante distinguir entre aquellas medidas discriminatorias cuya finalidad es compensar *previas* ventajas fiscales de otro país, entre las que cabe incluir las normas anti-híbridos, y aquellas otras medidas discriminatorias que no buscan compensar ventajas previas de otro país, sino que por el contrario son las ventajas del otro país las que compensan *ex post* dichas medidas discriminatorias. Las primeras de ellas suponen un coste real para el contribuyente y por lo tanto son susceptibles de ser discriminatorias, por lo que deben de ser analizadas en sede del test de justificación. Las segundas son claramente medidas que no entran siquiera dentro del concepto de

[1075] Kofler (2011b), p. 689, apunta acertadamente que las retenciones en el país de fuente suponen un coste real para el contribuyente si su país de residencia aplica el método de exención.

[1076] En el ámbito de la Acción 2 del Proyecto BEPS y la ATAD las medidas contra la doble no imposición, aunque pudieran ser discriminatorias, se fundamentan precisamente en la ausencia de imposición en otro Estado, por lo que difícilmente habrá neutralización de una medida discriminatoria si en el otro Estado no se grava la renta (ya sea mediante técnicas de exención o mediante técnicas de deducción en base).

[1077] Cabría pensar que las *linking rules*, al hacer depender recíprocamente la aplicación de una exención/deducción a la efectiva tributación en el otro Estado Miembro, realmente no suponen un coste para el contribuyente. No obstante, hay que tener presente que en las asimetrías híbridas intracomunitarias todos los Estados Miembros están sujetos a la regla primaria, por lo que no cabe una regla secundaria, y por tanto la exención/deducción del Estado Miembro que no es competente para aplicar la regla primaria no queda supeditada a la efectiva tributación del otro Estado Miembro. En cuanto a las asimetrías híbridas producidas entre Estados Miembros con países terceros, los países terceros, aunque tuviesen obligación por CDI de otorgar una exención/deducción, no quedan sujetos a la ATAD y por tanto no tienen ninguna obligación de supeditar la aplicación de dichos beneficios fiscales a la efectiva tributación del Estado Miembro (es decir, de aplicar la regla secundaria). Por lo que la aplicación de la norma anti-híbridos por cualquier Estado Miembro sigue siendo en todo caso un coste financiero real para el contribuyente, ya sea en el contexto de asimetrías híbridas intracomunitarias o con países terceros.

discriminación en la medida en que el propio marco jurídico del propio Estado Miembro infractor las neutraliza, de manera que no suponen un coste financiero real para el contribuyente. Creo que esta distinción es importante porque a menudo la literatura ha confundido ambos tipos de medidas a la hora de tratar el tradicional debate relativo al enfoque agregado *versus* enfoque "país por país".

### 2.4. La comparabilidad: un debate ilusorio

El examen de comparabilidad y el examen de justificación en muchos casos ha sido utilizado por el TJUE de manera intercambiable. Así, en numerosas ocasiones el TJUE se ha valido del examen de comparabilidad para evitar, en nuestra opinión, la mayor transparencia del examen de justificación. Así, el análisis de justificación permite un ponderar los intereses jurídicos confrontados, las libertades fundamentales y los intereses jurídicos nacionales, a la luz de un test de proporcionalidad[1078].

Multitud de casos han sido saldados por el TJUE con la mera declaración de este de que no existe un comparador interno, bajo el argumento de que el caso enjuiciado no es comparable a una situación puramente interna. En nuestra opinión, este enfoque es una verdadera paradoja ya que afirmar que una situación transfronteriza no es comparable a otra interna implica necesariamente haber identificado previamente un comparador interno. Por tanto, toda situación transfronteriza es comparable legalmente a otra interna, basta con aislar el atributo protegido (el elemento transfronterizo) y sus consecuencias legales o fácticas indisolublemente unidas a aquel. Cuestión distinta es que ambas situaciones comparadas, la situación transfronteriza y el comparador interno, sean diferentes en términos de otros intereses jurídicamente protegibles que a nivel doméstico exijan, y desde el punto de vista del Derecho de la UE justifiquen, un tratamiento fiscal diferente.

[1078] Véase nota 1043.

Así, en los casos en que el TJUE concluye que no hay comparabilidad entre una situación transfronteriza y una interna, el propio Tribunal suele realizar un análisis de comparabilidad mediante una doble fase[1079]: un análisis previo o *ex ante* de mera *comparabilidad legal* cuyo objetivo es encontrar un comparador interno respecto del que se da la diferencia de trato; y un análisis posterior de *comparabilidad fáctica* en el que se incorporan los elementos inherentes o vinculados a la situación transfronteriza, para acabar concluyendo que dichos elementos desnaturalizan la comparabilidad de ambas situaciones, la interna y la transfronteriza, y por tanto no hay discriminación por no tratarse de situaciones comparables[1080].

En nuestra opinión, esta fase de *comparabilidad fáctica* es un claro examen de justificación, en el cual sí que se incorporan los elementos fácticos de una situación transfronteriza como posibles presupuestos de hecho de una justificación[1081].

Por ello, en nuestra opinión el examen de comparabilidad debería limitarse a un simple y superficial examen de comparabilidad legal, de manera que los elementos fácticos que concurran en la situación transfronteriza sean posteriormente incluidos en el examen de justificación y proporcionalidad. Así, aislando simplemente el elemento transfronterizo (y sus consecuencias fácticas y legales inherentes) obtenemos el comparador interno. En este sentido, el comparador interno es un residente que no ejercite una libertad comunitaria.

---

[1079] Lazarov (2020), p. 77-78.

[1080] Entre este tipo de casos nos encontramos a *Schumacker* (STJUE de 14 de febrero de 1995, C-279/93, párrs. 31-37), en donde el TJUE estableció que un contribuyente no residente se encuentra en una situación comparable o no comparable a la de un residente en función del origen de su renta. En *Schempp* (STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03, párr. 35) la comparabilidad depende de la tributación en otro Estado Miembro. En *Class IV ACT* (STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-374/04, párr. 91) se hace depender la comparabilidad de la existencia o no de un convenio.

[1081] En nuestra opinión la supuesta dicotomía entre comparabilidad legal y comparabilidad fáctica es falsa por cuanto que la comparabilidad legal es una consecuencia inevitable de aislar el elemento transfronterizo. Por tanto, la comparabilidad fáctica solo puede ser empleada en el ámbito de una igualdad *real*, es decir en un contexto en el que se identifique un parámetro de diferenciación que exija tratar de manera desigual dos situaciones fácticamente diferentes (y cuyo corolario es que dos situaciones fácticamente similares deberían ser tratadas de manera idéntica). Como ya hemos dicho, no es competencia del Derecho de la UE establecer parámetros de diferenciación, esto es cuestión puramente nacional; sino que la función del Derecho de la UE es ponderar estos intereses jurídicos o parámetros nacionales con el interés comunitario protegible: el principio de no discriminación. De manera que estos intereses jurídicos nacionales puedan justificar discriminaciones sobre quienes ejercen las libertades comunitarias.

En el contexto de los instrumentos híbridos, ya sean instrumentos financieros híbridos o entidades híbridas, la comparabilidad legal no debería suponer ningún problema cuando se enjuician las normas anti-híbridos aplicadas por el mismo país conforme a cuyo Derecho privado fue creado el instrumento o entidad. Así, la existencia de un trato desfavorable en una situación transfronteriza se determina a partir del régimen fiscal de su comparador interno.

Por ejemplo, si el país de establecimiento de una entidad híbrida aplica una norma anti-híbridos, su comparador interno será el mismo tipo jurídico-privado de entidad pero con inversores nacionales. La cuestión inversa ha suscitado más interés: cuando la norma anti-híbridos que se enjuicia es aplicada por un país distinto al país de constitución de dicho instrumento. Así, si un Estado Miembro aplica una medida anti-híbridos a los inversores en una entidad híbrida extranjera, el comparador interno será un inversor que participa en una entidad nacional con un régimen jurídico-privado análogo al de la entidad híbrida extranjera[1082]. En *Columbus Container* la normativa fiscal alemana establecía que las rentas obtenidas por sociedades personalistas extranjeras debían imputarse fiscalmente a los socios alemanes. El TJUE determinó que no había discriminación ya que las sociedades personalistas alemanas también tributaban en régimen de transparencia fiscal[1083]. Además, acertadamente el propio TJUE acepta como válida, aunque de manera implícita, la doble imposición que se derivaría de la

[1082] De la misma forma, si un Estado Miembro de residencia aplica una norma anti-híbridos al inversor en un instrumento financiero híbrido que está emitido en otro Estado Miembro, el comparador interno será un inversor titular de un instrumento financiero emitido en su mismo país que tenga un régimen jurídico-privado análogo al del instrumento financiero híbrido emitido en el extranjero. En la STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), párr. 28, el TJUE estableció, con respecto a una norma anti-subcapitalización, que la comparación de un pago a una entidad no residente debe hacerse con respecto a una entidad nacional en régimen de Derecho privado y ánimo de lucro, y no con respecto a una entidad nacional en régimen de Derecho público.

[1083] STJUE de 6 de diciembre de 2007, C-298/05 (*Columbus Container*), párr. 40. Si, por el contrario, el contribuyente alemán hubiera establecido en el extranjero una sociedad con forma jurídica capitalista, en vez de personalista, entonces una eventual aplicación de una norma de transparencia fiscal en Alemania sí hubiera sido discriminatoria. Véase la STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*). Véase nota 665 y texto que la acompaña en relación al criterio administrativo seguido por la DGT para calificar las entidades extranjeras. Lo que sí es debatible es que el TJUE no apreciase en *Columbus* una discriminación horizontal, ya que la norma alemana hace depender la exención sobre los ingresos de fuente extranjera del nivel de tributación en el país extranjero; véase al respecto Calderón y Báez (2009), pp. 215-218.

hipótesis de que la sociedad extranjera tributase en régimen de opacidad en su país de constitución[1084]. De lo que se deduce que accesoriamente el TJUE deniega el principio de reconocimiento mutuo de los regímenes fiscales extranjeros, ya que como bien dice la sentencia, las consecuencias fiscales agregadas de la situación transfronteriza derivan del ejercicio paralelo de la "autonomía fiscal" por ambos Estados Miembros. El hecho de que dos Estados Miembros apliquen un régimen fiscal diferente, con efectos desfavorables para la situación transfronteriza, sobre un mismo instrumento financiero o entidad es únicamente atribuible al ejercicio paralelo de la autonomía fiscal por sendos Estados; y esta conclusión no queda desnaturalizada por hecho de que estos efectos fiscales desfavorables para la situación transfronteriza tengan su causa en un conflicto de calificación[1085].

En el asunto *Saint-Gobain* el TJUE vuelve a apreciar la comparabilidad legal entre una sociedad no residente que opera mediante un establecimiento permanente y una sociedad residente[1086]. Al igual que en el asunto *Columbus Container,* el TJUE reconoce la comparabilidad entre una sociedad extranjera y una sociedad no residente de naturaleza jurídica análoga. Se ha sugerido la aplicación de un diferente enfoque en ambas sentencias bajo el argumento de que en el asunto *Saint-Gobain,* al contrario que en el asunto *Columbus Container*, se reconoce el *principio de neutralidad en la forma legal* en el sentido de que las empresas deben ser tratadas de manera fiscalmente neutral con independencia de si operan en un Estado Miembro a través de un EP o a través de una entidad filial[1087]. En nuestra opinión este principio no es más que un corolario o consecuencia accesoria de tener que reconocer el mismo régimen fiscal a una entidad no residente que tenga un régimen jurídico-privado análogo al de una entidad residente. Por ello, el asunto *Columbus Container* no puede ser visto como una conculcación del *principio de neutralidad en la forma legal,* sino como una consecuencia también accesoria de la incapacidad de las libertades fundamentales para lidiar con las

[1084] STJUE de 6 de diciembre de 2007, C-298/05 (*Columbus Container*), párrs. 42 y 53.
[1085] De acuerdo a Bundgaard (2013b), p. 541, los conflictos de calificación son consecuencia de la aplicación simultánea de diferentes categorías tributarias que no distinguen por razón de residencia o nacionalidad (y que por tanto no son discriminatorias).
[1086] STJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97 (*Saint-Gobain*), párrs. 48-49.
[1087] Véase Calderón y Báez (2009), p. 216.

distorsiones propias del ejercicio paralelo de la soberanía fiscal por varios Estados Miembros (y la aplicación paralela de regímenes y categorías fiscales autónomas y descoordinadas entre sí), incapacidad que solo puede ser solucionada por la vía de la armonización legal a través del Derecho secundario de la UE. En resumen, el *principio de neutralidad en la forma legal* no es un principio autónomo de Derecho de la UE sino una mera consecuencia inherente al examen de comparabilidad vertical (residentes *vs.* no residentes) cuando se enjuician medidas aplicadas por el Estado de destino[1088].

¿Qué habría pasado en *Columbus Container* si la legislación alemana, en vez de calificar fiscalmente las entidades extranjeras conforme a los mismos criterios que las entidades alemanas de análoga naturaleza jurídico-privada, las hubiera calificado siguiendo la calificación fiscal del país de establecimiento?[1089] Tal es el criterio que actualmente sigue la DGT con respecto a las entidades extranjeras[1090].

En este tipo de situaciones en que el país de los socios de una entidad extranjera califica a esta según el régimen fiscal del país de establecimiento, puede darse la situación de que el régimen fiscal aplicable en el país extranjero sea diferente al régimen aplicable a las entidades nacionales de análoga naturaleza, con posibles efectos discriminatorios: *a)* que la entidad sea considerada opaca en su país de establecimiento y tenga pérdidas, las cuales no serán deducibles por los socios en su país de residencia, en cuyo caso habría una discriminación siguiendo los criterios de *Nordea Bank*[1091]*;* o *b)* que la entidad sea considerada transparente en su país de establecimiento y tenga beneficios, los cuales serán imputables fiscalmente a los socios en su país de residencia, en cuyo caso habría una discriminación similar a *Cadbury*[1092].

[1088] Véase Calderón y Báez (2009), p. 216. Por el contrario, cuando se enjuician medidas aplicadas por el Estado de origen, por lo general la medida enjuiciada que afecta desfavorablemente a una situación transfronteriza afecta a una entidad residente, por lo que su comparador interno será necesariamente otra entidad residente.
[1089] Véase Baete (2020), pp. 523-524.
[1090] Véase al respecto el Capítulo III, sección 2.2.2.
[1091] STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.
[1092] STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

El punto común a ambas situaciones es que el inversor residente que invierte a través de una entidad extranjera está teniendo un trato fiscal desfavorable si lo comparamos con el que tendría de haber invertido en una entidad nacional que fuera de naturaleza jurídico-privada análoga a la de la entidad extranjera. Podríamos enmarcar este tipo de métodos de calificación fiscal dentro de las medidas compensatorias (en concreto dentro de las *linking rules* características de las normas anti-híbridos), por lo que su legalidad va a depender de que el TJUE pueda apreciar algún tipo de justificación para este tipo de medidas[1093]. Cuestión que analizaremos en el siguiente apartado.

### 2.5. Posibles causas de justificación

No entraremos a analizar en esta sección las causas de justificación que el TJUE recurrentemente ha inadmitido, como es la pérdida de recaudación[1094]. Hay otras causas de justificación que el TJUE sí ha admitido, como es la de garantizar la eficacia de los controles fiscales, pero que dejaremos también al margen del análisis por no tener relación con el objeto de las normas anti-híbridos.

Por ello analizaremos como posibles causas de justificación aquellas que tienen que ver con el comportamiento del contribuyente (la necesidad de prevenir el abuso) y aquellas causas que tienen que ver con determinados objetivos de política fiscal: la coherencia interna del sistema fiscal y la neutralidad.

#### 2.5.1. La necesidad de prevenir el abuso

Como ya hemos advertido en secciones anteriores, una de las características esenciales de las normas anti-híbridos es que aplican de manera automática cuando hay un

[1093] De acuerdo a Fibbe y De Graaf (2005), p. 264, este tipo de discriminaciones deberían estar justificadas ya que persiguen objetivos de neutralidad compatibles con el mercado interno.
[1094] Bundgaard (2013c), p. 587.

resultado de doble no imposición bilateral, sin que dichas normas exijan un comportamiento elusivo.

En *Halifax* el TJUE reconoció el principio de prohibición de abuso en el marco del Derecho secundario de la UE (en concreto, en el marco del Impuesto sobre el Valor Añadido)[1095]. Este caso no trata propiamente de justificar, por razones de abuso, la aplicación de una norma nacional discriminatoria, sino del reconocimiento de que los Estados Miembros deben poder luchar contra el abuso de las normas comunitarias[1096].

También en el ámbito del IVA, nos encontramos con el caso *RBS Deutschland Holdings*[1097]*.* Probablemente sea el caso más revelador por tratarse de un caso de doble no imposición derivado de un conflicto de calificación. En este supuesto, una entidad alemana soporta cuotas de IVA en el Reino Unido cuya deducción es denegada por las autoridades de dicho país alegando que las operaciones de *leasing* que desarrolla dicha entidad no están sujetas a IVA en ningún país debido a un conflicto de calificación: en Reino Unido dichas operaciones eran consideradas prestaciones de servicios realizadas en Alemania y, consecuentemente, no sujetas al IVA en el Reino Unido; y en Alemania esas prestaciones eran consideradas entregas de bienes, realizadas en el Reino Unido y consecuentemente no sujetas al IVA en Alemania. El TJUE no aprecia abuso de Derecho ya que "los sujetos pasivos son libres de elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas, también a efectos de limitar sus cargas fiscales"[1098].

[1095] STJUE de 21 de febrero de 2006, C-255/02 (*Halifax*), párr. 71.
[1096] Sobre la eficacia del principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE véase Palao Taboada (2017), pp. 47 y ss. En el ámbito de la imposición indirecta, al tratarse de materia plenamente armonizada, el TJUE ha sido más enérgico en cuenta a la efectividad de dicho principio. Sin embargo, en el ámbito de la imposición directa el TJUE parece dar más discrecionalidad a los Estados Miembros en cuanto a su aplicabilidad. En este sentido véase la STJUE de 5 de julio de 2007, C-321/05 (*Kofoed*), párrs. 37 y ss. Aunque en nuestra opinión esta es una discusión un tanto improductiva por cuanto que es evidente que cualquier caso que llegue a instancias del TJUE se deberá precisamente a que un Estado Miembro ha pretendido aplicar tal principio para prevenir el abuso, correspondiéndole al TJUE apreciar, en aras de la seguridad jurídica, los límites que los Estados Miembros no pueden rebasar enarbolando la bandera de la prevención del abuso.
[1097] STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-277/09, (*RBS Deutschland Holdings*).
[1098] STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-277/09, (*RBS Deutschland Holdings*), párr. 53.

Es evidente que el reconocimiento del principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE, al igual que debe ser reconocido como un instrumento en manos de los Estados Miembros para evitar que los contribuyentes abusen de aquellas parcelas armonizadas mediante el Derecho secundario, debe ser igualmente reconocido como un instrumento en manos de los Estados Miembros para evitar que los contribuyentes abusen de las libertades comunitarias.

En *Cadbury Schweppes* el TJUE estableció que una restricción a las libertades fundamentales "puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate"[1099].

En *Lankhorst-Hohorst*, el TJUE consideró que un préstamo entre empresas vinculadas no tiene necesariamente un objeto elusivo "ya que el préstamo se realizó efectivamente para reducir, en favor de la demandante en el litigio principal, la carga del importe de los intereses derivados de su crédito bancario"[1100]. Por ello el TJUE consideró ilegal una norma nacional alemana de subcapitalización dirigida a préstamos entre partes vinculadas y bajo determinados umbrales de endeudamiento, sin que cupiese justificación alguna por razón de abuso. Esta jurisprudencia sobre las normas de subcapitalización fue posteriormente ampliada en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation,* la cual estableció que una norma de subcapitalización dirigida a prevenir el abuso debería tener en cuenta evidencias tales como las condiciones particulares del préstamo (por ejemplo, si el interés pactado es un interés de mercado)[1101].

Muy recientemente, el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse, en el caso *Lexel*, sobre una medida nacional sueca que condicionaba la deducibilidad de los intereses pagados a una entidad vinculada a que el préstamo del que derivasen tales intereses no hubiera sido contraído con la finalidad de disfrutar de una "ventaja fiscal significativa"[1102]. Dicha "cláusula de excepción" era discriminatoria ya que no resultaba

[1099] STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 51.
[1100] STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), párr. 38.
[1101] STJUE de 13 de marzo del 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 81.
[1102] STJUE de 20 de enero de 2021, C-484/19 (*Lexel*), párr. 37.

aplicable a las transferencias financieras entre entidades de un mismo grupo cuando el beneficiario de la transferencia financiera estuviera "sujeto a tributación en Suecia por la actividad económica relacionada con dicha transferencia financiera"[1103]. En este caso, el TJUE considera que la medida discriminatoria no puede quedar justificada por la necesidad de combatir el fraude y la evasión fiscal ya que dicha cláusula de excepción era aplicable también a situaciones en las que, sin ser verdaderamente abusivas o artificiosas, el contribuyente obtenía una "ventaja fiscal significativa":

> "53. El objetivo específico de la cláusula de excepción no es luchar contra los montajes puramente artificiales y la aplicación de esa cláusula no se limita a tales montajes. (…) también pueden quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de excepción las transacciones celebradas en condiciones de plena competencia, es decir, en condiciones análogas a las que se aplicarían entre sociedades independientes.
>
> 54. En otras palabras, el aspecto ficticio de la transacción no constituye un requisito determinante para denegar el derecho a deducción, ya que la intención de la sociedad de que se trate de contraer una deuda, principalmente por motivos fiscales, es suficiente para justificar la denegación del derecho a deducir. La calificación de una transacción como de carácter principalmente fiscal se produce cuando se exceda un determinado porcentaje, a saber, el 75 %, del objetivo de la transacción."[1104]

En resumen, no parece que las normas anti-híbridos puedan tener por objeto prevenir el abuso, ya que estas se aplican de manera automática sobre la base de presunciones *iuris et de iure*, bastando que exista, o bien una relación de vinculación entre las partes de la asimetría híbrida, o bien un mecanismo estructurado. En concreto, al igual que la "ventaja fiscal significativa" de la "regla de excepción" del caso *Lexel* no requería la existencia de un montaje puramente artificial, la existencia de un mecanismo estructurado tampoco implica necesariamente la existencia de un montaje puramente

[1103] STJUE de 20 de enero de 2021, C-484/19 (*Lexel*), párr. 38.
[1104] STJUE de 20 de enero de 2021, C-484/19 (*Lexel*), párrs. 53-54.

artificial, sino que basta con que "la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo"[1105]. Por otra parte, la mera relación de vinculación tampoco es una evidencia que pueda acreditar fehacientemente la existencia de un montaje artificial[1106].

Probablemente, el único caso donde podría admitirse este motivo de justificación no es propiamente en las normas anti-híbridos ordinarias, sino en otras normas anti-abuso que pueden servir de manera accesoria para prevenir asimetrías híbridas. Tal es el caso de las normas de transparencia fiscal internacional, la cuales pueden ser utilizadas de manera efectiva para prevenir resultados de deducción sin inclusión derivados de la utilización de entidades híbridas inversas. En determinados casos, este tipo de entidades pueden estar vacías de toda sustancia en su país de constitución, de manera que solamente sirvan para canalizar el cobro de rentas pasivas sin tributación alguna. En este tipo de supuestos, las normas de transparencia fiscal internacional obligarían a imputar al inversor las rentas obtenidas por la entidad híbrida inversa.

### 2.5.2. Coherencia interna vs. neutralidad

Las normas anti-híbridos no son más que medidas compensatorias, cuya finalidad es revertir una ventaja fiscal otorgada por otro sistema fiscal, ventaja que no se habría producido de tratarse de una situación interna equivalente. Como ya hemos avanzado, este tipo de medidas son potencialmente discriminatorias en la medida en que suelen ser discriminaciones encubiertas, que solo afectan a situaciones transfronterizas, en las que se ejercitan las libertades comunitarias.

El debate entorno a este tipo de medidas ha girado en torno al debate de si los efectos tributarios de otro país deben tomarse en cuenta a la hora de valorar la discriminación. Es decir, si la ley extranjera debe valorarse a la hora de determinar la eventual ilegalidad de una discriminación. Como ya hemos dicho, no se deben confundir estas medidas con

[1105] Artículo 2.11 de la ATAD.
[1106] STJUE de 13 de marzo del 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 73.

aquellas discriminaciones que son neutralizadas por créditos fiscales otorgados bajo el mismo marco jurídico, en cuyo caso deben quedar excluidas del mismo concepto de discriminación. Lo que ahora se analizará es la situación inversa, verdaderas discriminaciones cuya finalidad es anular previas ventajas fiscales otorgadas por otros países.

#### 2.5.2.1. Coherencia

Una de las primeras sentencias que se asocian a este tipo de medidas compensatorias la encontramos en *Bachmann*[1107]. En *Bachmann*, se enjuicia la negativa del Estado belga a deducir las primas de seguro abonadas en otro Estado Miembro (Alemania), utilizado como justificación la *coherencia del sistema fiscal interno*. Este tipo de medidas busca evitar el riesgo de que el contribuyente eluda las eventuales obligaciones fiscales futuras vinculadas a una ventaja fiscal presente, para lo cual se le deniega dicha ventaja. Así, la no deducibilidad de las primas de seguro pagadas en otro Estado Miembro requiere que las eventuales indemnizaciones asociadas a dichas primas queden igualmente exentas al objeto de que los gastos e ingresos asociados a estos reciban en el propio Estado Miembro un trato fiscal simétrico.

La justificación de coherencia iniciada con la jurisprudencia *Bachmann* ha venido exigiendo un vínculo directo entre una previa ventaja fiscal (la deducción de la prima) y una posterior desventaja fiscal (la tributación de la indemnización del seguro). En la medida en que la justificación de coherencia se predica respecto del régimen fiscal *interno*, el vínculo directo implica necesariamente que ambas, ventaja previa y posterior desventaja, se den con respecto al mismo impuesto (y por tanto con respecto al mismo sistema fiscal, del mismo país) y con respecto al mismo contribuyente. Así, la medida discriminatoria preservará la coherencia interna en las operaciones transfronterizas solo si el trato fiscal del ingreso asociado está exento, de manera que en este tipo de situaciones transfronterizas no se permita el diferimiento, pero tampoco se obligue a

[1107] STJUE de 28 de enero de 1992, C-204/90 (*Bachmann*), párrs. 21-27.

una posterior tributación: la dinámica general de deducción-tributación relativa a los gastos e ingresos con vínculo directo se sustituye por una dinámica de no deducción-exención en relación a situaciones transfronterizas.

En *Bachmann* no se enjuicia una medida que tenga por objeto compensar una ventaja fiscal otorgada por otro país, sino que por el contrario se enmarca como una medida de coherencia dentro de un mismo sistema fiscal que no puede entenderse sin la fiscalidad de su correlato: exención de los eventuales ingresos asociados a dichas primas (las indemnizaciones o pensiones pagadas por el seguro). De hecho, la propia norma belga es indiferente a los efectos fiscales de la norma extranjera: no tiene en cuenta si las primas pagadas en Alemania son deducibles o no en dicho país, o si las eventuales indemnizaciones están exentas o no en Alemania. Por tanto, se trata más de una justificación cuyo objetivo es proteger los intereses del Estado belga, con independencia de la tributación agregada del contribuyente.

Por tanto, ni siquiera procedería enmarcar la medida enjuiciada en *Bachmann* como una discriminación cuyo objetivo sea compensar una ventaja fiscal concedida *ex ante*, sino que discriminación y ventaja están emparejadas mutuamente, de manera que ambas se fundamentan mutuamente: ¿qué es primero (no en un sentido temporal), la exención por las indemnizaciones o la no deducibilidad de las primas? Por tanto, hay una dependencia mutua entre discriminación y beneficio fiscal: la ventaja depende de la discriminación y la discriminación de la ventaja, lo cual no ocurre en supuestos como *Eurowings* o *Schempp*.

Por tanto, no creemos que sea correcto identificar la medida enjuiciada en *Bachmann* como una medida compensatoria ya que no compensa una ventaja *ex ante*, sino que el objetivo es preservar la coherencia del sistema fiscal interno: proteger la base imponible del propio Estado *territorializando* los ingresos y gastos correlacionados, de manera que ambos tengan un trato simétrico o coherente con independencia de su fuente.

Por el contrario, las auténticas medidas compensatorias tienen la finalidad de anular ventajas fiscales concedidas en un país extranjero. Se trata de normas tributarias que

hacen depender sus efectos, de manera expresa o tácita, de la ley tributaria extranjera. Por tanto, su legitimidad se encuentra en preservar la neutralidad de las situaciones transfronterizas (proteger la base imponible del propio Estado en base a criterios de neutralidad y equidad del contribuyente)[1108]. Sin embargo, en *Eurowings* se deniega como justificación la neutralidad, la cual sin embargo sí parece reconocerse en *Schempp*. Sin embargo, a partir de *Marks & Spencer* el TJUE parece fusionar ambos objetivos, coherencia y neutralidad, en una sola justificación.

#### 2.5.2.2. Neutralidad: las normas anti-híbridos como paradigma de medidas compensatorias

Las normas analizadas en este apartado, al contrario que *Bachmann*, sí se enmarcan dentro de las medidas compensatorias, las cuales tienen por objeto preservar la neutralidad de las situaciones transfronterizas con respecto a las internas.

##### 2.5.2.2.1. Las normas anti-híbridos con carácter general

###### 2.5.2.2.1.1. Doctrina del TJUE en el ámbito de las medidas compensatorias

[1108] Cordewener, Kofler y Van Thiel (2009), pp. 1956-1957 y 1999, dividen las finalidades legítimas de una medida discriminatoria entre aquellas que persiguen una "*inter-jurisdictional equity*" y aquellas otras que buscan una "*taxpayer equity*". Para estos autores la coherencia del sistema fiscal solo debería ser válida como justificación cuando su finalidad no es meramente recaudatoria, sino preservar la equidad a la hora de gravar la capacidad económica del contribuyente (p. 1974). No obstante, no compartimos esta postura ya que en casos como *Bachmann* la norma enjuiciada no tiene en cuenta la tributación extranjera, por lo que necesariamente no se va a tener en cuenta la capacidad económica global del contribuyente, lo que a su vez implicará necesariamente que la coherencia del sistema fiscal interno nunca pueda tener en cuenta la capacidad económica del contribuyente. Cuestión distinta es si la inherente finalidad recaudatoria de todo ejercicio del poder tributario está fundada en criterios de territorialidad que puedan legitimar un resultado discriminatorio de tal ejercicio. De hecho, cualquier medida discriminatoria, aunque este justificada (ya sea por razones de coherencia o incluso de neutralidad), va a estar fundada en ultima instancia en una finalidad recaudatoria. Una cosa es la finalidad inherentemente recaudatoria del ejercicio del poder tributario, y otra distinta los fundamentos que puedan legitimar dicho ejercicio.

No obstante, en nuestra opinión el TJUE por lo general no ha venido reconociendo la neutralidad como justificación en su jurisprudencia. Unas veces ha rechazado como justificación autónoma "el objetivo de evitar la doble imputación de las pérdidas"[1109], y otras ha rechazado como justificación el hecho de que la inversión transfronteriza esté sometida en otro país a una "carga fiscal menor"[1110]. Pero lo que subyace detrás de todas estas justificaciones rechazadas por el TJUE es una medida compensatoria cuya finalidad es mantener una neutralidad en las situaciones transfronterizas: en unos casos lo que busca la norma simplemente es revertir una tributación general menor en el otro Estado, en otros revertir una ventaja fiscal unilateral y en otros busca eliminar situaciones de doble no imposición bilateral.

En *Eurowings* se enjuicia una norma tributaria alemana que en las situaciones transfronterizas anuda sus efectos a la tributación extranjera. En este caso, en el ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas alemán, se impone un gravamen especial compensatorio a un arrendatario alemán cuando el arrendador es irlandés, debido a que este último no está sujeto a un impuesto análogo en su país. El TJUE establece que en este caso no existe el vínculo directo que se exigía en *Bachmann,* es decir, la ventaja (la ausencia de tributación sobre el arrendador) y la discriminación (el gravamen especial sobre arrendatario) no se producen sobre el mismo contribuyente y respecto al mismo impuesto[1111]. Por tanto, no puede prosperar la justificación de coherencia del sistema fiscal. Esta postura no puede sorprendernos por cuanto que, en nuestra opinión, es evidente que la norma no persigue un objetivo de coherencia del sistema fiscal interno.

Sin embargo, en nuestra opinión es más interesante el hecho de que el TJUE deniega también como justificación el hecho de que el gravamen especial exigido en Alemania tenga la finalidad de compensar una "carga fiscal menor" producida en el Estado del

[1109] En la STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párr. 33, no se admitió como justificación autónoma el riesgo de doble imputación de pérdidas.
[1110] SSTJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97 (*Eurowings*), párrs. 43-44, y de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 49.
[1111] STJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97 (*Eurowings*), párrs. 20 y 42.

arrendador (Irlanda)[1112]. Esta justificación, que se deniega por el TJUE en *Eurowings*, sí se enlaza claramente con la finalidad de neutralidad.

En *Philips Electronics,* el Reino Unido condiciona la posibilidad incluir las pérdidas de un EP situado en dicho territorio dentro de un grupo de consolidación nacional a que dichas pérdidas no fueren deducibles en otro país. Por tanto, se enjuicia la validez de una *linking rule.* En este caso el TJUE descarta en primer lugar la justificación de coherencia ya que la medida discriminatoria enjuiciada no tiene como objetivo preservar una adecuada simetría entre los ingresos y gastos en el país de establecimiento[1113], sino simplemente compensar una ventaja aplicada en otro Estado Miembro. El TJUE tampoco admite como justificación autónoma el riesgo de una doble imputación de pérdidas[1114].

No obstante, hemos de señalar que en este caso el TJUE enjuicia la discriminación que supone que la *linking rule* únicamente se aplique a las pérdidas originadas en un EP de titularidad extranjera y no se aplique a las pérdidas de sociedades residentes (no hay que olvidar que las pérdidas de sociedades residentes también son susceptibles de ser imputadas en el extranjero: a través de un régimen de consolidación internacional, mediante la utilización de entidades híbridas o mediante entidades con doble residencia)[1115]. Es evidente que aquí no hay ninguna discriminación encubierta, ya que la *linking rule* se aplica expresamente a EPs de titularidad extranjera y no a sociedades residentes. Esta circunstancia nos hace preguntarnos si el TJUE toma la decisión de no admitir como justificación el riesgo de doble imputación de pérdidas porque: *a)* considere que la aplicación de la *linking rule* es discriminatoria en la medida en que no se aplica también a las pérdidas de sociedades residentes que pertenezcan a grupos internacionales (y que por tanto exista riesgo de doble imputación de pérdidas), de manera que implícitamente el TJUE considere válido el principio de neutralidad como justificación pero no considere válida una aplicación discriminatoria de este (es decir que las *linking rules*, tendentes a asegurar la neutralidad transfronteriza, se apliquen

[1112] STJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97 (*Eurowings*), párrs. 43-45.
[1113] STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 23-27.
[1114] STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 28-33.
[1115] STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 14-16 y 19-20.

solamente a unos casos y no a otros); *b)* o bien porque considere que la neutralidad no es válida como justificación en ningún caso.

En nuestra opinión, la neutralidad no es válida en ningún caso. En primer lugar, porque la propia sentencia no llega en ningún caso a admitir como justificación autónoma el riesgo de doble imputación de pérdidas[1116]. Y, en segundo lugar, porque si la *linking rule* se aplicase también a su comparador interno (una sociedad residente perteneciente a un grupo de consolidación fiscal nacional), entonces el propio comparador interno sería discriminado con respecto a un grupo de empresas puramente doméstico en la medida en que perteneciese a un grupo multinacional, susceptible de una doble imputación de pérdidas y por tanto susceptible de desencadenar la *linking rule*. Es decir, el comparador interno de un grupo de sociedades multinacional forzosamente tendría que valer para un EP perteneciente a una sociedad extranjera[1117].

La mayor excepción a esta consolidada doctrina sobre la neutralidad es el asunto *Schempp*, donde sí parece reconocerse como legítima esta finalidad de neutralidad (enfoque agregado u *overall approach*). Realmente no es una excepción en sentido estricto ya que en *Schempp* el TJUE emplea un camino distinto al del análisis de justificación: utilizando el análisis de comparabilidad y, además, de manera muy sucinta y poco motivada[1118]. En este caso, un contribuyente residente en Alemania paga una pensión alimenticia a su exesposa residente en Austria, país que no sujeta dicha pensión

[1116] STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párr. 33.

[1117] Es decir, si A (la situación transfronteriza discriminada en *Philips*: la existencia de un EP pereciente a una sociedad no residente) es comparable a B (una sociedad residente perteneciente a un grupo multinacional), y B es comparable a C (una sociedad residente perteneciente a un grupo puramente nacional), C debería ser comparable a A, y por tanto debería poder utilizarse como su comparador interno.

[1118] Parece intuirse que la argumentación que sigue el TJUE se basa en que quien ejerce la libertad de circulación no es el señor Schempp, sino su exesposa, la cual no soporta los efectos económicos de dicha discriminación (ya que se trata de una pensión obligatoria), de manera que siguiendo esta lógica los efectos fiscales de la no deducibilidad de la pensión resultarían en una disparidad y no en una discriminación (STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03, *Schempp,* 21-23 y 44-45). No podemos compartir esta argumentación ya que en nuestra opinión es falso que el señor Schempp no ejerciese la libertad de circulación. Si la situación hubiera sido la contraria (que el señor Schempp hubiera sido el que formalmente ejerciese la libertad de circulación y fuera el que se trasladase de Austria a Alemania), ¿qué habría cambiado? Por tanto, la cuestión no está en quién ejerce formalmente la libertad de circulación, sino en el hecho de que ambos residen en países distintos, lo cual ya implica en abstracto un ejercicio las libertades comunitarias por ambos. En el caso *Eurowings* se establece que "el Tratado confiere derechos no sólo al propio prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios", STJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97, párr. 34.

a tributación. La norma alemana establecía al respecto que la deducibilidad de tales pensiones, en caso de que el perceptor no estuviera sujeto al impuesto sobre la renta por razón personal en Alemania, quedaba condicionada a la efectiva tributación de las mismas por el perceptor. De aquí se suscitan dos cuestiones. La primera es si es discriminatorio el hecho de que la norma alemana haga depender la deducibilidad de la pensión de la efectiva tributación del perceptor en caso de ser un no residente alemán, mientras que dicha tributación efectiva no es necesaria si el perceptor es residente alemán. Esta cuestión no se enjuicia en la sentencia ya que el TJUE advierte que se trata de un caso en el que la pensión está no sujeta al impuesto personal del perceptor, por lo que la efectividad de la tributación queda fuera del análisis[1119]. Lo que se enjuicia por el Tribunal es si es discriminatorio denegar la deducción cuando la pensión no está sujeta al impuesto del país de residencia del perceptor. El análisis es tremendamente confuso ya que, como apunta Lang, el TJUE quiere abrazar un enfoque global (*overall approach*) de manera disimulada sin tener que realizar abiertamente un examen de justificación[1120]. En nuestra opinión, el análisis de comparabilidad del que se vale el TJUE en *Schempp* adolece de una importante falta de motivación.

En *Schempp* se enjuicia una medida compensatoria esencialmente similar a las tratadas por *Eurowings* o *Philips Electronics,* y que por tanto debería haber sido examinada de acuerdo al análisis de justificación[1121]. Probablemente, y de haber seguido los postulados de *Eurowings*, este análisis debería haber concluido en un resultado de discriminación ilegal. Al igual que en *Eurowings*, la medida enjuiciada en *Schempp* no consiste en una medida tendente a asegurar la coherencia del sistema fiscal interno (no existe el vínculo directo), sino que se trata de una medida cuyo objetivo es asegurar la

[1119] STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03 (*Schempp*), párrs. 37-38.

[1120] Lang (2006), p. 60. Como acertadamente señala Martínez Laguna (2019), sección 4.04[A][2][a][i], contrariamente a lo que alega el TJUE, no estamos ante una "disparidad" fruto de la falta de coordinación fiscal entre los Estados Miembros, sino precisamente es la disparidad la que es la causa de que Alemania estableciese una norma de coordinación, por lo que según este autor el TJUE debería haber confirmado la existencia de comparabilidad y haber considerado discriminatoria la norma alemana enjuiciada.

[1121] Si se trata de una discriminación encubierta, que encubre el elemento transfronterizo como elemento de discriminación, o si por el contrario se trata de una discriminación abierta o directa, es quizás en este caso una discusión un tanto bizantina. Es irrelevante si el factor de discriminación es la no sujeción de la pensión a cualquier impuesto personal (ya sea el impuesto alemán o el impuesto de otro país) o si por el contrario el factor de discriminación es la no sujeción a un impuesto personal extranjero, ya que en ambos casos la conclusión necesariamente debe ser la misma.

neutralidad de las situaciones transfronterizas, justificación que ya fue desestimada en *Eurowings*[1122].

De haber seguido un examen de justificación, la coherencia fiscal nunca podría haber servido de justificación por cuanto que no se daba el presupuesto de hecho para la aplicación de dicha justificación: el vínculo directo. Sin embargo, la norma enjuiciada en el caso *Schempp* sí cumplía con el presupuesto de hecho propio de la finalidad de neutralidad. Cuestión diferente es que el TJUE pudiera haber aceptado dicha justificación como válida[1123]. En este sentido, parece difícil poder defender la validez de dicha medida si seguimos la jurisprudencia derivada de *Eurowings* o *Philips Electronics*, donde reiteradamente el TJUE deniega como válidas todas aquellas justificaciones basadas en la neutralidad.

Como ya pusimos de manifiesto anteriormente, el examen de comparabilidad no puede ser utilizado para eludir el examen de justificación y proporcionalidad, ya que de otro modo se estaría vaciando de contenido y desnaturalizando la finalidad del principio de no discriminación. Por ello creemos más consistente el enfoque seguido en casos como *Eurowings* o *Philips Electronics* que el seguido en el caso *Schempp*[1124]. Por ello, siguiendo esta jurisprudencia del TJUE, creemos que las normas anti-híbridos son discriminatorias, sin que tal discriminación pueda quedar justificada por razones de neutralidad.

#### 2.5.2.2.1.2. Propuesta interpretativa: la macro-coherencia

No obstante, Rust señala que quizás pudiera reconocerse como válida una medida compensatoria que tuviera como objetivo combatir las asimetrías híbridas. De acuerdo a Rust, mientras que la mayoría de las medidas compensatorias examinadas por el TJUE,

[1122] Véase nota 1112.
[1123] No se debe confundir el cumplimento del presupuesto de hecho de una legitimación con el hecho de que el TJUE no considere dicha legitimación válida como justificación. Es decir, una norma discriminatoria puede estar legitimada internamente por una determinada razón (se da el presupuesto de hecho que vincula a una norma con una determinada finalidad) pero el TJUE no acepta la validez de dicha legitimación como causa justificativa.
[1124] En el mismo sentido se manifiesta Parada (2017), pp. 566-572.

y que han sido declaradas discriminaciones ilegales, son normas que buscan combatir la baja tributación o las ventajas fiscales deliberadas de un país extranjero, la medida compensatoria enjuiciada *Schempp* tiene como objetivo combatir la doble no imposición no deliberada[1125].

El problema de adoptar este enfoque es que dejaríamos en manos del TJUE la labor de tener que identificar cuándo la doble no imposición es fruto de la voluntad de algún Estado o cuándo es un resultado involuntario. Extremo que como ya dijimos en el primer capítulo del presente trabajo es una discusión estéril. Como ya dijimos, es prácticamente imposible discernir cuándo una exención sobre dividendos tiene por objeto eliminar la doble imposición económica y cuándo tiene por objeto incentivar fiscalmente la internacionalización de las empresas nacionales, y eso suponiendo que sea una cuestión binaria, ya que no necesariamente el legislador se tiene que decantar entre esos dos extremos.

Es evidente que si los dos países implicados en una asimetría híbrida han implementado normas anti-híbridos, para ambos países estamos ante resultados no deseados, de manera que sí podríamos aseverar que se trata de una doble no imposición involuntaria. No obstante, sigue habiendo riesgo de que el otro país extranjero derogue o modifique unilateralmente sus normas anti-híbridos para dejarlas total o parcialmente sin efecto, de manera que el carácter voluntario o no de la doble imposición, desde una perspectiva conjunta o bilateral, sique quedando eventualmente en manos de un país distinto al que está aplicando la *linking rule*. Así, la legalidad de la norma anti-híbridos seguiría dependiendo en última instancia de la voluntad de otro país. Esta circunstancia puede ocurrir en las asimetrías híbridas que se den entre un Estado Miembro y un país tercero, y que nos hacen cuestionarnos su legalidad.

Sin embargo, la naturaleza vinculante de la ATAD sobre todos los Estados Miembros hace que esta problemática no se dé en las asimetrías híbridas *intracomunitarias*. Por lo que en estos casos cabría aceptar la validez las *linking rules* que combatan las asimetrías

[1125] Rust (2015), p. 317.

híbridas intracomunitarias, sobre todo habida cuenta de que la eliminación de la doble no imposición se realiza de manera consensuada por todos los Estados Miembros, de manera que se puede aseverar que la doble no imposición es completamente involuntaria en todos los Estados Miembros. Además, este objetivo de neutralidad subyacente a las *linking rules* es un principio programático del Derecho de la UE, el cual ha cristalizado en la ATAD como instrumento idóneo para asegurar un *marco de competencia igualitario* entre las empresas comunitarias y mejorar el funcionamiento del mercado interno.

Esto no significa que pueda aplicar como justificación autónoma la reciprocidad inherente a las medidas de la ATAD. No se debe confundir una medida discriminatoria (en la medida en que afecta desfavorablemente a determinadas situaciones transfronterizas) establecida en una norma internacional con la situación inversa: una medida interna dirigida a situaciones transfronterizas de carácter general deviene en potencialmente discriminatoria en la medida en que un convenio internacional establezca un beneficio fiscal para un residente en un país concreto. Este segundo tipo de medidas sí han sido justificadas conforme al principio de reciprocidad de los convenios, el cual no exige una extensión unilateral de los beneficios de un convenio a situaciones no cubiertas por este[1126]. No obstante, el primer tipo de medidas (aquellas discriminaciones establecidas en un convenio) implica un ejercicio de potestades tributarias que tiene que respetar en todo caso las libertades fundamentales. Así, algunos autores han apuntado que las cláusulas LOB de los CDIs no son normas de atribución de potestades tributarias, sino normas de "ejercicio de potestades tributarias"[1127], naturaleza que es extensible a las normas de la ATAD.

[1126] STJUE de 5 de julio de 2005, C-376/03 (*D*), párr. 61.

[1127] De Broe (2008), pp. 1055-1056; Debelva et al. (2015), p. 136. Para estos autores, la naturaleza impositiva (y no atributiva) de las cláusulas LOB hace francamente difícil respaldar la decisión del TJUE en *Class IV ACT* (STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-374/04), en la cual el TJUE se amparó en el principio de reciprocidad de los convenios para validar una cláusula LOB. De hecho, el problema que subyace a *Class IV ACT* es que el TJUE parece asumir que se trata de una situación de discriminación horizontal, situación que sí es justificable por el principio de reciprocidad, véase nota 1126. No obstante, en nuestra opinión se trata de una clara situación de discriminación vertical ya que realmente se está comparando a dos residentes de un mismo Estado, uno en una situación transfronteriza (el contribuyente controlado por una entidad extranjera) y otro en una situación puramente interna (el contribuyente controlado por una entidad residente). En este sentido, Martins (2016), p. 279.

Por tanto, lo que legitima las normas anti-híbridos de la ATAD no es propiamente la reciprocidad de las mismas, sino que en un contexto de reciprocidad como es la ATAD, persiguen un objetivo de neutralidad intrínseco al mercado común. En nuestra opinión, esta suma de reciprocidad y neutralidad transfronteriza que caracteriza a las normas anti-híbridos de la ATAD se asemeja bastante al enfoque de macro-coherencia que en su momento la sentencia *Wielockx* anticipó de una manera elemental y que la jurisprudencia posterior pareció desarrollar sin demasiado acierto, como veremos en la sección siguiente[1128].

#### 2.5.2.2.2. La regla anti-híbridos secundaria en los resultados de deducción sin inclusión

En las asimetrías híbridas con resultado de deducción sin inclusión, la regla secundaria o defensiva plantea cuestiones específicas que las hace merecedoras de un análisis *ad hoc*[1129]. La regla secundaria en este tipo de asimetrías exige a la jurisdicción del perceptor del pago que no exima de gravamen dicho pago cuando este es deducible en la jurisdicción del pagador. Por lo general se trata de supuestos relativos a instrumentos financieros en los que el perceptor califica el pago como dividendo exento conforme al régimen de exención matriz-filial.

En abstracto, y al margen de los requisitos adicionales en relación a la tributación efectiva que se harán un poco más adelante[1130], este tipo de medidas sí parecen ser válidas conforme a la jurisprudencia del TJUE cuando la denegación de la exención no excluya la aplicación del método de imputación mediante un crédito fiscal indirecto por el impuesto subyacente pagado en el extranjero[1131]. Así, el TJUE ha establecido que "obligar al Estado miembro donde reside la sociedad beneficiaria de los dividendos a

[1128] STJUE de 11 de agosto de 1995, C-80/94 (*Wielockx*).
[1129] Las consideraciones hechas en esta sección con respecto a la regla secundaria son también aplicables a la regla anti-híbridos especial del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial (sobre esta regla especial, véase el Capítulo III, sección 4.4.4.1).
[1130] STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 41-52.
[1131] Rust (2015), pp. 320-321.

eximir del impuesto sobre sociedades los dividendos de origen extranjero afectaría a la competencia de dicho Estado miembro para gravar, respetando el principio de no discriminación, los beneficios así distribuidos al tipo establecido en su propia legislación"[1132].

A tenor de esta jurisprudencia, un Estado Miembro puede aplicar el método de exención a los dividendos de fuente interna y el método del crédito fiscal indirecto a los dividendos de fuente extranjera por cuanto que para el TJUE ambos son métodos equivalentes[1133]. En concreto, la regla anti-híbridos secundaria no excluye la aplicación del método de imputación; cuestión distinta es que, como el método de imputación exige admitir un crédito fiscal indirecto por el impuesto efectivo pagado en el extranjero, este crédito fiscal sea 0 en los dividendos deducibles.

De esta jurisprudencia nos surgen varias cuestiones que nos hacen replantearnos la procedencia de dicha doctrina jurisprudencial.

La primera es si esta equivalencia entre la exención y el crédito fiscal indirecto es la razón de que se excluya la existencia de discriminación horizontal[1134], de manera que no supondría ninguna restricción aplicar la regla anti-híbridos solo a aquellos dividendos que procediesen de países en los que son pagos fiscalmente deducibles, y no aplicarse también a los dividendos procedentes de países con un impuesto sobre sociedades nulo o muy bajo. Probablemente esta equivalencia entre los métodos de exención e imputación es lo que, en la medida en que dicha equivalencia se da necesariamente también en la comparabilidad horizontal, podría justificar que en *Columbus Container* el TJUE se abstuviera de pronunciarse sobre la posible discriminación horizontal de una cláusula *switch-over*[1135]. Solo asumiendo esta equivalencia entre el método de exención

[1132] STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 40.
[1133] SSTJUE de 12 de diciembre 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 48 y 57, de 23 de abril de 2008, C-201/05 (The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation), párrs. 38-39, y de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 (*Haribo/Salinen*), párrs. 86-89. Para un estudio detallado sobre la equivalencia de ambos métodos, exención e imputación, véase De Groot (2016).
[1134] STJUE de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 (*Haribo/Salinen*), párrs. 48, 142 y 143.
[1135] STJUE de 6 de diciembre de 2007, C-298/05 (*Columbus Container*), párrs. 38, 39, 50 y 51.

y el método de imputación, en cuanto que ambos tienen como objetivo eliminar la doble imposición, es posible conciliar la validez de la decisión del TJUE en *Columbus Container* y la validez de la comparabilidad horizontal de *Cadbury Schweppes*[1136].

La segunda cuestión que se suscita se da respecto de la pretendida equivalencia entre ambos métodos, exención e imputación, si los sometemos a un escrutinio desde un punto de vista económico. En nuestra opinión, y desde una perspectiva puramente económica, no hay ninguna diferencia entre vincular la cuantía de un crédito fiscal sobre un dividendo a la cuantía del impuesto subyacente extranjero y vincular la cuantía de un crédito fiscal derivado de una deducción sobre un pago al impuesto extranjero pagado por el perceptor de dicho pago[1137]. Asumir esta hipótesis empujaría probablemente al TJUE a tener que admitir que el crédito fiscal indirecto sobre los dividendos de fuente extranjera fuera considerado una discriminación ilegal en la medida en que el importe de dicho crédito fiscal no fuese suficiente para anular toda la cuantía de la cuota tributaria devengada por el dividendo, tanto si los dividendos de fuente interna gozasen de una exención como si gozasen de un crédito fiscal indirecto. En nuestra opinión, no debería utilizarse como argumento para defender la legalidad de la regla anti-híbridos el hecho de que esta asegure que la carga fiscal conjunta de la matriz nacional y la filial extranjera sea idéntica a la de una matriz y filial nacionales[1138], ya que como se estableció en *Cadbury Schweppes* la discriminación sobre una situación transfronteriza ha de producirse por comparación a la carga tributaria de un contribuyente nacional en

[1136] Calderón y Báez (2009), p. 220. En *Cadbury Schweppes* (STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04), párrs. 44-45, parece reconocerse la comparabilidad horizontal (y por ende la posibilidad de potenciales discriminaciones horizontales, autónomas de las verticales), aunque en esta sentencia el resultado no varía dado que existe también una discriminación vertical. No obstante, reconocer la comparabilidad horizontal de manera autónoma a la comparabilidad vertical ayudaría a suplir posibles circunvalaciones de la ley por los Estados Miembros. Imaginemos que un Estado Miembro, en vez de establecer una norma CFC, extendiese la definición de residencia fiscal a aquellas entidades extranjeras controladas por entidades nacionales; en este caso el TJUE no podría valerse de la comparabilidad vertical para ilegalizar tal medida, pero seguiría pudiendo recurrir a la comparabilidad horizontal para ilegalizar dicha definición de residencia en la medida en que afectase solo a filiales extranjeras situadas en Estados Miembros con un tipo de gravamen debajo de un determinado umbral.

[1137] Las medidas anti-híbridos son medidas orientadas a objetivos de neutralidad en la exportación de capitales (CEN) por cuanto tienen en cuenta los impuestos extranjeros. Por el contrario, las exenciones y deducciones incondicionadas están más orientadas a objetivos de neutralidad en la importación de capitales (CIN).

[1138] Rust (2015), p. 321.

sentido jurídico, y no por comparación a la carga tributaria conjunta de varios contribuyentes[1139].

Probablemente la decisión del TJUE de equiparar ambos métodos, exención y crédito fiscal indirecto, se deba a la asunción, a nuestro entender errónea, de que ambos métodos tienen por objeto eliminar la doble imposición económica[1140]. Esta asunción es demasiado atrevida por cuanto que, como ya hemos dicho repetidamente a lo largo de este trabajo, es prácticamente imposible discernir cuándo una exención sobre dividendos tiene por objeto eliminar la doble imposición económica y cuándo tiene por objeto incentivar fiscalmente la internacionalización de las empresas nacionales. De la misma manera es imposible discernir cuándo un mecanismo de crédito fiscal indirecto tiene por objeto eliminar la doble imposición económica o por el contrario tiene una finalidad anti-abuso[1141].

Por último, y lo más importante, la citada jurisprudencia, en concreto el caso *FII Group (2)*, aclara que lo que puede romper la equivalencia entre ambos métodos, exención e imputación, es que el contribuyente demuestre que el nivel de tributación efectiva en el Estado Miembro que aplica ambos métodos (el de exención para los dividendos internos y el de imputación para los dividendos de fuente extranjera) es inferior al tipo impositivo nominal[1142], de forma que el método de exención traslada esta ventaja al accionista (en la medida en que el beneficio subyacente del que derivan los dividendos se ha beneficiado de ese diferencial) mientras que el método de imputación no permite al accionista aprovecharse de dicha ventaja ya que los dividendos tributarán al tipo nominal[1143].

---

[1139] Véase *Cadbury Schweppes* (STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04), párr. 45. Véase también nota 1074.

[1140] STJUE de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 (*Haribo/Salinen*), párrs. 84-85.

[1141] Calderón y Báez (2009), p. 221.

[1142] Sobre esta cuestión, véase De Groot (2016), p. 166. En el caso de España, el tipo efectivo del Impuesto sobre Sociedades se ha situado entorno a un 20-21% en los últimos años, teniendo en cuenta que el tipo nominal es del 25%.

[1143] STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 41-52.

No obstante, si el método de imputación aplicado a los dividendos de fuente extranjera permite imputar un crédito fiscal calculado sobre el tipo impositivo nominal extranjero, y no sobre el impuesto efectivamente pagado, entonces para el TJUE sí que habría equivalencia con el método de exención[1144].

Esta solución (aplicar el método de imputación sobre el tipo nominal extranjero) nos parece válida en un contexto en el que el diferencial entre el tipo efectivo y el tipo nominal del país extranjero del que deriva el dividendo fuera de una proporción similar al diferencial del Estado Miembro en cuestión. El problema es que en las asimetrías híbridas el diferencial entre el tipo efectivo y el tipo nominal del país extranjero que reparte el dividendo es del 100% (ya que el dividendo es deducible), por lo que aplicar un método de imputación calculado sobre el tipo nominal del país extranjero supone vaciar de contenido la regla anti-híbridos y perpetuar la doble no imposición. Por ello, en nuestra opinión, si para el TJUE la equivalencia entre ambos métodos se rompe cuando el método de exención sobre dividendos internos traslada al accionista una ventaja (el diferencial entre tributación efectiva y nominal) que no traslada el método de imputación, entonces a contrario sensu sí debería haber equivalencia cuando el país extranjero del que procede el dividendo tiene un diferencial entre tributación efectiva y nominal muy superior (como es el caso en las asimetrías híbridas, de un 100%) al diferencial del Estado Miembro.

#### 2.5.2.3. Coherencia y neutralidad: el *overall approach* de *Marks & Spencer*

En *Marks & Spencer* el TJUE valida un novedoso motivo de justificación: ***el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros***. Este nuevo motivo de justificación esencialmente comprende una combinación de los principios de coherencia y de neutralidad[1145]. En este caso se enjuicia una norma británica que no permite a una

[1144] STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 61-64.
[1145] STJUE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer*), párr. 51. Aunque la sentencia no habla expresamente de la coherencia del sistema fiscal avalada por *Bachmann,* sí emplea como justificación la necesidad preservar la simetría de ingresos y gastos: "los beneficios y las pérdidas

entidad matriz británica deducir las pérdidas de sus filiales extranjeras, mientras que sí permite deducir las pérdidas de las filiales nacionales bajo un régimen de consolidación fiscal. Se trata de una norma de no deducibilidad incondicional, es decir, no vinculada a la tributación extranjera. Sin embargo, el TJUE no aplica la jurisprudencia clásica de *Bachmann,* lo que justificaría la no deducibilidad de las pérdidas extranjeras en todo caso, sino que aplica un nuevo enfoque por el cual dicha discriminación está justificada salvo que las propias filiales extranjeras hayan agotado toda posibilidad de deducir sus pérdidas (las denominadas "pérdidas definitivas").

No obstante, en nuestra opinión, coherencia y neutralidad son dos justificaciones cuya concurrencia en una norma es incompatible. Así, las cláusulas *subject-to-tax* y las *linking rules* buscan precisamente evitar situaciones de infraimposición o de doble no imposición de manera que solo se aplican en la medida en que en el otro país exista una tributación reducida o una ventaja fiscal, pero en ningún caso pueden asegurar la preservación de la coherencia del sistema fiscal interno ya que suelen alterar precisamente las reglas generales de coherencia que rigen para las situaciones internas. Por el contrario, las normas orientadas a la coherencia del sistema fiscal, como son las medidas de no deducibilidad incondicionadas (no están condicionadas a la tributación extranjera)[1146], pueden solamente evitar situaciones de doble no imposición pero pueden incurrir en riesgos de sobreimposición cuando el gasto no es deducido en ningún país.

En nuestra opinión, las medidas enjuiciadas en *Bachmann* y *Marks & Spencer* no distan tanto entre sí. No obstante, algunos autores han considerado que en *Marks & Spencer* no cabe la justificación de coherencia alegando que no existe un vínculo directo entre la desventaja y la ventaja ya que ambos se dan en sede de contribuyentes distintos, la

constituyen, en materia tributaria, las dos caras de una misma moneda, que habrán de tratarse de modo simétrico en el marco de un mismo sistema fiscal", en párr. 43. Asimismo, el TJUE tampoco alude expresamente a la neutralidad, pero sí que dice que los Estados Miembros deben ser capaces de combatir "el riesgo de doble imputación de las pérdidas", en párr. 47.

[1146] La coherencia como justificación no tiene en cuenta la tributación agregada de una situación transfronteriza, solo pretende asegurar una *coherente* territorialización de aquellos ingresos y gastos que estén correlacionados.

matriz y la filial extranjera[1147]. Probablemente esta conclusión se deba a la errónea identificación por parte de alguna doctrina de lo que es "desventaja" y lo que es "ventaja" a los efectos de la aplicación del principio de coherencia del sistema fiscal. Así, si bien es cierto que la no deducibilidad por la matriz de las pérdidas de las filiales extranjeras suele venir acompañada de la más que probable deducción de dichas pérdidas por la propia filial extranjera, este resultado de *no deducción-deducción* tiene que ver con la neutralidad transfronteriza y no con la coherencia del sistema fiscal británico. Para analizar si se da el vínculo directo que requiere el requisito de coherencia, hay que mirar hacia el tratamiento de los *ingresos y gastos de la propia filial extranjera* en sede de la matriz británica y analizar, en relación a su comparador interno, si el trato fiscal tiene por objeto realmente preservar la coherencia del sistema fiscal interno. En nuestra opinión sí se da el vínculo directo, en la medida en que dichos gastos no son deducibles en Reino Unido y los ingresos a ellos asociados no están sujetos en este país[1148].

Es probable que el novedoso enfoque combinado inaugurado en *Marks & Spencer* pueda trazar su origen al enfoque de macro-coherencia de *Wielockx*[1149]. De acuerdo a *Wielockx*, la coherencia deja de ser motivo de justificación cuando la ventaja correlacionada con la discriminación (es decir, los ingresos relacionados a los gastos no deducibles) queda exenta en virtud de un convenio internacional. En estos casos, la coherencia "se desplaza a otra esfera, la de la reciprocidad de las normas aplicables en los Estados contratantes"[1150]. Así, "se presume que el Estado Miembro en cuestión

[1147] Véase Dahlberg (2005), p. 255; y Helminen (2011), pp. 132-133. La existencia de vínculo directo entre la ventaja y la desventaja exige que ambas se apliquen en sede del propio contribuyente discriminado, tal y como estableció la STJUE de 18 de septiembre de 2003, C-168/01 (*Bosal Holding*), párrs. 29-31. La norma enjuiciada establecía que los gastos incurridos por una entidad matriz en la gestión de sus participaciones eran deducibles únicamente si dichos gastos estaban relacionados con participaciones en entidades cuya actividad subyacente se desarrollase en los Países Bajos. Acertadamente, el TJUE consideró discriminatoria esta norma ya que no existe vínculo directo entre la tributación de la actividad de una entidad filial y el tratamiento fiscal de los gastos de su entidad matriz.

[1148] La cuestión de que la filial extranjera sea un contribuyente diferente a la matriz británica que sufre formalmente la discriminación es una pura cuestión semántica a los efectos de la coherencia. Es decir, la existencia de una finalidad de coherencia en la norma enjuiciada no debería depender de que los ingresos y gastos se califiquen como exentos (el contribuyente discriminado y el contribuyente que obtiene dichos ingresos/gastos de fuente extranjera son el mismo) o como no sujetos (el contribuyente discriminado y el contribuyente que obtiene dichos ingresos/gastos de fuente extranjera son distintos).

[1149] Schön (2015), p.288; Lang (2006), p. 57; Cordewener, Kofler y Van Thiel (2009), pp. 1971-1972 y 1974.

[1150] STJUE de 11 de agosto de 1995, C-80/94 (*Wielockx*), párr. 24.

disfruta de un correspondiente flujo de recaudación procedente de los contribuyentes en la situación inversa"[1151]. De acuerdo al enfoque de macro-coherencia podríamos concluir que el objetivo de preservación de la coherencia del sistema fiscal interno no puede justificar por sí solo y de manera incondicional la no deducibilidad de las pérdidas de fuente extranjera en la medida en que el Estado de residencia del inversor haya suscrito un convenio internacional que reparta los derechos tributarios sobre los correspondientes beneficios de fuente extranjera[1152]. Esta explicación parece plausible para explicar que la no deducibilidad de pérdidas no sea justificable en aras de mantener una simetría interna de ingresos y gastos, ya que la coherencia *intranacional* se sustituye por una coherencia *internacional*, sin importar en qué Estado contratante tributen los ingresos. El problema es que esta obligación sobre el Estado de residencia de admitir las pérdidas de fuente extranjera puede conducir a una doble imputación de pérdidas, lo que a nivel macro llevaría a romper la simetría de ingresos y gastos (los ingresos se incluyen una vez y los gastos se deducen dos veces). Razón por la cual parece razonable que el TJUE admitiese la no deducibilidad de las pérdidas extranjeras para evitar que se imputen doblemente, ya que en un contexto de mutua reciprocidad sí parece razonable que el TJUE acepte la neutralidad como motivo de justificación en la medida en que se trata de un objetivo propio de las instituciones comunitarias: evitar que determinados sectores gocen de ventajas fiscales que erosionen el marco de competencia igualitario (*level-playing field*) y la libre competencia.

El problema de este enfoque de macro-coherencia u *overall approach* es que el TJUE lo ha aplicado de manera inconsistente.

En primer lugar, que el TJUE ha reconocido este *overall approach* de forma unidireccional: ¿por qué se admite incondicionalmente la coherencia cuando se enjuicia la norma del Estado de fuente y sin embargo se sigue el *overall approach* cuando se enjuicia al Estado de residencia del inversor?

[1151] Schön (2015), p. 279.
[1152] Lang (2014), p. 538.

En nuestra opinión, una aplicación consistente del *overall approach* debería llevar a aplicar el dicho enfoque también desde la perspectiva del Estado de fuente. No vemos razón para reconocer el principio de coherencia de manera incondicional desde la perspectiva del Estado de destino, y sin embargo condicionarlo a la neutralidad en los casos relativos al Estado de origen o residencia. Así en *Futura Participations* reconoce incondicionalmente la territorialidad de los gastos, de manera que el TJUE admite incondicionalmente la no deducibilidad en el Estado de destino de los gastos que no tengan relación con los ingresos del establecimiento permanente[1153]. ¿Qué razón hay para aplicar enfoques diferentes a Estado de origen y a Estado de destino si en ambos países se aplica un sistema territorial? No podemos olvidar que el Estado de residencia que aplica el método de exención está aplicando un sistema territorial; de manera que no existe diferencia sustancial entre un contribuyente residente que está exento de sus beneficios de fuente extranjera, en la medida en que en su país de residencia únicamente tributa por las rentas de fuente interna, de un no residente que tiene un EP en dicho país: en ambos casos se gravan los beneficios originados en dicha jurisdicción.

[1153] Desde el punto de vista del Estado de destino de las inversiones, el TJUE no ha reconocido el enfoque combinado de *Marks & Spencer*. En la STJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95 (*Futura Participations*), párrs. 20-22, el TJUE parece reconocer incondicionalmente el principio de coherencia, aunque no de manera expresa, sino aludiendo al "principio de territorialidad". Aunque *Futura Participations* parece chocar frontalmente contra *Schumacker* (STJUE de 14 de febrero de 1995, C-279/93), un caso que también enjuicia una norma del país de destino (en este caso de un trabajador transfronterizo), una lectura de *Schumacker* como la que proponemos puede conciliar ambas sentencias. A primera vista parece que *Schumacker* toma un enfoque similar al de *Marks & Spencer,* reconociendo la validez del principio de coherencia únicamente en la medida en que los gastos familiares sí fueran deducidos en el país de origen o residencia. No obstante, una lectura apropiada de *Schumacker* puede llevarnos a concluir que realmente el TJUE vincula solo aparentemente la deducibilidad de los gastos familiares a la no deducibilidad en origen. El hecho de que los gastos familiares sean una suerte de gastos generales no vinculados a ningún tipo de renta lleva al TJUE a vincularlos al territorio donde mayor renta se obtiene. Con lo cual el principio de coherencia parece que no puede justificar una diferencia de trato en el país de destino ya que es allí donde deben deducirse. El hecho de que no se dedujesen dichos gastos en el país de residencia es una mera consecuencia incidental de dicho enfoque (véase párr. 36 de *Schumacker*), ya que la mayoría de los países solo reconocen los créditos fiscales en favor de los contribuyentes en la medida en que haya cuota tributaria suficiente, por lo que si en el país de residencia no hay ingresos suficientes, lógicamente el contribuyente no tendrá derecho a este crédito fiscal derivado de sus gastos familiares. De hecho, el propio TJUE nunca llega a vincular la discriminación en el Estado de destino a la tributación en el país de origen (es decir, a la no deducibilidad de los gastos): "Tratándose de un no residente que obtiene en un Estado miembro distinto del de su residencia la mayor parte de sus ingresos y casi la totalidad de sus ingresos familiares, la discriminación consiste en que la situación personal y familiar de este no residente no se tiene en cuenta ni en el Estado de residencia ni en el Estado de empleo", en párr. 38 de *Schumacker.* Probablemente el error del TJUE en *Schumacker* fuera no aplicar este enfoque de manera proporcionada, por ejemplo, determinando que la deducibilidad de los gastos familiares en el país de destino debe hacerse en la misma proporción a los ingresos obtenidos en dicho país sobre el total de sus ingresos globales, tal y como sugiere Weber (2006), pp. 603-604, citando a Wattel.

Por lo que, si un EP puede eximir de manera incondicional las pérdidas de su casa central extranjera, el mismo trato debería dársele a la casa central respecto de las pérdidas de su EP extranjero[1154].

Probablemente, la razón de que el TJUE no haya aplicado este enfoque de manera bidireccional es que si lo hubiera hecho se habría encontrado con consecuencias anómalas. Así, si aplicásemos el *overall approach* de manera consistente al Estado de residencia y al Estado de destino tal como sugerimos, un conflicto en la atribución de un gasto a un establecimiento permanente (el país de residencia lo atribuye al EP extranjero y el país de establecimiento del EP lo atribuye a la casa central) podría suponer una suerte de discriminación *circular* en ambos países, residencia y destino, al no aceptarse como justificación la coherencia del sistema fiscal en la medida en que dichos gastos no fueran deducibles en ninguno de los países. Lo que en nuestra opinión sería una clara anomalía ya que hemos dicho anteriormente que una discriminación solo puede ser imputable a un solo Estado Miembro. Es decir, a nuestro juicio, en el principio de coherencia del sistema fiscal se encuentra la propia esencia de la soberanía tributaria de los Estados Miembros, de manera que no reconocer este principio como una justificación válida supondría *de facto* desposeer a los Estados Miembros de su soberanía para atribuirse libremente las potestades tributarias sobre ingresos (y gastos correlacionados)[1155].

Por tanto, parece lógico que el presupuesto de hecho de una restricción ilegal en un Estado Miembro no requiera que otro Estado Miembro también cometa una restricción a las libertades fundamentales. Es decir, que la restricción ilegal no sea el resultado del ejercicio paralelo de la soberanía tributaria por dos Estados Miembros.

[1154] Hay que recordar que en *Saint-Gobain* (STJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, párrs. 48-49) el TJUE estableció que una entidad no residente operando a través de un EP se encuentra en una situación comparable a la de una entidad residente.

[1155] Son varios los Abogados Generales que han puesto en entredicho la aplicación de la "excepción *Marks & Spencer*", como Geelhoed en su Opinión presentada el 23 de febrero de 2006, C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*), párr. 59, y más contundentemente Kokott en su Opinión presentada el 23 octubre de 2014, C-172/13 (*Comisión contra Reino Unido*), párrs. 42-54. En el mismo sentido, Weber (2006), p. 596.

Esta idea parece que es la que subyace en el caso *K,* caso en el cual el TJUE acepta la coherencia como justificación de la no deducibilidad en el Estado de residencia de una pérdida inmobiliaria originada en el extranjero aunque dicha pérdida tampoco fue objeto de deducción en el país de fuente. La razón esgrimida por el TJUE fue que "en la medida en que el Estado miembro en el que está situado el inmueble no establece posibilidad alguna de tener en cuenta las pérdidas registradas por la venta del inmueble, tal posibilidad nunca existió"[1156].

El caso *K* suscita una aparente paradoja: ¿por qué el TJUE adopta un enfoque más laxo para los casos en que el país de fuente de las pérdidas no permite legalmente su deducibilidad (*K*) y otro enfoque más restrictivo para aquellos casos en que sí permite legalmente su deducibilidad pero esta deviene en imposible por la imposibilidad definitiva de generar beneficios en dicho país de fuente con los que compensar dichas pérdidas (*Marks & Spencer*)?[1157]

Así, la ambigüedad de las sentencias *K* y *Krankenheim* puede llevarnos a considerar que cualquier "disparidad legal"[1158] en el Estado de fuente respecto a la deducibilidad de un gasto excluye la restricción en el Estado de fuente; de manera que el Estado de residencia solo incurrirá en restricción (y por tanto quedará obligado a admitir la deducibilidad de los gastos de fuente extranjera) cuando no exista *disparidad legal* en el Estado de fuente respecto a la deducibilidad de un gasto pero sí haya imposibilidad *fáctica* de deducción. Esta posible interpretación añade confusión a la cuestión dado que, en nuestra opinión, no encontramos razones para distinguir los supuestos de *disparidades legales* a los de *disparidades fácticas* (la no deducibilidad en el Estado de fuente se produce porque en el Estado de fuente no existe posibilidad de generar rentas con los que compensar dichas pérdidas) en tanto que en última instancia los

[1156] STJUE de 7 de noviembre de 2013, C-322/11 (*K*), párr. 77. De acuerdo al TJUE, "estimar que el Estado miembro de residencia del contribuyente debe permitir, no obstante, que las pérdidas inmobiliarias se deduzcan de los beneficios sujetos a imposición en ese Estado miembro equivaldría a obligar a este último a soportar las consecuencias desfavorables derivadas de la legislación fiscal adoptada por el Estado miembro en cuyo territorio está situado el inmueble", en párr. 78.
[1157] Lang (2014), p. 534.
[1158] SSTJUE de 7 de noviembre de 2013, C-322/11 (*K*), párr. 80, y de 23 de octubre de 2008, C-157/07 (*Krankenheim*), párr. 50.

requerimientos fácticos de la compensación de bases imponible negativas tienen su origen último en la ley[1159].

Probablemente, la respuesta a este interrogante haya que encontrarla en que, en sentencias como *K*, la no deducibilidad de las pérdidas en el Estado de fuente podría suponer una violación *ex ante* de las libertades comunitarias[1160]. Así, una interpretación plausible es que el TJUE habría querido evitar conscientemente tomar la comprometida decisión de imponer la deducibilidad de las pérdidas al Estado de residencia a sabiendas de que el responsable de tal restricción era realmente el Estado de fuente. De ser esta la verdadera intención del TJUE, la decisión sería acertada ya que difícilmente una pérdida puede ser calificada de "definitiva" si la no deducibilidad en el Estado de fuente es contraria al Derecho de la UE, de manera que exista una habilitación legal en manos del contribuyente para poder exigir al Estado de fuente que admita la deducibilidad de dicha pérdida. Así, no parece aceptable que un Estado Miembro deba cargar con las consecuencias derivadas de los incumplimientos legales de otro Estado Miembro.

En este punto nos preguntamos si tiene sentido que la aceptación incondicional de la coherencia (y por lo tanto de la no deducibilidad) dependa de que el otro Estado cometa una infracción comunitaria. Es decir, si el Estado de fuente deniega la deducibilidad de un gasto en aparente violación de las libertades fundamentales el TJUE no impone al Estado de residencia la deducibilidad de dicho gasto; mientras que cuando la no deducibilidad del gasto en el Estado de fuente es legal desde el punto de vista del Derecho de la UE, entonces el Estado de residencia sí debe permitir la deducción. En nuestra opinión, la razón por la que el Estado de fuente deniega la deducibilidad de un

[1159] Ambas situaciones se reducen a lo mismo: una pérdida que nunca llega a liquidar un crédito fiscal en favor del contribuyente. En ambos casos la ley extranjera es la causa de dicha imposibilidad, bien sea porque no permite un crédito fiscal (en el caso de *K*) o bien porque, permitiendo un crédito fiscal, su liquidación queda condicionada a la existencia de cuota tributaria suficiente (en el caso de *Marks & Spencer*). El hecho de que una pérdida o gasto devenguen un crédito fiscal en favor del contribuyente pero este no pueda ser liquidado por incapacidad para generar ingresos con los que compensar dichas pérdidas no es sino consecuencia de que le norma tributaria solo permite liquidar los créditos fiscales bajo la condición de que el contribuyente obtenga ingresos suficientes.

[1160] Lang (2014), p. 534; Boulogne y Slavnic (2012), p. 493. En *Krankenheim*, STJUE de 23 de octubre de 2008, C-157/07, párr. 47, el TJUE adopta la misma solución que en *K*, estableciéndose que la existencia de pérdidas definitivas depende de que el Estado de fuente deniegue su deducibilidad con carácter general y con independencia de que "esa facultad no podía ejercerse en la situación concreta en la que se hallaba dicho sujeto pasivo".

gasto no debería ser determinante en la existencia de una restricción en el Estado de residencia.

En segundo lugar, como ya hemos dicho anteriormente, de adoptar un verdadero enfoque de macro-coherencia como el de *Wielockx*, habría que reconocer como justificación autónoma el riesgo de doble imputación de pérdidas, lo cual ha sido descartado por el TJUE[1161]. Por el contrario, el *overall approach* seguido por *Marks & Spencer* exige que la norma enjuiciada persiga un objetivo combinado: coherencia y neutralidad[1162]. Este enfoque combinado reformula el tradicional principio de coherencia para anudarlo al principio de neutralidad (en concreto el TJUE se refiere al riesgo de una "doble imputación de pérdidas").

Así, este enfoque combinado difícilmente puede suponer un verdadero enfoque de macro-coherencia, ya que la evitación de la doble imputación de pérdidas es un mero atributo inherente al objetivo de coherencia interna. No toda norma que persiga eliminar la doble no imposición persigue la coherencia interna del sistema fiscal (un ejemplo son las normas anti-híbridos), pero sí toda norma de coherencia interna persigue de manera accesoria eliminar la doble imputación de pérdidas, aunque sea de manera implícita o accidental[1163]. Sin embargo, el juicio de proporcionalidad realizado en *Marks & Spencer* no se centra en la esencia de la justificación (la coherencia), sino que recae sobre su atributo accesorio: la evitación de la doble imputación de pérdidas; de manera que el TJUE considera que la coherencia fiscal es una justificación válida únicamente en la medida en que no genere efectos que vayan más allá de la evitación de una doble imputación de pérdidas[1164].

---

[1161] Véase nota 1114.

[1162] Esta excepción del principio de coherencia es denominada en el ámbito académico como la "excepción *Marks & Spencer*". Véase Jiménez-Valladolid (2018).

[1163] El problema de este nuevo enfoque mixto es que se hace muy difícil, sino imposible, separar la finalidad de coherencia de la finalidad de evitar una doble imputación de pérdidas. Así, se nos antoja difícil imaginar una medida de no deducibilidad que busque únicamente la coherencia del sistema interno, pero que no busque implícitamente la eliminación de situaciones de doble no imposición. Así, el resultado de toda norma encaminada a la coherencia va a ser ineludiblemente la eliminación de cualquier riesgo de doble no imposición.

[1164] El reconocimiento de una justificación autónoma comprensiva de varios motivos o finalidades que deben concurrir *sine qua non*, como hace el TJUE en *Marks & Spencer*, exige que el juicio de proporcionalidad se realice con respecto a la propia justificación valorada en su conjunto y ponderando adecuadamente cada una de sus finalidades ínsitas, y no autónomamente con respecto a cada una de las

La lectura que hacemos de la "excepción *Marks & Spencer*" es que en realidad el TJUE se está valiendo de un principio de Derecho de la UE, la neutralidad, para derogar un principio de Derecho interno, la coherencia, y así armonizar en los Estados Miembros determinadas parcelas de los impuestos directos. El resultado es que el TJUE *de facto* está asumiendo el papel de legislador y asignando potestades tributarias entre los Estados Miembros. De tal manera que no es que el riesgo de doble imputación de pérdidas haya operado como un objetivo interno de un Estado Miembro para justificar una medida restrictiva, sino todo lo contrario: el TJUE se ha valido del principio de neutralidad para prohibir la *sobreimposición* (la deducción no se permite en ningún país) derivada de una operación transfronteriza.

Las posteriores sentencias relativas a la deducibilidad de pérdidas extranjeras han seguido reconociendo con carácter general el enfoque mixto de *Marks & Spencer*[1165], si bien han sido matizados determinadas cuestiones como el concepto de "pérdidas definitivas"[1166].

No obstante, nos encontramos con dos sentencias posteriores que aparentemente sí parecen reconocer la validez del principio de coherencia de manera incondicional, *Nordea Bank* y *Timac Agro.* Ambas lo hacen vía análisis de comparabilidad, que como ya hemos dicho, prescinde del análisis de proporcionalidad, de manera que el TJUE considera que un EP extranjero no se encuentra en una situación comparable a un EP

finalidades que comprenden la justificación. Sin embargo, el TJUE solo realiza el juicio de proporcionalidad con respecto a la finalidad de evitar la doble imputación de pérdidas, de manera que precisamente el TJUE pondera dicha finalidad como la más relevante de la medida enjuiciada y hace girar el juicio de proporcionalidad sobre ella, ignorando la principal finalidad de la norma: la coherencia. Con lo cual el resultado es que el principio de neutralidad actúa como límite de los potenciales efectos distorsivos de la coherencia.

[1165] STJUE de 15 de mayo de 2008, C-414/06 (*Lidl Belgium*). En este caso se analiza la tributación de una entidad alemana en relación a las pérdidas originadas en sus establecimientos permanentes extranjeros. La entidad alemana aplica un sistema territorial o de exención en relación con los beneficios de sus establecimientos permanentes extranjeros, sistema que determina que las pérdidas originadas en dichos establecimientos tampoco fueran deducibles. La solución dada por el TJUE es similar a la de *Marks & Spencer.* Más recientemente nos encontramos con la STJUE de 12 de junio de 2018, C-650/16 (*Bevola*). Véase Jiménez-Valladolid (2018), p. 269.

[1166] STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-388/14 (*Timac Agro*), párrs. 54-55; Véase nota 1160, STJUE de 23 de octubre de 2008, C-157/07 (*Krankenheim*).

doméstico cuando el país de residencia de la casa central no ejercita su potestad tributaria sobre los beneficios de dichos EPs extranjeros (método de exención)[1167].

No obstante, quizás *Timac Agro* no sea propiamente una derogación del enfoque seguido en *Marks & Spencer,* sino una desviación para aquellos casos en que la no deducibilidad de las pérdidas extranjeras por el Estado de residencia viene impuesta por un CDI[1168]. En este caso, y ante la ambigua argumentación de la sentencia, cabe preguntarse si la aceptación incondicional por el TJUE de la no deducibilidad de las pérdidas extranjeras (es decir, sin que quepa la "excepción *Marks & Spencer*") se debe llanamente a que el TJUE está justificando la discriminación, no en base al principio de coherencia, sino en base al principio de reciprocidad de los convenios, por lo que de ser cierta esta hipótesis el TJUE no se estaría apartando del enfoque de *Marks & Spencer*, sino aplicando otra justificación (la reciprocidad) en los casos en que la discriminación viene impuesta por un CDI[1169].

Como reflexión final, una medida discriminatoria justificada en base a objetivos de coherencia interna, tomen el nombre que tomen, se caracteriza por su tratamiento fiscal simétrico en una misma jurisdicción respecto de una ventaja fiscal con la que tiene un vinculo directo. Así, la no deducibilidad de pérdidas de fuente extranjera por un Estado Miembro está justificada por el TJUE en base al objetivo de preservar un *reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados Miembros* cuando el mismo Estado Miembro deja igualmente exentos los ingresos vinculados con dichas pérdidas.

Por el contrario, las normas anti-híbridos tendentes a combatir los resultados de deducciones dobles son medidas compensatorias que buscan neutralizar una ventaja fiscal en otro país, de manera que en el propio Estado Miembro que aplica la *linking rule*

[1167] SSTJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24, y de 17 de diciembre de 2015, C-388/14 (*Timac Agro*), párrs. 64-65.
[1168] STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-388/14 (*Timac Agro*), párrs. 8 y 16. Véase Jiménez-Valladolid (2018), p. 266; Den Toom y Van den Broek (2018), p. 71.
[1169] Esta postura tiene encaje en la discutible jurisprudencia que se deriva de *Class IV ACT,* que enjuicia la legalidad de una cláusula LOB de un CDI en base al principio de reciprocidad de los tratados. Véase nota 1127 y texto que la acompaña. Así, compartimos el resultado alcanzado en *Timac Agro*, pero no los fundamentos utilizados por el Tribunal.

queda desalineado el tratamiento fiscal de los ingresos y los gastos: la *linking rule* deniega la deducibilidad en un Estado Miembro de los gastos realizados por una entidad híbrida, mientras que por el contrario dicho Estado Miembro sí grava los ingresos de la entidad híbrida.

Así, tal y como se desprende de *Nordea Bank*[1170], la norma anti-híbridos aplicada por la jurisdicción del inversor (regla primaria) no podría justificarse en base a objetivos de preservación de un *reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros,* ya que los beneficios de la entidad híbrida sí son imputados fiscalmente a los inversores en su jurisdicción de residencia. Y por tanto no hay un trato simétrico entre gastos e ingresos que justifique la no deducibilidad.

Igualmente, cuando la norma anti-híbridos es aplicada por la jurisdicción de la entidad híbrida (regla secundaria) los objetivos de coherencia tampoco podrían justificar la aplicación de la norma anti-híbridos ya que los beneficios de la entidad híbrida se imputan fiscalmente a dicha entidad en su jurisdicción y por lo tanto no existe un trato simétrico entre ingresos y gastos que pudiera justificar tal medida[1171].

### 2.6. Conclusión

#### 2.6.1. La validez de las normas anti-híbridos desde la perspectiva monolítica de las libertades fundamentales

[1170] STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.

[1171] Haciendo una lectura analógica de la STJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95 (*Futura Participations*), párrs. 20-22, los gastos territorializados (que guarden una relación económica con los ingresos de la entidad) en la jurisdicción de la entidad híbrida deben ser deducibles en las mismas condiciones que si la entidad híbrida tuviera accionariado puramente doméstico. Si la regla secundaria se aplicase, en vez de a una entidad híbrida, a un EP (por generar una deducción doble en la jurisdicción del EP y en la jurisdicción de la casa central), entonces la respuesta es la misma ya que un EP de titularidad extranjera se encuentra en una situación comparable a la de una sociedad residente y por tanto, en la medida en que su jurisdicción de establecimiento le impute fiscalmente los beneficios de este, deberá también admitir la deducción de sus gastos; véase al respecto la SSTJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97 (*Saint-Gobain*), párrs. 48-49, y de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 23-27.

Se ha afirmado que, si el TJUE ha aceptado la doble imposición internacional como una consecuencia inherente al ejercicio paralelo de la soberanía tributaria de los Estados Miembros ante una falta de armonización comunitaria, entonces el TJUE debe igualmente aceptar la doble no imposición[1172].

Esta afirmación es parcialmente correcta. La doble no imposición bilateral deriva igualmente del ejercicio paralelo de potestades tributarias sobre una renta transfronteriza. Si un país decidiera revertir este resultado atribuyéndose la potestad tributaria bajo el propósito de asegurar una neutralidad transfronteriza, estaríamos negando la libertad de circulación de los contribuyentes para aprovechar legítimamente las ventajas fiscales que ofrece otro Estado Miembro.

Es verdad que ambas, la doble imposición y la doble no imposición, socavan los objetivos básicos de las libertades fundamentales y en mayor medida de la UE: asegurar un marco jurídico de libre competencia entre las empresas y que puedan competir entre ellas sin barreras de ningún tipo. En este sentido, al igual que la doble imposición supone un freno a las inversiones transfronterizas, la doble no imposición supone una barrera para las pequeñas empresas en beneficio de las grandes multinacionales que operan en un ámbito transfronterizo. No obstante, el cumplimiento de este objetivo, eliminar la doble imposición y la doble no imposición, implica tener que realizar un ejercicio de asignación de potestades tributarias, ejercicio que no puede recaer en las manos de un órgano jurisdiccional, sino de uno legislativo.

Por ello, si un Estado Miembro aplicase unilateralmente una medida anti-híbridos y el TJUE legitimase dicha medida alegando su compatibilidad con los principios y objetivos de la UE, sería tanto como aceptar la autoatribución de la potestad tributaria por dicho Estado Miembro en perjuicio de los demás Estados Miembros, quienes no han ejercido su legítimo derecho a gravar esa renta precisamente por no entrar en una suerte de batalla recaudatoria con efectos aún más perversos. Así, si dos Estados Miembros

[1172] Bundgaard (2013c), p. 593.

aplicasen concurrentemente una medida anti-híbridos el resultado sería una doble imposición.

Pero decimos que aquella afirmación es parcialmente correcta porque precisamente las normas anti-híbridos han sido aprobadas mediante una directiva europea, la ATAD. La voluntad de todos los Estados Miembros de eliminar la doble no imposición a través de una norma comunitaria implica una aceptación consensuada, que traslada la cuestión a un marco de reciprocidad y macro-coherencia. Por ello, aunque la neutralidad transfronteriza no sea un objetivo que permita justificar por sí misma una medida discriminatoria de carácter unilateral, en este caso la neutralidad se traslada a un contexto de reciprocidad en el que sí tiene cabida. Así, todos los Estados Miembros aceptan este reparto en el ejercicio de potestades tributarias, reparto que además se hace de manera coordinada para evitar distorsiones en forma de doble imposición.

No obstante, no creemos que este enfoque pueda ser aplicable a las asimetrías híbridas producidas entre Estados Miembros con terceros Estados. En estos casos pensamos que, en la medida en que las normas anti-híbridos pudieran afectar a la libre circulación de capitales, una restricción de tal libertad difícilmente puede quedar justificada por razones de neutralidad.

### 2.6.2. La validez de las normas anti-híbridos desde la perspectiva integral del Derecho primario de la UE

Como hemos dicho repetidamente a lo largo de este capítulo, el artículo 115 del TFUE otorga competencia a la Unión para armonizar la legislación fiscal de los Estados Miembros al objeto de eliminar las distorsiones que puedan afectar negativamente al funcionamiento del mercado común. En este caso, las normas anti-híbridos tienen por objeto eliminar unas ventajas fiscales injustificadas (que, voluntarias o no, son poco transparentes) de que disfrutan las empresas transfronterizas o aquellas con gran cantidad de recursos para realizar una planificación fiscal basada en las diferencias

legislativas de los Estados Miembros, al objeto de instaurar un marco de competencia igualitaria entre las empresas que operen en el mercado común.

Teniendo esto en mente, parece difícil poder argumentar que el Derecho primario otorgue competencia armonizadora a la Unión sobre medidas fiscales que promuevan el adecuado funcionamiento del mercado interno, y a la vez defender que el propio Derecho primario considere la esencia de tales medidas restrictiva de las libertades de circulación y establecimiento.

Por ello, una visión integradora del Derecho primario de la UE debería llevarnos a la conclusión de que todas las medidas anti-híbridos (incluidas las que se aplican a las asimetrías entre un Estado Miembro y un país tercero), y en la medida en que no sean desproporcionadas ni generadoras de mayores distorsiones (como la doble imposición), deberían ser plenamente legales a la luz del Derecho primario. Así, no tendría sentido que lo que concede el Derecho primario por un lado (la competencia para armonizar medidas tendentes a mejorar el marco de competencia igualitario del mercado interno, eliminando barreras en forma de ventajas competitivas) lo quite por el otro (vía aplicación de la prohibición de restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales). Y más cuando el régimen legal de las libertades fundamentales pivota sobre la persona (física o jurídica), en el sentido de que la discriminación se predica respecto de una entidad[1173]. Esto implica que el principio de no discriminación no admite aquellas medidas compensatorias o de neutralidad que sean discriminatorias desde el punto de vista hotizontal o de la *entidad* (punto de vista jurídico), aunque no lo sean desde un punto de vista vertical o económico.

Por ello, la naturaleza consustancialmente jurídica del principio de no discriminación debe encontrar un punto de encuentro con el verdadero espíritu que subyace a los objetivos del mercado interno, y así evitar que el principio de no discriminación se

[1173] Véase *Cadbury Schweppes* (STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04), párr. 45. Véanse también notas 1074 y 1139. La propia naturaleza del enfoque "entidad por entidad" (el sujeto de discriminación es el contribuyente y no varios contribuyentes en un cómputo conjunto) impide connaturalmente que las medidas compensatorias aplicadas en un contexto bilateral o conjunto (que incluya a varios contribuyentes) puedan quedar justificadas en base a su naturaleza compensatoria.

oponga a normas legítimamente tomadas por las instituciones de la Unión en el ámbito de su competencia, lo que nos alejaría del verdadero propósito y espíritu del Derecho primario de la UE, interpretado en su conjunto.

No obstante, no debemos pasar por alto que las reglas anti-híbridos no deberían quedar fuera de toda sospecha cuando sean aplicadas sobre un contribuyente que no se haya beneficiado, ni directa ni indirectamente, de dicha asimetría híbrida. Tal sería el caso de la aplicación de la regla anti-híbridos a un contribuyente que realiza un pago a valor de mercado (es decir, sin incorporar el en el importe el beneficio fiscal de la asimetría) a una entidad híbrida inversa (o un EP híbrido) con la que no tuviera vinculación (ni con los socios de esta). En estos casos, la intervención legislativa de la Unión podría no estar legitimada por exceder de los objetivos esenciales de la ATAD, lo que a su vez redundaría en que no habría motivo que pudiera justificar una restricción de las libertades fundamentales[1174].

[1174] Véase al respecto el Capítulo III, sección 4.4.3.1.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: La doble no imposición es un fenómeno que ha generado una gran repercusión en los últimos años dentro del contexto de la planificación fiscal agresiva. No obstante, la doble no imposición no es un fenómeno nuevo. Acuñado por oposición a la doble imposición internacional, este término tuvo sus orígenes en el contexto de aplicación de los CDIs para referir, desde el punto de vista de un mismo contribuyente, a cualquier renta que no fuera gravada ni en el Estado de residencia ni en el Estado de fuente.

Fruto de la gran atención que ha suscitado la planificación fiscal agresiva en los últimos años, en la actualidad la doble no imposición es un concepto más amplio que identifica a todas aquellas situaciones de ausencia total de tributación, no solo desde la perspectiva de un único contribuyente, sino también desde la perspectiva global de un grupo de empresas o partes actuando concertadamente en una transacción transfronteriza para reducir su factura fiscal.

SEGUNDA: Tradicionalmente, la doble no imposición ha sido dividida en voluntaria y e involuntaria. La doble no imposición voluntaria se ha definido como aquella derivada de la concesión de beneficios fiscales "activos". Por el contrario, la doble no imposición no intencionada, de la cual las asimetrías híbridas son el mayor exponente, se caracteriza porque el beneficio fiscal obtenido por el contribuyente es una consecuencia indeseable no prevista por el legislador nacional. Como hemos puesto de relieve a lo largo del trabajo, esta tradicional distinción debe ser superada ya que los Estados no necesariamente tienen por qué considerar dichos resultados de doble no imposición como no deseados en la medida en que los asuman como consecuencias inherentes a la interacción de los diversos sistemas fiscales nacionales y justificadas en aras de fomentar la inversión transfronteriza y mantener la competitividad internacional.

El Proyecto BEPS ha supuesto una suerte de *codificación* internacional de las técnicas de planificación fiscal agresiva y de las normas recomendadas para hacerlas frente. En particular, tal proyecto ha brindado a los Estados que deseen combatir las asimetrías

híbridas unas normas eficaces y elaboradas en atención a criterios de coordinación con el objeto de que de su aplicación no se deriven distorsiones mayores que las que pretenden evitar.

TERCERA: Las asimetrías híbridas son el paradigma de lo que hemos dado en llamar la "doble no imposición de carácter bilateral". Este fenómeno se caracteriza por la existencia de un beneficio fiscal que no puede ser atribuido de manera unívoca a un Estado en concreto, sino que surge de la interacción de las normas de dos sistemas fiscales nacionales. Por ello, la doble no imposición no puede ser combatida sin una adecuada coordinación entre los países involucrados, ya que exige atribuir una potestad tributaria a uno de ellos. Así, al contrario que en los fenómenos puros de elusión fiscal (donde es más sencillo identificar el país perjudicado por la erosión de su base imponible), en las asimetrías híbridas no necesariamente hay abuso o elusión, ya que la causa de las asimetrías híbridas es la interacción de dos (o más) sistemas fiscales nacionales cuyas normas difieren entre sí.

CUARTA: La doble no imposición de carácter bilateral y, en particular, las asimetrías híbridas constituyen un fenómeno que se define por su resultado (la ausencia de imposición) y no por el comportamiento del contribuyente. Desde la perspectiva del Derecho interno, tal circunstancia hace que no sea posible combatir las asimetrías híbridas desde las normas generales anti-abuso.

Desde el Derecho internacional tampoco hay mecanismos efectivos para combatir la doble no imposición. Y mucho menos desde un pretendido Derecho internacional de carácter general que virtualmente prohíba la doble no imposición. Así, hemos puesto de relieve cómo, aunque exista un régimen fiscal internacional con unos principios más o menos homogéneos, no existe un Derecho internacional general en materia fiscal que pueda oponerse a la soberanía fiscal de los Estados.

Si bien, en el ámbito de la Unión Europea, el régimen de ayudas de Estado prohibidas ofrece soluciones eficaces para combatir las situaciones de desimposición unilateral provocadas por un Estado Miembro, dicho régimen ha resultado ser ineficaz frente a los

casos de doble no imposición bilateral en la medida en que hay un beneficio fiscal que no es imputable a un Estado en particular.

De la misma manera, los CDIs tampoco son un instrumento eficaz contra la doble no imposición. En primer lugar, porque los CDIs no imponen el ejercicio de potestades tributarias. Los CDIs solo asignan potestades tributarias, siendo libres los Estados contratantes para ejercer o no dichas potestades. Además, en muchos casos los propios CDIs facilitan la doble no imposición en la medida en que limitan incondicionalmente la potestad de uno de los Estados contratantes, sin vincular tal limitación a la existencia de tributación efectiva en el Estado contratante al que se le atribuye la potestad tributaria principal. Incluso, en determinados supuestos, los propios CDIs pueden llegar a provocar situaciones de doble no imposición en aquellos casos en que los dos Estados contratantes apliquen el CDI de manera descoordinada como resultado de una interpretación divergente de sus disposiciones.

QUINTA: Pese a que las normas anti-híbridos se recogen en los sistemas fiscales de los Estados miembros desde hace años, solo recientemente se ha producido una reacción coordinada de los Estados con el fin de atajar las situaciones de doble no imposición. La primera actuación plurinacional en este ámbito la constituye la Acción 2 del Proyecto BEPS. Posteriormente, a través de la Directiva Anti-Elusión Fiscal, se ha diseñado una batería de normas anti-híbridos de carácter bastante exhaustivo y de cierta complejidad para cubrir los supuestos de asimetrías híbridas más habituales. Complejidad ciertamente necesaria para, en ausencia de una norma armonizadora que regule una base imponible común a nivel internacional, dar la mayor seguridad jurídica posible al contribuyente.

La normativa anti-híbridos revierte “beneficios” fiscales de carácter técnico, como son las deducciones de gastos o las exenciones sobre dividendos, orientadas a la neutralidad y al pleno y adecuado funcionamiento del principio de capacidad económica. Por lo que la denegación, a través de la aplicación de las normas anti-híbridos, de este tipo de “beneficios” debe ser lo más completa posible al objeto de preservar el principio de legalidad y la seguridad jurídica del contribuyente.

Además, y en la medida en que la norma anti-híbridos es susceptible de afectar a los principios de justicia tributaria, dicha norma debe ser garantista tanto al objeto de evitar su aplicación en casos donde el contribuyente no obtiene un verdadero beneficio fiscal, como al objeto de evitar una aplicación desproporcionada de la misma en casos donde realmente no hay doble no imposición efectiva (pudiendo provocar que el contribuyente soporte una sobreimposición fruto de la aplicación de la norma anti-híbridos).

SEXTA: La ATAD supone prácticamente la primera norma de la Unión Europea que impone la obligación de ejercer su potestad tributaria a los Estados Miembros en el ámbito de los impuestos directos. Esta circunstancia ha levantado ciertos recelos sobre la competencia de la Unión y el principio de subsidiariedad.

Como hemos defendido a lo largo del presente trabajo, uno de los objetivos de la Unión Europea es remover los obstáculos existentes en los Estados Miembros que dificultan la libre competencia y así asegurar un marco de competencia empresarial igualitario. La legalidad de muchas de las técnicas de planificación fiscal agresiva, y en particular de la explotación de los instrumentos híbridos, supone una ventaja *de facto* para aquellas multinacionales que cuentan con grandes recursos para ejecutar este tipo de técnicas. Ventaja que supone un perjuicio para las medianas y pequeñas empresas que operan internamente, las cuales, por no poder acceder a estas técnicas de planificación fiscal, soportan tipos impositivos efectivos más elevados que los que soportan aquellas. Razón por la cual creemos que la Unión Europea cuenta con competencia para promover planes de acción, como la ATAD, en favor de una fiscalidad justa. En este sentido, creemos que la adopción de la ATAD está amparada por el principio de subsidiariedad en la medida en que precisamente es la competencia fiscal entre los Estados Miembros la que provoca el fenómeno de la doble no imposición.

En concreto, el Derecho primario de la Unión Europea se ha mostrado ineficaz en la lucha contra la doble no imposición. Así, el régimen de Ayudas de Estado prohibidas no es un instrumento eficaz para combatir la explotación de los instrumentos híbridos. Aunque las asimetrías híbridas suponen un verdadero beneficio fiscal para los

contribuyentes que son parte en ellas, tales beneficios derivan de la interacción de dos sistemas fiscales. Por lo que no existe en puridad una ventaja selectiva imputable a un Estado Miembro.

Por ello, solo desde el Derecho secundario de la Unión Europea, asignando potestades tributarias de manera coordinada, pueden ser combatidas las asimetrías híbridas de una manera eficaz.

Además, dejar al arbitrio de cada Estado Miembro establecer o no normas anti-híbridos y el alcance de las mismas, tendría efectos negativos. En primer lugar, porque no todos los Estados Miembros tienen por qué estar interesados en implementar las normas anti-híbridos unilateralmente. Por lo que si alguno de los Estados Miembros no establece dichas normas, puede canalizar las inversiones extracomunitarias a través de dicho país en perjuicio del resto de Estados Miembros que sí hubiesen implementado dichas medidas.

En segundo lugar, dejar al arbitrio de cada Estado Miembro fijar el alcance de las normas anti-híbridos podría generar distorsiones mayores que las que se pretenden evitar. Concretamente, una implementación descoordinada de este tipo de normas podría llevar a que dos Estados Miembros aplicasen concurrentemente, sobre una misma asimetría híbrida, su correspondiente regla anti-híbridos, con potenciales resultados de doble imposición.

SÉPTIMA: Las normas anti-híbridos establecidas en la ATAD siguen en lo esencial la misma estructura de las normas anti-híbridos de la Acción 2 del Proyecto BEPS y tienen un alcance muy similar. Es tal la semejanza que en el propio Preámbulo de la ATAD II (la directiva que en 2017 modificó la ATAD, estableciendo la regulación actual de las normas anti-híbridos) se establece un reenvío inédito, para colmar los problemas interpretativos que pudieran surgir, a las explicaciones y ejemplos del informe de la Acción 2 del Proyecto BEPS, de tal manera que “los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y los ejemplos aplicables al informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS

de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión".

Las normas anti-híbridos establecidas en la ATAD son fruto de un enorme esfuerzo técnico para colmar estos anhelos de garantismo y seguridad jurídica hacia el contribuyente. No obstante, hay determinados supuestos en los que la aplicación de las normas anti-híbridos de la ATAD sí podría adolecer de cierta desproporción, bien por ser aplicable a supuestos en los que el contribuyente no obtiene realmente un beneficio fiscal, bien porque la asimetría híbrida se solapa con otro beneficio fiscal deliberado.

En concreto, las normas anti-híbridos solo se aplican a las asimetrías híbridas en las que exista un determinado grado de vinculación entre las partes o sean producto de un mecanismo estructurado. Por ejemplo, la norma anti-híbridos aplicable a los instrumentos financieros híbridos solo exige una vinculación mínima del 25%, de manera que dicha norma podría ser aplicable a determinados supuestos en los que el contribuyente no obtuviese un beneficio de la asimetría-híbrida. Lo mismo pasa con los mecanismos estructurados, en los que basta que el contribuyente "pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida", sin que fuere necesario que se hubiera beneficiado de esta.

Otro de los supuestos que hemos identificado como desproporcionados es el hecho de que las normas anti-híbridos que combaten las asimetrías híbridas derivadas de la explotación de instrumentos financieros híbridos sean aplicables incluso cuando la asimetría híbrida se solapa con la existencia de un beneficio fiscal "activo" o deliberado existente en el país de la contraparte en la asimetría. De tal manera que la aplicación de la regla anti-híbridos en tales situaciones revertiría tal beneficio fiscal deliberado, consecuencia desproporcionada a nuestro juicio.

OCTAVA: En relación a la interacción de las normas anti-híbridos con los CDIs, es preciso destacar dos cuestiones relevantes. En primer lugar, la aplicación por un Estado de determinadas normas anti-híbridos que requieran denegar una exención sobre una

renta será incompatible con la obligación que pudiera establecer un CDI sobre dicho Estado de eximir o no gravar dicha renta.

No obstante, en el ámbito de los Estados Miembros, el principio de primacía del Derecho de la UE obliga a los Estados Miembros a aplicar las reglas anti-híbridos derivadas de la ATAD con preferencia sobre las obligaciones que pudieran derivarse de los CDIs. Sin embargo, no hay que pasar por alto la excepción a este respecto que establece el artículo 351 del TFUE en relación a los CDIs suscritos por los Estados Miembros con países terceros con anterioridad a la adhesión de aquellos a la UE/CEE.

En segundo lugar, en relación con el principio de no discriminación establecido en el artículo 24 del MC OCDE, no creemos que las normas anti-híbridos puedan ser contrarias a dicho principio. Como hemos demostrado, se trata en todo caso de discriminaciones indirectas, que en ningún caso quedan cubiertas por el alcance de la protección de dicho artículo 24.

NOVENA: El hecho de que, en el contexto de la Unión Europea, las normas anti-híbridos sean fruto de la transposición de una directiva europea, la ATAD, no exime de la necesidad de que dichas normas sean debidamente sometidas a un control de legalidad a la luz de las libertades fundamentales del TFUE. Habida cuenta de que *de facto* estas normas (aunque en teoría estén redactadas de tal forma que son aplicables también en situaciones internas) únicamente son aplicables a situaciones transfronterizas, no es ocioso afirmar que constituyen restricciones en el ejercicio de las libertades de la UE.

Una de las características de las normas anti-híbridos es su aplicación automática, bastando para su aplicación que la asimetría híbrida se dé entre partes vinculadas o sea resultado de un mecanismo estructurado, y ello con independencia de que exista o no un montaje puramente artificial. Esta circunstancia excluye la posibilidad de que tales restricciones puedan quedar justificadas por una pretendida finalidad de evitar el fraude, ya que la finalidad de la norma anti-híbridos no es evitar el abuso, sino combatir el resultado de doble no imposición con independencia de que exista o no abuso por el contribuyente. Igualmente, las normas anti-híbridos tampoco pueden quedar

justificadas por razones de coherencia interna ya que estas normas en ningún modo buscan establecer un adecuado equilibrio en la tributación interna de ingresos y gastos, sino que su finalidad es la de compensar la baja fiscalidad de otra jurisdicción.

Además, el TJUE tampoco ha venido reconociendo como justificaciones autónomas válidas aquellas relacionadas con los objetivos de neutralidad propios de las normas anti-híbridos, tales como evitar la doble imputación de pérdidas o compensar la tributación reducida de otro Estado.

No obstante, como propuesta interpretativa consideramos que la aplicación de las normas anti-híbridos está justificada ya que, en la medida en que existe una reciprocidad supranacional unánimemente acordada mediante una directiva, la coherencia interna del sistema fiscal como justificación se desplaza a la esfera supranacional (macro-coherencia). No obstante, esta justificación solo debería poder valer con respecto a las normas anti-híbridos aplicables en las asimetrías híbridas entre Estados Miembros.

Por otra parte, en la medida en que las normas anti-híbridos han sido aprobadas mediante una directiva de la UE y con el objetivo de asegurar objetivos fundamentales del TFUE, como es la libre competencia, dicho objetivo debería gozar de validez a la hora de servir como justificación de las restricciones a las libertades fundamentales que se pudieran derivar de la aplicación de dichas normas, tal y como el propio TJUE ha mantenido en determinadas ocasiones. Tal postura permitiría superar los rigores y formalismos de que adolece el principio de no discriminación del TFUE que, en ocasiones, supone un freno al aseguramiento del principio de igualdad vertical en la UE.

DÉCIMA: En España, a través de varios y relevantes casos relativos a la utilización de instrumentos financieros híbridos, la jurisprudencia evidenció la necesidad de implementar este tipo de normas para combatir las asimetrías híbridas. Así, con la aprobación de la actual LIS de 2014 se incorporaron las primeras normas anti-híbridos. No obstante, la sencillez de dichas normas y la posterior aprobación de la ATAD en 2016 (modificada en 2017) requirieron que España implementase los estándares mínimos de dicha Directiva en materia de asimetrías híbridas.

Así, recientemente, el legislador español ha aprobado el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, en el que se transponen las normas anti-híbridos establecidas en la ATAD. En su transposición creemos que, en ciertos aspectos, la nueva norma española ha ido más allá de los estándares mínimos establecidos en la ATAD, pudiendo ser aplicable en determinados casos en los que no hay doble no imposición efectiva. Esta circunstancia podría suponer una contravención de las libertades fundamentales de la UE en la medida en la que una implementación extensiva de la ATAD no quedaría cubierta por las justificaciones que hemos defendido como válidas para los estándares mínimos establecidos en la ATAD.

# BIBLIOGRAFÍA


Aigner, H.-J., Scheuerle, U., & Stefaner, M. (2004). General Report. En M. Lang, H.-J. Aigner, U. Scheuerle, & M. Stefaner (Eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, EUCOTAX Series on European Taxation (pp. 13-52). Kluwer Law International.

Almudí Cid, J. M. (2004). National Report Spain. En M. Lang, H.-J. Aigner, U. Scheuerle, & M. Stefaner (Eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, EUCOTAX Series on European Taxation (pp. 559-580). Kluwer Law International.

Almudí Cid, J. M. (2020). Controlled Foreign Company Legislation in Spain. En G. Kofler, R. Krever, M. Lang, J. Owens, P. Pistone, & A. Rust (Eds.), *Controlled Foreign Company Legislation* (pp. 695-726). IBFD.

Almudí Cid, J. M., Ruibal Pereira, L. M., & Serrano Antón, F. (2004). Spanish Branch Report. *Double Non-Taxation*, Cahiers de droit fiscal international (Vol. 89a, pp. 633-653). International Fiscal Association.

American Law Institute. (1992). *International Aspects of US Income Taxation II (Proposals on US Income Tax Treaties)*. American Law Institute.

Arora, J., Sheppard, L. A., & Madara, M. R. (2013). Does Revised OECD Intangibles Guidance Signal a Shift? *Tax Notes*.

Ault, Hugh. J. (2013). Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles. *Tax Notes International*, *70*, 1195-1201.

Avery Jones, J. F. (2012). Avoiding Double Taxation: Credit versus Exemption—The Origins. *Bulletin for International Taxation*, *66*, 67-76.

Avery Jones, J. F., De Broe, L., Van de Wiele, M., Ellis, M. J., Van Raad, K., Fontaneau, P., & Fontaneau, P.-M. (1996). Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization. *European Taxation*, *36*, 118-146.

Avi-Yonah, R. S. (1996). The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification. *Texas Law Review*, *74*, 1301-1359.

Avi-Yonah, R. S. (1997). International Taxation of Electronic Commerce. *Tax Law Review*, *52*, 507-556.

Avi-Yonah, R. S. (2004). International Tax as International Law. *Tax Law Review*, *57*, 483-502.

Avi-Yonah, R. S. (2005). All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation. *Virginia Tax Review*, *25*, 313-338.

Avi-Yonah, R. S. (2007). *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*. New York: Cambridge University Press.

Avi-Yonah, R. S. (2015). Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of U.S. Treaty Policy. *New York Law School Law Review*, *59*, 309-319.

Avi-Yonah, R. S. (2016a). Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS, and the New US Model. *Global Taxation*, *1*, 12-22.

Avi-Yonah, R. S. (2016b). The International Tax Regime: A Centennial Reconsideration. *Global Taxation*, *1*, 27-30.

Avi-Yonah, R. S. (2000a). Commentary (Response to article by H. David Rosenbloom). *Tax Law Review*, *53*, 167-175.

Avi-Yonah, R. S. (2000b). Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*, *113*, 1573-1676.

Avi-Yonah, R. S., & Mazzoni, G. (2018). BEPS, ATAP, and the New Tax Dialogue: ¿A Transatlantic Competition? *Intertax*, *46*, 885-904.

Avi-Yonah, R. S., & Xu, H. (2016). Evaluating BEPS: A Reconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight. *Harvard Business Law Review*, *6*, 185-238.

Baena Aguilar, Á. (1994). *La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Pamplona: Aranzadi.

Baete, R. (2020). The Tax Treatment of Hybrid Entities under Primary EU Law and CJEU Jurisprudence. En S. Govind & J.-P. Van West (Eds.), *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*, Series on International Tax Law (pp. 509-530).

Báez Moreno, A. (2009). *Los Negocios Fiduciarios en la Imposición sobre la Renta*. Aranzadi.

Bago Oria, B. (2010). Dos Visiones de la Causa Jurídica: El Derecho Fiscal y el Derecho Privado. *Anuario de Derecho Civil*, *63*, 1285-1319.

Bammens, N. (2012). *The Principle of Non-discrimination in International and European Tax Law*. Doctoral Series (Vol. 24). Amsterdam: IBFD.

Barreiro Carril, M. C. (2016). La Tributación de los Dividendos Intersocietarios Transnacionales en el Ordenamiento Jurídico Español en la Era Post-BEPS. En C. García-Herrera Blanco (Ed.), (Vol. 15/2016, pp. 11-19). Presentado en IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario, Madrid: IEF.

Bärsch, S.-E., & Spengel, C. (2013). Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice. *Bulletin for International Taxation*, *67*, 520-528.

Berliri, A. (1964). *Principios de Derecho Tributario, vol. I*. Editorial de Derecho Financiero.

Bizioli, G. (2009). Comparative Analysis of the Causes of Double (Non-)Taxation in the Income and VAT/GST Contexts. En M. Lang, P. Melz, & E. Kristoffersson (Eds.), *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences* (pp. 383-408). Amsterdam: IBFD.

Blasco Castiñeyra, M., & Cruz Amorós, M. (2000). Spanish Branch Report. *Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-border Transactions*, Cahiers de droit fiscal international (Vol. 85a, pp. 581-594). International Fiscal Association.

Boulogne, F., & Slavnic, N. S. (2012). Cross-Border Restructuring and "Final Losses". *European Taxation*, *52*, 486-495.

Brabazon, M. (2018). BEPS Action 2: Trusts as Hybrid Entities. *British Tax Review*, 211-242.

Bracewell Milnes, B. (2001). Economic Taxable Capacity. *Intertax*, *29*, 114-114.

Bracewell Milnes, B. (2003). Is Tax Avoidance Harmful? *Intertax*, *31*, 96.

Brauner, Y. (2003). An International Tax Regime in Crystallization. *Tax Law Review*, *56*, 259-328.

Brauner, Y. (2005). Integration in an Integrating World. *N.Y.U. Journal of Law and Business*, *2*, 51-90.

Brauner, Y. (2014). What the BEPS. *Florida Tax Review*, *16*, 55-115.

Bühler, O. (1968). *Principios de Derecho Internacional Tributario* (Versión castellana de Fernando Cervera Torrejón.). Madrid: Editorial de Derecho Financiero.

Bundgaard, J. (2017b). Convertible Debt Instruments in International Tax Law – Part 1. *European Taxation*, *57*, 137-144.

Bundgaard, J. (2017c). Convertible Debt Instruments in International Tax Law – Part 2. *European Taxation*, *57*, 208-216.

Bundgaard, J. (2013a). Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross Border Tax Arbitrage –The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments. *Bulletin for International Taxation*, *67*, 200-204.

Bundgaard, J. (2013b). Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 1. *European Taxation*, *53*, 539-554.

Bundgaard, J. (2013c). Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 2. *European Taxation*, *53*, 587-594.

Bundgaard, J. (2017a). *Hybrid Financial Instruments in International Tax Law*. Kluwer Law International.

Bundgaard, J., & Koerver Schmidt, P. (2010). Denmark. *Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-avoidance Provisions*, Cahiers de droit fiscal international (Vol. 95a, pp. 261-279). International Fiscal Association.

Bünning, M. (2003). Germany: Use of Partnership and other Hybrid Instruments in Cross-Border Transactions. *Intertax*, *31*, 401-409.

Caamaño Anido, M. Á., & Calderón Carrero, J. M. (2002). Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un Nuevo Derecho Tributario? *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, *6*, 179-209.

Calderón Carrero, J. M. (1996). *La Doble Imposición Internacional en los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y las Medidas y Métodos para su Eliminación*. Universidad de La Coruña, La Coruña.

Calderón Carrero, J. M. (2008). Beneficios Empresariales (y de Navegación). En N. Carmona Fernández (Ed.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (Primera., pp. 123-188). CISS.

Calderón Carrero, J. M. (2010). La Globalización Económica y sus Implicaciones para el Derecho Financiero y Tributario (pp. 175-202). Presentado en VII Congreso de Academis Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Calderón Carrero, J. M. (2012b). A Vueltas con las Reglas Interpretación y Calificación de los Convenios de Doble Imposición al Hilo de una Resolución del TEAC sobre Híbridos Financieros: La Reciente Reacción de la OCDE frente al Arbitraje Fiscal Internacional. *Quincena Fiscal*, *12/2012*.

Calderón Carrero, J. M. (2012a). La Globalización Económica y su Incidencia sobre el Derecho Financiero y Tributario: ¿Implicaciones sobre la Protección de los Bienes Jurídicos Globales? *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, *16*, 337-366.

Calderón Carrero, J. M., & Báez Moreno, A. (2009). The Columbus Container Services ECJ Case and Its Consequences: A Lost Opportunity to Shed Light on the Scope of the Non-discrimination Principle. *Intertax*, *37*, 212-222.

Carmona Fernández, N. (2008). Ámbito de Aplicación de los Convenios de Doble Imposición. En N. Carmona Fernández (Ed.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea (actualizado a 2008)* (pp. 73-110). CISS.

Castro Arango, J. M. (2012). Los Conflictos de Calificación en los CDI: Comentarios sobre el Approach de la OCDE. *Instituto de Estudios Fiscales*, (Doc. nº 15/2012).

Castro Arango, J. M. (2014). *El Concepto de Dividendo en los Convenios de Doble Imposición*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe.

Christians, A. (2007). Hard Law, Soft Law, and International Taxation. *Wisconsin International Law Journal*, *25*, 325-333.

Clausing, K. A. (2009). Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy. *National Tax Journal*, *62*, 703-725.

Clausing, K. A. (2013). Who Pays the Corporate Tax in a Global Economy? *National Tax Journal*, *66*, 151-184.

Comisión Europea. (2015). *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, Final Report* ( No. Working Paper n. 61). Taxation Papers. Comisión Europea.

Comisión Europea. (2017). *Aggressive Tax Planning Indicators, Final Report* ( No. Working Paper n. 71). Taxation Papers. Comisión Europea.

Cordewener, A., Kofler, G., & Schindler, C. P. (2007). Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with Lasertec, A and B and Holböck. *European Taxation*, *47*, 371-376.

Cordewener, A., Kofler, G., & Van Thiel, S. (2009). The Clash Between European Freedoms and National Direct Tax Law: Public Interest Defences Available to the Member States. *Common Market Law Review*, *46*, 1951-2000.

Dagan, T. (1998). National Interests in the International Tax Game. *Virginia Tax Review*, *18*, 363-416.

Dagan, T. (2000). The Tax Treaties Myth. *Journal of International Law and Politics*, *32*, 939-996.

Dahlberg, M. (2005). *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*. EUCOTAX Series on European Taxation. Kluwer Law International.

Danon, R. (2014). Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection. *Bulletin for International Taxation*, *68*, 192-201.

De Boer, R., & Marres, O. (2015). BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements. *Intertax*, *43*, 14-41.

De Broe, L. (2008). *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Doctoral Series (Vol. 14). Amsterdam: IBFD.

De Broe, L. (2014). At Last, Some Output on the Fight against Double Non-taxation. *EC Tax Review*, *23*, 310-312.

De Broe, L. (2015). The State Aid Review against Aggressive Tax Planning: 'Always Look a Gift Horse in the Mouth'. *EC Tax Review*, *24*, 290-293.

De Graaf, A., & Visser, K.-J. (2016). ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects. *EC Tax Review*, *25*, 199-210.

De Groot, I. (2016). The Switch-Over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms. *EC Tax Review*, *25*, 162-169.

De Lillo, F. (2017). *In Search of Single Taxation: The Twilight of an Idol?* University of Amasterdam-IBFD.

Debelva, F., Scornos, D., Van den Berghen, J., & Van Braband, P. (2015). LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? *EC Tax Review*, *24*, 132-143.

Delgado Pacheco, A. (2017). *Las Normas Generales Antielusion en la Jurisprudencia Tributaria Española y Europea*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

Dell'Anese, L. (2006). *Tax Arbitrage and the Changing Structure of International Tax Law* (1ª.). Milán: EGEA.

Den Toom, M., & Van den Broek, H. (2018). The Freedom of Establishment and Recapture of PE Losses under the Merger Directive. *European Taxation*, *58*, 63-72.

Douma, S. (2011). *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*. IBFD Doctoral Series. IBFD.

Dourado, A. P. (2016). The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS? *Intertax*, *44*, 440-446.

Dourado, A. P. (2020). The Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE) in Pillar II. *Intertax*, *48*, 152-156.

Dourado, A. P. (2015a). Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, *43*, 42-57.

Dourado, A. P. (2015b). International Standards, Base Erosion and Developing Countries. En G. M. M. Michielse & V. Thuronyi (Eds.), *Tax Design Issues Worldwide*, Series on International Taxation (Vol. 51, pp. 179-194). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Dubut, T. (2012). France. En M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, & A. Storck (Eds.), *Tax Rules in Non-Tax Agreements* (pp. 315-358). Amsterdam: IBFD.

Dziurdź, K. (2013). "Circularly Linked" Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test. *Bulletin for International Taxation*, *67*, 306-310.

Dziurdź, K. (2019). *Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: The Impact of Formal, Substantive, and Subjective Approaches*. Series on International Taxation. Kluwer Law International.

Eberhartinger, E., & Six, M. (2007). Taxation of Cross border Hybrid Finance – A legal Analysis. *Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 27. SFB International Tax Coordination, WU Vienna University of Economics and Business, Vienna*.

Eden, L., & Kudrle, R. T. (2005). Tax Havens: Renegade States in the International Tax Regime? *Law & Policy*, *27*, 100-127.

Edgar, T. (2003). Corporate Income Tax Coordination as a response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage. *Canadian Tax Journal*, *51*, 1079-1158.

Engelen, F. (2008). How «Acquiescence» and «Estoppel» Can Operate to the Effect that the States Parties to a Tax Treaty Are Legally Bound to Interpret the Treaty in Accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention. En S. Douma & F. Engelen (Eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries* (pp. 51-72). Amsterdam: IBFD.

Engelen, F. A., & Pötgens, F. P. G. (2000). Report on "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships" and the Interpretation of Tax Treaties. *European Taxation*, *40*, 250-269.

Falcón y Tella, R., & Pulido Guerra, E. (2013). *Derecho Fiscal internacional* (2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Fett, E. E. (2013). *Triangular cases: The Application of Bilateral Tax Treaties in Multilateral Situations*. University of Amsterdam.

Fibbe, G., & De Graaf, A. (2005). Is Double Taxation Arising from Autonomous Tax Classification of Foreign Entities Incompatible with EC Law? En H. Van Arendonk, F. Engelen, & S. Jansen (Eds.), *A Tax Globalist: Essays in Honour of Maarten J. Ellis* (pp. 237-265). IBFD.

Fibbe, G., & Stevens, T. (2015). Comparative Analysis, Conclusions and Recommendations. En G. Fibbe & T. Stevens (Eds.), *Hybrid Entities and the EU Direct Tax Directives*, EUCOTAX Series on European Taxation (pp. 243-265). Kluwer Law International.

Fibbe, G., & Stevens, T. (2017). Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II. *EC Tax Review*, *26*, 153-166.

Fleming, J. C., Peroni, R. J., & Shay, S. E. (2001). Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income. *Florida Tax Review*, *5*, 299-354.

Friedmann, W. (1964). *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press.

García Novoa, C. (2016). *La Deducibilidad de Gastos Financieros en el Impuesto de Sociedades*. Marcial Pons.

García Prats, F. A. (2010). The «Abuse of Tax Law»: Prospects and Analysis. En G. Bizioli (Ed.), *Essays in International and European Tax Law* (pp. 49-148). Nápoles: Jovene.

Ginevra, G. (2017). The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level. *Intertax*, *45*, 120-137.

Gómez Pérez, A. C. (2010). *La Naturaleza de la Relación Fiduciaria en la Gestión del Fondo de Inversión*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

González Martínez, M. T. (2010). Convenios para Evitar la Doble Imposición: Interpretación y Alcance. En L. Cruz de Quiñones (Ed.), *Lecciones de Derecho Tributario Inspiradas por un Maestro: Tomo I. Liber Amicorum en Homenaje a Eusebio González García* (pp. 576-605). Bogotá: Universidad del Rosario e Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

Graetz, M. J. (2001). The David R. Tillinghast Lecture: Taxing International Income—Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy. *Tax Law Review*, *54*, 261-336.

Graetz, M. J., & O'Hear, M. M. (1997). The «Original Intent» of U.S. International Taxation. *Duke Law Journal*, *46*, 1021-1109.

Green, J. A. (2016). *The Persistent Objetor Rule in International Law*. Oxford University Press.

Green, R. A. (1993). The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises. *Cornell Law Review*, *79*, 18-86.

Gribnau, H. (2008). Soft Law and Taxation: EU and International Aspects. *Legisprudence*, *2*, 67-117.

Gutmann, D. (2011). Taking Human Rights Seriously: Some Introductory Words on Human Rights, Taxation and the EU. En G. Kofler, M. Poiares Maduro, & P. Pistone (Eds.), *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (pp. 105-112). Amsterdam: IBFD.

Happé, R. (2007). Multinationals, Enforcement Covenants and Fair Share. *Intertax*, *35*, 537-547.

Haslehner, W. (2020). The General Scope of the ATAD and its Position in the EU Legal order. En W. Haslehner, K. Pantazatou, G. Kofler, & A. Rust (Eds.), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive* (pp. 32-65). Edward Elgar.

Hellerstein, W. (2003). Jurisdiction to Tax Income and Consumption in the New Economy: A Theoretical and Comparative Perspective. *Geogia Law Review*, *38*, 1-70.

Helminen, M. (2010). *The International Tax Law Concept of Dividend*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Helminen, M. (2011). *EU Tax Law: Direct Taxation*. IBFD.

Helminen, M. (2016). General Report. *The Notion of Tax and the Elimination of International Double Taxation or Double Non-Taxation*, Cahiers de droit fiscal international (Vol. 101b, pp. 17-76). International Fiscal Association.

Herrera Molina, P. M. (1998). *Capacidad Económica y Sistema Fiscal: Análisis del Ordenamiento Español a la Luz del Derecho Alemán*. Marcial Pons.

Hillgenberg, H. (1999). A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*, *10*, 499-515.

Holland, D. (2017). Because Not There, Neither Here? Examining the 'Mirror Legislation' Status of the U.K.'s New Anti-Hybrid Rules. *Tax Notes International*, *87*, 613-625.

Hortalá i Vallvé, J. (1995). Las Cláusulas Tax Sparing y Matching Credit. Incentivos Fiscales a la Inversión de Países en Vías de Desarrollo a Través de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 461-470.

International Bar Association's Human Rights Institute. (2013). *Tax Abuses, Poverty and Human Rights*. International Bar Association.

Jiménez-Valladolid L´Hotellerie-Fallois, D. J. (2015). Doble (no) imposición e híbridos financieros: Tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades. En C. García-Herrera Blanco (Ed.), (Vol. 10/2015, pp. 137-147). Presentado en Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª edición), "La reforma del sistema tributario español", Madrid: IEF.

Jiménez-Valladolid L´Hotellerie-Fallois, D. J. (2018). Pérdidas Finales, Establecimientos Permanentes y la Rehabilitación de la «Excepción Marks & Spencer»: Análisis de las SSTJUE de 12 de junio de 2018, «Bevola» (asunto C-650/16), y de 4 de julio de 2018, «NN» (asunto C-28/17). *Nueva Fiscalidad*, 255-269.

Kane, M. A. (2004). Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage. *Emory Law Journal*, *53*, 89-170.

Kaplow, L. (1989). Horizontal Equity: Measures in Search of a Principle. *National Tax Journal*, *42*, 139-154.

Kaufman, N. H. (1998). Fairness ad the Taxation of International Income. *Law and Policy in International Business*, *29*, 145-203.

Kleinbard, E. D. (2011). Stateless Income. *Florida Tax Review*, *11*, 699-774.

Kofler, G. (2009). Austria: Changes to Austria's Tax Treatment of Outbound Inter-Company Dividends. *EC Tax Review*, *18*, 313-314.

Kofler, G. (2012). Indirect Credit versus Exemption: Double Taxation Relief for Intercompany Distributions. *Bulletin for International Taxation*, *66*, 77-89.

Kofler, G. (2016). Some Reflections on the 'Saving Clause'. *Intertax*, *44*, 574-589.

Kofler, G. (2020). EU Power to Tax: Competences in the Area of Direct Taxation. En C. H. Panayi, W. Haslehner, & E. Traversa (Eds.), *Research Handbook on European Union Taxation Law* (pp. 11-50). Edward Elgar.

Kofler, G. (2011a). Double Taxation and European Law: Analysis of the Jurisprudence. En A. Rust (Ed.), *Double Taxation within the European Union* (pp. 97-136). Kluwer Law International.

Kofler, G. (2011b). Tax Treaty "Neutralization" of Source State Discrimination under the EU Fundamental Freedoms? *Bulletin for International Taxation*, *65*, 684-690.

Kofler, G., & Mason, R. (2007). Double Taxation: A European "Switch in Time"? *Columbia Journal of European Law*, *14*, 63-98.

Kollmann, J., Roncarati, A., & Staringer, C. (2016). Treaty Entitlement for Fiscally Transparent Entities: Article 1(2) of the OECD Model Convention. En M. Lang, P. Pistone, A. Rust, J. Schuch, & C. Staringer (Eds.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise de OECD Model Convention*, Series on International Tax Law (Vol. 95, pp. 1-26). Viena: Linde.

Lampe, M. (1999). General Subject-To-Tax Clauses in Recent Tax Treaties. *European Taxation*, *39*, 183-189.

Lampreave, P. (2011). Fiscal Competitiveness versus Harmful Tax Competition in the European Union. *Bulletin for International Taxation*, *65*(6).

Lang, M. (2000). *The Application of the OECD Model Tax Convention To Partnerships: A Critical Analysis of the Report Prepared By the Oecd Committee on Fiscal Affairs*. Kluwer Law International.

Lang, M. (2003). CFC Regulations and Double Taxation Treaties. *Bulletin for International Taxation*, *57*, 51-58.

Lang, M. (2004). General Report. *Double Non-Taxation*, Cahiers de droit fiscal international (Vol. 89a, pp. 73-119). International Fiscal Association.

Lang, M. (2006). The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word. *European Taxation*, *46*, 54-67.

Lang, M. (2008). ECJ Case Law on Cross-Border Dividend Taxation—Recent Developments. *EC Tax Review*, *17*, 67-77.

Lang, M. (2009). 2008 OECD Model: Conflicts of Qualification and Double Non-Taxation. *Bulletin for International Taxation*, *63*, 204-207.

Lang, M. (2014). Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line? *European Taxation*, *54*, 530-540.

Lazarov, I. (2020). The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation. En M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Rust, G. Kofler, & K. Spies (Eds.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (Sexta., pp. 63-104). Linde.

Lepard, B. D. (1999). Is the United States Obligated to Drive on the Right? A Multidisciplinary Inquiry into the Normative Authority of Contemporary International Law Using the Arm´s Length Standard as a Case Study. *Duke Journal of Comparative and International Law*, *10*, 43-180.

Lepard, B. D. (2010). *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*. Cambridge University Press.

Lodin, S.-O. (2000). What Ought To Be Taxed and What Can Be Taxed: A New International Dilemma. *Bulletin for International Taxation*, *54*, 210-217.

Lokken, L. (2012). What Is This Thing Called Source? En Y. Brauner & M. J. McMahon Jr. (Eds.), *The Proper Tax Base: Structural Fairness from an International and Comparative Perspective- Essays in Honor of Paul McDaniel*, Series on International Taxation (pp. 139-148). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Lopes Dias, G. (2015). *Tax Arbitrage through Cross-Border Financial Engineering*. Series on International Taxation (Vol. 50). Kluwer Law International.

López Espadafor, C. M. (2006). La Costumbre Internacional en el Derecho Tributario. *Nueva Fiscalidad*, (1), 9-42.

López Espadafor, C. M. (2013). Revisión de las Relaciones entre el Derecho Tributario y el Derecho Internacional General. *Crónica Tributaria*, *147*, 127-152.

López Ribas, S. (2014). Plan BEPS, Acción 2: Recomendaciones sobre Híbridos. *Carta Tributaria. Monografías*, *12*, 1-20.

López Ribas, S. (2018). Asimetrías Híbridas. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez, & P. A. Hernández González-Barreda (Eds.), *La Armonización de las Normas contra la Elusión Fiscal relativas a la Fiscalidad Directa en la Unión Europea* (pp. 221-241). Thomson Reuters Aranzadi.

Lovdahl Gormsen, L. (2019). *European State Aid and Tax Rulings*. Edward Elgar.

Lüdicke, J. (2016). The BEPS Work on Hybrid Mismatches – Selected Issues. En R. Danon (Ed.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): Impact for European and international tax policy* (pp. 49-62). Schulthess Verlag.

Luja, R. H. C. (2016). Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty? *EC Tax Review*, *25*, 312-324.

Maisto, G. (2010). Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties. En M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Storck, & M. Zagler (Eds.), *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics* (pp. 319-362). Amsterdam: IBFD.

Marchgraber, C. (2014). The Avoidance of Double Non-taxation in Double Tax Treaty Law: A Critical Analysis of the Subject-To-Tax Clause Recommended by the European Commission. *EC Tax Review*, *23*, 293-302.

Marchgraber, C. (2018). *Double (Non-)Taxation and EU Law*. EUCOTAX Series on European Taxation. Kluwer Law International.

Marian, O. (2013). Meaningful Corporate Tax Residence. *Tax Notes*, *140*, 471-480.

Martínez Laguna, F. D. (2016). Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain. *Intertax*, *44*, 447-462.

Martínez Laguna, F. D. (2017). Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation. *World Tax Journal*, *9*, 189-246.

Martínez Laguna, F. D. (2019). *Hybrid Financial Instruments, Double Non-taxation and Linking Rules*. Series on International Taxation. Kluwer Law International.

Martins, J. (2016). Limitation on Benefits and EU Law. En D. W. Blum & M. Seiler (Eds.), *Preventing Treaty Abuse*, Series on International Tax Law (pp. 271-292). Linde.

Martos Belmonte, P. (2012). Tratamiento Fiscal de un «Trust» Discrecional Constituido en el Extranjero por un Residente en España. Derecho Comparado y Posible Aplicación del Régimen de Atribución de Rentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. *Crónica Tributaria*, (142), 77-94.

McDougal, M. S., & Reisman, W. M. (1965). «The Changing Structure of International Law»: Unchanging Theory for Inquiry. *Columbia Law Review*, *65*, 810-835.

McLure, Jr., C. E. (2001). Globalization, Tax Rules and National Sovereignty. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, *55*, 328-341.

Menéndez Moreno, A. (2008). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General: Lecciones de Cátedra* (9ª.). Valladolid: Lex Nova.

Monsenego, J. (2012). *Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market*. IBFD Doctoral Series. Amsterdam: IBFD.

Morley, J. D., & Sitkoff, R. H. (2019). Trust Law: Private Ordering and the Branching of American Trust Law. *Harvard Law School*, Discussion Paper No. 1006.

Musgrave, R. A. (1959). *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*. McGraw-Hill.

Musgrave, R. A. (1990). Horizontal Equity, Once More. *National Tax Journal*, *43*, 113-122.

Navarro, A., Parada, L., & Schwarz, P. (2016). The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts. *EC Tax Review*, *25*, 117-131.

Nikolakakis, A., Austry, S., Avery Jones, J., Baker, P., & Blessing, P. (2017). Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, With Respect to Fiscally Transparent Entities. *British Tax Review*, 295-373.

OCDE. (1998). *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. OCDE.

OCDE. (1999). *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*. Issues on International Taxation. OCDE.

OCDE. (2010). *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles*. OECD Publishing.

OCDE. (2012). *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. OECD Publishing.

OCDE. (2013). *Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. OECD Publishing.

OCDE. (2014). *Public Discussion Draft, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing.

OCDE. (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2—2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing.

OCDE. (2017). *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing.

OCDE. (2019). *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing.

OCDE. (2020). *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing.

OCDE. (2016a). *Combatir las Prácticas Fiscales Perniciosas, Teniendo en Cuenta la Transparencia y la Sustancia, Acción 5—Informe final 2015*. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. OECD Publishing.

OCDE. (2016b). *Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios*.

OCDE. (2016d). *Diseñar Normas de Transparencia Fiscal Internacional Eficaces, Acción 3—Informe Final 2015*. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. OECD Publishing.

OCDE. (2016c). *Impedir la Utilización Abusiva de Convenios Fiscales, Acción 6 – Informe Final 2015*. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. OECD Publishing.

Palao Taboada, C. (2009). *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal* (Primera.). Lex Nova.

Palao Taboada, C. (2017). El Abuso del Derecho en Materia Tributaria en el Derecho Comunitario Europeo. *Revista Española de Derecho Europeo*, *61*, 13-62.

Parada, L. (2017). *Double Non-Taxation and the Use of Hybrid Entities*. Universidad de Valencia.

Parada, L. (2018b). Hybrid Entities and Conflicts of Allocation of Income Within Tax Treaties: Is New Article 1(2) of the OECD Model (Article 3(1) of the MLI) the Best Solution Available? *British Tax Review*, (3), 335-376.

Parada, L. (2018a). Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach. *Intertax*, *46*, 971-993.

Pastor Ridruejo, J. A. (2009). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (13.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Picciotto, S. (2016). Towards Unitary Taxation: Combined Reporting and Formulary Apportionment. En T. Pogge & K. Mehta (Eds.), *Global Tax Fairness* (pp. 221-237). Oxford: Oxford University Press.

Pinto, D. (2007). Exclusive Source or Residence-Based Taxation – Is a New and Simpler World Tax Order Possible? *Bulletin for International Taxation*, *61*, 277-291.

Pistone, P. (2012). Smart Tax Competition and the Geographical Boundaries of Taxing Jurisdictions: Countering Selective Advantages Amidst Disparities. *Intertax*, *40*, 85-91.

Pistone, P. (2016). La Planificación Fiscal Agresiva y las Categorías Conceptuales del Derecho Tributario Global. *Revista Española de Derecho Financiero*, (170), 109-151.

Pistone, P., Pinto Nogueira, J. F., Andrade, B., & Turina, A. (2020). The OECD Public Consultation Document "Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two": An Assessment. *Bulletin for International Taxation*, *74*, 62-75.

Reich, Y. Z. (2007). International Arbitrage Transactions Involving Creditable Taxes. *Taxes- The Tax Magazine*, 53-116.

Repetti, J. R., & McDaniel, Paul. R. (1993). Horizontal and Vertical Equity: The Musgrave/Kaplow Exchange. *Florida Tax Review*, *1*, 607-622.

Repetti, J. R., & Ring, D. M. (2012). Horizontal Equity Revisited. En Y. Brauner & M. J. McMahon Jr. (Eds.), *The Proper Tax Base. Structural Fairness from an International and Comparative Perspective—Essays in Honor of Paul McDaniel*, Series on International Taxation (pp. 121-137). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Ribes Ribes, A. (2018). La Posición Española ante el Convenio Multilateral de la OCDE para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios. *Quincena Fiscal*, (6), 79-114.

Ring, D. M. (2002). One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage. *Boston College Law Review*, *44*, 79-175.

Roin, J. (1993). Unmasking the Matching Principle in Tax Law. *Virginia Law Review*, *79*, 813-861.

Roin, J. (2000). Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition. *Georgetown Law Journal*, *89*, 543-604.

Rosas, A. (2011). The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States. *Fordham International Law Journal*, *34*, 1304-1345.

Rosembuj, T. (2011). *La Crisis Financiera y el Arbitraje Fiscal Internacional* (Primera.). Barcelona: El Fisco.

Rosenbloom, H. D. (1983). Tax Treaty Abuse: Policies and Issues. *Law & Policy in International Business*, *15*, 763-831.

Rosenbloom, H. D. (2000). The David R. Tillinghast Lecture. International Tax Arbitrage and the «International Tax System». *Tax Law Review*, *53*, 137-166.

Rosenzweig, A. H. (2007). Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage. *Virginia Tax Review*, *26*, 555-630.

Rosenzweig, A. H. (2010). Why Are There Tax Havens? *William and Mary Law Review*, *52*, 923-996.

Rosenzweig, A. H. (2014). News Analysis: Building a Framework for a Post-BEPS World. *Tax Notes International*, *74*, 1077-1083.

Rosenzweig, A. H. (2015). Source as a Solution to Residence. *Florida Tax Review*, *17*, 471-526.

Rossi-Maccanico, P. (2015). Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting. *EC Tax Review*, *24*, 63-77.

Rufas Vallés, M. J. (2017). Análisis de Figuras Similares al Trust Anglosajón: Las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein. Los Fideicomisos Latinoamericanos. *Cuadernos de Formación (Instituto de Estudios Fiscales)*, *21*, 267-292.

Rust, A. (2004). National Report Germany. En M. Lang, H.-J. Aigner, U. Scheuerle, & M. Stefaner (Eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, EUCOTAX Series on European Taxation (pp. 255-279). Kluwer Law International.

Rust, A. (2015). BEPS Action 2: 2014 Deliverable – Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements and its Compatibility with the Non-discrimination Provisions in the Tax Treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union. *British Tax Review*, 308-324.

Santa-Bárbara Rupérez, J. (2001). *La No Discriminación Fiscal*. Edersa.

Sanz Gadea, E. (2009). *Medidas Antielusión Fiscal*. Documentos de Trabajo nº 8/09. Instituto de Estudios Fiscales.

Sanz Gadea, E. (2014). Recetas para Neutralizar los Efectos Perniciosos de los Híbridos. *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, (4), 35-48.

Scapa, A., & Henie, L. A. (2005). Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention. *Intertax*, *33*, 266-285.

Schler, M. L. (2014). OECD vs. D/NI: Ending Mismatches on Hybrid Instruments, Part 1. *Tax Notes International*, 485-498.

Schön, W. (2015). Neutrality and Territoriality – Competing or Converging Concepts in European Tax Law? *Bulletin for International Taxation*, *69*, 271-293.

Schön, W. (2016). Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid—A Review of Five Years of European Jurisprudence -. En I. Richelle, W. Schön, & E. Traversa (Eds.), *State Aid Law and Business Taxation* (pp. 3-26). Springer.

Schoueri, L. E. (2013). Tax Sparing: A Reconsideration of the Reconsideration. En Y. Brauner & M. Stewart (Eds.), *Tax, Law and Development* (pp. 106-124). Edward Elgar.

Schoueri, L. E., & Galdino, G. (2018). Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. En J. Wheeler (Ed.), *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD.

Serrano Antón, F. (2014). El Informe sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslación de Beneficios de la OCDE: Origen e Implementación en un Marco Internacional y Globalizado. *Revista de Derecho PUCP*, *72*, 45-70.

Serrano Antón, F. (2015). La Influencia del Plan de Acción BEPS en la Tributación Española: Impacto en la Normativa, Incremento de la Litigosidad y el Papel de los Tribunales. *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, (391), 77-110.

Shaheen, F. (2017). Tax Treaty Aspects of the McDonald's State Aid Investigation. *Tax Notes International*, *86*, 331-347.

Shaviro, D. N. (2004). More Revenues, Less Distortion? Responding to Cross-Border Tax Arbitrage. *N.Y.U. Journal of Law and Business*, *1*, 113-137.

Shaviro, D. N. (2016). The Two Faces of the Single Tax Principle. *Brooklyn Journal of International Law*, *41*, 1293-1301.

Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1997). The Limits of Arbitrage. *The Journal of Finance*, *52*, 35-55.

Singh, K., & Mathur, A. (2013). BEPS and the Law of Unintended Consequences. *Tax Notes*, 1331-1338.

Slemrod, J. (2010). Location, (Real) Location, (Tax) Location: An Essay on Mobility´s Place in Optimal Taxation. *National Tax Journal*, *63*, 843-864.

Smit, D. S. (2012). The Netherlands. En M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, & A. Storck (Eds.), *Tax Rules in Non-Tax Agreements* (pp. 535-596). Amsterdam: IBFD.

Sociedad de Naciones. (1923). *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*. Ginebra: Sociedad de Naciones.

Sociedad de Naciones. (1927). *Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion* ( No. Document C. 216. M. 85). Sociedad de Naciones.

Sociedad de Naciones. (1932). *Taxation of Foreign and National Enterprises, vol. I*. Ginebra: Sociedad de Naciones.

Sociedad de Naciones. (1933). *Taxation of Foreign and National Enterprises, vol. IV: Methods of Allocating Taxable Income*. Ginebra: Sociedad de Naciones.

Stiglitz, J. E. (1985). The General Theory of Tax Avoidance. *National Tax Journal*, *38*, 325-337.

Strik, P. (2014). *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*. Hart Publishing.

Szudoczky, R. (2016). Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustments and State Aid Law: Comments. En I. Richelle, E. Traversa, & W. Schön (Eds.), *State Aid Law and Business Taxation* (pp. 163-184). Springer.

Taha, J. A. (2010). The External Implied Competence of the European Union and the Impact of Bilateral Treaties on the Taxation of Cross-Border Savings. *Intertax*, *38*, 153-162.

Thomas, C. (1996). Customary International Law and State Taxation of Corporate Income: The Case for the Separate Accounting Method. *Berkeley Journal of International Law*, *14*, 99-136.

Tiebout, C. M. (1956). A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy*, *64*, 416-424.

Ting, A. (2014). iTax—Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue. *British Tax Review*, 40-71.

Tomazela Santos, R. (2015). Prevention of Hybrid Mismatches as a Justification? En K. Dziurdz & C. Marchgraber (Eds.), *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law. Open Issues and Recent Challenges*, Series on International Tax Law (pp. 163-194). Linde.

Trapé Viladomat, M. (2008). Empresas Asociadas. En N. Carmona Fernández (Ed.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (Primera., pp. 189-242). CISS.

Traversa, E. (2007). National Report: Belgium. En M. Lang & P. Pistone (Eds.), *The EU and Third Countries: Direct Taxation* (pp. 147-176). Linde.

Traversa, E., & Flamini, A. (2015). The Impact of BEPS on the Fight Against Harmful Tax Practices: Risks … and Opportunities for the EU. *British Tax Review*, 396-407.

Traversa, E., & Helleputte, C.-A. (2009). Double (Non-)Taxation in VAT and Direct Taxes: How to Achieve Some Convergence Within a Summa Divisio? A European Perspective. En M. Lang, P. Melz, & E. Kristoffersson (Eds.), *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences* (pp. 339-368). Amsterdam: IBFD.

Traversa, E., & Sabbadini, P. M. (2017). State-Aid Policy and the Fight Against Harmful Tax Competition in the Internal Market: Tax Policy in Disguise? En W. Haslehner, G. Kofler, & A. Rust (Eds.), *EU Tax Law and Policy in the 21st Century*, EUCOTAX Series on European Taxation (pp. 107-134). Kluwer Law International.

Traversa, E., & Zubimendi, A. (2019). The 2016 Communication on the Strategy on External Action and the External Dimension of the EU in Tax Matters: Balancing Internal Market and Tax Sovereignty. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez, & P. A. Hernández González-Barreda (Eds.), EUCOTAX Series on European Taxation (pp. 407-428). Kluwer Law International.

Van de Vijver, A. (2015). International Double (Non-)taxation: Comparative Guidance from European Legal Principles. *EC Tax Review*, *24*, 240-257.

Van den Berg, J.-P., & Van der Gulik, B. (2009). The Mutual Agreement Tiebreaker—OECD and Dutch Perspectives. *Tax Notes International*, *54*, 417-428.

Van Raad, K. (1986). *Nondiscrimination in International Tax Law*. Series on International Taxation. Kluwer Law International.

Van Thiel, S. (2011). Is There a Need for International Enforcement of Human Rights in the Tax Area? En G. Kofler, M. Poiares Maduro, & P. Pistone (Eds.), *Human Rights and Taxation in Europe and the World* (pp. 153-182). Amsterdam: IBFD.

Vanden Berghe, B. (2017). Enforceability of OECD Linking Rules in the Light of EU Law. *LSE Law Review*, *2*, 63-92.

Vega Borrego, F. A. (2002). La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario. *Cronica Tributaria*, *104*, 89-126.

Vega Borrego, F. A. (2003). *Las Medidas contra el Treaty Shopping. Las Cláusulas de Limitación de Beneficios en los Convenios de Doble Imposición*. Madrid: Ministerio de Hacienda - Instituto de Estudios Fiscales.

Vega Borrego, F. A. (2015). La Calificación de las Entidades Extranjeras como Transparentes o No Transparentes en los Impuestos Sobre la Renta. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, *31*, 437-458.

Verstraeten, A. A. (2009). Double (Non-)Taxation in VAT and Direct Taxes: Which Tax Is Better for Developing Countries? En M. Lang, P. Melz, & E. Kristoffersson (Eds.), *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences* (pp. 369-382). Amsterdam: IBFD.

Vilhena de Moraes, L. E. (2015). Underlying Tax Credit in the Case of a Deduction and Non-Inclusion Scheme? En K. Dziurdź & C. Marchgraber (Eds.), *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law: Open Issues and Recent Challenges*, Series on International Tax Law (Vol. 94). Linde.

Villacorta Hernández, M. Á. (2011). *Acciones Rescatables y Otros Híbridos Financieros Societarios. Algunos Aspectos Jurídicos (sustantivos, financieros y contables)*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe.

Vogel, K. (1986). Double Tax Treaties and Their Interpretation. *International Tax & Business Lawyer*, *4*, 1-85.

Vogel, K. (1988). Worldwide vs. Source Taxation of Income- A Review and Re-evaluation of Arguments (Part 1). *Intertax*, *16*, 216-229.

Vogel, K. (2002). Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation? *Bulletin for International Taxation*, *56*, 4-10.

Vogel, K. (2005). State of Residence may as well be State of Source – There is no Contradiction. *Bulletin for International Taxation*, *59*, 420-423.

Vrijburg, H. (2014). The Effect of «Excessive» Tax Planning and Tax Setting on Welfare: Action Needed? *Erasmus Law Review*, *7*, 13-23.

Webb, M. C. (2004). Defining the Boundaries of Legitimate State Practice: Norms, Transnational Actors and the OECD's Project on Harmful Tax Competition. *Review of International Political Economy*, *11*, 787-827.

Weber, D. (2006). In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty an the Freedom of Movement Within the EC. *Intertax*, *34*, 585-616.

Weber, D. (2009). Some Remarks on the Application of Community Law, its Legal Effects and the Relationship between these Concepts. En P. Pistone (Ed.), *Legal Remedies in European Tax Law* (pp. 45-67). IBFD.

West, P. R. (1996). Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards. *Florida Tax Review*, *3*, 147-185.

Wildasin, D. E. (1989). Interjurisdictional Capital Mobility: Fiscal Externality and a Corrective Subsidy. *Journal of Urban Economics*, *25*, 193-212.

Wilson, G. P. (1993). The Role of Taxes in Location and Sourcing Decisions. En A. Giovannini, R. G. Hubbard, & J. Slemrod (Eds.), *Studies in International Taxation* (pp. 195-234). University of Chicago Press.

Wilson, J. D. (1999). Theories of Tax Competition. *National Tax Journal*, *52*, 269-304.

Worley, R. A. (1996). The Indirect Foreign Tax Credit: A Policy Analysis of Section 902. *International Tax & Business Lawyer*, *13*, 176-222.

Zodrow, G. R. (2010). Capital Mobility and Tax Competition. *National Tax Journal*, *63*, 865-902.

Zodrow, G. R., & Mieszkowski, P. (1986). Pigou, Tiebout, Property Taxation, and the Underprovision of Local Public Goods. *Journal of Urban Economics*, *19*, 356-370.

Zubimendi, A. (2018). La Obsolescencia de la Noción de Residencia en la Tributación de las Empresas Multinacionales. En M. Lucas Durán & Á. Del Blanco García (Eds.), *Residencia y Establecimiento Permanente como Puntos de Conexión en la Fiscalidad Internacional: Reflexiones y Propuestas de Futuro* (Documentos de Trabajo 3/2018, pp. 208-223). Instituto de Estudios Fiscales.