

LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS:  
LA ECONOMÍA DE OPCIÓN Y LA  
PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

---

TRABAJO FINAL DE GRADO  
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

---

Autor: Biel Canaleta Llahuet

Tutor: Joan-Francesc Pont Clemente

Lugar y fecha: Barcelona, enero de 2024

Grupo: K2



## Resumen

Derivado de una globalización que aumenta exponencialmente surge la duda de cómo la fiscalidad internacional seguirá la estela y cómo abordarán los entes supranacionales este desafío. En este escenario complejo centramos la mirada en las asimetrías híbridas, sin dejar de ver de reojo la cultura tributaria. Este novedoso fenómeno plantea la relevancia de considerar los grandes entes multinacionales en la sustentación del estado del bienestar y como su planificación fiscal internacional debe ser calificada.

Para afrontar la conceptualización de las asimetrías híbridas primeramente nos planteamos si deben ubicarse dentro de la economía de opción o la planificación fiscal agresiva. Al final del primer capítulo donde se plantean nuevas hipótesis, son estas mismas las que nos llevarían al segundo de los apartados: despegar hacia el propio concepto y naturaleza de las asimetrías híbridas. Para ello, terminamos en la órbita de la fiscalidad internacional, donde un contexto frenético, complejos principios combinados entre sí y una gran variedad de visiones científicas sería el escenario perfecto para que entre en juego la figura de la OCDE. Este ente supranacional cargaría a sus hombros el deber de gestionar la voluntad de los estados para encontrar un camino común. Todo ello sin perder de vista la soberanía tributaria de los estados y la propia legitimidad de la OCDE.

En el último bloque llegamos a la propuesta final del trabajo volviendo a nuestro ordenamiento jurídico con el fin de exponer como la OCDE con el proyecto BEPS ayuda -en este caso al estado español- a solventar el problema de las asimetrías híbridas. Para ello se emplea el procedimiento amistoso, delimitado en la acción decimocuarta del proyecto BEPS, para que finalmente sea la AEAT y la DGT quien pueda asumir este complejo escenario. Siendo un trabajo que encara distintos frentes, se sigue un camino que encuentra su comprensión en la fiscalidad internacional para poder comprender nuestro ordenamiento jurídico.

## Palabras clave

«Asimetrías híbridas»

«Economía de opción»

«Planificación fiscal  
agresiva»

«OCDE»

«Cultura tributaria»

## Summary

Derived from a globalization which is increasing exponentially appears the doubt of how the international taxation system will continue the tall and how will international organizations follow this challenge. In this complex scene we focus on the hybrid mismatches without ceasing to consider the tax culture. This new phenomenon suggests the relevance of considering big multinationals on the maintenance of welfare states and how their international tax planning needs to be qualified.

To face the conceptualization of the hybrids asymmetries we firstly expose if we need to arrange them on the economics option or in the aggressive tax planning. At the end of the first chapter new hypotheses emerge, those are the same that take us to the second chapter: take off to the concept and nature of the hybrid mismatches. To do so, we end up in the orbit of international taxation where frenetic context, complex principles combined with each other and a big variety of scientists' dogma makes the perfect scene to make OECD intervene. This international organism is set to be the one to carry on its shoulders the duty to manage the state's sovereignty to find up a common way. All this without losing sight of the line that divides states sovereignty and OECD legitimacy.

In the last chapter we arrive at the final proposal coming back to our legal system where we expose how the OECD with the project BEPS helps to solve the problem of the hybrid mismatches after analyzing how they operate. For it is used the friendly procedure, delimited in the fourteenth action of the BEPS project, so that finally it's AEAT and DGT the ones who can assume this complex scene. Being an investigation which faces different fronts, it follows a road that makes us understand the international tax system to understand our legal tax system.

## Key Words

«Hybrid mismatches»

«Aggressive tax planning»

«Tax culture»

«Option economy»

«OECD»

## Índice

<b>1. La economía de opción y la planificación fiscal agresiva</b>	<b>6</b>
1.1 La economía de opción	6
1.2 La planificación fiscal agresiva	13
<b>2. Las asimetrías híbridas</b>	<b>17</b>
2.1 Contextualización	17
2.2 Principios internacionales del derecho fiscal internacional	20
2.3 El dogma del principio imposición única	24
2.4 Definición conceptual de las asimetrías híbridas	29
<b>3. La figura de la OCDE en el marco de la fiscalidad internacional</b>	<b>32</b>
3.1 Presentación de la OCDE y su relación con la fiscalidad internacional	32
3.2 El proyecto BEPS y el conjunto de medidas que postulan la OCDE como solución a las asimetrías híbridas	35
3.3 Como la OCDE permite a los contribuyentes resolver los supuestos de asimetrías híbridas.	38
<b>4. Conclusiones</b>	<b>40</b>
<b>5. Bibliografía</b>	<b>41</b>
<b>6. Actas</b>	<b>47</b>



# 1. La economía de opción y la planificación fiscal agresiva

## 1.1 La economía de opción

Entre los vestigios del Antiguo Régimen surgiría una semilla que con el tiempo daría la sombra sobre la descansa nuestro ordenamiento jurídico. La figura del concepto de libertad sería embaucada por Kant<sup>1</sup>, quien a su vez fue vestido por Leibniz y Wolff por una manga y Newton y Rousseau por la otra<sup>2</sup>. Dicho concepto se halla como proyección de sus numerosas obras sobre la metafísica o la ética, dando lugar a nuevos horizontes como la dignidad o el poder de decidir por uno mismo.

Sobrevolando la evolución normativa supranacional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000<sup>3</sup>, en su artículo 6 relativo a la libertad, se aprecia de una forma evidente como lo que antaño era una semilla, ya se encuentra erigido firmemente por la costumbre social. Aterrizando en nuestro actual ordenamiento jurídico llegamos al artículo 1.255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil<sup>4</sup> (de ahora en adelante CC), donde la libertad ya se encuentra asentada como un derecho inviolable en las relaciones privadas, respaldado por nuestra carta magna durante todo su articulado.

La figura de la economía de opción se anexa con el citado artículo debido a que es justamente el marco que se establece donde encontramos la proyección del propio concepto: poder elegir entre las diferentes vías que ofrece el legislador para decidir nuestro camino en los negocios jurídicos privados considerando la faceta tributaria. En otras palabras, las partes pueden configurar sus relaciones privadas como estimen pertinentes en base a sus intereses. Esto provoca la necesidad de plantear si, como veremos, ello incluye la faceta tributaria. Encontramos, por lo tanto, el primero de otros tantos rasgos que presenta la economía de opción, derivado muchas veces de la dimensión negativa de conceptos positivizados. Este primer rasgo, consiste en que no se trata de un hecho que se encuentre en el marco de la antijuricidad.

---

<sup>1</sup>AUDI, Robert (editor). «*Diccionario akal de filosofía*». Madrid; Ediciones Akal, 2004.

<sup>2</sup>Editorial Grudemi. «¿Qué fue el siglo XVIII?». A: *Enciclopedia de Historia* [en línea]. Noviembre de 2022. <[<sup>3</sup>Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Niza, 7 de diciembre del año dos mil. \(DOCE \[en línea\], núm. 364 pág. 1-22 \(22 pág.\) <\[> \\[Consulta: 15 de mayo de 2023\\].\]\(https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2000-70001\)](https://enciclopediadehistoria.com/siglo-xviii/#:~:text=El%20siglo%20XVIII%20se%20caracteriz%C3%B3,comenz%C3%B3%20a%20escribir%20la%20Enciclopedia.> [Consulta: 15 de mayo de 2023].</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>4</sup>España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid [en línea], 25-7-1889, núm. 206, pág. 249-259). [> \[Consulta: 15 de mayo de 2023\].](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1))

Todo ello amparándose en el principio de legalidad del artículo 31.3 de la Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978 (a partir de ahora CE)<sup>5</sup> y en el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (de ahora en adelante LGT)<sup>6</sup>. Recuérdese que en derecho tributario no se incumple lo que no se regula. Prohibida la analogía, y en otras palabras, sólo hay obligación tributaria cuando existe una norma expresa. En base a estas premisas, nos damos cuenta que *per se* la economía de opción no está expresamente prohibida, por lo que resulta deducible entender que el legislador no la ubica en la antijuricidad. Sin embargo, debemos seguir indagando sus requisitos para poder comprender su aplicabilidad.

Cuando decíamos que la configuración de la economía de opción se daba como resultado negativo de la positivización de otros conceptos, es de ejemplo el propio artículo 15 LGT -conflicto en la aplicación de la norma tributaria-, donde su delimitación configura a su vez la comprensibilidad de la economía de opción. Tanto es así que nos encontramos con el segundo de los caracteres de la economía de opción: estaremos dentro de esta cuando el negocio jurídico de las partes no deforme la finalidad inherente de la norma y en el que su haber no sea solamente el ahorro fiscal.<sup>7</sup>

Si bien se exponía la falta de positivización del concepto de la economía de opción, se deriva de este fenómeno el tercero de los caracteres: no se trata de una forma de resistencia fiscal ni de desobediencia civil. Es de menester aclarar que debido a las mediáticas industrias del fraude fiscal<sup>8</sup> y la sobrecarga de información, se ha acabado incluyendo a la economía de opción a un barco que se aleja del marco del 1255 CC que la legitima (STS 30 de marzo de 1999<sup>9</sup>). Volviendo a por qué la economía de opción no es desobediencia civil ni resistencia fiscal, sean presentados los motivos: la desobediencia civil, ubicada fuera de la legalidad, tiene un pie dentro de la legalidad debido a algún móvil que la legitime amparándose en la ética, pero sin que acabe de cumplir con el requisito del principio de legalidad, y la resistencia fiscal es la mera negativa al cumplimiento de las obligaciones tributarias.

---

<sup>5</sup>España. Constitución Española. (BOE [en línea], núm. 311, 29-12-1978, pág. 29313-29424). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)). [Consulta: 16 de mayo de 2023]

<sup>6</sup>España. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.. (BOE [en línea], núm. 302, 18-12-2003, pág. 44987-45065). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23186>. [Consulta: 16 de mayo de 2023]

<sup>7</sup>PONT CLEMENTE, Joan-Francesc. *La economía de opción*. Barcelona. Marcial Pons, 2006. 202 pág.. ISBN 84-9768-322-6.

<sup>8</sup>M. PONT MESTRES «Aproximación a una indagación acerca de las causas del fraude tributario.» en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 24, enero-marzo 1994, p.68.

<sup>9</sup>Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo), 30 de marzo de 1999 (recurso 6563/1999)

Lo dicho en el anterior párrafo no debe confundirse con el derecho a discrepar, que es independiente a la economía de opción, pese a que ambos se encuentran plenamente en el amparo de la legalidad -a diferencia de la desobediencia civil o la resistencia fiscal-. Siendo, de esta forma, la posibilidad del contribuyente a mostrar una opinión contraria a la Administración tributaria.

Una vez se empiezan a asentar las ideas principales resulta más sencillo comprender los demás caracteres. Entre ellos destaca que la economía de opción no es un privilegio pues cualquier conciudadano debe acceder a dicho marco de decisión, y en el momento que nos encontremos en el páramo de la desigualdad negativa<sup>10</sup>, ya no estaremos dentro de la economía de opción. A todo ello es necesario remarcar que la economía de opción encuentra su ser en la inexistencia de la obligación de seguir el camino por el que se tribute más. De esta forma, aquel contribuyente que optare por un negocio jurídico -siempre que no se desvinculara del *voluntas legis*, ya sea deformando a sus intereses o ignorándola- en que tribute menos, no estaría cometiendo *a priori* nada ilegítimo.

Para seguir atomatizando la economía de opción, debemos desmarcarla de la elusión fiscal<sup>11</sup> por su proyección en la planificación fiscal. Previamente cabe remarcar que ambos pretenden reducir el peso tributario de las operaciones dentro de la licitud de estas. Mientras que la economía de opción es la actuación dada por la atracción de ventajas legislativas, la elusión fiscal se trata de una actuación puramente negativa -no hacer- de todo ello, se trata más bien de no actuar para no concurrir en ciertos hechos imposables. Es decir, mientras la economía de opción sigue la estela que el legislador deja para que los contribuyentes se guíen en sus actuaciones tributarias -acción positiva o hacer-, la elusión fiscal es un avión que no despega para no incurrir en algún hecho imponible, y de esta forma, evitar tributar. Sin embargo, tampoco se puede definir como elusión fiscal a quien no actúa para no tributar, sino por otros motivos lícitos. Es decir, no hacer no siempre implica elusión fiscal.

Llegados a este punto se empieza a discernir un carácter que no encontramos de forma tan pura en figuras afines como si en la economía de opción: la cultura tributaria. Entre idiosincrásicos y rebeldes -mutuamente bautizados- encontramos el porqué de la economía de opción como una figura que no ha acaparado el protagonismo que debiere tener. La cultura tributaria se encuentra mermada de forma ejemplificada por el «*teorema del impuesto sobre los tonto*». Recordemos que el haber de ser cultura tributaria es el afán intrínseco que debiere tener todo conciudadano para financiar las necesidades de los estados, quienes a su vez, también son la del propio contribuyente.

---

<sup>10</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Editorial Trotta, 2019. 246 pág. ISBN 978-84-9879-795-4.

<sup>11</sup>En este debate dogmático no se presenta la evasión fiscal, pues el dolo que motiva la actuación de no tributar la desmarca del plano de la legalidad que estamos tratando de determinar.

Lejos del haber, el ser donde nos hallamos<sup>12</sup> - y donde se expone en dicho teorema- es una situación en la que debido a la tendencia a pensar que solo pagan quienes no pueden huir de la Administración tributaria, conceptos como la elusión fiscal han tendido a creerse más afines a la realidad, pese a hallarse en la frontera de antijuricidad.

El concepto de economía de opción tuvo su auge a principios de siglo, tanto es así que la jurisprudencia de aquel entonces se esforzó en delimitarlo. Sea de ejemplo, entre otras tantas, la STC 46/2000, de 17 de febrero de 2000.<sup>13</sup>: esta aborda la economía de opción como la utilización de un camino lícito en la planificación fiscal aprovechando las ventajas tributarias ofrecidas por el legislador. Pese a ello, remarca la necesidad de que dicha ventaja no descansa sobre una desigualdad negativa en relación al principio de capacidad económica, y si lo hiciera, dicha ventaja sería inconstitucional.

Seguidamente, la STC de 27 de noviembre de 1999<sup>14</sup> enfocaría previamente la economía de opción como un medio para el fin. Si bien decíamos que la economía de opción requiere un resultado -hecho imponible- para delimitar el camino seguido, también ha originado que en el ámbito financiero se creen nuevos tipos de activos para poder aprovechar lo que denominamos como vías de planificación fiscal. Es decir, se han creado medios por los cuales se ha intentado aprovechar los incentivos ofrecidos mediante la creación de nuevos vehículos.

Hasta lo expuesto, la jurisprudencia se ha mostrado mínimamente unánime, sin embargo la economía de opción vería cortadas sus alas. Una jurisprudencia abierta suele dar cabida a ciertas sobreinterpretaciones en beneficio de sus intereses particulares. Es por ello que la STS 1336/2002, de 15 de julio de 2002<sup>15</sup> y la STS 751/2003, 28 de noviembre de 2003<sup>16</sup> cierra el círculo limitándola a supuestos donde la ley lo permita y resulte indiferente al ordenamiento jurídico siendo todas las opciones igual de legítimas.

En el año 2003, la STS 539/2003, de 30 de abril<sup>17</sup>, empieza a surgir el concepto eludir como la actitud real del contribuyente en torno al tributo. Es decir, llegamos a un punto donde la

---

<sup>12</sup> Sea matizado el hecho de comprender el «haber» de un concepto idealizado de una idea y el «ser» como realmente ha aterrizado dicha idea en el mundo material. Por lo tanto, esta expresión se emplea para comparar un estado de tensión entre lo que se cree que debe ser y lo que acaba siendo.

<sup>13</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2000, de 17 de febrero de 2000.

<sup>14</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1999.

<sup>15</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 1336/2002 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de julio de 2002 (recurso 6171/1996).

<sup>16</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 751/2003 (Sala Segunda, de lo Penal) de 28 de noviembre de 2003 (recurso 7/2001).

<sup>17</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 539/2003 (Sala Segunda, de lo Penal) de 30 de abril de 2003 (recurso 539/2003)

jurisprudencia entiende que el particular no apela a la economía de opción como un mecanismo para decidir en torno a su planificación fiscal. Por ello, se empieza a renunciar a esta idea de cultura tributaria y se encuentran con la figura, ya antes referida, de la elusión fiscal -con todo lo que ello implica-. Es importante matizar que la relación entre cultura tributaria y economía de opción se encuentra en la licitud de la actuación del contribuyente, y es esa misma actuación dentro del marco de la legalidad que establece el legislador la que no puede reprocharle al contribuyente.

Ya sería en 2005 donde en la STS 643/2005, de 19 de mayo de 2005<sup>18</sup> se ubican las ingenierías financieras dentro de la antijuricidad en sus distintas vertientes. En este contexto, la ingeniería financiera consiste en el uso de la innovación, la invención, desarrollo y mejora de las técnicas con las que se realizan operaciones mayormente complejas a lo que realmente son para disminuir la carga tributaria. La consecuencia de dicho suceso es que nos encontramos que la economía de opción ve limitada su aplicación en tanto que su proyección llega hasta donde no se requiera sobreinterpretar la oferta legislativa para que pueda ser empleada en dicha operación.

Asentados los pilares que permiten entender el concepto de economía de opción, una definición que encaja dentro de la situación analizada hasta el momento es la que encontramos dentro la Ley de reforma de la LGT en 1995 -siguiendo también lo que expone J.F.Pont<sup>19</sup>-. Todo ello sin perjuicio del Informe 2001, forma en la que se bautizó el «Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la LGT», siendo la posible definición:

*«Por otra parte, se hace necesaria la modificación de los artículos referentes a la interpretación de las normas tributarias, eliminándose aquellos aspectos que pudieran menoscabar el principio de seguridad jurídica, potenciando, a la vez, la lucha contra el fraude, al dotar a la Administración tributaria de instrumentos legales acordes con los principios constitucionales. Todo ello sin que suponga una limitación a la libertad de actuación de los individuos para adoptar sus decisiones teniendo en cuenta las consecuencias tributarias.»<sup>20</sup>*

Cabe plantearse ahora cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia en estos últimos años respecto al concepto de economía de opción. Ya en 2011, la STS 3/2011 de 3 de febrero de 2011<sup>21</sup> del mismo año es uno de los ejemplos de lo que parece ser el resurgir del concepto de economía de opción pero definido en una dimensión negativa. Se establece en dicha sentencia la necesidad de atender al espíritu de la norma tributaria, dando lugar a posibles abusos de derecho. No muy diferente de lo hasta entonces dicho, nos encontramos que a principios de década es una figura

---

<sup>18</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 643/2005 (Sala Segunda de lo Penal), de 19 de mayo de 2005

<sup>19</sup>Ibíd. 7

<sup>20</sup>España. Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria. (BOE [en línea], núm. 174, 22-7-1995, pág. 22611-22626). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-17682>. [Consulta 22 de mayo de 2023]

<sup>21</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 3/2011 (Sala de lo Civil) de 3 de febrero de 2011 (recurso 2149/2006)

empleada habitualmente para enmascarar posibles actos antijurídicos. En otras palabras, el Tribunal aclara cómo no aplicarse la economía de opción.

Junto a dicha sentencia, la STS 4067/2012 del 20 de septiembre<sup>22</sup> el TS añadiría otro de los requisitos: la necesidad de basar la economía de opción en un motivo económico válido. Sin embargo, más requisitos necesitan de una mayor explicación. Ello provoca que si no se consigue definir qué se entiende como «*motivo económico válido*», nos alejamos aún más de la claridad que tanto requiere este asunto.

Casi media década después, en la STS 1503/2016, de 22 de junio de 2016<sup>23</sup>, se presenta lo que *a priori* parece ser un tipo de test ponderativo mediante la autocuestión de: «¿*Este tipo de negocio jurídico es anómalo?*». Entendemos como anómalo todo negocio antijurídico que deforma el propio negocio jurídico para una ventaja tributaria que en circunstancias normales no se tendría. Es aquí donde cabe plantearse que sólo es evaluable lo entendible, y si la jurisprudencia es capaz de determinar ponderadamente cuando nos hallamos más concretamente delante la economía de opción, es que el concepto se halla cada vez más definido. Ya no hablamos de su haber de ser, sino de cómo su uso indiscriminado ha permitido a la jurisprudencia ir tratándolo con el devenir de los años.

Ya en este último lustro, a modo de ejemplo de otras tantas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022<sup>24</sup> expone el *statu quo* de la siguiente manera en el momento de afrontar un supuesto de aplicación convenio de doble imposición en una operación de reestructuración<sup>25</sup>:

*«[...] la doctrina de este Tribunal que reconoce la corrección jurídica de la economía de opción, de suerte que resulta legítimo que los contribuyentes organicen sus operaciones de manera que puedan aplicar la fiscalidad más ventajosa posible. [...] También se ha rechazado por este Tribunal la que vino a denominarse economía de opción inversa, esto es, que sólo es legítima aquella opción, entre las posibles, que se decanta por la mayor carga fiscal, de suerte que cabe identificar el fraude cuando no se favorece la mayor recaudación.»*

---

<sup>22</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 4067/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de septiembre de 2012 (recurso 3944/2009)

<sup>23</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 1503/2016 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de junio de 2016

<sup>24</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 1495/2022 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de noviembre de 2022 (recurso 7987/2020)

<sup>25</sup>GARCÍA NOVOA C. «Motivo económico válido y economía de opción. Sentencia Securitas del Tribunal Supremo.» *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, núm. 479, pág. 45–64. <<https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.11573>>. [Consulta: 25 de mayo de 2023].

De esta forma queda elaborado un pequeño resumen de un concepto que siempre es -siendo siempre resultado de una conducta- un concepto que no es cognoscible aisladamente, puesto que se adapta a cada situación. Sin embargo, pese a parecer difuso, su comprensibilidad se asume en mayor medida al abordar su antítesis, la planificación fiscal agresiva.

## 1.2 La planificación fiscal agresiva

Con la instauración del libre mercado en el marco europeo ya se asomaban los augurios que nos acontecen desde esta última década. Si bien la posibilidad de abrir el mercado parecía una ventaja para facilitar el marco competitivo a nivel europeo, también ha sido la puerta de entrada a la planificación fiscal agresiva.

Realizando un breve paréntesis para delimitar los marcos conceptuales de la economía de opción y la planificación fiscal -ordinaria-, se diferencian dos conceptos que pese a coincidir en la legalidad no son exactamente lo mismo. Mientras que la planificación fiscal en sí mismo constituye en la forma de organizar las actividades considerando la dimensión tributaria, la economía de opción es un fenómeno que encontramos al elaborar la planificación fiscal, pues no siempre habrá varias alternativas para un mismo fin que nos aporte alguna ventaja adicional, como bien sucede en la economía de opción. Esta diferencia no conlleva que en lo relativo a demás aspectos como el respeto a la legalidad o su sustanciación en base a la hipótesis anteriormente planteada sobre si es un negocio anómalo no coincidan. De esta forma, se comprende cómo hay autores menos puritanos que los llegan exponer conjuntamente. A todo ello, es de menester ser mencionado que la economía de opción fue planteada en términos nacionales, pero cuando dicha actuación sobrepasa la frontera encontramos la ponderación no solo del estado español, sino de otro estado. Ello conlleva una doble comprensión, dando lugar a lo que denominamos como planificación fiscal internacional juntamente con la economía de opción, pero también a nivel internacional.

La planificación fiscal recorre los senderos de la mercantilidad, la contabilidad o las actividades financieras para llegar a su fin. Pese a ello, la pregunta que cabe plantearnos es ¿La planificación fiscal -ordinaria- puede ser enmarcada dentro de la licitud? *Per se*, en base a autores como Prieto Jano, la respuesta debería ser afirmativa, pues entra dentro del derecho del contribuyente a organizarse dentro del marco de la legalidad. Sin embargo, hay otros autores menos indulgentes que estiman que el contribuyente no debería tener en cuenta la dimensión tributaria a la hora de organizar sus actividades. Pese a ello, nosotros partiremos que sí se encuentra dentro la licitud en cuanto resulta difícil comprender la actividad económica sin considerar la tributaria.

De antemano, y como bien es sabido en el mundo de los juristas, no existe una respuesta que pueda ajustarse a todos los supuestos. Ello no quiere decir que estos conceptos -economía de opción y planificación fiscal- queden sin definir, sinó que el legislador europeo ofrece un abanico normativo que nos permite ponderar cada supuesto. A su vez, la OCDE matiza en primer lugar, al igual que hace el legislador estatal con la economía de opción, que se debe respetar el espíritu de la ley. Esto implica entender y respetar la intención del legislador.

Si bien la economía de opción derivó en la elusión fiscal, la planificación fiscal se ha trastabillado hasta ser atado al del término «*agresiva*». Este concepto que lo exponemos como el antítesis de la economía de opción, lo podemos definir como el aprovechamiento de los entes privados en el marco de dos ordenamientos jurídicos distintos para erosionar la base imponible, o lo que viene a ser lo mismo: tributar menos. El concepto de planificación fiscal agresiva, al ser un concepto más amplio que otros conceptos similares, es el que emplearemos para enfrentarlo a la economía de opción. La Directiva DAC 6 cuando obliga a informar de ciertas operaciones transfronterizas, nos ofrece algunos criterios para poder identificar la planificación fiscal agresiva como son: las generales o específicas, como las señas relativas al beneficio, las operaciones empleadas, o al intercambio de información o de titularidad real o al precio de transferencia<sup>26</sup>. Como consecuencia, conceptos como la elusión fiscal o la evasión fiscal encajan dentro de estas operaciones al ser medios para el fin. Sin embargo, también habrá autores que desde una visión *stricto sensu* que prefieran disgregar cada concepto desde un prisma nacional y otro internacional.

La planificación fiscal agresiva enmascara dentro una apariencia formalmente legal que se aprovecha, como define la Comisión Europea, de «*aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria y distingue entre las deducciones dobles y la doble no imposición (asimetrías híbridas)*». En esta definición de la CE, queda claro que dicha institución enmarca las asimetrías híbridas dentro de la planificación fiscal agresiva, pese a ello, y es uno de los pilares que este trabajo quiere plantear, es si verdaderamente este encuadramiento es correcto o bien, se podría enmarcar dentro de la economía de opción.

Por consiguiente, una vez definido el concepto objeto de estudio de este apartado, veamos su tratamiento normativo a nivel internacional. Además es necesario destacar que el concepto de planificación fiscal agresiva no es estático, sino que se amolda y perfecciona con el origen de nuevos supuestos fácticos.

Para poder seguir comprendiendo el estado de la cuestión, es necesario comprender la normativa de planificación fiscal nacional junto con la influencia de la internacional. Para ello debemos remontarnos a mediados de la década de los noventa. Con la Ley 42/1994, de 30 de

---

<sup>26</sup>SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo. NUEVA FISCALIDAD [en línea]. «La delimitación conceptual de la «erosión» de las bases imponibles: un problema internacional». núm. 1 de 2023. Pág. 140. <[https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:4/planificaci%C3%B3n+fiscal+agresiva/vid/delimitacion-conceptual-erosion-bases-694943217](https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/planificaci%C3%B3n+fiscal+agresiva/vid/delimitacion-conceptual-erosion-bases-694943217)> [Consulta: 27 de mayo de 2023].

diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>27</sup>, se dejaría atrás un anacrónico régimen de 1934 para los holdings y de 1937 para holdings extranjeros unidas posteriormente a una legislación de 1962, que fue objeto de ulteriores modificaciones.<sup>28</sup>

Aún lejos de la OCDE, que será objeto de estudio en el Capítulo III, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (de ahora en adelante LIS)<sup>29</sup> y la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (de ahora en adelante LIRPF)<sup>30</sup> quedaba lejos del principio de renta mundial en aquel entonces promovido. Con la sentencia Cadbury Schweppes en la STJ (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, ass. C-196-04<sup>31</sup>) habría un antes y un después: se establecería que la normativa relativa a la transparencia fiscal internacional no era incompatible con el derecho comunitario. Todo ello debido a que las primeras no limitaban el establecimiento permanente de las sociedades, sino que eran un medio para combatir las denominadas «sociedades pantalla».

Siguió la lluvia normativa hasta llegar a la Ley 4/2008, de 23 de diciembre<sup>32</sup>, donde se ejemplifica otra promoción activa a la transparencia fiscal internacional en el artículo primero apartado decimoquinto -que modifica el apartado 15 del artículo 117 LIS- estableciendo: «*la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales.*».

---

<sup>27</sup>España. Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. (BOE [en línea.] núm. 313, de 31 de diciembre de 1994, pág. 39456-39504). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-28968>. [Consulta 27 de mayo de 2023]

<sup>28</sup>CRUZ PADIAL, Ignacio; HINOJOSA TORRALVO, Juan José (dirs.). *Cuestiones actuales de planificación fiscal internacional*. Barcelona: Atelier, 2019. 411 pág. ISBN 978-84-17466-61-9

<sup>29</sup>España. Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. (BOE [en línea]. núm 310, 28-12-1995, pág. 37072-37128)- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-27752>. [Consulta 28 de mayo de 2023]

<sup>30</sup>España. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE [en línea] núm. 285, 29-11-2006, pág. 41734-41810). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-20764>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

<sup>31</sup>Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por los Special Commissioners of Income Tax, London (Reino Unido), mediante resolución de 29 de abril de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de mayo de 2004, en el procedimiento entre Cadbury Schweppes y Commissioners of Inland Revenue.

<sup>32</sup>España. Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria. (BOE [en línea] núm. 310, 25-12-2008, pág. 51998-52024). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-20802>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

Ya en una dimensión supranacional, encontramos la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE<sup>33</sup> que imponía el deber de disponer un mecanismo automático de información -si bien es cierto que con normativas posteriores dicha obligación se iría ablandando-. Seguidamente la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.<sup>34</sup> volvería a modificar ciertos aspectos relativos al intercambio de información.

Poco después llegaríamos a uno de los pilares de la transparencia de la fiscalidad internacional: 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 ahora en adelante ATAD I)<sup>35</sup>, y su sucesor, la 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 (de ahora en adelante ATAD II)<sup>36</sup>, que serán objeto de estudio en el próximo apartado relativo a las asimetrías híbridas. Sin embargo, cabe avanzar que la trasposición de estas directivas ha quedado demasiado al arbitrio de los estados miembro, por lo que su aprobación unánime en la Comisión queda en duda. En este momento ya avanzamos que estas dos últimas dos directivas encontraría su inspiración en la OCDE.

De esta forma, habiendo definido el concepto de planificación fiscal y comprendiendo sus influencias normativas, llegaríamos a la puerta de entrada del segundo de los apartados, que trata de ubicar las asimetrías híbridas en la economía de opción o en la planificación fiscal agresiva mediante su atomización.

---

<sup>33</sup>Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. (DOUE [en línea] núm. 64, 11-3-2011, pág. 1-12). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80479> [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

<sup>34</sup>Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. (DOUE [en línea] núm. 139, 5-6-2018, pág. 1-13). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80963>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

<sup>35</sup>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. (DOUE [en línea] núm. 193, 19-7-2016, pág. 1-14). <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/1164/oj>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

<sup>36</sup>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. (DOUE [en línea] núm. 144, 7-6-2017, pág. 1-11). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32017L0952>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

## 2. Las asimetrías híbridas

### 2.1 Contextualización

La digitalización, la velocidad exponencial de la innovación tecnológica y la globalización es seguido de lejos por la regulación fiscal internacional. Con ello, nos encontramos en una situación en la que lagunas legales y la ineficiencia técnica son el anfitrión perfecto para que las asimetrías híbridas se asienten en el contexto actual.

Para confrontar dicha situación hay dos entes principales: la Unión Europea y la OCDE, quienes huyendo de la doble imposición se han encontrado con la doble no imposición o asimetrías híbridas. Este fenómeno se puede comprender como la disparidad de dos ordenamientos jurídicos que es aprovechado por algún ente para planificar su actuación fiscal para dar lugar a la no tributación estando dicha renta sujeta en ambos estados. Incluso, con el tiempo dicho concepto se ha visto utilizado también por situación en los que dicha renta no es gravada en ningún país. Además la OCDE, también admitió que dicho concepto abarca los comportamientos artificiosos en los casos de subcapitalización<sup>37</sup> y de los CDIs<sup>38</sup>.

La delimitación de dicho concepto surgió a principios de la primera década de este siglo, siendo destacable la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE)<sup>39</sup>. Sin embargo, y como se va viendo, no existe una definición puramente estricta, sino que más bien depende del atrevimiento de instituciones y autores para extender su concepto sin que colisione con otros.

La renta resulta una de las principales características en esta figura tributaria, siendo siempre transfronteriza. Su argumentación se halla en que la figura de la no imposición no puede ser doble, pues el doble de cero, es cero<sup>40</sup>. Ello conlleva que no puedes no tributar dos veces. Pese a abogar por una visión de imposición única, si una de las rentas sujetas no tributa, y nos hallamos en una tributación agregada en la que su aumento resulte cero, ello provoca una doble imposición. Como

---

<sup>37</sup>Entiéndase la subcapitalización como el método artificioso por el que hay un flujo de capital entre estructuras empresariales con la finalidad de financiarse y con ello reducir el beneficio societario, obtener deducciones, que normalmente no se daría de la actuación ordinaria de las sociedades.

<sup>38</sup> ZUBIMENDI CAVIA, Alejandro. *La doble no imposición como resultado de la utilización de instrumentos y entidades híbridas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. 421 pág. ISBN 978-84-1113-825-3.

<sup>39</sup>Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE). (DOUE [en línea] núm. 338, 12-12-2012, pág. 41-43. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32012H0772>. [Consulta: 16 de junio de 2023.]

<sup>40</sup>Ibíd. 38

consecuencia caemos en que para que resulte una doble imposición hace falta una renta sujeta a la potestad de dos o más países. Visto el funcionamiento de la renta, cuando nos encontremos en una sobreimposición agregada estaremos delante una doble imposición, y cuando nos encontremos en una infraimposición, hallaremos la figura de las asimetrías híbridas. A su vez cabe la posibilidad de que exista una doble no imposición de carácter interno: sea de ejemplo los modelos autonómicos o federales.

Una vez expuesto la necesidad de disponer de una renta transnacional, debe haber también una conexión territorial que sujete la renta obtenida a la base impositiva de dos o más países. Recuérdesse que sólo puede haber deducciones, reducciones u otros beneficios fiscales si la renta está sujeta, pues no se puede estar exento sin estar sujeto al impuesto<sup>41</sup>. Dos son los imanes que atraen las rentas para someterlas a la potestad tributaria: el Estado de residencia y el Estado donde radica el establecimiento permanente. Sin embargo, como si un bloque de hielo resquebrajado por aires cálidos de modernidad se tratare, han surgido nuevos criterios que han puesto en jaque la polarización de las rentas. Sea de ejemplo criterios como el lugar donde se realizan las ventas<sup>42</sup>.

Una de las grandes preguntas que nos debemos plantear es si las asimetrías híbridas son una conducta o un resultado. Pues bien, son en su haber un resultado de una conducta que puede ser más o menos legítima. Es decir, puede ser o no, resultado de la elusión fiscal -artificiosidad, como medio, para disminuir la carga tributaria-, pero ello no quiere decir que la única vía de llegar a la doble no imposición sea la elusión fiscal de una de las rentas domésticas. Es en este punto donde renace la idea, anteriormente planteada, sobre si las asimetrías híbridas encajan dentro o fuera de la economía de opción.

Habido y habiendo sido la dimensión tributaria objeto de conflicto, son autores como Parada<sup>43</sup> que avivan un debate que para otros parecía sentenciado. Cabe destacar que los Estados son conscientes que a nivel interno existen mecanismos para evitar la elusión fiscal. Sea de ejemplo nuestro artículo 15 LGT que ha sido objeto de regueros de tinta, conocido como el *conflicto en la aplicación de la norma tributaria*. Sin embargo, existe una balanza que compara la proyección del ser y del haber de ser de la norma según la *voluntas legis*, y por otra, hasta qué punto interesa que un estado sea rígido si ello ahuyenta el capital. Este último hecho da lugar al dumping fiscal, al que mencionaremos seguidamente.

---

<sup>41</sup>Ibíd. 38

<sup>42</sup>Ibíd. 38

<sup>43</sup>Ibíd. 38

Sea de menester, a modo de paréntesis, ser expuesto el dumping fiscal como fenómeno relacionado con la planificación fiscal y de rabiosa actualidad. Ya no tan solo a nivel transnacional, sino también a nivel nacional. Dicho fenómeno consiste en cómo las potestades tributarias, -ya sea de un país, autonomía o incluso municipio- es empleada para atraer capital a cambio de reducir el peso tributario llegando a disminuirlos por debajo de los costes. Esto provoca una puja a la baja, forzando la organización recaudatoria llevando consigo varios efectos negativos. Entre sus consecuencias destacan las burbujas<sup>44</sup> de las bajadas de los tipos impositivos, diferencias tributarias no sostenibles a corto plazo o desigualdades entre territorios.

La importancia del dumping fiscal y su relación entre la planificación fiscal se encuentra en el formalismo de las potestades tributarias en cuanto a la recaudación, siendo la puerta de entrada al amoldamiento de las sociedades de capital para dar lugar a la doble no imposición. Cuando hablamos de un criterio formalista nos hallamos en la dimensión teórica del planeamiento, por lo que es mucho más sencillo adaptarse a él. Sin embargo, y de acuerdo con Zubimendi, debe ser expuesto la necesidad de que sea planteado un criterio material que tenga como base el principio de imposición única.

Lo que propone el citado autor es un criterio que pivote sobre el *cuanto* se tributa y no sobre *quienes* dispongan de una potestad tributaria para someter a gravamen dicha renta. Además, se comenta también la posibilidad que una única sujeción no implica menos sujeción, pues puede darse el caso de que un Estado con potestad tributaria sujete la renta pero siendo la cuota cero y que otro Estado la sujete a un tipo impositivo mayor que si la renta es sometida únicamente por un solo Estado. Con ello, se plantea, de acuerdo con Zubimendi, que la doble no imposición no debería ser cuantificada en base a los beneficios fiscales de la renta sino en base a un criterio material de imposición única: en base al «*nivel de tributación total o agregado a que se someta una renta y no al número de veces que se ejerce o deja de ejercer una potestad tributaria por sí misma*»<sup>45</sup>. A todo ello, surge la necesidad de plantear: ¿en qué consiste el principio de imposición única?

---

<sup>44</sup> Sea expuesto el término *burbuja* como referencia a la crisis del 2008, fenómeno que acabó *estallando* por su falta de autosustentación, equiparable al dumping fiscal. Si bien llegan grandes masas de capital aportando un beneficio indirecto, cabe mencionar que las arcas públicas dejan de llenarse, poniendo en jaque al estado del bienestar.

<sup>45</sup>Ibíd. 38

## 2.2 Principios internacionales del derecho fiscal internacional

Para poder dar un paso más para la comprensión de las asimetrías híbridas es necesario exponer de forma sintetizada cuales son los principios que permiten entender la fiscalidad internacional, para después tratar el principio de imposición única. Contémplese el derecho tributario internacional como la confluencia de ordenamientos jurídicos que sobrepasan las barreras nacionales. Por ello, es posible hablar de derecho tributario internacional europeo en un posible sentido más estricto. Los elementos claves que debemos considerar en la aplicación de los principios son: la distinción entre la relación entre estados y la proyección de su soberanía, la relación entre los estados y determinar quiénes son sus contribuyentes y determinar a qué contribuyente corresponde la renta

Como bien es sabido, todo el conjunto normativo en sentido amplio resulta estéril sin la presencia de unos principios que permitan adaptarlos a cada supuesto concreto. En el derecho tributario internacional lo que resulta de especial interés es lo que denominamos como «*potestad tributaria*»<sup>46</sup>, es decir ¿Hasta dónde llega la soberanía de los estados más allá de sus fronteras en materia tributaria? Los dos límites a la potestad tributaria se encuentran en la proyección interna del desarrollo del modelo organizativo de los Estados y en una proyección externa, las obligaciones de carácter internacional. Sin embargo, el mecanismo empleado comúnmente son los Convenios de Doble Imposición, donde estos miembros prevén o abordan los posibles conflictos ocurrentes. El ejercicio de la soberanía puede ser concebido como la decisión de los Estados para gravar un hecho imponible creyendo que están legitimados para ello o que por el contrario, no se crean legitimados para hacerlo. Sea destacado que existen modelos estandarizados como los de la OCDE, en la que sus estados miembros deben adaptar sus convenios con otros estados a las líneas que establece esta institución

Cuando analizamos la proyección interna de una persona jurídica en el estado español no existe una gran complejidad. El lugar de constitución, el domicilio social y la sede de dirección efectiva -prevaleciendo sobre los demás- son los criterios que empleamos para comprender las potestades tributarias 8 LIS.

En cambio en el paradigma de las rentas en la fiscalidad internacional nos hallamos en una un número de factores que requieren de un mayor detenimiento. El criterio básico usado hasta hace poco es el de nacionalidad, que se despliega en tres requisitos necesarios: que sean ciudadanos, que sean residentes personas u objetos en el territorio y que los hechos acaecidos sean obtenidos en el

---

<sup>46</sup>SERRANO ANTÓN, Fernando (dir.). *Fiscalidad internacional (I)*. 8ª edición. Ediciones CEF. 1110 pág. ISBN 978-84-454-4448-1.

territorio. Sin embargo, si este triple requisito no se da encontramos que la utilización de un segundo criterio, la conexión territorial. Este criterio se encuentra limitado a criterios geográficos, por lo que vemos una cierta reticencia en su aplicación debido a las nuevas formas de negocio surgidas<sup>47</sup>. En nuestra jurisdicción se regulan en el artículo 11 de la LGT, la LIRPF, la LIS y el 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, de ahora en adelante LIRNR.<sup>48</sup>

La aplicación del principio de territorialidad en los no residentes es más compleja, pues requiere de un nexo que pueda vincularlos al Estado, pudiéndose desarrollar en base a tres vertientes. El primero de ellos es la residencia del no residente en el estado que puede variar en base a las legislaciones de los estados, los CDI o incluso en las personas jurídicas si se basa en el lugar de constitución o bien donde desempeñe su actividad. Sea matizado que el término «*residencia*» cada vez se aleja más de la claridad debido al comercio electrónico y otras formas de actividad económica. El segundo criterio es el de la actividad económica, por lo que usualmente no se plantea tantos problemas, por lo que habitualmente, salvo algún CDI o si hay beneficios y un establecimiento permanente, se tributa en el lugar de residencia del contribuyente. El tercer supuesto es el caso de los de los inmuebles de un extranjero en el Estado, pudiéndose someter a gravamen dichas rentas obtenidas.

De un modo genérico, los elementos de vinculación de poder tributario de estos dos principios -territorialidad y nacionalidad- pueden ser personales y reales, pudiendo ser los últimos objetivos y subjetivos. El principio de territorialidad proyecta el vínculo real, aplicándose únicamente las potestades tributarias si se cumple alguno de los tres supuestos anteriormente expuestos. En cambio el principio de nacionalidad como proyección del criterio personal, se ejerce la potestad tributaria a todos los ciudadanos independientemente de la residencia o el lugar donde obtuvieron las rentas. Este segundo criterio ha sido dejado a su suerte debido a que los estados entienden que es suficiente para gravar una renta con el cumplimiento de alguno de los requisitos de la territorialidad<sup>49</sup>.

Por otro lado, encontramos que los sistemas de renta mundial que tiene por objetivo dar respuesta al reparto de potestades sobre una renta en qué dos estados se consideran competentes.

---

<sup>47</sup>Ibíd. 28

<sup>48</sup>España. 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. (BOE [en línea] núm. 62, 12-3-2004, pág. 11176-11192.) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-4527>> [Consulta: 8 de septiembre de 2023].

<sup>49</sup>Sin embargo, dicho criterio es aplicado en EUA pero conjuntamente con el criterio de fuente y de residencia. Sea señalado que la opción de aplicar uno u otro es una proyección más de la soberanía de los estados en base sus intereses económico-políticos

Con ello se determina dónde se grava la renta, y por consiguiente, cuánto se grava. Este principio se divide en el criterio de fuente y el criterio de residencia. El criterio de fuente destaca por ligar las rentas a una actividad económica en el Estado fuente, considerando la titularidad de bienes en ese estado y evaluando los factores de producción que se benefician de servicios públicos en el estado fuente. Por ello, se considera que un país solo debe cobrar impuesto a la renta sobre los ingresos generados en él. El segundo sub criterio, el de residencia, se basa en el centro de intereses vitales en Estados de residencia, teniendo como umbral los 183 días más las posibles presunciones salvo que exista algún CDI.

En este momento es cuando encontramos las primeras colisiones entre sistemas tributarios. Sea de ejemplo el criterio de territorialidad empleado por el Estado Z contrapuesto al criterio de residencia del Estado X. Debido a que como se proyecta la aplicación espacial de cada normativa tributaria, es cuando nos encontramos ante los conflictos internacionales sobre potestades tributarias.

Más allá de los posibles debates dogmáticos planteados en Congresos como el de IFA en 1984 en Buenos Aires o dogmas expuestos por autores de renombre como Falcón y Tella, el interés de emplear un sistema es un factor que deciden los estados legitimados por el principio de soberanía territorial -más o menos subordinados a las pertinentes consecuencias de los entes supranacionales- y que es tenido en cuenta en la planificación fiscal de los entes privados. Es decir, aquellos estados fuentes con un fuerte estado del bienestar que sustenten la creación y la acogida de nuevas empresas, tal vez serán partidarios de un sistema de renta mundial en base al criterio de fuente pues consideren que dichas empresas crecen gracias al marco estructural.

A todo ello, debemos acudir al principio de empresa independiente para determinar a qué persona jurídica corresponde la renta. Este principio es acompañado con el principio de capacidad económica junto al principio de beneficio. Mientras que el primero expone la necesidad de hacer tributar solo a quienes puedan hacer frente a la carga tributaria<sup>50</sup>, el segundo se basa en distribuir la carga tributaria en función del beneficio.

A modo de paréntesis, el principio de beneficio no tiene una única acepción, en la fiscalidad internacional representa un nuevo paradigma que trata la necesidad de comprender cómo debe ser distribuida la tributación entre las jurisdicciones que se estimen competentes. Su conceptualización permitirá comprender la aplicación del principio de imposición única debido a que actúan como un bípode. No es posible comprender cuánto se debe tributar si no sabemos qué estado se

---

<sup>50</sup> Su traducción jurídica la encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 31 CE como un principio material de justicia.

encuentra legitimado y viceversa. El debate que pretende solventar es saber responder a ¿se debe dar preeminencia al Estado fuente o bien, al Estado de residencia? Ponderado con la dimensión del principio de capacidad económica se valora el empleo relativo de los medios requeridos, en otras palabras, se trata de ponderar la relación del gasto público aprovechado para evitar la confiscatoriedad. Es decir, si una renta no es totalmente atribuible a un estado, tampoco puede serle atribuido todo el peso tributario, sino solo su parte proporcional. Normalmente el criterio básico empleado es el de atribuir al Estado de residencia la potestad sobre rentas pasivas -originado de inversión en activos tangibles o intangibles- y al Estado de fuente la potestad sobre las rentas activas -derivado de actividades personales o empresariales-.

Retomando el hilo argumental, cabe mencionar que el concepto de «*capacidad económica*» es diluido por la doctrina en las personas jurídicas puesto que no pueden tener propiamente dicha característica. Este debate es una de las puertas de entrada a la doble imposición, presentando un dilema sobre quién debe recaer verdaderamente la carga tributaria<sup>51</sup>. Por otro lado, el principio de empresa independiente también ofrece la posibilidad de desmarcarse de los dos anteriores principios mediante el sistema de contabilidad separada encontrando su inspiración en el principio de libre competencia. A modo de síntesis lo que pretende este sistema es segregar los entes que configuran los grupos societarios para poder determinar de una forma más precisa a quién corresponde la renta. Todo ello, siendo una de las puertas de entrada a los objetivos del «*Pilar 1*» de la OCDE, que será objeto de estudio más adelante.

Expuesta la pincelada de los principios que nos permiten comprender los principios de la fiscalidad internacional y como se sistematizan, es el momento de plantearnos, más allá de que sistema es mejor, donde podemos encontrar el punto de equilibrio para sustentar los estados del bienestar sin sobrecargar tributariamente a los contribuyentes: para ello encontramos el principio de imposición única. En este momento, cuando son expuestos los 5 principios básicos de la fiscalidad internacional nos surge la siguiente hipótesis: ¿Qué sucede cuando los estados no se coordinan y cada uno ellos emplea un sistema diferente? La respuesta la encontramos en el siguiente de los apartados: el principio de imposición única, que trata de evitar la doble imposición y la doble no imposición.

---

<sup>51</sup> Esta situación aumenta en grupos societarios, pues aumentan las personas jurídicas dando lugar a la necesidad de evaluar si son realmente entes independientes o bien es una ficción jurídica.

## 2.3 El dogma del principio imposición única

El principio de imposición única se debe entender como la línea divisoria entre la doble imposición y doble no imposición con todo lo que ello implica. Si anteriormente se asomaba la figura del dumping fiscal, en este punto volverá a asomarse como resultado de dividir la carga tributaria de los estados. Es decir, si bien a nivel nacional no plantea duda debido a la soberanía que tiene cada estado, sin embargo, a nivel internacional surge el debate sobre cuál debe ser el nivel mínimo de tributación, si los principios existentes son vinculantes y si propiamente son un límite a la soberanía de los estados. Es aquí donde se plantea el hecho del dumping fiscal como el resultado del ejercicio de la soberanía de los estados y otros debates relativos a la legitimidad de los principios de la fiscalidad internacional.

Para hacer camino a tan denso dogma, debemos ir a las fauces de la fiscalidad internacional: el principio de neutralidad. Cabe remarcar que dicho principio es de aplicación en las principales planificaciones normativas de la UE y la OCDE, pero no en otros modelos. La instauración del principio de neutralidad encuentra sus orígenes en la delimitación del máximo a tributar en la doble imposición, pero con el devenir de los años, su aplicabilidad se ha visto amoldada también a los supuestos del mínimo a tributar en la doble no imposición. Por lo tanto, ha adoptado un carácter *bidireccional*<sup>52</sup>.

El principio de neutralidad, según expone Zubimendi, entiende la dimensión tributaria como un añadido en el mercado que no debería condicionar las decisiones empresariales. Con ello se pretende asumir la eficiencia del mercado. Como consecuencia deductiva<sup>53</sup> de lo dicho hasta el momento, los organismos internacionales como la OCDE y la UE se han mostrado contrarios a regímenes ventajosos<sup>54</sup>. Esto se traduce en la huida de medidas proteccionistas que graven la renta transfronteriza. Sobre estas últimas ideas matícese la necesidad de plantear si todos los estados de la UE o de la OCDE tienen el mismo estado del bienestar. Y aún teniéndolo, otros factores como la cultura tributaria, nos abocan a una respuesta negativa.

Sin embargo, ¿cómo podemos comprender el principio de imposición única a partir del principio de neutralidad? La respuesta debe entenderse como un estado de tensión hacia un objetivo, busca equiparar el gravamen de las rentas transfronterizas adaptándose a cada supuesto de hecho. De una forma metafórica, debe entenderse la tributación agregada como el cielo que se

---

<sup>52</sup>Ibíd. 38

<sup>53</sup>Recuérdese que el método deductivo de razonamiento lógico hace referencia al diagrama de Venn, donde mediante la graficación mediante círculos se reflejan las relaciones lógicas de las ideas.

<sup>54</sup>Son de ejemplo el proyecto de competencia fiscal lesiva en 1998 y el BEPS, ambos realizados por la OCDE.

adapta a las montañas hasta llegar al espacio, aquellas montañas más altas tendrán un menor tipo de *tributación agregada* y viceversa con las explanadas que representan un gravamen inferior de la renta nacional.

Llegados a este punto, y siguiendo con la metáfora anterior, ¿hasta dónde debe llegar el cielo, es decir, hasta donde se considera apropiado el nivel de imposición y en base a qué criterios? Para dar respuesta a este problema surgen distintos criterios: la imposición única de carácter absoluto, la imposición única de carácter relativo que incluye la imposición jurídica y la económica y la proyección del principio de imposición única plasmada en el “Pilar 2”<sup>55</sup> de la OCDE.

El primero de los criterios en base a un criterio cronológico, utilizado también por Zubimendi<sup>56</sup>, es el de imposición única de carácter absoluto. Este criterio elaborado por Avi-Yonah<sup>57</sup> pivota sobre el principio de beneficio<sup>58</sup>-centrándose en el tipo de gravamen y no en las potestades tributarias-. En el caso de que no se ejerciera la potestad tributaria de forma suficiente, se debería atender al criterio de conexión territorial para ejercer una potestad tributaria residual. Avi-Yonah interpreta la imposición única en base a la neutralidad en la exportación de capital, ello implica querer asumir una idea de competencia perfecta. Sin embargo, autores contemporáneos como Parada o el mismo Zubimendi, entienden que interpretar la imposición única en base a la exportación de capital vislumbra la localización del capital. Ello da lugar a una visión parcial que únicamente serán los exportadores de capital quienes tengan una infraimposición. Para dar solución a este problema, autores como Sxhoureri y Galdino, se propone la concordancia entre gravámenes a nivel internacional. Todo ello, según el dogma de Zubimendi, queda lejos de la realidad pues no se tiene en cuenta la soberanía fiscal de los Estados.

---

<sup>55</sup>Recuérdese que el Pilar I y Pilar II es la denominación con la que se conoce los dos bloques normativos que abordan la fiscalidad internacional en el marco de la OCDE, siendo el primero relativo a las reglas de atribución de base imponible en una economía global y digitalizada, y el segundo relativo a un impuesto mínimo global.

<sup>56</sup>Ibíd. 38

<sup>57</sup>Reuven Avi Yonah es un catedrático estadounidense que ha trabajado en el ámbito de la investigación financiero-tributaria, concretamente en la fiscalidad internacional. Entre sus acontecimientos destacados se encuentra la dirección del *International Tax LLM Program* en la Universidad de Michigan. Las obras que son de menester son artículos como *Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*. *Tex. L. Rev.*, 74, 1301.

<sup>58</sup>El principio de beneficio se caracteriza por determinar que la potestad tributaria es del estado receptor de las renta. Lo que plantea Avi-Yonah es la posibilidad del Estado fuente para ejercer sus potestades. En este momento Zubimendi y otros autores se desmarcan de esta idea en base a la hipótesis sobre ¿Cómo puede ser que un estado con la potestad principal sea ejercida de forma inapropiada?

La otra vertiente relativa a la imposición única es la de carácter relativo en sus dos variables: la jurídica y la económica<sup>59</sup> <sup>60</sup>. Empezando por la imposición única de carácter relativo jurídico, se aboga por el principio de territorialidad como mecanismo para articular el principio de beneficio y la imposición única. Este criterio, predominante en organizaciones como la UE o la OCDE, incentiva la competitividad fiscal internacional dentro los marcos de competencia fiscal que no sea desleal. En base a este sistema la doble no imposición se origina como resultado de gravar de forma inferior las rentas del Estado fuente a un tipo inferior de la rentas domésticas.

Como hemos visto el principio de beneficio junto al principio de imposición única presenta ciertas dudas en su articulación. Para ello se opta en el principio de imposición única de carácter relativo jurídico por añadir el principio de territorialidad. Si bien presenta una mayor ventaja en postularse de forma preferente en el marco de la UE y la OCDE antes que el principio de renta mundial por favorecer a la competitividad, encuentra su error en su propio haber. Es decir, ¿Qué sucede si en el momento de determinar a quién corresponde la potestad tributaria no existe un acuerdo entre Estados? Entonces es aquí donde empieza a surgir, y que ya adelanto, el dilema que se plantea y que veremos en el tercer apartado. ¿Siendo la comunicación entre estados para no dejar de gravar rentas y no perder recaudación, como podrían organizarse los estados para comunicarse entre ellos? Además se plantean otros dos problemas: el primero, basándonos en el principio de capacidad económica derivado del principio de beneficio, nos sugiere la hipótesis relativa a una distinción en los tipos de gravámenes en la tributación entre el Estado fuente y el Estado que grava las rentas domésticas; el segundo originado del primero, trata sobre la imposibilidad de llegar al principio de imposición única debido a que el estado de residencia tenga un tipo impositivo demasiado inferior al de Estado fuente.

Como ya hubimos dicho anteriormente, el segundo tipo de criterio de imposición único relativo es el económico. La OCDE en la Acción 2 del Proyecto BEPS relativa a los instrumentos híbridos relaciona este criterio de imposición única con el principio de correspondencia. Este principio estima la necesidad de otorgar un tratamiento fiscal *coherente* a cada uno de los contribuyentes que participan en la transacción. Originado en los impuestos indirectos de consumo, no opera siempre, como establece Roin. Su aplicación se adapta al supuesto incentivando o desincentivando ciertas acciones. Por ello, su aplicación debe ir acompañada a la interpretación de la política fiscal de cada Estado. Este principio se centra en la renta, por lo que habrá doble no imposición cuando no se grave dicha renta a ninguno de los contribuyentes por los que transita.

---

<sup>59</sup>Diferénciese los criterios de doble no imposición jurídica y económica en que en la primera existe una solo hecho imponible que grava dos veces al mismo contribuyente y el segundo, por hacer tributar un mismo hecho a dos contribuyentes distintos.

<sup>60</sup>«¿Qué es la doble imposición internacional?» A: SUPERCONTBALE [en línea]. <[https://www.supercontable.com/informacion/impuesto\\_sociedades/Concepto\\_de\\_doble\\_imposicion.html](https://www.supercontable.com/informacion/impuesto_sociedades/Concepto_de_doble_imposicion.html)>. [Consulta: 1 de julio 2023].

Obsérvese su parecido al trato que reciben los impuestos indirectos, donde el eje principal es la circulación de la renta y no el contribuyente.<sup>61</sup> La figura de la Acción 2 del BEPS tiene su protagonismo en rentas domésticas, en las que dos contribuyentes no tributan una renta por causa de alguna asimetría contable. Su aplicación transfronteriza se ve limitada por los diferentes tipos de gravamen. Por ello solo se exige que el beneficio fiscal de la tributación ordinaria se compensen en otra jurisdicción con una integración como renta ordinaria en la misma proporción.

En este tercer criterio las asimetrías híbridas se pueden dar en los siguientes supuestos: un pago que da lugar a una deducción para ambas partes o que una parte tenga una deducción y la otra una exención. Este fenómeno permite entender a la luz de la Acción 2 de BEPS la infraimposición como el resultado de un ejercicio combinado de potestades tributarias de un gravamen inferior a una renta ordinaria<sup>62</sup>. Cabe matizar que la OCDE sólo incluye en el marco de las asimetrías híbridas a los vehículos jurídicos híbridos, es decir, aquellos medios que no tengan regímenes tributarios especiales que obtengan resultados al principio de correspondencia. Esto se debe a que propiamente si fuera un ente considerado especial, se justificaría por sí mismo el tratamiento fiscal favorecido.

Planteados los distintos criterios ¿cuáles son las perspectivas de futuro? Nuevos horizontes parecen asemejarse más al paradigma propuesto por Avi-Yonah, relativo a un tipo impositivo global gracias al principio de imposición único relativo. Sin avanzar demasiado a lo que será objeto de estudio en el Capítulo III, en la Acción 1 del proyecto BEPS de la OCDE, surge en 2020 el denominado “Pilar 2”. Para asumir un tipo impositivo mínimo global se propone la creación de una normativa internacional semejante a las NIIF<sup>63</sup>, es decir, un tipo de principios comunes y aceptados que opere sobre una base imponible común<sup>64</sup>. No es casualidad que aparezca el vocablo «*acceptar*» pues dicho ejercicio plantea, de nuevo, el debate relativo a la soberanía nacional de los estados en cuanto a su marco de decisión sobre el tipo de gravamen.

Como es común en proyectos tan ambiciosos, por diferentes factores lo que representa el haber del ser discierne en gran medida. Por ello, dicho proyecto está tendiendo a redirigirse para grandes multinacionales que facturen más de setecientos cincuenta millones de euros. Además nos encontramos con un segundo requisito que consiste en que solo se aplica en supuestos de elusión fiscal en sentido amplio o estricto o bien quienes alteren el principio de territorialidad. Pese a ello,

---

<sup>61</sup> *Ibíd.* 38

<sup>62</sup> *Ibíd.* 38

<sup>63</sup> *Ibíd.* 38

<sup>64</sup> *Ibíd.* 38

cabe remarcar que dicho proyecto se encuentra aún en fase de negociación, por lo que su proyección es incierta.

Encaminando el último tramo de este subapartado, pese a toda la doctrina científica expuesta, a modo de síntesis sean expuestos los matices esenciales abstraídos de las asimetrías híbridas. Siendo una figura independiente, y comúnmente confundida con otras como la elusión fiscal, no es *per se* una actuación ilícita -siempre con sus matices dependiendo del supuesto-. Se trata de una actuación que requiere de un resultado, que en gran medida es calificado de abusivo.

Sin embargo, la operación interna no plantea dudas legales, pero la suma de las operaciones legales entre ellas en el marco internacional, si que la plantea pues consiste en el aprovechamiento de dos sistemas tributarios. Su contexto y aplicación depende de cada ordenamiento jurídico y los principios empleados en cada uno junto a los CDI. No se basa tampoco en el número de beneficios fiscales, sino en el resultado habitualmente inferior de sumar el gravamen de la renta fronteriza y la tributación agregada comparado con supuestos ordinarios. En lo relativo a las rentas transfronterizas el criterio empleado es el de territorialidad, pero este criterio positivista impide dar cabida a una flexibilidad -como la que ofrece el criterio de residencia y fuente- que permita atender a las *rentas sin estado*<sup>65 66</sup>.

En último lugar, el principio de neutralidad debe ser el soporte que permita entender el principio de imposición única, buscando como resultado la igualdad de presión tributaria entre rentas fronterizas y rentas transfronterizas. A partir de este punto, autores como Zubimendi exponen los cauces que puede derivar el principio de imposición única. En base a la corriente de carácter absoluto de Avi-Yonah se optaría por un estandarizar el tipo de gravamen a nivel internacional. Por otro lado, el carácter relativo de la imposición única, se sustenta en adaptarlo al principio de territorialidad de las rentas transfronterizas. A todo ello, la OCDE no niega la posibilidad de ampararse en un tipo impositivo mínimo global. Como reflexión última ¿Si el haber de ser del derecho tributario es financiar los diferentes Estados, y no gastando todos ellos lo mismo, cómo puede llegar a determinarse el mínimo que necesita gravar cada estado?

---

<sup>65</sup>Las rentas sin estados es la forma de denominar todas aquellas rentas obtenidas sin un establecimiento permanente. Sea de ejemplo la digitalización de la economía, ello conlleva que sea necesario indagar nuevos criterios para poder gravar legítimamente las rentas.

<sup>66</sup>Ibíd. 38

## 2.4 Definición conceptual de las asimetrías híbridas

Analizadas las asimetrías híbridas desde el paradigma del principio de imposición única, cabe hacerlo ahora desde su positivización normativa<sup>67</sup>. Esta normativa en el marco de la UE es más ni menos que la ya mencionada Directiva 2017/952 (ATAD II) como resultado del perfeccionamiento de las demás Directivas ATAD extraídas del proyecto BEPS<sup>68</sup>.

El artículo 2.9 de la Directiva ATAD II resume la asimetría híbrida en base a tres factores: una situación pretendida por el contribuyente, en base a unos medios y dentro un contexto donde operan dichos medios. Todo ello da lugar a la frustración de los efectos fiscales pretendidos por los estados. Como hubimos expuesto, al tratarse de un resultado y no de una conducta, las asimetrías híbridas pueden ser «*efectos fiscales pretendidos por los contribuyentes*», como bien resume la obra dirigida por Fernando Serrano Antón<sup>69</sup>:

De acuerdo con el artículo 2.9.g, la deducción del mismo gasto, pago o pérdida en dos o más contribuyentes residentes en jurisdicciones fiscales distintas. El mismo artículo en su mismo punto en la letra a), b), c), d), e) y f) el supuesto de la deducción de un mismo gasto, pago o pérdida en un contribuyente sin la inclusión del correspondiente ingreso en otro contribuyente cuando residan en jurisdicciones fiscales distintas. El tercer supuesto se regula en el artículo 9 ter y consiste en la deducción del mismo gasto, pago o pérdida en el mismo contribuyente ante dos o más jurisdicciones fiscales. En penúltimo lugar en el artículo 9.6 encontramos el aprovechamiento del mismo crédito fiscal para dos más contribuyentes. En último lugar, se halla la no tributación de una renta ante ninguna jurisdicción fiscal según el artículo 9.5 y 9 bis.

Son considerados «*medios para conseguir los efectos fiscales pretendidos*»: de acuerdo con el artículo 2.9.b), e) e i) la entidad híbrida, siendo aquella que frente a una jurisdicción fiscal es considerada como contribuyente y frente a otra es considerada transparente, de modo que sus ingresos o gastos se consideran imputables a otros contribuyentes, en base al artículo 2.9 a) y j) los instrumentos financieros, cuyas rentas ordinarias o las derivadas de su transmisión sean calificadas de manera diferente por dos o más jurisdicciones fiscales, seguidamente, de acuerdo con el artículo 2.9.c) y 2.9.d) y f), respectivamente, los establecimiento permanente o un establecimiento

---

<sup>67</sup>SERRANO ANTÓN, Fernando (dir.). *Fiscalidad internacional (II)*. 8ª edición. Ediciones CEF. 1110-1909 pág. ISBN 978-84-454-4449-8.

<sup>68</sup>Es necesario recordar que dichas medidas están enfocadas al Impuesto de Sociedades de grandes corporaciones, pese a ello lo que nos interesa en este momento es ver la naturaleza de la asimetría híbrida.

<sup>69</sup>Ibíd. 67

permanente no computado y finalmente la residencia fiscal doble o plural en el caso de ser superior a dos.

Atomizados los dos primeros factores, son «*circunstancias o condiciones en el que operan dichos medios*»: en base al artículo 2.9 párrafo segundo del apartado c), la relación de asociación entre los contribuyentes concernidos, el mismo articulado expone los supuestos de relación entre casa central y EP, un tercer supuesto en el mismo artículo que trata la relación entre dos o más EP y finalmente la concurrencia del denominado «*acuerdo estructural*» en el mismo artículo 2.9 párrafo segundo del apartado c).

Como consecuencia de lo expuesto hasta el momento en este apartado, no habrá asimetría híbrida si no concurre el «¿*Qué?*» relativo a los efectos el «¿*Cómo?*» en base a los medios y el «¿*Contexto?*» si nos centramos en las condiciones donde operan los medios. Con las bases asentadas surgen supuestos específicos que disponen de algún requisito peculiar siendo de ejemplo: las asimetría híbrida en la entidad híbrida con el efecto de deducción sin inclusión, la asimetría híbrida con el efecto de deducción sin inclusión de carácter inverso, la asimetría en los supuestos de instrumentos financieros híbridos con el efecto de deducción sin inclusión o los supuestos de transferencia híbrida. Toda esta conceptualización de las fuentes supranacionales europeas basadas en la OCDE, se instauran en el artículo 15 bis LIS y el artículo 18.7 LIRNR remitiéndose al primero.

El resultado de la transposición normativa de las Directivas ATAD, entre otras, dan lugar a dos tipos de fenómenos: si bien es un resultado intencionado o si es un resultado involuntario. A finales de siglo XX la OCDE ya empezaba a tratar con detenimiento las prácticas de competencia fiscal lesiva con la distinción ahora planteada. La diferencia entre ambas es que cuando es voluntario, representa el quebrantamiento del principio de imposición única de forma deseada mediante el quebrantamiento del *soft law* relativos a la competencia fiscal lesiva<sup>70</sup>. Por otro lado, son involuntarias cuando es el resultado de lagunas legales que provocan resultados lesivos para el legislador, -ya sea nacional, el de los CDIs o el legislador europeo-<sup>71</sup>. Sin embargo, autores como West<sup>72</sup> expone que la complejidad de, no solamente un ordenamiento jurídico, sino también de la proyección interna y externa de estos con otros, que provoca que no sea posible determinar cuando existe realmente una voluntariedad o involuntariedad. Todo ello, salvo en supuestos concretos como lo puede ser la inaplicación de un convenio entre dos estados al tratarse de una perspectiva

---

<sup>70</sup>Ibíd. 38

<sup>71</sup>En este momento recuérdese, como se dijo en capítulos iniciales, que no cabe una interpretación analógica de la norma tributaria, por lo que en caso de lagunas la única solución es la legislativa.

<sup>72</sup>Autor referenciado en la obra de Alejandro Zubimendi Cavia. Ibíd. 38

pactada<sup>73</sup> <sup>74</sup>. Por ende, la atribución de la culpa de los resultado de la existencia de una asimetría híbrida no puede ser medida en base al criterio de involuntariedad -excepto en el supuesto expuesto- dado que se trata de un concepto que no es capaz de abarcar la complejidad que representa dicho escenario.

No pudiendo emplear el criterio de culpa en base a la intencionalidad, o ni siquiera siendo claro el principio de beneficio, queda abierto el debate sobre si las asimetrías híbridas forman parte de la economía de opción o la planificación fiscal agresiva. La finalidad que acontece este debate es saber responder a la siguiente hipótesis: ¿La sociedad que incurre en una asimetría híbrida en el momento de ejercer su actividad empresarial, incurre en economía de opción o bien en planificación fiscal agresiva y que conlleva cada calificación? Ya expuesto el tratamiento individualizado de cada uno de los conceptos en el Capítulo I, es de necesario ser recordado que la planificación fiscal agresiva es, según Zubimendi, el «*agotamiento del régimen fiscal internacional en el contexto global actual*». Remárquese nuevamente que la planificación fiscal agresiva pivota de tres elementos clave: el beneficio fiscal, el amparo de dicho beneficio por la literalidad de la norma y la ilegitimidad del beneficio por ser contrario al espíritu de la norma<sup>75</sup>.

Teniendo claro la diferenciación de cada uno de los conceptos, debemos determinar cuál es el criterio que permite comprender la legitimidad de las asimetrías híbridas. Hay autores que se focalizan en el comportamiento del contribuyente, mientras que otros autores se basan en los principios nucleares que sustentan la Unión Europea. Sin embargo, cuando hablamos de los principios, y como hubimos mencionado anteriormente, ni siquiera es firme el carácter imperativo del principio de imposición única. La complejidad dogmática del problema se agrava con la determinación de la competencia de la fiscalidad internacional -como análisis de la proyección de los límites de la soberanía de los Estados en el marco internacional- como los comportamientos del contribuyente -que pertenece al Derecho nacional-. Por ello, debemos atender a un criterio primitivo en el que el resultado y no la conducta sea la preocupación del derecho internacional.

Por la falta de incertidumbre en la delimitación de ambos conceptos y la necesidad de adaptarlos a cada supuesto, junto con la doble dimensión del concepto de soberanía nacional que no es coherente analizar en base un único criterio, sumándole además de la inexistencia de una coordinación real entre estados: sería preferible resolver una cuestión previa. ¿Cómo pueden hacer los estados miembros para afrontar el problema de las asimetrías híbridas?

---

<sup>73</sup>Entiéndase como perspectiva pactada la aplicación de un CDI como resultado de un pacto abarca la coordinación de dos soberanías nacionales.

<sup>74</sup>Idea de Martínez Laguna expuesta en la obra de Zubimendi *Ibíd* 38.

<sup>75</sup>*Ibíd.* 38

### 3. La figura de la OCDE en el marco de la fiscalidad internacional

#### 3.1 Presentación de la OCDE y su relación con la fiscalidad internacional

Antes de que pudiera ser afrontado el dilema sobre la legitimidad de las asimetrías híbridas, debemos postular la OCDE como el medio de solución. Pionera desde su actuación en el Plan Marshall<sup>76</sup> su protagonismo ha tomado fuerza con el proyecto BEPS. Sin que propiamente sea vinculante para los estados miembros, el interés de adaptar las normativas nacionales a sus directrices se halla en un interés lógico de un ecosistema fiscal que evite el deterioro del financiamiento de los estados del bienestar.

Es probable que quienes estén al corriente de proyectos como la Agenda 2030<sup>77</sup> o las últimas conferencias celebradas como la denominada como Adís Abeba se preguntan por qué no postula en su caso a la ONU como el ente adecuado para asumir este asunto. Los motivos por los que la OCDE tiene un mayor aval que la ONU radican en que: la ONU tiene un inquebrantable deseo velar por la sostenibilidad pero no tiene un nivel de técnica financiero y tributaria como la que ha demostrado la OCDE con su proyecto BEPS, además no especifica los medios de como lograr dicho objetivo y por último trata el gasto público como un elemento a racionalizar, pero sin ponderar realmente el uso efectivo de los ingresos públicos o soluciones a aportar.<sup>78</sup>

Si recapitulamos, en el transcurso del trabajo se ha presentado de forma involuntaria la figura de la OCDE, siendo el ente protagonista que ha asumido la conceptualización de la planificación fiscal agresiva juntamente con otras figuras afines y la adaptación a la nueva economía digital. Este es el resultado de una progresión paulatina, no centrada únicamente en la fiscalidad sino también en aspectos como la sostenibilidad con el «*polluter pays principle*»<sup>79</sup>. Con el tiempo dicha institución se segmenta en tres áreas principales: la dimensión puramente social donde vela por aspectos como el bienestar social o la inclusividad, una segunda dimensión que trata la brecha

---

<sup>76</sup>El Plan Marshall, bautizado con este nombre debido a su diseñador George Marshall, fue el plan económico elaborado para que Estados Unidos pudiera apoyar financieramente a Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial. Su utilidad sirvió como medio organizativo a nivel supranacional más que como resultado, representando únicamente un crecimiento del PIB del 0,3%.

<sup>77</sup>Conócese la Agenda 2030 como el plan de Objetivos de Desarrollo Sostenible que abarca: “el fin de la pobreza”, el “hambre cero”, “la educación de calidad” entre otros, elaborado por la ONU para afrontar los problemas sociales a medio plazo que deben solventar esta década.

<sup>78</sup> *Ibíd.* 28

<sup>79</sup>Este principio tiene su especialidad en considerar que quien contamina debe tributar. Más allá de su configuración jurídica que pudiera tener en cada soberanía, su importancia se encuentra en plasmar la conciencia medioambiental en la dimensión formal de los ordenamientos jurídicos.

digital<sup>80</sup> y el tercer aspecto -que es el que nos es de interés-, que trata la cooperación tributaria internacional como herramienta para lograr sociedades más justas.

Como ellos mismos exponen, se presentan en esta tercera área como un ente que promueve el intercambio de información, vela por un sistemas educativos que sean conocedores la importancia de la fiscalidad, ofrece consejos relativos a las políticas públicas y -por lo que nos es de menester- se preocupan por «*preventing international tax and evasion*» desde 1988 con la «*Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*»<sup>81</sup>. Entre sus obras más destacadas, en la que debemos profundizar es el denominado proyecto BEPS. Mencionado reiteradamente en el transcurso del trabajo, es el acrónimo de «*Base of Erosion and Profit Shifting*», teniendo por objeto evitar:

«[...] la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios propiciados por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las empresas multinacionales (EMN), con el fin de hacer “desaparecer” beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones donde existe escasa o nula actividad real, si bien goza de una débil imposición, derivando en escasa o nula renta sobre sociedades.»<sup>82</sup>

Para su abordaje se crea un marco inclusivo sobre el BEPS de la OCDE donde se sumaría el G-20<sup>83</sup> creado con ello un paquete de medidas que suman un total de 15. Desde economía digital hasta instrumentos multilaterales, son más de 130 los miembros que colaboran entre ellos. Para asumir sus objetivos desde 2018 hasta 2020 elaboraron los denominados «*Pilar 1*» y «*Pilar 2*» siendo el primero relativo a la reasignación de derechos fiscales y el segundo a la creación de normas tributarias que garanticen el principio de imposición única.

---

<sup>80</sup>La brecha digital es el fenómeno por el que la utilización de los medios electrónicos, que a su vez facilitan los procesos burocráticos, es un arma de doble filo sobre los que no tienen acceso a ellos. Debido a ello, nos encontramos delante de un fenómeno en el que quienes no tienen acceso a medios tecnológicos se encuentran desplegados en ciertas necesidades a diferencia de quienes tienen acceso. Su presentación en forma de ecuación es: Resultado de habitantes debajo el umbral mínimo de medios tecnológicos = Número de habitantes totales - Habitantes que no tienen acceso a dichos medios.

<sup>81</sup>La propia OCDE lo define como: «*The Convention facilitates international co-operation for a better operation of national tax laws, while respecting the fundamental rights of taxpayers. It provides for all possible forms of administrative co-operation between states in the assessment and collection of taxes. This cooperation ranges from exchange of information, including automatic exchanges, to the recovery of foreign tax claim*»

<sup>82</sup>OCDE. 10 preguntas sobre BEPS. A: OCDE [en línea]. <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf> [Consulta 17 de julio de 2023]

<sup>83</sup> La OCDE y G20 son diferenciados en cuanto a miembros y constitución. Sin embargo, su interés en la macroeconomía les hace confluír en la fiscalidad. Téngase en cuenta que en este trabajo se ha apostado por la OCDE debido a que el G20 es un ente mayormente centrado en las entidades financieras y en la prevención de crisis a escala supranacional. Además, la OCDE dispone de una faceta social que nos ayuda a entender el por qué de la necesidad del proyecto BEPS.

La estructura orgánica de la OCDE está compuesta por un Marco Inclusivo que abarca todos aquellos miembros para que, en igualdad de condiciones, puedan adoptar sus puntos de vista y ofrecer distintas alternativas. Su proyección formal se da con los Instrumentos Multilaterales, donde un total de 1.500 convenios fiscales firmados por 85 jurisdicciones resultaron modificados. Llegados a este punto, no son pocos los sesgos que se le pueden atribuir a la OCDE como un candidato ideal para ser a su vez una figura del intermediario internacional. Pese a ello, resulta oportuno seguir profundizando su tratamiento en relación a las asimetrías híbridas.

A modo de advertencia destaca la necesidad de comprender que son tres los frentes que se abren en este trabajo. Siendo este último al igual que los otros tres bloques posibles objeto de un trabajo en profundidad, por lo que cabe remarcar que lo que se pretende es ver una visión general del funcionamiento de la OCDE. Todo ello, para -como veremos en los siguientes puntos- comprender cómo se encuentra influenciada la AEAT en materia de fiscalidad internacional.

### 3.2 El proyecto BEPS y el conjunto de medidas que postulan la OCDE como solución a las asimetrías híbridas

Entre las 15 medidas mencionadas que se crearon para afrontar el BEPS, es de especial interés la Acción 2. Es necesario remarcar que si bien en este estudio se empleó las Directivas ATAD -que realmente siguieron los pasos del BEPS- para exponer la conceptualización de las asimetrías híbridas por su mayor claridad, la Acción 2 se encuentra un peldaño por encima: propone soluciones, ofrece cambios en convenios en materia tributaria y modifica los estándares impositivos, todo ello a nivel mundial.

Las características que ahora se exponen relativas a la Acción 2 del proyecto BEPS sirven para defender a su vez la propuesta del trabajo: emplear la figura de la OCDE como interventor en conflictos entre estados<sup>84</sup>. La deducción lógica que se desprende cuando un ente de tal calibre ha sido capaz de abarcar una dimensión metajurídica de la fiscalidad internacional, es que también es capaz de resolver las diferencias entre estados. Por ello, lo que pretende este apartado es exponer el carisma de la Acción 2 como resultado de la comprensión que supone el problema del BEPS.

La estructura de la medida que abarca las normas anti-híbridas no combate cualquier asimetría híbrida, sinó que son dejados de lado los supuestos donde actúa la presunción de voluntariedad anteriormente expuesta. El objeto sobre el que recae la medida son los supuestos de doble no imposición de carácter bilateral, es decir, cuando ninguno de los estados se considera competente para gravar dicha renta -que en cambio sí sería gravada si fuera interna-. Cabe remarcar también que la medida solo es aplicada sólo en supuestos en los que se emplee un elemento híbrido -expuesto también en capítulos anteriores-. A su vez, su aplicación se ve limitada a los *vehículos híbridos*, siendo destacables los instrumentos financieros, entidades, transacciones o incluso situaciones fácticas. Como resultado de ello nos encontramos en un triple requisito: el fin, el medio y el medio del medio para el fin.<sup>85</sup>

La estructura de la Acción 2 se descompone en el supuesto de hecho de las asimetrías híbridas y la consecuencia tributaria. El primero de los elementos se descompone en tres ramas: la asimetría tributaria, el elemento híbrido y el pago. En este momento ya se asoma de forma latente la complejidad técnica que suponen dichos presupuestos si la conceptualización expuesta en otros capítulos no lo hizo aún.

---

<sup>84</sup>ÁLAMO CERRILLO, Raquel. *La economía digital y el comercio electrónico. Su incidencia en el sistema tributario*. Madris: Dykinson, 2016. 182 pág. ISBN: 978-84-9148-023-5

<sup>85</sup> *Ibid.* 38

Puesto que la Directiva ATAD -y sucesores- siguieron la estela de la Acción 2 del proyecto BEPS<sup>86</sup>, la exposición de los anteriores tres elementos anteriores se asemejan claramente. Sin embargo, por lo relativo al pago simplemente destacar que las deducciones sin inclusión deben originarse como un pago real y no simulado. Además será necesario que se genere una doble deducción o un gasto deducible y una no inclusión para quien fuere el perceptor<sup>87</sup>.

Expuesta la complejidad terminológica mediante la remisión a epígrafes anteriores, es un claro ejemplo de la capacidad técnica de la OCDE en el conjunto de reglas anti-híbridos, pretendiendo así seguir avalándola como el medio necesario. Para ello, y como nexo al tercer apartado, veremos las distintas normas anti-híbridas y su aplicabilidad juntamente con su relación con las normas tributarias nacionales.

En primer lugar, relativo a la relación entre las normas anti-híbridas y aplicación mediante el principio de proporcionalidad destaca la previsión de la *circularidad*<sup>88</sup>. Este concepto es el fenómeno que prevé evitar la doble imposición como resultado de la aplicación simultánea de dos potestades tributarias de dos reglas anti-híbridas, dando lugar a doble imposición económica. Incluso, en una dimensión negativa donde dos estados con reglas anti-híbridas en uso las dejasen de aplicar la potestad tributaria dando lugar a la asimetría híbrida. Siguiendo la estela de esta normativa también aparecen las denominadas «*Recomendaciones*» que tratan supuestos específicos y que permiten aclarar la aplicabilidad de la normativa. Es de ejemplo los «*Participation exemption*» en la que se determina que no es aplicable la exención de los dividendos cuando estos sean deducibles por el pagador.

Como consecuencia de todo ello encontramos una prelación normativa donde las recomendaciones tienen primacía y las reglas anti-híbridos ordinarias se postulan como una fuente de cobertura. De este modo, siempre habrá una regla anti-híbrida primaria, que será aplicada por la jurisdicción determinada por la regla anti-híbridos, y otra regla de carácter secundario que es aplicada por la contraparte. Es por ello que la complejidad normativa se encuentra en tener una doble proyección compatible de la normativa y a todo ello sumarle la aplicación de los principios para saber quién debe gravar la renta.

---

<sup>86</sup>MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. *Las asimetrías híbridas en el Impuesto de Sociedades: el nuevo artículo 15 bis de la LIS [en línea]. Editorial Aranzadi; Madrid 2021.* <[https://insignis-aranzadidigital-es.sire.ub.edu/maf/app/document?srguid=i0ad6adc60000018a8397aa6871c97a81& marginal=BIB%5C2021%5C3028&docguid=I5df1fdc0bfb811ebab39f170d5b55104&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotyp e=arz\\_biblos:&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggest Screen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=#contador1](https://insignis-aranzadidigital-es.sire.ub.edu/maf/app/document?srguid=i0ad6adc60000018a8397aa6871c97a81& marginal=BIB%5C2021%5C3028&docguid=I5df1fdc0bfb811ebab39f170d5b55104&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotyp e=arz_biblos:&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggest Screen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=#contador1)> [Consulta: 11 de septiembre de 2023].

<sup>87</sup> *Ibíd.* 38

<sup>88</sup> *Ibíd.* 38

Cuando nos referimos a la naturaleza de la norma anti-híbridos -que expone claramente Zubimendi-, nos referimos propiamente, y de forma intrínseca, a su interacción con otras normas tributarias nacionales o incluso de las potestades infranacionales. Llegados a este punto vuelve a resurgir un debate que es objeto de cascadas de tinta: la posibilidad que superponer las normas anti-híbridos a las normas nacionales o incluso con otras normas anti-abuso, sin que sea confundido las normas tributarias en general con las normas anti-abuso en particular<sup>89</sup>. Sin embargo, cabe remarcar que en los supuestos de una norma anti-híbrida y anti-abuso especial, prevalece la norma menos restrictiva<sup>90</sup>.

La complejidad técnica del abordaje de las normas anti-híbridos aumenta potencialmente con la interacción con las normas anti-abuso -conocida esta última en nuestro ordenamiento jurídico como el artículo 15 LGT-. Para su solución debemos atender a una proyección de la naturaleza *ex post* de la norma general. Sin embargo, nos encontramos que dicha interpretación requiere de un tiempo de aplicabilidad que hoy en día es escaso en ciertas operaciones de ingeniería financiera.

De esta forma, lo que se pretende es constatar cómo las normas internacionales de los instrumentos anti-híbridos están sintonizadas con las normas nacionales e ir determinando cuáles prevalecen. Este fenómeno que hemos visto se puede ir desarrollando mediante la evaluación de nuevos factores jurídicos que se pretendan sintonizar con los supuestos del BEPS. Sin embargo, lo que nos interesa extraer ahora mismo, es ver como el proyecto BEPS en su Acción 2 de la OCDE ha sido capaz de afrontar un reto de tal magnitud<sup>91</sup>. Ahora sólo queda plantear la siguiente duda ¿Podría postularse la OCDE como un ente un peldaño por encima y ejercer de mediador o arbitraje en supuestos concretos de asimetrías híbridas?

---

<sup>89</sup> *Ibíd.* 38

<sup>90</sup> *Ibíd.* 38

<sup>91</sup> Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois, D.J., "Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso", en García-Herrera Blanco, C. (coord.), Documentos de Trabajo 14/2017. V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario "El futuro del impuesto sobre Sociedades (3.ª parte)", IEF, 2017, p. 19-33.

### 3.3 Como la OCDE permite a los contribuyentes resolver los supuestos de asimetrías híbridas.

Los argumentos que sustentan la OCDE como el ente que debería gestionar el problema planteado radica en su estructura supranacional capaz de reunir los diferentes ordenamientos jurídicos y dar salida a los problemas que suceden. El objetivo es plantear -después de haber expuesto la conceptualización, la legitimación para gravar las rentas, la naturaleza, e incluso sobre si deben ubicarse dentro la economía de opción o la planificación fiscal agresiva- que posibilidades ofrece la OCDE para solventar los supuestos de asimetrías híbridas y otros supuestos de BEPS.

Para ello, se creó una de las 15 acciones que aborda las controversias internacionales es la número 14, denominada «*Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias*»<sup>92</sup>. En dicha Acción se protagoniza de forma evidente el procedimiento amistoso considerando incluir cláusulas de arbitraje preceptivo y vinculante en los convenios ya existentes<sup>93</sup>. Se presenta a su vez, lo que es denominado como los «*estándares mínimos*» que consisten en «*las medidas concretas que los países adoptarán para garantizar que la resolución de las controversias sobre convenios fiscales se lleva a cabo de una forma oportuna, eficiente y eficaz*»<sup>94</sup>.

Durante el análisis de dicha Acción 14 se configura el procedimiento amistoso según los criterios de la OCDE. Entre todos los apuntes que se realizan, destaca, por ejemplo, el apartado 1.2 relativo a las facilidades que debe adoptar la administración tributaria competente. El siguiente punto contempla el plazo estimado de resolución en 24 meses. Incluso se contempla un Foro sobre Administración Tributaria que como se indica es un organismo subsidiario al Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. Además se requiere la publicidad de los procedimientos amistosos en el FAT. Por otro lado, también hay la obligación de modificar todos aquellos convenios realizados previamente entre miembros de la OCDE o del G-20<sup>95</sup>, respectivamente.

Después de habernos alejado de la normativa nacional y haber acudido a los entes internacionales para comprender la doble no imposición podemos comprender la hipótesis final del trabajo ¿Cómo puede un contribuyente español solventar las controversias relativas a las asimetrías

---

<sup>92</sup>OCDE. *Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias. Acción 14- Informe final*. [recurso en línea]. París: Éditions OCDE, 2015. <[https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/hacer-mas-efectivos-los-mecanismos-de-resolucion-de-controversias-accion-14-informe-final-2015\\_9789264258266-es#page4](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/hacer-mas-efectivos-los-mecanismos-de-resolucion-de-controversias-accion-14-informe-final-2015_9789264258266-es#page4)>. [Consulta: 20 de agosto de 2023]

<sup>93</sup>En el apartado 1.7 de la misma acción se expone la necesidad de incluir en el apartado 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE del año 2008, la utilización del arbitraje preceptivo y vinculante en el procedimiento amistoso.

<sup>94</sup>Ibíd. 38

<sup>95</sup>Parada, L., Double Non-taxation and the Use of Hybrid entities. An alternative Approach in the New Era of BEPS, Kluwer Law International (Series on international taxation 66), 2018

híbridas? Para ello debemos tener claro que en ningún caso los estados han cedido parte de su soberanía, por lo que pese a que existan acuerdos, aceptaciones expresas, forums donde se los estados puedan hacer consultas, la última palabra recala en la administración tributaria del estado español, en este caso la AEAT en caso de precios de transferencia y atribución de beneficios a establecimiento permanente, y a la DGT en los otros supuestos<sup>96</sup>. Para que dicho procedimiento pueda intervenir debe haber un convenio aplicable, para ello deberemos remitirnos a las normas de derecho internacional respectivas<sup>97</sup>. La regulación de los procedimientos amistosos puede ser internacional o interna. Los tipos de procedimientos se distinguen según los tramitados al amparo del Convenio fiscal Aplicable, los tramitados al amparo del Convenio de Arbitraje, según la intervención de terceros, los tramitados al amparo de las Directivas -para supuestos de los países de la UE-. Destáquese que mayor cantidad de convenios serán aplicable para los países de la UE con Convenio Fiscal en España que los que no son parte de la UE. Todo ello sin nombrar los que directamente no son de la UE y no hay convenio fiscal, donde no es posible iniciar ningún procedimiento.

De esta forma, si atendemos a la ya referenciada página de la AEAT, podríamos seguir desarrollando la aplicación del proceso amistosos, desde la regulación, legitimados, tipos de procedimientos, fases del procedimiento, plazo, autoridad competente, admisión o denegación, fase unilateral, fase bilateral, hasta llegar a la ejecución del acuerdo. Sin embargo lo que resulta de especial trascendencia es como se ha podido cerrar el círculo -siempre teniendo la extensión que nos impone la dimensión formal del proyecto- que presentaba un trabajo que se iba alejando de la normativa nacional que se expone en las conclusiones del mismo trabajo. Es decir, si en un momento inicial vimos la evolución del concepto de economía de opción y la planificación fiscal agresiva, ello nos permitió comprender las asimetrías híbridas, sumándole además los principios de la fiscalidad internacional. Todo ello con la finalidad de realizar una visión global y como la OCDE se figura como uno de los entes supranacionales que influencia a la soberanía de los estados e incluso a la UE, siendo de ejemplo las directrices ATAD.

---

<sup>96</sup>*Guía de procedimientos amistosos* [en línea]. A: AEAT [en línea]. <<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/guia-procedimientos-amistosos/parte-primer-procedimiento-fases/1-introduccion/que-procedimiento-amistoso.html>>. [Consulta: 11 de septiembre de 2023].

<sup>97</sup>Sanz Gadea, E., “La Directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridas ”, Revista de Contabilidad y Tributación. CEF , núm. 15, 2017, pàg. 43-102.

## 4. Conclusiones

No son pocas las dudas que me atenazan, pues son las mismas que me han invitado a indagar sobre un tema que aún es falto por escribir. Desde la filosofía kantiana hasta la propia página de la AEAT, este trabajo ha sido la excusa perfecta para poder indagar en nuevos horizontes y hallar nuevas hipótesis para ser tratadas: ¿Dónde se halla la licitud que divide la economía de opción y la planificación fiscal agresiva? ¿Las asimetrías híbridas son parte del primer grupo o del segundo? ¿Cómo evolucionará el papel de la OCDE? ¿Le será cedido a la OCDE algún tipo de soberanía de los estados?

Siendo las dudas reflejo del trabajo hecho, también hay otros frentes claros que han podido ser atomizados: la dogmatización de las asimetrías híbridas, el papel de la economía de opción, la desmarcación de la elusión fiscal, la planificación fiscal agresiva, la relación del dumping fiscal o incluso el teorema del impuesto sobre los tontos. Poder aislar todos estos conceptos nos permite abstraer de todos ellos dos puntos claves:

Desde un punto de vista más amplio, la cultura tributaria que se creía perdida aún subsiste, pues la OCDE, pese a no ser fuente directa del derecho, es el anhelo más evidente del deseo de proporcionar un estado del bienestar a nivel mundial. Desde otro punto de vista más técnico, exponiendo en cifras la importancia de las asimetrías híbridas, es también destacable que en los pequeños detalles encontramos las grandes diferencias. Pese a que las asimetrías híbridas son un fenómeno anómalo que en muchos casos no llega a ser el 1% del volumen de facturación, solo suponiendo que sea de 750 millones, este porcentaje representa un total de 7,5 millones de euros que se dejan de tributar -todo ello debiendo ser multiplicado por la cantidad de multinacionales-.

Para dar por concluido el trabajo, el resultado obtenido de esta investigación da lugar a la necesidad de persistir en la cultura tributaria y su estudio, sirviendo de ejemplo la voluntad de más de ciento treinta países para buscar soluciones en un ente que propiamente ningún estado está obligado a formar parte. Por lo tanto, las asimetrías híbridas solo han sido el vehículo para poder exponer un gran debate dogmático y presentar a la OCDE como el medio por el cual la fiscalidad internacional, y sus problemas venideros, pueden ser afrontados solamente si la cultura tributaria está verdaderamente incardinada en la conciencia social y, por tanto, también en el mundo académico y las políticas públicas.

## 5. Bibliografía

### 5.1 Bibliografía y bibliografía web

ÁLAMO CERRILLO, Raquel. *La economía digital y el comercio electrónico. Su incidencia en el sistema tributario*. Madris: Dykinson, 2016. 182 pág. ISBN: 978-84-9148-023-5

AUDI, Robert (editor). «*Diccionario akal de filosofía*». Madrid; Ediciones Akal, 2004

CRUZ PADIAL, Ignacio; HINOJOSA TORRALVO, Juan José (dirs.). *Cuestiones actuales de planificación fiscal internacional*. Barcelona: Atelier, 2019. 411 pág. ISBN 978-84-17466-61-9

Editorial Grudemi. «¿Qué fue el siglo XVIII?». A: *Enciclopedia de Historia* [en línea]. Noviembre de 2022. <<https://enciclopediahistoria.com/siglo-xviii/#:~:text=El%20siglo%20XVIII%20se%20caracteriz%C3%B3,comenz%C3%B3%20a%20escribir%20la%20Enciclopedia.>> [Consulta: 15 de mayo de 2023].

FALCÓN Y TELLA, Ramon. *Derecho financiero y tributario (Parte general)*. Madrid:m Servicio de publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2020. 461 pág. ISBN 978-84-8481-220-3

FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Editorial Trotta, 2019. 246 pág. ISBN 978-84-9879-795-4.

GARCÍA NOVOA C. «Motivo económico válido y economía de opción. Sentencia Securitas del Tribunal Supremo.» *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, núm. 479, pág. 45–64. <<https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.11573>>. [Consulta: 25 de mayo de 2023].

*Guía de procedimientos amistosos* [en línea]. A: AEAT [en línea]. <<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/guia-procedimientos-amistosos/parte-primer-procedimiento-fases/1-introduccion/que-procedimiento-amistoso.html>>. [Consulta: 11 de septiembre de 2023].

Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois, D.J., “Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso”, en García-Herrera

Blanco, C. (coord.), Documentos de Trabajo 14/2017. V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario "El futuro del impuesto sobre Sociedades (3.ª parte)", IEF, 2017, p. 19-33.

M. PONT MESTRES «Aproximación a una indagación acerca de las causas del fraude tributario.» en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 24, enero-marzo 1994, p.68.

MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. *Las asimetrías híbridas en el Impuesto de Sociedades: el nuevo artículo 15 bis de la LIS [en línea]*. Editorial Aranzadi; Madrid 2021. <[https://insignis-aranzadidigital-es.sire.ub.edu/maf/app/document?srguid=i0ad6adc60000018a8397aa6871c97a81&marginal=BIB%5C2021%5C3028&docguid=I5df1fdc0bfb811ebab39f170d5b55104&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos:&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select\\_mod=false&displayName=#contador1](https://insignis-aranzadidigital-es.sire.ub.edu/maf/app/document?srguid=i0ad6adc60000018a8397aa6871c97a81&marginal=BIB%5C2021%5C3028&docguid=I5df1fdc0bfb811ebab39f170d5b55104&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos:&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=#contador1)> [Consulta: 11 de septiembre de 2023].

OCDE. 10 preguntas sobre BEPS. A: OCDE [en línea]. <<https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>> [Consulta 17 de julio de 2023]

OCDE. *Hacer más efectivos los mecanismo de resolución de controversias. Acción 14- Informe final*. [recurso en línea]. París: Éditions OCDE, 2015. <[https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/hacer-mas-efectivos-los-mecanismos-de-resolucion-de-controversias-accion-14-informe-final-2015\\_9789264258266-es#page4](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/hacer-mas-efectivos-los-mecanismos-de-resolucion-de-controversias-accion-14-informe-final-2015_9789264258266-es#page4)>. [Consulta: 20 de agosto de 2023]

Parada, L., Double Non-taxation and the Use of Hybrid entities. An alternative Approach in the New Era of BEPS, Kluwer Law International (Series on international taxation 66), 2018

PONT CLEMENTE, Joan-Francesc. *La economía de opción*. Barcelona. Marcial Pons, 2006. 202 pág.. ISBN 84-9768-322-6.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo. NUEVA FISCALIDAD [en línea]. «La delimitación conceptual de la «erosión» de las bases imponibles: un problema internacional». núm. 1 de 2023. Pág. 140. <[https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#search/jurisdiction:ES+content\\_type:4/planificaci%C3%B3n+fiscal+agresiva/vid/delimitacion-conceptual-erosion-bases-694943217](https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/planificaci%C3%B3n+fiscal+agresiva/vid/delimitacion-conceptual-erosion-bases-694943217)> [Consulta: 27 de mayo de 2023].

SÁNCHEZ PÉREZ, José. *Cómo hacer el mejor TFG/TFM. Consejos para que tu trabajo de fin de grado o máster resulte exitoso*. Barcelona; Atelier Libros Jurídicos, 2021. 155 pág. ISBN 978-84-18244-38-4.

Sanz Gadea, E., “La Directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridas ”, Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, núm. 15, 2017, pàg. 43-102.

SERRANO ANTÓN, Fernando (dir.). *Fiscalidad internacional (I)*. 8º edición. Ediciones CEF. 1110 pág. ISBN 978-84-454-4448-1.

SERRANO ANTÓN, Fernando (dir.). *Fiscalidad internacional (II)*. 8º edición. Ediciones CEF. 1110-1909 pág. ISBN 978-84-454-4449-8.

TURULL RUBINAT, Max (dir.). *Tècniques de treball i comunicació. Instrumentarium per a les ciències jurídiques i socials.*. 3ª edición. Barcelona: Huygens Editorial, 2017. 288 pág. ISBN 978-84-15663-82-9.

ZUBIMENDI CAVIA, Alejandro. *La doble no imposición como resultado de la utilización de instrumentos y entidades híbridas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. 421 pág. ISBN 978-84-1113-825-3.

«¿Qué es la doble imposición internacional?» A: SUPERCONTBALE [en línea]. <[https://www.supercontable.com/informacion/impuesto\\_sociedades/Concepto\\_de\\_doble\\_imposicion.Doble\\_imposicion\\_.html](https://www.supercontable.com/informacion/impuesto_sociedades/Concepto_de_doble_imposicion.Doble_imposicion_.html)>. [Consulta: 1 de julio 2023].

## 5.2 Normativa

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Niza, 7 de diciembre del año dos mil. (DOCE [en línea], núm. 364 pág. 1-22 (22 pág.) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2000-70001>> [Consulta: 15 de mayo de 2023].

España. Constitución Española. (BOE [en línea], núm. 311, 29-12-1978, pág. 29313-29424). [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)). [Consulta: 16 de mayo de 2023]

España. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.. (BOE [en línea], núm. 302, 18-12-2003, pág. 44987-45065). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23186>. [Consulta: 16 de mayo de 2023]

España. Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria. (BOE [en línea], núm. 174, 22-7-1995, pág. 22611-22626). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-17682>. [Consulta 22 de mayo de 2023]

España. Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. (BOE [en línea.] núm. 313, de 31 de diciembre de 1994, pág. 39456-39504). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-28968>. [Consulta 27 de mayo de 2023]

España. Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. (BOE [en línea]. núm 310, 28-12-1995, pág. 37072-37128)- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-27752>. [Consulta 28 de mayo de 2023]

España. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE [en línea] núm. 285, 29-11-2006, pág. 41734-41810). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-20764>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

España. Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria. (BOE [en línea] núm. 310, 25-12-2008, pág. 51998-52024). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-20802>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

España. 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. (BOE [en línea] núm. 62, 12-3-2004, pág. 11176-111192.) <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-4527>> [Consulta: 8 de septiembre de 2023].

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid [en línea], 25-7-1889, núm. 206, pág. 249-259). [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)). [Consulta: 15 de mayo de 2023].

Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. (DOUE [en línea] núm. 64, 11-3-2011, pág. 1-12). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80479> [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. (DOUE [en línea] núm. 139, 5-6-2018, pág. 1-13). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80963>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

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. (DOUE [en línea] núm. 193, 19-7-2016, pág. 1-14). <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/1164/oj>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

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. (DOUE [en línea] núm. 144, 7-6-2017, pág. 1-11). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32017L0952>. [Consulta: 28 de mayo de 2023.]

Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE). (DOUE [en línea] núm. 338, 12-12-2012, pág. 41-43). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32012H0772>. [Consulta: 16 de junio de 2023.]

### 5.3 Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo), 30 de marzo de 1999 (recurso 6563/1999)

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2000, de 17 de febrero de 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo 1336/2002 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de julio de 2002 (recurso 6171/1996).

Sentencia del Tribunal Supremo 751/2003 (Sala Segunda, de lo Penal) de 28 de noviembre de 2003 (recurso 7/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo 539/2003 (Sala Segunda, de lo Penal) de 30 de abril de 2003 (recurso 539/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo 643/2005 (Sala Segunda de lo Penal), de 19 de mayo de 2005

Sentencia del Tribunal Supremo 3/2011 (Sala de lo Civil) de 3 de febrero de 2011 (recurso 2149/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo 4067/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de septiembre de 2012 (recurso 3944/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo 1503/2016 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de junio de 2016

Sentencia del Tribunal Supremo 1495/2022 (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de noviembre de 2022 (recurso 7987/2020)

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por los Special Commissioners of Income Tax, London (Reino Unido), mediante resolución de 29 de abril de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de mayo de 2004, en el procedimiento entre Cadbury Schweppes y Commissioners of Inland Revenue.

## 6. Actas

### Acta primera

Fecha y Hora	3 de mayo de 2023 a las 19:30
Objeto del Acta	Presentación del tema del trabajo y determinación de su objeto
Hechos Notorios	Se estructura el trabajo en tres bloques: la economía de opción versus planificación fiscal agresiva, las asimetrías híbridas como fenómeno tributario y el tercer bloque relativo al papel de la OCDE
Conclusiones	Se programa una nueva reunión para después del periodo de exámenes

### Acta segunda

Fecha y Hora	14 de junio de 2023 a las 18:30
Objeto del Acta	Enfocar el primer apartado del trabajo relativo a la economía de opción junto la planificación fiscal agresiva
Hechos Notorios	Es importante extraer los puntos claves de cada concepto para poder acabar comprendiendo la aplicación de un y otro concepto.
Conclusiones	Se presenta la necesidad de ofrecer una visión jurisprudencial y normativa de ambos. Se programa una nueva sesión en un periodo aproximado de 3 semanas.

### Acta tercera

Fecha y Hora	24 de julio de 2023 a las 17:00
Objeto del Acta	Se ultiman los detalles del apartado primero y se expone la estructura del apartado segundo y tercero para poder ir avanzando durante el mes de agosto.

Hechos Notorios	Se reitera la necesidad de sintetizar lo máximo posible las ideas debido al espacio que ofrece el propio trabajo.
Conclusiones	A inicios de septiembre de programa una entrega una versión final de carácter "beta".

#### Acta cuarta

Fecha y Hora	6 de septiembre de 2023 a las 19:00
Objeto del Acta	Entrega final de carácter beta con proyección a terminar el trabajo.
Hechos Notorios	Se corrigen formalidades. Las conclusiones son perfeccionadas. Para mejorar el trabajo se programa una nueva reunión donde se retocan puntos concretos del trabajo.
Conclusiones	Viendo el horizonte del trabajo son avistados nuevos caminos por estudiar que causa una cierta frustración.

#### Acta quinta

Fecha y Hora	13 de septiembre de 2023 a las 18:00
Objeto del Acta	Presentar el trabajo de forma definitiva y programar la defensa ante el tribunal.
Hechos Notorios	Se acaban de señalar las fechas de la exposición y se confirma que en la presentación será expuesto un tríptico y una presentación en PowerPoint®.
Conclusiones	Se llega a la conclusión de que este trabajo me deja a las puertas del cuarto curso del grado con ganas de buscar nuevos horizontes para estudiar.