

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID	
ABREVIATURAS.....	19

Capítulo I

EL FENÓMENO DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN

1. LA DOBLE NO IMPOSICIÓN EN EL ESCENARIO DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL.....	21
2. EL FENÓMENO DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN: UN CONCEPTO INDETERMINADO	23
3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL FENÓMENO DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN	26
3.1. El objeto sobre el que recae la doble no imposición internacional: la renta transfronteriza.....	26
3.1.1. La renta transfronteriza.....	26
3.1.2. La conexión territorial	28
3.2. La construcción dogmática de la doble no imposición.....	31
3.2.1. La doble no imposición como fenómeno basado en un resultado....	31
3.2.2. La necesidad de construir una <i>imposición única</i> de carácter material frente a construcciones formalistas.....	34
3.2.3. La <i>imposición única</i> como tributación agregada: diferentes propuestas	35
3.2.3.1. Avi-Yonah y la imposición única de carácter absoluto	38
3.2.3.2. La OCDE y la imposición única de carácter relativo.....	40
3.2.3.2.1. Imposición única jurídica.....	40
3.2.3.2.2. La imposición única económica: el principio de correspondencia y la Acción 2 del Proyecto BEPS.....	42
3.2.3.3. El futuro del principio de imposición única: el “Pilar 2” de la OCDE	50
3.3. Elementos comunes para una definición coherente de la doble no imposición	52
4. LA NATURALEZA DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN	53
4.1. El elemento volitivo en los resultados de doble no imposición internacional: la planificación fiscal agresiva.....	53
4.2. El papel de los Estados en la doble no imposición internacional.....	64
4.2.1. La doble no imposición internacional de carácter unilateral.....	65
4.2.2. La doble no imposición internacional <i>stricto sensu</i> o de carácter bilateral.....	65
4.2.2.1. El beneficio bilateral	68
4.2.2.2. Doble imposición internacional y doble no imposición internacional: ¿dos caras de la misma moneda?.....	70

5. LA INTERACCIÓN DE DIFERENTES NORMAS COMO ORIGEN DE LA DOBLE NO IMPOSICIÓN BILATERAL.....	75
5.1. Doble no imposición como consecuencia de la aplicación los convenios.....	76
5.2. Doble no imposición como consecuencia de la interacción de las normas nacionales y los convenios.....	77
5.3. Doble no imposición con origen en las leyes nacionales.....	79

Capítulo II

LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPOSICIÓN ÚNICA EN EL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

1. EL RÉGIMEN FISCAL INTERNACIONAL.....	81
1.1. ¿Existe un régimen fiscal internacional?.....	81
1.2. Estructura actual del régimen fiscal internacional.....	82
1.2.1. El principio de empresa independiente: ¿a quién se atribuye la renta?.....	83
1.2.2. Régimen dual residencia <i>vs.</i> fuente: ¿dónde y cuánto se grava la renta?.....	89
1.2.2.1. El principio de imposición única (<i>single tax principle</i>).....	93
1.2.2.2. El principio del beneficio (<i>benefits principle</i>).....	99
1.3. Conclusión: presente y futuro del régimen fiscal internacional.....	106
2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE IMPOSICIÓN ÚNICA.....	108
2.1. La dimensión política del principio de imposición única: globalización, soberanía y competencia fiscal.....	109
2.2. Una aproximación desde el Derecho internacional.....	116
2.2.1. Dimensión subjetiva y objetiva del principio de imposición única ...	116
2.2.1.1. La dimensión subjetiva: la competencia fiscal internacional.....	116
2.2.1.2. La dimensión objetiva.....	118
2.2.2. La existencia de un Derecho internacional tributario: metodología.....	118
2.2.3. Aproximación metajurídica.....	119
2.2.3.1. La justicia tributaria: la igualdad y la capacidad económica.....	120
2.2.3.2. Equidad internacional.....	128
2.2.3.3. Neutralidad.....	130
2.2.3.4. Reflexiones finales.....	133
2.2.4. Limitaciones derivadas de la aproximación técnico-jurídica.....	133
2.2.4.1. El Derecho internacional general en materia tributaria.....	133
2.2.4.1.1. La existencia de un Derecho internacional general en materia tributaria.....	133
2.2.4.1.2. La eficacia del Derecho internacional general en materia tributaria en los ordenamientos internos.....	142
2.2.4.2. La conducta unilateral de los Estados como fuente de obligaciones internacionales: el <i>estoppel</i>	144
2.2.4.3. Las limitaciones de los CDIs frente a la doble no imposición.....	145

2.2.4.3.1. Las estructura de los CDIs y el principio de no agravación	145
2.2.4.3.2. La doble no imposición como consecuencia de la diferente aplicación de los CDIs: los conflictos de aplicación negativos	150
2.2.4.3.3. La doble no imposición como consecuencia de la interacción entre la ley nacional y los CDIs...	158
2.2.4.3.4. Reflexiones finales	164
2.2.4.4. La doble no imposición y el Derecho de la UE: el régimen de ayudas de Estado prohibidas.....	164
2.2.5. Aproximación histórico-sociológica: la cooperación internacional y el <i>soft law</i> en el moderno Derecho fiscal internacional	177

Capítulo III

LA DOBLE NO IMPOSICIÓN DERIVADA DE LA INTERACCIÓN DE LAS LEYES NACIONALES: LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

1. INTRODUCCIÓN	183
2. LA FUNCIÓN DE LA LEY EXTRANJERA EN EL PRESUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA TRIBUTARIA ESPAÑOLA: EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS (DEUDA VS. CAPITAL) Y DE LAS ENTIDADES (OPACIDAD VS. TRANSPARENCIA)	185
2.1. La calificación española de los instrumentos financieros híbridos	185
2.1.1. Los instrumentos financieros híbridos en la regulación anterior a la LIS	185
2.1.2. Los instrumentos financieros híbridos en la actual LIS	193
2.1.3. La función de la ley extranjera en el régimen fiscal de los instrumentos financieros en España	194
2.1.3.1. El caso de las acciones preferentes australianas.....	194
2.1.3.2. Los juros brasileños	196
2.1.3.2.1. Cuestiones controvertidas: la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 ..	196
2.1.3.2.2. El presupuesto de hecho del artículo 21 del TRLIS: los efectos de la ley extranjera en la ley nacional.....	198
2.2. El elemento subjetivo del hecho imponible: el régimen de atribución de la renta a las entidades	201
2.2.1. Introducción	201
2.2.2. Entidades extranjeras y la calificación española.....	202
2.2.3. El <i>trust</i>	211
2.2.3.1. Problemas de atribución horizontal y vertical	211
2.2.3.2. Doctrina de la DGT en torno al <i>trust</i>	212
3. LA REACCIÓN NACIONAL FRENTE A LA DOBLE NO IMPOSICIÓN DERIVADA DE LA AUSENCIA DE COORDINACIÓN EN LAS REGLAS DE CALIFICACIÓN NACIONALES	218
4. LA RESPUESTA A LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA ANTI-ELUSIÓN FISCAL.....	222

4.1. Las primeras iniciativas supranacionales frente a las asimetrías híbridas: alternativas propuestas	222
4.2. La Acción 2 de BEPS: la estructura de las normas anti-híbridos.....	227
4.2.1. El presupuesto de hecho de las normas anti-híbridos.....	228
4.2.1.1. El resultado tributario: la asimetría	228
4.2.1.2. La causa: el elemento híbrido	233
4.2.1.3. El elemento material: el pago.....	234
4.2.2. La regla anti-híbridos	236
4.2.2.1. Interacción entre las distintas normas anti-híbridos y proporcionalidad en su aplicación.....	236
4.2.2.2. La naturaleza de las normas anti-híbridos y su interacción con otras normas tributarias nacionales.....	237
4.2.3. Particularidades de las distintas normas anti-híbridos	242
4.2.3.1. Los instrumentos financieros híbridos.....	242
4.2.3.1.1. Regla general	242
4.2.3.1.2. Transferencias híbridas	247
4.2.3.1.3. Pagos sustitutivos	248
4.2.3.2. Las entidades híbridas y las entidades híbridas inversas	250
4.2.3.2.1. Cuestiones generales	250
4.2.3.2.2. Momento de aplicación de la regla anti-híbridos en los supuestos de deducciones dobles.....	257
4.3. Aspectos formales de la ATAD: la idoneidad de la ATAD para luchar contra las asimetrías híbridas	258
4.3.1. La competencia de la Unión Europea para combatir la planificación fiscal agresiva: la distorsión injustificada de la libre competencia como presupuesto habilitante de la ATAD	259
4.3.2. La ATAD y el principio de subsidiariedad	261
4.3.3. La ATAD y el principio de proporcionalidad.....	265
4.3.4. Reflexión final	267
4.4. Las medidas anti-híbridos en la ATAD.....	269
4.4.1. Antecedentes y alternativas propuestas.....	269
4.4.2. Redacciones previas: la propuesta de ATAD y la versión original (ATAD I)	273
4.4.3. Análisis de las reglas anti-híbridos en la ATAD	275
4.4.3.1. Alcance subjetivo de las reglas anti-híbridos.....	276
4.4.3.1.1. Cuestiones generales	276
4.4.3.1.2. Situaciones especiales.....	280
4.4.3.2. Alcance objetivo de las reglas anti-híbridos	281
4.4.3.2.1. Cuestiones generales	281
4.4.3.2.2. Riesgos de doble imposición económica	283
4.4.4. Las reglas anti-híbridos especiales	286
4.4.4.1. La regla anti-híbridos especial relativa a los instrumentos financieros: el artículo 4.1 (a) de la Directiva Matriz-Filial	287
4.4.4.2. La regla anti-híbridos especial aplicable al doble aprovechamiento de un crédito fiscal en las transferencias híbridas: el artículo 9.6 de la ATAD.....	293
4.4.4.3. La regla anti-híbridos especial aplicable a los establecimientos permanentes no computados: el artículo 9.5 de la ATAD... ..	294
4.4.4.4. La regla anti-híbridos especial aplicable a las entidades híbridas inversas: el artículo 9 bis de la ATAD.....	298

4.4.4.5. Las normas CFC y su interacción con otras reglas anti-híbridos especiales	301
4.4.4.6. La doble residencia: el artículo 9 ter de la ATAD	304
5. LAS NORMAS ANTI-HÍBRIDOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	307
5.1. Primeras reacciones en el ordenamiento español frente a las asimetrías híbridas	307
5.2. La transposición de las normas anti-híbridos de la Directiva Anti-Elusión Fiscal: el Real Decreto-ley 4/2021	310
5.2.1. El alcance las nuevas medias anti-híbridos: cuestiones controvertidas	311
5.2.2. La regla primaria	314
5.2.3. La regla secundaria	317
5.2.4. Reglas especiales	318
5.3. Reflexiones finales: la interacción de las normas anti-híbridos españolas con la Directiva Anti-Elusión Fiscal en sus distintas etapas de implementación.	322

Capítulo IV

LAS REGLAS ANTI-HÍBRIDOS NACIONALES Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL

1. LA INTERACCIÓN DE LAS NORMAS ANTI-HÍBRIDOS CON LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN	327
1.1. ¿Treaty override?	327
1.1.1. La regla anti-híbridos especial aplicable a los dividendos	327
1.1.2. Las reglas anti-híbridos especiales aplicables a las entidades híbridas inversas y a los establecimientos permanentes no computados	330
1.1.2.1. Reglas aplicables en la jurisdicción del inversor	330
1.1.2.2. Reglas aplicables en la jurisdicción de la inversión	336
1.1.3. Interacción entre la ATAD y los convenios de doble imposición	338
1.2. El principio de no discriminación en los convenios de doble imposición	341
1.2.1. El apartado cuarto del artículo 24 del MC OCDE y la regla anti-híbridos aplicable a los instrumentos financieros híbridos	342
1.2.2. Reglas anti-híbridos aplicables a los pagos a entidades híbridas inversas	350
1.2.3. Los apartados tercero y quinto del artículo 24 del MC OCD y las reglas anti-híbridos aplicables a los pagos híbridos resultantes en deducciones dobles	351
2. LAS REGLAS ANTI-HÍBRIDOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL TFUE	353
2.1. Introducción	353
2.2. Identificación de la libertad aplicable	353
2.3. El concepto de restricción prohibida de las libertades comunitarias y la doble no imposición	357
2.3.1. El elemento transfronterizo como factor de discriminación: el falso debate entre restricción y discriminación	357
2.3.2. La discriminación encubierta en las normas anti-híbridos	361
2.3.3. La discriminación y la norma extranjera	362
2.3.3.1. El enfoque “país por país”	362

2.3.3.2. El <i>treaty-based overall approach</i>	364
2.4. La comparabilidad: un debate ilusorio	371
2.5. Posibles causas de justificación	375
2.5.1. La necesidad de prevenir el abuso	375
2.5.2. Coherencia interna <i>vs.</i> Neutralidad	378
2.5.2.1. Coherencia	379
2.5.2.2. Neutralidad: las normas anti-híbridos como paradigma de las medidas compensatorias.....	381
2.5.2.2.1. Las normas anti-híbridos con carácter general..	381
2.5.2.2.2. La regla anti-híbridos secundaria en los resultados de deducción sin inclusión	388
2.5.2.3. Coherencia y neutralidad: el <i>overall approach de Marks & Spencer</i>	391
2.6. Conclusión	401
2.6.1. La validez de las normas anti-híbridos desde la perspectiva monolítica de las libertades fundamentales	401
2.6.2. La validez de las normas anti-híbridos desde la perspectiva integral del Derecho primario de la UE	402
BIBLIOGRAFÍA.....	405