

ANÁLISIS SOBRE LA LICITUD DE LAS OPERACIONES DE ARBITRAJE FISCAL INTERNACIONAL*

José Carlos Pedrosa López

Máster en Tributación y Asesoría Fiscal (CEF)

Doctorando en Derecho.

Universidad de Valencia

EXTRACTO

El trabajo versa principalmente sobre la licitud o no de los principales tipos de operaciones de arbitraje fiscal internacional.

En primer lugar, el estudio analiza la evolución hasta la actualidad de la importancia otorgada tanto por los Estados y Administraciones Tributarias como por las organizaciones internacionales e instituciones europeas a las operaciones transnacionales que son realizadas, como norma general, por entidades multinacionales y que consiguen, de un modo u otro, reducir o minimizar su carga tributaria, hasta el punto de que la misma sea nula.

El trabajo ofrece una visión de los principales tipos de transacciones, en su mayoría internacionales, distinguiendo dos grandes bloques.

Por un lado, hace referencia a las transacciones que se centran en las divergencias entre legislaciones domésticas a la hora de otorgar contenido a un concepto jurídico.

Por otro, trata las operaciones que aprovechan lagunas legales y fiscales que derivan de los diferentes tratamientos jurídicos, legales, contables y financieros otorgados por cada Estado a una misma transacción.

Por último, estudia cuáles son los principales mecanismos anti-abuso existentes y si consiguen lidiar con esta índole de transacciones transnacionales o, si por el contrario, hay que centrarse en proponer otros instrumentos.

Palabras claves: planificación fiscal, licitud, arbitraje e híbridos.

Fecha de entrada: 15-11-2013 / Fecha de aceptación: 17-12-2013 / Fecha de revisión: 09-07-2014

* En este artículo, siguiendo la traducción realizada por diccionarios de reconocido prestigio como el *Collins English Dictionary*, se emplea el uso del término «Arbitraje fiscal» a modo de traducción del término inglés *Tax Arbitrage* y no en referencia al término *Arbitration*, el cual también es traducido como arbitraje. A su vez, dicho término es el empleado en la literatura científica española por la doctrina legal anterior, entre los que se nombra a modo de ejemplo al profesor Tulio ROSEMBUJ. Finalmente, en remisión a la literatura científica inglesa o americana, sí que se hace referencia a una terminología diferente, cuando se refiere al arbitraje a modo de operaciones concretas realizadas por las entidades, cuyo término utilizado es *Arbitrage* y cuando de manera diferente se refiere al arbitraje, en consonancia con el artículo 25 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, como mediación o medio para alcanzar un acuerdo o solución a una disputa entre dos o más partes, cuyo terminología utilizada es *arbitration*.

ANALYZING THE LEGALITY OF INTERNATIONAL TAX ARBITRAGE AND ITS CROSS-BORDER TRANSACTIONS

José Carlos Pedrosa López

ABSTRACT

This study is mainly concerned with the legality, or not, of the main types of international tax arbitrage transactions.

Firstly, it analyzes the evolution of the importance given by both States and Tax Administrations and by international organizations and European institutions to cross-border transactions, which are made by multinational companies getting, in one way or another, tax advantages regarding minimization of its tax payments. It means, a considerable reduction of its tax burden, even, until double non taxation is reached.

The paper gives an overview of the main types of these cross-border transactions, mostly international, distinguishing two different groups.

On the one hand, it refers to transactions focused on differences among domestic tax systems in relation with a legal concept.

On the other hand, it analyzes transactions which are based on tax and legal loopholes derived from different legal, tax, accounting and financial treatments given to the same transactions in order to take some tax advantages.

Finally, the author studies the main anti-abuse and anti-avoidance mechanisms and he considers if they are enough and effective to tackle with these cross-border transactions or if it would be appropriate to propose other different instruments.

Keywords: tax planning, loophole, arbitrage and hybrid.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. La generalizada intención por eliminar el arbitraje fiscal
 - 1.2. Entonces, ¿existe una doctrina legal unificada en relación con la licitud de las operaciones propias del arbitraje fiscal internacional?
2. Análisis sobre la licitud de operaciones del arbitraje fiscal internacional
 - 2.1. Tipología de operaciones de arbitraje fiscal
 - 2.2. El arrendamiento financiero internacional o *leasing*
 - 2.3. *Dual Resident Companies*
 - 2.4. Las entidades híbridas
 - 2.5. Instrumentos financieros híbridos
3. Mecanismos legales para lidiar con el arbitraje fiscal. ¿Son suficientes?

Bibliografía

NOTA: PIND. Personal Investigador No Doctor en Derecho Financiero y Tributario. Esta investigación se realiza en el marco del Proyecto Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Valencia, «EU Economic Governance: Institutional, Economic and Tax Implications».

1. INTRODUCCIÓN

1.1. LA GENERALIZADA INTENCIÓN POR ELIMINAR EL ARBITRAJE FISCAL¹

La planificación fiscal es un derecho inherente al contribuyente, no cabe ninguna de la capacidad legal que los mismos ostentan para estructurar sus operaciones fiscales de la manera más conveniente a fin de obtener la maximización de los beneficios. Del mismo modo, existen unos límites legales marcados por el Derecho que no pueden sobrepasar. Ahora bien, ¿se conocen con exactitud y precisión cuáles son dichos límites o, por el contrario, no existe una postura unánime al respecto?

Las consideradas operaciones de arbitraje fiscal internacional parecen ser, desde hace unos años, el núcleo de estas cuestiones. Clasificando estas operaciones desde la perspectiva jurídica y distinguiéndolas de las ya calificadas como ilícitas o abusivas, se hace referencia a aquellas operaciones transnacionales, y no otras, que el contribuyente realiza aprovechando que los sistemas fiscales varían de Estado en Estado². De este modo obtiene beneficios fiscales que de otro modo no alcanza, al hacer uso de las lagunas legales que derivan de los conflictos normativos entre jurisdicciones.

Existe al respecto un amplio y variado abanico de opiniones y argumentos jurídicos por parte de organizaciones e instituciones nacionales e internacionales, de las Administraciones Tributarias de los Estados, de las diferentes partes de la doctrina legal e incluso de los contribuyentes, sobre la mayor o menor licitud conforme al Derecho de estas estrategias fiscales.

El arbitraje fiscal internacional no es un concepto novedoso, las operaciones que aprovechando los conflictos normativos entre ordenamiento jurídico consiguen minimizar los impuestos por los que tributar, hasta el hecho de alcanzar en ocasiones la doble no imposición fiscal, han estado presentes en el panorama jurídico y financiero desde décadas atrás.

Es cierto que estas prácticas fiscales, que antes no eran objeto de debate alguno, actualmente, gracias a la «innovación financiera» de mecanismos e instrumentos jurídicos y económicos diseñados para llevar a cabo dichas estrategias fiscales, junto al fenómeno de la globalización de las economías domésticas y a la internacionalización económica de los mercados que suponen un

¹ Véase Introducción, PEDROSA LÓPEZ, J. C.: «El Arbitraje Fiscal Internacional. Un nuevo debate», en *Tribuna Fiscal*, núm. 272, mayo-junio 2014.

² GREENAWAY, T. D.: «International Tax Arbitraje: A Frozen Debate Thaws», en *Tax Notes International*, núm. 25, 2010, pág. 2.

hecho evidente e imparable relacionado con la progresiva desaparición de las barreras dejando paso a la libre circulación transfronteriza de producciones y capitales³, han aumentado notablemente su crecimiento en los últimos años.

Esto ha provocado importantes reacciones, desde cambios en la política fiscal de los gobiernos hasta la intención reguladora de las normas aprobadas por el Estado. Los países, siguiendo las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), de la Comisión Europea (en adelante, CE) y otras, están cambiando, cada vez más, la tendencia de estipular medidas y cláusulas unilaterales a modo de reacción, basándose, pues, en mecanismos e instrumentos de carácter multilateral en consonancia con el resto de los Estados con el interés de armonizar los significados de ciertos conceptos problemáticos⁴ y homogeneizar los tratamientos aplicados sobre determinadas operaciones transnacionales⁵.

Los esfuerzos realizados por la OCDE apoyados por el grupo G-20 y otras organizaciones e instituciones como la CE, con el fin de eliminar aquellas planificaciones fiscales entendidas como abusivas, ilícitas o agresivas que erosionan de las bases imponibles nacionales y evitan las pérdidas a consecuencia de no gravar a estas operaciones porque consiguen exentar del pago del impuesto en el Estado de residencia y en el Estado de la fuente o, porque consiguen desplazar los beneficios fiscales hacia jurisdicciones con regímenes privilegiados con tipos impositivos mínimos, han estado cada vez más presentes en la metodología de cómo afrontar las operaciones transfronterizas propias del arbitraje fiscal, especialmente en los últimos años. Enfocados al tratamiento de la operación desde su perspectiva íntegra, prestando una especial atención a la sustancia económica sobre la forma de las operaciones, mecanismos y sociedades utilizados por los contribuyentes.

En relación con la planificación fiscal agresiva estos informes de una manera u otra tratan de lidiar con estrategias proponiendo como fundamental, entre otros medios, la implementación de un conjunto de medidas y la necesaria regulación de determinados mecanismos e instrumentos utilizados en operaciones de arbitraje fiscal.

Fue relevante el informe publicado en febrero de 2011, *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, que propone un conjunto de medidas a imponer a los Estados con la finalidad de ayudar a reducir las lagunas de la creación o promoción de las

³ LAMAGRANDE, A. J.: «Los desafíos de la Administración Tributaria frente a la globalización» en *Crónica Tributaria*, núm. 87, 1998.

⁴ A modo de ejemplo, el *leasing* o arrendamiento financiero permite al contribuyente obtener grandes beneficios fiscales bajo el desarrollo de una operación estructurada que aprovecha la divergencia de interpretaciones que los Estados otorgan al concepto de la «propiedad». Un supuesto similar sucede en las operaciones cuyo eje se encuentra en las llamadas «*Dual Resident Companies*» respecto al término jurídico de la «residencia».

⁵ A modo de ejemplo, las entidades híbridas que son sociedades que a efectos del país donde está constituida es tratada como *partnership* a la que se le aplica un régimen de transparencia fiscal o en atribución de rentas, mientras que para una jurisdicción extranjera se le considera una persona jurídica por separado, permiten al contribuyente aprovechar las discordancias que derivan de la falta de un tratamiento homogeneizado entre Estados.

planificaciones fiscales agresivas y su identificación por las autoridades fiscales. Tratan de evitar que dichas estrategias que, como dice, preocupa a los Estados que puedan socavar la confianza en el sistema público, creen desigualdades y reduzcan los ingresos fiscales. Además también cuenta con la transparencia de las operaciones llevadas a cabo por los Estados y con el intercambio de información y la colaboración entre Estados.

Este informe en parte es considerado el producto de otros previos como el redactado en 2008 *Study into the Role of Tax Intermediaries*, en 2009 el *Report engaging with High Net Worth Individual on Tax Compliance* y del 2010 *Report Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* que proporcionan una serie de medidas e iniciativas con el principal fin de evitar aquellas operaciones con finalidad fiscal elusiva o amparadas en paraísos fiscales, donde expone la necesidad del intercambio de información y la necesaria cooperación entre Estados para lidiar contra aquellas prácticas consideradas como las planificaciones fiscales agresivas.

Con el fin de dar cierta solución a las preocupaciones de los gobiernos, la OCDE también publicó un par de informes que en cierto modo eran los precedentes al redactado en 2012 (*hybrid mismatch arrangements*). Estos comenzaban a enfocarse de manera más directa al tratamiento y regulación de ciertos instrumentos o entidades que son los que realmente permitían alcanzar ciertos beneficios o ventajas fiscales por parte de las entidades, que de no haber sido bajo ese determinado proceso, no se hubieran alcanzado. Se trataba pues, de una manera implícita, de la introducción hacia el arbitraje fiscal internacional, sus causas, efectos y consecuencias. El primero de ellos, publicado en 2010 *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, trataba de lidiar por completo con el concepto de dicha planificación fiscal, no del todo aceptada. La OCDE manifestaba la importancia a las respectivas Administraciones Tributarias de regular ciertos instrumentos híbridos, y en concreto, aquellos en los que la misma pérdida era compensable en más de un Estado como resultado de diferencias en los tratamientos entre jurisdicciones.

Del mismo modo, y aunque en ningún momento lo relacionaba expresamente con el arbitraje fiscal internacional, puesto que el éxito principal de tales operaciones es el aprovechamiento del conflicto de dos o más normas, la OCDE también exponía en 2011 en su informe *Corporate loss utilisation through aggressive tax planning* su preocupación con ciertas técnicas. Animando a los estados a establecer políticas fiscales internacionales armonizadas hace referencia a la conveniencia de establecer un conjunto de medidas y mecanismos que consigan lidiar con estas operaciones, las cuales son el producto de elaborados planes financieros centrados en las estrategias consideradas como abusivas diseñadas para conseguir aumentar y acelerar la desgravación fiscal de las pérdidas. Así como sobre aquellas estrategias diseñadas para sortear o esquivar aquellas restricciones legales impuestas para compensar las pérdidas. Además, del mismo modo, enumera la existencia de instrumentos financieros, reorganizaciones empresariales y operaciones intra-grupo que a pesar de que puedan tener sustancia económica, en muchos casos son usadas inapropiadamente para permitir el uso de la consolidación de las pérdidas para propósitos fiscales.

Posteriormente, al hilo de los anteriores, la OCDE publicó en marzo de 2012, el documento denominado *hybrid mismatch arrangements*. Pudiendo considerarse un punto de inflexión en

consonancia con el arbitraje fiscal. No solo hace referencia a la descrita planificación fiscal agresiva, sino que comienza a meterse de lleno en la regulación o eliminación de aquellos instrumentos que tratan de explotar las lagunas o conflictos normativos entre dos jurisdicciones. Pone de manifiesto las preocupaciones que surgen a los Estados sobre la posibilidad de que determinadas operaciones consigan la doble imposición fiscal, o inclusive el diferimiento del pago del impuesto que prolongado en el tiempo puede conllevar a la baja o nula recaudación de los impuestos de los contribuyentes. Por ello, trata de regular el uso de estos instrumentos y técnicas y propone ciertas medidas para lidiar con la problemática que supone la imposición de un tratamiento diverso por parte de dos jurisdicciones diferentes sobre una misma operación transnacional llevada a cabo por una entidad.

Por consiguiente, se puede observar las cada vez más intensas y mayores percepciones, intereses y preocupaciones de los Estados ante el constante incremento del sofisticado nivel en las estructuras de las operaciones transnacionales que han supuesto importantes desafíos tanto para las Administraciones Tributarias como para las políticas fiscales de los Estados.

Por consiguiente, a partir de este documento y teniendo en cuenta los anteriores se observa como los Estados se encuentran en un cambio de tendencia, cómo y por qué comienza a preocuparles más seriamente aquellas operaciones destinadas a explotar los conflictos normativos. A pesar de haber existido desde hace décadas y después de haber tratado de lidiar con operaciones ilícitas o abusivas concretas, para pasar a observar la operación en su integridad teniendo en cuenta la forma y los mecanismos utilizados que se cuestionaba en las planificaciones fiscales de los contribuyentes queriendo clasificarlas como agresivas, finalmente parece que se comienza a introducir a partir de pronunciamientos el deseo de poner fin, de un modo u otro, a las operaciones transnacionales cuyo éxito es explotar las diferencias normativas entre jurisdicciones.

También, al hilo de los informes de la OCDE, la CE se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Resaltando, pues, la «Recomendación 6.12.2012 sobre planificación fiscal agresiva» (*Recommendations to Member States on aggressive tax planning* [C(2012) 8806], la cual afirma de manera implícita la similitud de la planificación fiscal agresiva con el arbitraje fiscal internacional, al definirla como «el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas».

No obstante, previa a la misma, la CE se preocupó por hacer una consulta pública, sobre la no doble imposición en el mercado interior [*Communication on Double Taxation in the Single Market* COM (2011) 712], con la intención de conocer aquellas estructuras que resultaban ser frecuentemente utilizadas para aprovechar las discordancias entre dos o más sistemas fiscales, entre los métodos se encontraban: las entidades híbridas, los instrumentos híbridos, el tratamiento diferente entre el ingreso pasivo y activo, el atractivo de los convenios bilaterales con países en desarrollo, las transferencias entre entidades, etc. Por consiguiente, como se observa, la CE también comenzaba a relacionar los propios elementos del arbitraje fiscal con la planificación fiscal agresiva.

Posteriormente a la consulta, y con el fin de atajar el problema, la CE redactó en diciembre de 2012 dos Recomendaciones. Por un lado, la Recomendación «promotion of good governance in tax matters globally (C(2012)8805)» que trataba de limitar el papel de los paraísos fiscales en las estrategias fiscales. En la que proponía un conjunto de medidas en relación con aquellos Estados que no cumplen los estándares mínimos de una buena gobernanza en aspectos fiscales en relación tanto con la transparencia como con el intercambio de información. Y, por otro, el 6 de diciembre de 2012 publicó la Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva, *Recommendation to Member States on aggressive tax planning* [C(2012) 8806] siendo consciente de la existencia de estructuras financieras cada vez más complejas, las cuales son en las que se basan las entidades con el principal fin de transferir los beneficios imposables hacia regímenes fiscales más favorables. Deseando los Estados imponer ciertas medidas que consigan proteger sus bases imposables.

La CE, siguiendo los patrones de la OCDE y teniendo en cuenta las intenciones de los Estados, se basa en la necesidad que tienen los ordenamientos tributarios de imponer una serie de medidas multilaterales si desean poner fin a tales operaciones transnacionales que desean considerar como ilícitas o abusivas, al margen de que realmente lo sean o no. Entendiendo que es necesario adoptar un enfoque general similar, otorgando tratamientos similares a las operaciones transnacionales si se desea reducir las posibles consecuencias negativas que derivan de la planificación fiscal internacional.

De este modo, es consciente de la existencia de convenios bilaterales entre Estados para acordar en reparto de rentas a ser gravadas por cada uno de ellos, pero matiza que en multitud de ocasiones no es suficiente al existir la posibilidad de que uno no tenga en cuenta si el otro Estado correspondiente ha gravado tales rentas o no.

Por todo ello, la Recomendación, con el fin de enfrentarse y eliminar situaciones de este estilo características del propio arbitraje fiscal internacional, invita a los Estados a la incorporación de una determinada cláusula a los convenios bilaterales:

«En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante».

A su vez, el texto también propone otra cláusula en contra del uso de los mecanismos artificiales que previamente define:

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

También, apoyando las políticas de la OCDE, el grupo G-20 también ha influido en las políticas fiscales de los Estados miembros. Aunque no hay un pronunciamiento directo al arbitraje fiscal internacional por parte del G-20, sí que hay otros que exponen las inquietudes y preocupaciones de los Estados y las necesidades por luchar contra las prácticas abusivas que erosionan las bases imponibles. Pronunciamientos que han ido variando dependiendo de las necesidades de los gobiernos, y que aprovechan para indicar una serie de proposiciones con objetivos concretos como el propio intercambio de información o la armonización de ciertos tratamientos jurídico-fiscales que facilitan la eliminación de estas operaciones transnacionales propias del arbitraje fiscal internacional, ya que consideran que influyen negativamente en las economías domésticas, perjudican la competencia entre las empresas.

Así pues, clara fue la cumbre de Londres, en abril de 2009 en la que se atrevieron a afirmar «la época del secreto bancario ha acabado», o la de Pittsburg celebrada en septiembre de 2009 y la cumbre de Toronto en junio de 2010, las cuales se centran en la toma de medidas y adaptación de políticas fiscales contra aquellas jurisdicciones no cooperativas, en las que se incluyen los paraísos fiscales, y obligaban a los Estados al cumplimiento de ciertos estándares mínimos internacionales, entre los que se encontraban el intercambio de información. Se trata de una lucha contra las operaciones ilícitas, el fraude de ley, las estrategias abusivas y el blanqueo de dinero.

Posteriormente, la cumbre de Cannes, en noviembre de 2011 y la de febrero de 2012 en México, siguen centrando parte de sus esfuerzos en la importancia que recae sobre el intercambio de información entre los Estados, en especial sobre las jurisdicciones o regímenes fiscales más favorables, ya que, tal y como también lo cree la OCDE y la propia CE, es un mecanismo totalmente relevante que facilitaría acabar con estas operaciones transnacionales propias del arbitraje fiscal.

Finalmente, en consonancia con los previos informes de la OCDE y las Recomendaciones emitidas por la CE parece que, al fin, se afronta de manera directa el arbitraje fiscal internacional. Parece ser un paso adelante en el simple deseo de regular el arbitraje fiscal, que cada vez más preocupa a las organizaciones y a los Estados principalmente por la pérdida de ingresos al no conseguir gravar los beneficios de las entidades.

El último informe de la OCDE publicado en julio de 2013 bajo la rúbrica *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* («BEPS», por sus siglas en inglés) resulta ser un punto clave, y aunque el resto de informes introducían el tema, en especial *Hybrid mismatch arrangements*, este es un claro punto de inflexión que, entre otras cuestiones pues es más amplio, destaca el incremento de las percepciones e intereses de los gobiernos sobre las pérdidas fiscales debido a las planificaciones que tienen por objetivo erosionar las bases imponibles nacionales y desplazar los beneficios obtenidos por las entidades hacia otros ordenamientos tributarios más favorables.

Considerándolo el primero de los futuros informes sobre BEPS, corrobora el amplio abanico de oportunidades para la erosión de las bases de las entidades y para desplazar los beneficios hacia territorios de baja tributación. Así pues, incluye un conjunto de propuestas en un amplio número de áreas que preocupan a los Estados actualmente, entre las que se encuentran las entidades y los

instrumentos híbridos, el uso de los regímenes preferenciales, las transacciones entre entidades del grupo y los precios de transferencia, y en el incremento de la digitalización de la economía.

Tratando de eliminar las prácticas propias del arbitraje fiscal y las debilidades existentes ante la diversidad de sistemas fiscales el plan apuesta por un conjunto de actuaciones de los Estados y un consenso general respecto a las posibles políticas fiscales a adoptar, para prevenir que los problemas empeoren. Resaltando la necesaria disposición de los Estados a colaborar y cooperar. Puesto que, siguiendo lo expresado en la cumbre de 2012 del G-20 «A pesar de los cambios en los ámbitos domésticos, tenemos que aceptar que el multilateralismo es incluso más importante en los tiempos actuales, siendo nuestro mejor activo para resolver las dificultades económicas globales».

Con una visión en el futuro cercano, comienza a tratar con nuevos temas que empiezan a preocupar más notablemente a los gobiernos, como la cada vez mayor economía digital y el amplio abanico de posibilidades que esta ofrece para poder disminuir los impuestos. Por otro lado, como también muestran las cumbres del grupo G-20, manifiesta el interés de los Estados por que las entidades aumenten su transparencia demostrando la existencia de sustancia o razones económicas para ser aceptadas. También, trata de prevenir el abuso y es uso de mecanismos artificiales y, considera la necesidad de establecer mecanismos para que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones tributarias.

1.2. ENTONCES, ¿EXISTE UNA DOCTRINA LEGAL UNIFICADA EN RELACIÓN CON LA LICITUD DE LAS OPERACIONES PROPIAS DEL ARBITRAJE FISCAL INTERNACIONAL?

Como se observa, la importancia sobre las operaciones propias del arbitraje fiscal ha tomado cada vez más interés, a medida que los Estados deseaban evitar las planificaciones fiscales estructuradas que conseguían exentarse total o parcialmente del pago del impuesto, del mismo modo, los instrumentos y mecanismos que sin vulnerar el Derecho permiten alcanzar unos resultados considerablemente favorables para el contribuyente.

No obstante, a pesar de la intención tanto de los Estados como de las organizaciones por gravar todas las operaciones que el sujeto pasivo lleva a cabo, existen grandes disputas sobre si realmente toda operación ha de ser gravada, o si simplemente las Administraciones Tributarias solo tendrán el derecho a obligar el pago del impuesto del contribuyente, cuando así se encuentre estipulado en la norma.

Por ello, son diversos los posicionamientos de la doctrina jurídica acerca de la licitud o ilicitud de estas operaciones y, por consiguiente, de la obligación de tributar en mayor o menor medida por los ingresos obtenidos.

Mientras la doctrina más extrema a favor del arbitraje fiscal alega que no le son aplicables ninguna de las objeciones a una planificación fiscal abusiva, ya que cumple con las exigencias legales al no vulnerar el Derecho y que, por lo tanto, si la operación consigue exentarse del pago del tributo, mien-

tras no infrinja los límites legales habrá de ser aceptado. De este modo como ROSENBLUM y KRAHMAL⁶ afirman, su mejor expresión en la legitimidad, y en consonancia con el principio de seguridad jurídica, considerando que el hecho de no tributar o realizar un pago mínimo del impuesto, siguiendo así lo estipulado por la norma, no significa que sea abusiva o ilícita. Teniendo que analizar, por lo tanto, la legalidad de la operación bajo un análisis minucioso del cumplimiento con la norma o no.

Por el contrario, la otra doctrina legal afirma la existencia de un régimen fiscal internacional en el que existe una cláusula de sujeción al impuesto que establece la obligación de tributar una vez por las operaciones realizadas. De forma que efectivamente toda operación que se exente en el pago del impuesto ordinario será considerada como abusiva, al igual que los mecanismos o medios que faciliten la doble no imposición fiscal serán considerados como ilícitos⁷. Conceptos altamente cuestionados por muchos autores que niegan su existencia, al igual que la *International Fiscal Association*⁸ (IFA, por sus siglas en inglés).

De este modo, se destaca la necesidad de analizar el desarrollo de alguna de las principales operaciones consideradas como arbitraje fiscal, en la medida en que principalmente, debido al aprovechamiento de las lagunas legales que derivan del conflicto entre dos normas de diferentes jurisdicciones permiten al contribuyente alcanzar el pago nulo o mínimo del impuesto en ambos Estados. Evaluando su cumplimiento jurídico tanto de la normativa doméstica como internacional, y el uso de los mecanismos en los que se basan.

Finalmente, al margen del grado de licitud o ilicitud de tales prácticas fiscales, es conveniente analizar cuáles son los principales efectos y consecuencias que derivan de estas planificaciones fiscales tanto para los Estados como para los contribuyentes y cuáles podrían ser las principales alternativas o medidas que los Estados podrían llevar a cabo para eliminar la realización de estas operaciones estructuradas que son capaces de alcanzar grandes beneficios o ventajas fiscales.

2. ANÁLISIS SOBRE LA LICITUD DE OPERACIONES DEL ARBITRAJE FISCAL INTERNACIONAL

2.1. TIPOLOGÍA DE OPERACIONES DE ARBITRAJE FISCAL

El arbitraje fiscal no se ciñe exclusivamente a una operación en concreto. Son múltiples y variadas las estrategias fiscales en las que el contribuyente se puede basar para obtener ciertos beneficios fiscales, que de otra manera sería imposible.

⁶ KRAHMAL, A.: «International Hybrid Instruments: Jurisdiction dependent Characterization», en *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 5, 2005, pág. 127.

⁷ AVI-YONAH, R. S.: «International Tax as International Law. An analysis of the International Tax Regime», en *Cambridge University Press*, 2007.

⁸ Congreso IFA, Viena, 2004.

En primer lugar, son variantes y cambiables, de forma que dependiendo de los ordenamientos jurídicos que traten de regular la operación y de otras normas que influyan legalmente como convenios fiscales y tratados internacionales, la operación se estructurará de una manera u otra.

En segundo lugar, también dependen de los beneficios fiscales que con la misma se desee alcanzar, puesto que, en ocasiones, a la entidad le interesará conseguir maquear los intereses como si fuesen dividendos o diferir el pago del impuesto en la medida de lo posible o hacer uso de las diferentes definiciones legales otorgadas a ciertos conceptos como la propiedad, la residencia, etc.

En tercer lugar, hay operaciones que antes se consideraban como lícitas, pero que posteriormente debido a la entrada en vigor de ciertas normativas, bien a nivel doméstico o internacional, dejan de serlo.

En cuarto lugar, son múltiples los factores que afectan a la estrategia fiscal, siendo difícil determinar cuál de ellos es el determinante en el arbitraje fiscal. Es decir, el arbitraje fiscal no es un modelo concreto al que se le pueda imponer una solución, sino que está constituido por un conjunto de operaciones diversas e independientes unas de otras.

A grandes rasgos, puesto que se estudiarán más específicamente en el resto del trabajo, se pueden diferenciar, al menos, dos grupos.

El primer grupo podría clasificar aquellas operaciones cuya clave de las operaciones transnacionales de arbitraje fiscal se centra en el aprovechamiento del significado que cada ordenamiento jurídico le otorga a un concepto legal, fiscal, financiero, contable e incluso civil. El contribuyente consigue exprimir tales contradicciones entre ambos significados, observando en las lagunas jurídicas que derivan auténticas situaciones beneficiosas fiscalmente.

Alguna de las típicas operaciones que reflejan estas explicaciones son el arrendamiento financiero internacional o *leasing* financiero, en el que a pesar de influir otros factores el núcleo de la operación son las diferencias entre la definición en el concepto de «propietario» entre un Estado y otro.

Siguiendo este planteamiento, lo mismo ocurre en la operación en la que una entidad es capaz de ser considerada como residente en dos países, puesto que cumple los criterios establecidos en la normativa interna de cada uno de ellos para ser tratado como una entidad «nativa».

En relación con el segundo bloque, las operaciones de arbitraje fiscal son más complejas que las anteriores. Tanto a nivel de llevar a cabo como para ser reguladas y eliminadas. Por un lado, tienen su éxito en el uso de una serie de mecanismos e instrumentos jurídicos que gozan de una gran flexibilidad para adaptarse a las exigencias fiscales de cada ordenamiento jurídico. Y, por el otro, se basan en estructuras financieras que consiguen aprovechar hasta la última minucia de las normativas aplicables. Consiguen alimentar sus beneficios fiscales a través de las divergencias entre los tratamientos fiscales.

Dentro de las mismas, se destacan las operaciones amparadas en las conocidas entidades híbridas, a la inversa o no. Se centran en el juego de la consideración por parte de un Estado a la

sociedad como persona jurídica, mientras que el otro le aplica un régimen de atribución de rentas como si de una asociación de personas se tratase.

De la misma forma, dentro de esta tipología se nombran a las operaciones amparadas en el uso de los instrumentos híbridos financieros y sintéticos, puesto que también consiguen obtener beneficios derivados de las divergencias en las normas fiscales como en las fiscales, financieras, civiles y contables.

2.2. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO INTERNACIONAL O *LEASING*

El arrendamiento es una operación financiera realizada por medio de un contrato mercantil que regula el uso y disfrute del bien arrendado. A cambio de una suma económica traspasa la propiedad al arrendatario, pero, a priori, no su titularidad que sigue legal y jurídicamente correspondiendo a la figura del arrendador. Aunque esta afirmación en ciertos casos es dudosa.

Principalmente, se distinguen dos tipos, por un lado, el arrendamiento financiero (*leasing* financiero) y, por el otro, el arrendamiento operativo (*leasing* operativo). En primer lugar, el arrendamiento financiero o *leasing* es «un tipo de alquiler en el que se transfieren al arrendatario sustancialmente todos los riesgos, ventajas y beneficios inherentes a la propiedad del activo. Pudiendo ser eventualmente transferida la titularidad o no»⁹. En segundo lugar, el arrendamiento operativo o *leasing* operativo es definido como «cualquier alquiler distinto al arrendamiento financiero, se trata, pues, de un contrato de alquiler de bienes instrumentales de rápida obsolescencia, donde el arrendador cede el derecho de uso de un activo a cambio de una renta arrendaticia»¹⁰.

La complejidad recae principalmente sobre el *leasing* financiero, porque el hecho de transmitir los riesgos y beneficios del activo es equiparado al de la «propiedad» del bien por parte de algunos Estados. Concepto sobre el que determinadas entidades se basan para estructurar sus operaciones consiguiendo obtener ciertos beneficios fiscales que de otra forma no hubieran alcanzado.

El núcleo de la operación se fundamenta sobre la falta de un concepto armonizado entre las jurisdicciones sobre el término de la «propiedad». De este modo, hay Estados que bajo un enfoque de la «propiedad jurídica» observan al arrendador como el dueño del bien, mientras que otros se centran en la «propiedad económica» y consideran al arrendatario como dueño del bien, puesto que es el que asume los riesgos y beneficios del activo, con independencia de su titularidad legal.

Esta situación ofrece un amplio abanico de posibilidades aprovechables por ambas partes, pero que solo son alcanzables en un escenario jurídico-normativo concreto. Cuando, además, los

⁹ SOLEY SANZ, J.: «Diferencias entre el *leasing* operativo y el *leasing* financiero bajo la NIC 17», en *Estrategia Financiera*, núm. 227, 2006.

¹⁰ ROSEMBUJ, T.: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas», *El Fisco*, Barcelona, 2011, pág. 38.

sujetos pasivos de la operación no infringen las normas domésticas, sino que, simplemente, acatando el ordenamiento doméstico, consiguen aprovechar las lagunas que derivan de esta discrepancias respecto al concepto.

Siguiendo a la profesora D. RING, la clave se halla en la consideración tanto del arrendador como del arrendatario como si fueran los verdaderos propietarios del bien, alcanzando una situación *double dip lease*. De manera que, si no se hubiera llevado a cabo la operación de ese modo, no se hubieran alcanzado¹¹. Finalmente esas ventajas, se reflejan en forma de gastos deducibles, lo que no se traduce ni más ni menos que en disminuciones de la base imponible y, por lo tanto, disminuciones en las cuantías a tributar en cada uno de los Estados de las sociedades.

Esta operación transnacional estructurada es un claro supuesto de una operación de arbitraje fiscal internacional. En primer lugar, no vulneran los ordenamientos domésticos, la operación tiene razón y sustancia económica y aprovechan las contradicciones entre dos normas.

Por ello, al parecer la operación debe ser considerada lícita en su totalidad. No obstante, si la situación es indeseable, son los Estados los que tuviesen que hacer uso de los medios necesarios para evitar que sea factible su realización. Está claro que la falta de armonización del concepto es la causa del mismo, de forma que, al menos, en multitud de sus supuestos sería evitable si acordasen una perspectiva similar a la hora de interpretar la «propiedad» del activo.

Por otro lado, derivan una serie de efectos a consecuencia de esta operación. El arrendamiento financiero o *leasing* ha cuestionado tanto la eficiencia económica como la distorsión económica en el mercado a nivel global. Desde una perspectiva global, este tipo de operación produce unos mayores beneficios sobre unos Estados, dependiendo ni más ni menos de la regulación del concepto jurídico de la propiedad que unos y otros ofrecen.

Este planteamiento desemboca precisamente en una distorsión en el mercado financiero internacional, donde unos países salen beneficiados y otros completamente perjudicados, ni más ni menos que por sus condiciones normativas. Aunque la situación óptima desde una perspectiva jurídica se alcanzaría bajo la existencia de un único concepto de «propiedad» que no diese lugar a lagunas legales, en ocasiones, son los propios países los que ceñidos a sus relaciones comerciales y con la idea de propulsar determinados sectores económicos al ofrecer indirectamente a determinados países ciertos incentivos fiscales, no le interesa alcanzar la similitud interpretativa del concepto.

Del mismo modo, las consecuencias de la operación transnacional también se plasman en la ineficiencia económica quedando demostrada a consecuencia de los niveles en las exportaciones e importaciones a favor de unos países y en contra de otros.

Al margen de que ciertas políticas internas o incluso ciertos organismos internacionales las consideren como operaciones abusivas, serán ellos los que tengan que adoptar soluciones y me-

¹¹ RING, D.: «One nation among many: Policy implications of cross border transactions» en *Boston College Tax Review*, vol. 44, 79, 2002, pág. 93.

canismos lícitos para su regulación y cumplimiento. Son los Estados los que han de tomar medidas, bien unilaterales o pactadas con esos países determinados. De forma que si efectivamente se incumpliesen sí que se hablaría de abuso claro y directo.

Por ello, como se comenta, son los propios Estados los que al margen de las actuaciones de las organizaciones internacionales, si desean calificar realmente dicha operación como abusiva o ilícita han de establecer los mecanismos necesarios, para evitar que su realización sea directamente viable. De forma que al no considerarse un problema de carácter exclusivamente doméstico, su máxima eficacia jurídica se alcanzaría bajo el establecimiento de medidas o mecanismos multilaterales, o al menos, bilaterales entre los Estados en disputa respecto a esta operación.

2.3. DUAL RESIDENT COMPANIES

Dual Resident Companies (DRC, por sus siglas en inglés), entendida como aquella entidad que se considera como residente en dos Estados a la vez, debido a los criterios en los que se basa cada país para determinar la «Residencia». Esta es la clave por la que la entidad consigue alcanzar considerables resultados fiscales.

A consecuencia de esta variedad de criterios para determinar la residencia de una entidad surge la posibilidad de llevar a cabo ciertas actuaciones propias de una operación de arbitraje fiscal. La estrategia fiscal, realizada de un modo concreto, por un lado, se constituye legalmente por la sociedad en uno de los países que se rigen por el criterio del lugar de la constitución legal de la entidad para determinar su residencia¹². Mientras que, a su vez, la entidad tiene su sede principal en un Estado que considera que la entidad es residente en aquel país donde efectivamente es controlada, manejada y donde se llevan a cabo la toma de decisiones relevantes¹³.

De este modo, la operación propia del arbitraje fiscal aprovechando dicho conflicto normativo, existente respecto a la definición del término legal en cuestión, alcanzará su máxima esencia cuando una entidad sea constituida en un Estado y controlada por completo en otro, de forma que originando pérdidas en la medida de lo posible y gastos, conseguirá posteriormente deducirse los en ambos Estados, puesto que en los dos se considerará como nativa. Por ello, la entidad ante unos ingresos conseguirá deducirse las pérdidas por partida doble, lo cual es una ventaja fiscal que solo bajo esta operación basada en el conflicto entre dos normas es alcanzable.

Finalmente, las pérdidas de la entidad corporativa (aquellas de la entidad con doble residencia) reducen dos grupos de ingresos y, por lo tanto, dos grupos de impuestos, creando un *double dip effect*¹⁴.

¹² Estados Unidos usa el criterio *place of incorporation* para determinar la residencia de la sociedad.

¹³ Reino Unido se basa en el criterio *management and control* para establecer la residencia de la entidad.

¹⁴ RING, D.: «One nation among many: Policy implications of cross border transactions» en *Boston College Tax Review*, vol. 44, 79, 2002, pág. 93.

Al igual que el resto de operaciones del arbitraje fiscal, estas estrategias fiscales pueden ocasionar una serie de efectos desde la perspectiva económica, pero que, teóricamente, serían subsanables desde el punto de vista jurídico.

Al igual que la anterior operación que se beneficiaba de las contradicciones respecto del concepto jurídico de la «propiedad», esta también distorsiona ciertos mercados económicos, puesto que la operación solo se lleva a cabo entre determinados países, aquellos que regulen el concepto de la residencia desde perspectivas diferentes. Y por ello, se beneficiarán más unos Estados que otros.

La operación es considerada por muchos autores como abusiva, pero lo cierto es que desde una perspectiva doméstica, la misma no infringe ningún precepto legal, deduciéndose las pérdidas ante unos ingresos fiscales, con base en lo permitido por la norma. Ahora bien, el escenario jurídico varía desde un punto de vista global, ya que se acepta la idea de que las pérdidas se consoliden con los ingresos, permitiendo así una deducción de la base imponible, pero solo una vez.

Es trabajo de los Estados hacer uso de los mecanismos pertinentes si desean evitar tales situaciones, que pueden influir negativamente sobre las propias entidades puramente domésticas. La entidad transnacional, por el contrario, se limita a cumplir con las normativas tanto domésticas como internacionales, y a hacer uso de los derechos que derivan de las mismas. Pudiendo los Estados aprobar ciertas cláusulas que consistan en interpretar el concepto jurídico de la «residencia» en un mismo sentido e incorporarlas al convenio bilateral o plasmarlas en modo de acuerdo, con el fin de regular tales prácticas fiscales estructuradas.

Las posturas jurídicas sobre la naturaleza abusiva o no de la operación son variadas, por ello, y con el fin de analizar la licitud de la misma, sería relevante conocer el verdadero origen de las pérdidas concretando si son reales, ciertas y verdaderas pérdidas. O, si por el contrario, se trata de pérdidas artificiales creadas a consecuencia de operaciones estructuradas complementarias cuyo único objetivo es disminuir las bases imponibles nacionales, ya que son muchas las operaciones que se llevan a cabo entre sociedades pertenecientes de un mismo grupo.

2.4. LAS ENTIDADES HÍBRIDAS

La entidad híbrida es aquella que a efectos del país donde está constituida, es tratada como *partnership* a la que se le aplica un régimen de transparencia fiscal o en atribución de rentas que grava directamente a sus miembros por los beneficios obtenidos. Mientras que, para una jurisdicción extranjera, sí que es considerada como persona jurídica. Sometiéndola, por un lado, al tipo impositivo correspondiente a la sociedad por sus beneficios y, por otro lado, a los socios de la misma al repartir dividendos.

Las entidades híbridas y, por lo tanto, el posterior desarrollo de este tipo de operaciones de arbitraje fiscal amparadas en tales sociedades se remite al régimen de opción *check-the-box-rules*, aprobado en 1997 en EE. UU. Aunque hay que remontarse años atrás para comprender el senti-

do completo. En 1935 los tribunales de EE. UU. se pronunciaron en el llamado caso «Morrisey v. Commissioner»¹⁵ estableciendo los criterios esenciales de una sociedad. Con la finalidad de distinguir una sociedad de lo que no era. Aunque fue años después cuando en 1954 en el caso «Kintner»¹⁶ la Corte Suprema aplicó los criterios propios de una sociedad a una asociación de personas que reclamaban gozar de unas ventajas y beneficios porque cumplían con los requisitos. Y lo aceptó.

El régimen de opción *check-the-box-rules* ha sido, por lo tanto, el «culpable» en gran medida de muchas de las especulaciones. De la mano de las entidades híbridas es propio de EE. UU. permitir al contribuyente escoger si desea recibir un tratamiento como sociedad (doble impuesto) o de manera directa en régimen de atribución de rentas o transparencia fiscal (mono impuesto). Por ello, ha sido en parte criticado porque facilitan el uso de los acuerdos híbridos, aumentan las técnicas de planificación fiscal y permite el excesivo uso de las sociedades unipersonales (*disregard entity* en inglés) que evitan las consecuencias de las normas de la transparencia fiscal internacional y el abuso de créditos en el extranjero¹⁷.

Las operaciones transnacionales estructuradas a través de las entidades híbridas, a diferencia de otras operaciones como el *leasing* o las operaciones cuyo eje se encuentra en las entidades DRC, en las que la problemática y contradicciones surgen a consecuencia de conflictos en las normas y falta de armonización de conceptos, estas son altamente sofisticadas, se centra más en las discordancias del tratamiento otorgado a la operación por parte de los Estados, y en los cambios entre las permisibilidades y restricciones de cada ordenamiento tributario.

De modo que gracias a esta entramada estructura, pero que en ningún momento se vulneran los preceptos legales, se consigue disminuir la base imponible del país de tributación normal y, por lo tanto, la cuantía por la que tributar. También, se crean ingresos por renta pasiva en la sociedad localizada en el territorio de baja tributación sin que origine ninguna renta imputable por TFI.

Cuestionando la licitud de dicha entramada estructura legal, se analiza el desarrollo de la operación. Principalmente consiste en que la sociedad matriz de un único propietario se encuentra constituida por ejemplo en EE. UU., aprovecha para constituir una filial en un país de ordinaria tributación. A su vez, esta constituye una sociedad en un territorio de baja o nula tributación, la cual le concede un préstamo a la filial de la matriz.

Posteriormente, esta filial situada en un territorio de alta tributación devolverá el préstamo, deduciéndose los intereses que deriven del mismo, hecho que le permitirá reducir su base imponible y, por lo tanto, su cuantía por la que tributar. Además, con la ventaja fiscal de que la sociedad que los recibe tampoco tributará por ellos nada o casi nada porque se encuentra en un área o territorio de baja tributación.

¹⁵ *Morrisey v. Commissioner*, 296 US 289, 1935.

¹⁶ *Kintner v. United States*, 216 F. 2d 418, 9th Cir. 11954.

¹⁷ ROSEMBUJ, T.: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas», *El Fisco*, Barcelona, 2011, pág. 135.

Finalmente, el ciclo de la estructura fiscal se cierra cuando la sociedad del territorio de baja tributación consigue transferir capitales a la sociedad matriz (americana) sin que la misma tenga tampoco que tributar por ellos. Porque se consideran como una transferencia dentro del grupo, no como una renta de ingresos pasivos, por lo que está exenta de ser gravada.

La estructura es perfecta, las ventajas fiscales son muchas y para todas las entidades. En primer lugar, la filial de la matriz estadounidense quedará sujeta por esta bajo el régimen de las *CFC Rules* o reglas de transparencia fiscal internacional, pero solo se atribuirán de manera directa a sus socios los ingresos por rentas pasivas. Los derivados de rentas empresariales tributarán en el país de residencia, aunque conseguirá reducir la base imponible por los intereses que derivan del préstamo. La cuantía total se puede pensar que será mínima, puesto que no interesa que esta sociedad tribute demasiado, ya que el tipo impositivo aplicable es alto.

En segundo lugar, se encuentra el producto de la operación estructurada que es la creación de la entidad híbrida en un territorio de baja tributación. Por un lado, mediante el préstamo que realiza permite a la filial del tercer Estado disminuir su base imponible, mientras que esta tributaría a un tipo impositivo inferior por los intereses obtenidos. Por el otro lado, interesa que esta entidad asuma la mayor parte de la actividad y tributación porque los trasposos de dinero que posteriormente realizará en favor de la matriz estadounidense se consideran como una transferencia interna, ya que para la normativa de EE. UU. esta sociedad es considerada como una *partnership* o entidad ignorada.

En tercer lugar, la matriz consigue no tributar por las cantidades adquiridas a través de la entidad híbrida porque se considera como una transferencia interna sin relevancia fiscal. De manera que no se consideran esas cantidades como unas rentas pasivas. De esta forma, la entidad matriz consigue adquirir cantidades de dinero sin que tenga que tributar por ellas, obtiene unos beneficios fiscales, un ahorro fiscal que de otra forma no hubiera sido posible.

2.4.1. La operación transnacional de la entidad híbrida inversa

En consonancia a las entidades híbridas, también es posible que la operación se desarrolle de forma contraria, permitiendo ante esa falta de homogeneización en el tratamiento y aprovechamiento la forma jurídica que adopta la entidad en cada Estado, alcanzar ciertos resultados que de otro modo no serían posibles.

Así pues, las entidades híbridas a la inversa son aquellas que desde la perspectiva del país en el que se ha constituido se le considera como persona jurídica, y sobre la que se le aplica una carga impositiva en relación con sus beneficios, y posteriormente al accionista si hay reparto de dividendos, pero que para otro Estado es diferente al considerarla en régimen de transparencia fiscal, gravándola, por lo tanto, a cada uno de los miembros por las rentas atribuidas.

El núcleo de la operación de las entidades híbridas a la inversa se encuentra en la sociedad *holding*, la cual por definición es aquella que está constituida por instrumentos de capital y

deuda, es decir, acciones o participaciones y obligaciones. A su vez, la sociedad matriz realiza un préstamo a favor del *holding*, la cual la utiliza para comprar acciones de otra sociedad americana independiente.

Diseñando la operación con el fin de hacer uso de la misma se obtienen beneficios consistentes normalmente en una disminución de los impuestos. A raíz de un procedimiento estructurado en el que considerado como abusivo o no, se limita a aprovechar el tratamiento otorgado por cada país a la sociedad *holding* sin infringir ninguno de los preceptos legales. Así pues, la operación podría consistir en la constitución de una sociedad *holding*, por ejemplo en EE. UU., ya que lo asimila a una sociedad, y que por parte de una sociedad matriz situada en otro Estado, como España que le otorga un tratamiento bajo la transparencia fiscal.

La operación demuestra ser propia del arbitraje fiscal internacional a consecuencia de su capacidad para aprovechar los diversos tratamientos otorgados por cada Estado. En consonancia, se analiza que el núcleo de la operación es la sociedad *holding* que con el dinero prestado por la matriz compra las acciones de la entidad americana, con base en la cual recibirá unos dividendos que en teoría tendrá que tributar por ellos, pero que, como ha de devolver el préstamo a la sociedad matriz situada en ese otro Estado, al realizar el pago del préstamo se podrá deducir los intereses pagados, y además ante una divergencia en el tratamiento otorgado, porque este Estado la entiende como transparente gravando a los miembros de la matriz por los beneficios que el *holding* había obtenido de la entidad independiente americana, se consigue no ser considerados como intereses recibidos, que tendría que tributar por ellos, sino como dividendos, a los que se le aplicará un crédito fiscal por el método de imputación o se le aplicará el método de exención.

Por consiguiente, ante tal estructura compleja, por un lado, la entidad creadora del *holding* en un tercer Estado consigue obtener unos beneficios fiscales y un ahorro fiscal por medio de su creación en EE. UU. Como EE. UU. considera el *holding* como una sociedad no le hará tributar por los dividendos que ha recibido de las acciones en la sociedad estadounidense, pero a su vez, se deducirá los intereses que debería pagar debido al préstamo que recibe de sociedad constituida en un tercer Estado. Mientras que, por el otro lado, la sociedad creadora del *holding*, consigue no tener que tributar por los intereses que derivan del préstamo, porque los maquea como los dividendos de aquella sociedad a la que le compró acciones.

2.5. INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS

Recurriendo a las normativas tanto fiscales y contables como mercantiles, se regulan los instrumentos de capital y los instrumentos de deuda. Los primeros hacen referencia a los dividendos, aquellos que el pago está supedito a la existencia de un resultado positivo en la empresa, no tienen un plazo de vencimiento y son titularidad de los accionistas. Respecto al segundo grupo, se relacionan con los intereses, los cuales se caracterizan porque su titular tiene derecho a exigirlos y la obligación del deudor de pagarlo en un momento determinado en el tiempo. Además, la cuantía está predeterminada y el pago no está subordinado al resultado de la empresa.

A priori, no deben ser comprendidos como problemáticos para ninguna de las jurisdicciones, aunque esta opinión cambia cuando existen divergencias entre la calificación que cada ordenamiento jurídico otorga al instrumento debido a sus características, dando lugar a los denominados «instrumentos financieros híbridos». Tal y como afirma, entre otros, J. A. DUNCAN, «es un instrumento financiero que tiene características económicas que son incoherentes, en su totalidad o en parte, con la clasificación que suscita su forma jurídica»¹⁸.

Estos instrumentos se encuentran íntimamente ligados al arbitraje fiscal, donde su uso es cada vez más cotidiano en las operaciones transnacionales formando parte del concepto de innovación financiera. Las operaciones amparadas en los mismos se centran en la obtención de beneficios y ventajas que de otra manera serían inalcanzables. Gracias a su gran flexibilidad a la hora de ser estructurados puede adaptarse a los requisitos que cada normativa establece, así alcanzan recursos bajo unas condiciones que la empresa estándar no es capaz de conseguir. Principalmente, entre sus finalidades se encuentran: conseguir aumentos de capital en un coste de manera eficiente, atender en la máxima medida posible a la demanda de los inversores, cubrirse de posibles, aumentar los flujos de capital y las posibilidades de inversión, es decir, una serie de ventajas y beneficios que de otra manera no serían alcanzables¹⁹.

2.5.1. Los instrumentos financieros híbridos y sus rendimientos generados

El principal interés del uso de estos instrumentos híbridos por parte de las entidades no es ni más ni menos que conseguir aprovechar las diferencias existentes entre las calificaciones que cada Estado otorga a los rendimientos generados por los mismos. De este modo, tratan de obtener un tratamiento especial con grandes ventajas fiscales.

Así, se amparan en las grandes diferencias existentes entre Estados a la hora de clasificarlos, ofreciendo un amplio abanico de posibilidades de arbitraje, al poder existir importantes diferencias en el trato jurídico-fiscal y contable otorgado por cada país, las cuales, finalmente, se traducen en ahorros fiscales a favor de la entidad. De esta manera, bajo este juego de instrumentos se consigue que el capital sea tratado como deuda y viceversa. Tienen una doble vida, es deuda para fines fiscales y capital a fines contables, financieros y de información²⁰.

Encontrando la esencia de la operación en la posible problemática que surge cuando desde la perspectiva del Estado de la fuente los considera instrumentos de deuda. Por lo que el deudor, podrá deducirse, al ser considerados como gastos ordinarios, el pago de los intereses. Mientras

¹⁸ DUNCAN, J. A.: «Ponencia General», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Congreso IFA, Múnich, 2000.

¹⁹ GARCÍA PRATS, F. A.: «Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties», en *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 977, 2011.

²⁰ EDGAR, T.: «The Taxation of Financial Arrangement (TOFA) proposals: a modest and defendable agenda for reform», en *University of New South Wales Law Journal*, núm. 39, 2000.

que, en teoría, es el receptor el que situado en el Estado de residencia deberá tributar por ellos. Pero, cuando desde la otra perspectiva, el receptor del pago lo interpreta como un instrumento de capital, por lo que al asimilarlo a un dividendo no tendrá que tributar por estos. De esta manera se alcanza la doble no imposición económica o *double dip effect*.

Tal y como afirmó HELMINEN, «a raíz de las características mixtas que presenta un instrumento híbrido, su clasificación y la de los pagos que generan no resulta clara y, por consiguiente, existe la posibilidad de encontrarnos ante una clasificación inconsistente. En un contexto internacional el rendimiento generado por un instrumento híbrido podrá ser considerado como diviendo en un país como interés en el otro»²¹.

Producto de las operaciones que aprovechan las discordancias normativas son, entre otros, los *profit participation loans*, pueden ser comprendidos como un instrumento de deuda porque se trata de un préstamo, pero que, a su vez, tiene características propias de un instrumento de capital, puesto que el monto del interés a ser pagado se encuentra condicionada a la rentabilidad del negocio²². O las mismas «acciones preferentes», que son consideradas como fondos propios de la entidad, con derecho a recibir un dividendo, el cual es un rasgo propio de los instrumentos de capital, pero, por el contrario, son distintas a las acciones ordinarias²³, puesto que no tienen derecho a voto, que es exactamente lo que sucede a los acreedores de una entidad que tienen derecho a recibir un interés por el capital prestado.

Por consiguiente, factores como la apertura general de los mercados financieros ha supuesto un empujón decisivo en este terreno, creándose un clima idóneo para la proliferación de la innovación financiera²⁴.

Son dos los factores relevantes, por un lado, la calificación de los rendimientos generados por estos instrumentos híbridos y, por el otro, los tratamientos que se les ha de aplicar a los mismos, cuya máxima eficacia sería alcanzar la compatibilidad entre normativas jurídicas domésticas o convenidas, internacionales y nacionales a la hora de imponer un tratamiento jurídico a los mismos. Evitando una falta de acuerdo o la existencia de notables discordancias entre países donde el resultado de la operación transnacional fuese indeseable. Bien por recaer en una doble imposición fiscal o en una doble no imposición económica.

²¹ HELMINEN, M.: «Classification of cross border payments on hybrid instruments», en *Bulletin for International Taxation*, 2004, pág. 56.

²² NÚÑEZ CIALLELA, F.: «Instrumentos Financieros Híbridos», *Revista* 49, 2010, pág. 168.

²³ MARQUÉS SEVILLANO, J. M. y SANCHÍS ARELLANO, A.: «Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: Naturaleza y cambios tras la crisis financiera», en *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 17, pág. 58.

²⁴ JIMÉNEZ-BLANCO, J. I.: «El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2010, pág. 1.661.

Ahora bien, tanto los Estados como las organizaciones internacionales, como la OCDE, son conscientes de los resultados que provocan estas discordancias y la necesidad de imponer soluciones con carácter inminente.

En primer lugar, la falta de un método o procedimiento estandarizado sobre los criterios a seguir tanto por el Estado de la fuente como por el Estado de residencia para clasificar los rendimientos derivados de los instrumentos híbridos desemboca en la aplicación de medidas unilaterales, las cuales pueden coincidir con las impuestas por otros, o no. Así pues, ante tal divergencia, el problema es que estos métodos pueden variar de país a país, y donde unos por ejemplo le dan una mayor importancia a unas condiciones como el riesgo asumido por el instrumento o las mismas posibilidades de control, otros se pueden centrar más en la subordinación del pago por parte de la entidad. Esto es debido a la no existencia de una lista de atributos determinada.

En segundo lugar, respecto al tratamiento a aplicar, tanto si los Estados como las organizaciones internacionales desean eliminar la posibilidad de que determinadas empresas observen estos híbridos financieros como el camino para obtener ciertos beneficios no solo consiste en tratar de imponer criterios estándar por medio de normas internacionales para que los califiquen bajo la misma forma. Sino que también se trata de armonizar el tratamiento jurídico-legal, fiscal, financiero y contable a los rendimientos que derivan de estos instrumentos. Aunque ambos conceptos caminan a la par.

No obstante, tal y como A. KRAHMAL indica no es realmente sencillo, ya que, como consecuencia de la aplicación de normas tributarias generales a transacciones particulares y que realmente no son compatibles, surge una discrepancia entre la realidad económica y el tratamiento tributario otorgado²⁵.

Es cierta la importancia que recae sobre los convenios fiscales entre Estados y sobre el modelo de convenio de la OCDE en general. Si bien es cierto que a pesar de su estrecha relación con las normativas domésticas de los Estados, no siempre es eficaz recurrir a ellos para la regulación del tratamiento de ciertas operaciones transnacionales, teniendo más bien que ser los Estados con sus normas internas los que las regulen. Esto es prácticamente el supuesto de los instrumentos híbridos financieros y los rendimientos que derivan de ellos.

Por un lado, el modelo de convenio de la OCDE no se pronuncia sobre la regulación y tratamiento de estos instrumentos, nada más que en unas simples acotaciones encontradas en alguno de sus Comentarios, como el Comentario 21.1 de su artículo 11 que hace referencia a «instrumentos financieros no tradicionales».

Por otro lado, el MCOCDE sí que pone un mayor interés en el tratamiento entre Estados de los pagos que derivan de estos instrumentos, pero aun así, de manera limitada. Aunque no esta-

²⁵ KRAHMAL, A.: «International Hybrid Instruments: Jurisdiction dependent Characterization», en *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 5, 2005, pág. 21.

blece una serie de criterios estándar sobre los que se han de basar los países para determinar de qué tipo se trata. Sino más bien, son los propios países los que, debido a la falta de criterios internacionales homogéneos, llegan al desacuerdo en los tratamientos impuestos.

Finalmente, el mayor problema recae sobre la consideración de si tal rendimiento se considera un interés o un dividendo. El modelo de convenio de la OCDE sí que se pronuncia sobre la calificación de rendimientos de los instrumentos híbridos, aunque brevemente. En sus artículos 10.3 y 11.3, respectivamente, trata con los dividendos e intereses. Aunque limitando su ámbito a la aplicación de los mismos a lo estipulado en tales artículos, tal y como manifiestan en ambos «... *as used in this article...*». Por ello, siguiendo al profesor GARCÍA PRATS, el régimen fiscal doméstico no es necesariamente afectado por la aplicación del convenio fiscal y las calificaciones fiscales. En principio, la calificación del tratado fiscal es solo válida para la determinación de las reglas de asignación que serán aplicables, las condiciones que lo concretan y las consecuencias ahí consagradas²⁶.

Por todo ello, reafirmando lo comentado, ante la falta de unos establecidos criterios a nivel internacional y la ante la insuficiencia normativa por parte de los convenios fiscales, será el régimen fiscal doméstico el que regule el rendimiento de los instrumentos híbridos estableciendo sus propias normas y criterios. Pero respetando lo marcado en el convenio.

La interacción entre los regímenes domésticos y las disposiciones del convenio son fundamentales para asignar un tratamiento correcto, ya que un tratamiento uniforme no solucionaría todos los problemas que pudieran surgir entre los regímenes domésticos además de los requisitos marcados en los convenios. De todas formas ante la posibilidad de que la operación transnacional pudiese ser doblemente sujeta a gravamen o no desde la perspectiva contraria, consiga exentarse del pago del impuesto alcanzando la doble no imposición, se podría recurrir a la aplicación de medidas anti-abuso y anti-elusión que regulasen dichas irregularidades. Siempre que efectivamente fuesen aplicables, ya que si no lo fuesen, tal vez y a pesar de todo, habría que asumir el resultado alcanzado por la misma teniendo que pensar en otros métodos para su regulación. El cual no sería ni más ni menos que un mero reflejo de la falta de armonización de una serie de necesarios criterios en los que ampararse los Estados para evitar este tipo de situaciones indeseadas.

De todas formas, la conciencia de la necesidad de encontrar tratamientos conjuntos y homogéneos tanto por parte de los Estados como de las organizaciones internacionales, tales como la OCDE, es cada vez mayor. Pronunciamientos vinculantes para solucionar y evitar situaciones de arbitraje fiscal con resultados indeseados para los países, pero que no pueden ser sancionadas las entidades que se benefician de tales lagunas al no infringir el Derecho, y por lo tanto, no ilícitas. Eso sí, por el momento, es conveniente la máxima armonización y cooperación por parte de los Estados, con la finalidad de alcanzar criterios homogéneos en los que basarse.

²⁶ GARCÍA PRATS, F. A.: «Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties», en *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 983, 2011.

3. MECANISMOS LEGALES PARA LIDIAR CON EL ARBITRAJE FISCAL. ¿SON SUFICIENTES?

Como se observa no es suficiente con el simple deseo de los Estados y organizaciones por querer considerar tales operaciones estructuradas como abusivas, sino que para ello se requiere de una demostración jurídicamente argumentada. Siendo aquí donde se ponen de manifiesto las diferentes perspectivas de la doctrina legal.

De una manera concreta, se observa que, efectivamente, la entidad no vulnera ninguno de los límites propios del Derecho en ninguna de sus operaciones analizadas anteriormente, simplemente se limitan a cumplir con lo establecido en la norma, o más bien, a no infringir ninguno de los preceptos legales, aunque lo que haga realmente sea rodearla por medio de mecanismos para evitar su aplicación.

Como se observa, es cierto que la gran mayoría de consecuencias o efectos que derivan de estas prácticas fiscales no son favorables para los Estados, de hecho normalmente son perjudiciales, pero ¿dónde se encuentra establecido que tal transacción fiscal está restringida? Por lo visto, no es suficiente con alegar la existencia de un régimen fiscal internacional amparándose en la cláusula de sujeción al impuesto, bajo la cual toda operación ha de tributar, ni más ni menos, que una vez. De hecho, estos argumentos son altamente cuestionados por la otra parte de la doctrina legal.

Por todo ello, son los Estados los que han de hacer uso de la variedad de mecanismos y medidas ofrecidas por el Derecho para imposibilitar la práctica de estas operaciones. Estableciendo así un conjunto de actuaciones en el tiempo, que poco a poco vayan reduciendo el campo de actuación de estas entidades, al conseguir regular y, por consiguiente, eliminar las prácticas fiscales consideradas actualmente como abusivas, pero sobre las que actualmente no existe solución definitiva alguna. Al margen de que Estados y organizaciones estén trabajando en ello.

Aunque a todo esto, ¿se conoce cuáles son los mecanismos con los que legalmente cuentan los Estados?, ¿son en teoría suficientes para afrontar un problema de tal magnitud?

El problema, por lo tanto, no es de carácter doméstico, de un Estado en concreto, sino más bien, se puede decir que es de todos y de ninguno. De hecho es una de las claves del éxito de estas operaciones, y es que no incumplen el derecho interno de ninguno de los Estados, pero en cambio consiguen hasta en ocasiones la doble no imposición fiscal, al aprovechar tales discordancias normativas entre los Estados. Por lo que, siguiendo esta idea, los mecanismos internos establecidos por los Estados de carácter unilateral pueden resultar absolutamente ineficaces. Las cláusulas que los países puedan aprobar podrán ser fácilmente susceptibles o evitadas por estas planificaciones fiscales.

El problema, como las organizaciones, en especial la OCDE, está haciendo, hay que comenzar a solucionarlo desde la base, haciendo uso de los mecanismos internacionales ofrecidos por el Derecho, por ello, el aumento de la transparencia fiscal entre Administraciones y la obligación al intercambio de información entre Estados es una cuestión prioritaria. Puesto que, si no

se conoce bajo qué estructura y qué actuaciones ha llevado en el otro Estado la entidad, cómo se va a controlar y poder exigir a la misma la obligación de tributar en el Estado correspondiente.

Aunque, para comenzar, las dificultades son interpuestas por los mismos Estados al no querer acceder a muchas de estas prácticas, hasta que se convierte más o menos en una obligación ineludible. También, este argumento se encuentra apoyado por cierta parte de la doctrina que consideran que el Estado ha de velar por su propio interés, asegurándose del cumplimiento de su normativa pero sin importarle si la entidad ha cumplido con el otro Estado o no.

De hecho la realización de estas prácticas de manera habitual intima las relaciones entre los Estados y allana el camino para el establecimiento de medidas de carácter multilateral, entendido como el óptimo procedimiento para aplicar un tratamiento conjunto a determinadas operaciones que logren controlarlas.

Existen, por lo tanto, diferentes mecanismos que facilitarían la lucha contra estas operaciones propias del arbitraje fiscal. En primer lugar, son claves los convenios bilaterales para evitar la doble imposición fiscal firmados por los Estados entre sí. Pueden hacer uso de los mismos, estipulando en forma de cláusula la interpretación de algún concepto legal o el establecimiento de forma más exacta, en ocasiones, de en cuál de los Estados se verá obligada a tributar la operación.

Principalmente, sería válido para poner fin, más que para regular, a aquellas operaciones como las anteriormente comentadas, arrendamiento financiero o *leasing* que reflejan su éxito en la discrepancias entre algunos Estados sobre el término de la «propiedad» o aquellas cuyo eje se encuentra en las DRC, que aprovechan las diferentes interpretaciones que los Estados hacen sobre el concepto jurídico de la «residencia».

No obstante, está claro que serán los Estados los que deban ponerse de acuerdo sobre dichos criterios y en ocasiones no es realmente fácil, ante la negación de ceder unos u otros o ante los mismos intereses que para un Estado puede suponer ofrecer una interpretación u otra de dichos conceptos legales. Además, a ello sumado la dificultad de que los Estados se pongan de acuerdo entre ellos, y que ante una falta de unanimidad global sobre la interpretación del concepto nunca se eliminará por completo dicha operación transfronteriza del arbitraje fiscal.

Por otro lado, muchas de las verdaderas operaciones del arbitraje fiscal son bastante más complejas y, por supuesto, no se alcanza una solución al problema por medio de la armonización de un simple concepto legal. Se trata más bien de estrategias fiscales, puesto que, a pesar de que se quieran equipar con planificaciones fiscales agresivas²⁷ o abusivas, el asunto es que no son consideradas de manera directa que vulnere el Derecho, puesto que, en dicho supuesto sí que se calificaría como ilícita automáticamente. Entre estas se encuentran las entidades híbridas que tie-

²⁷ Comisión Europea: «Recomendación 6.12.2012 sobre planificación fiscal agresiva» (*Recommendations to Member States on aggressive tax planning* [C(2012) 8806]).

nen éxito a consecuencia del tratamiento diferente que cada Estado otorga, o del mismo modo, los instrumentos financieros híbridos, que dependiendo de la interpretación que el Estado haga de los mismos se les asigna un tratamiento u otro.

No obstante, aunque el nivel de estas operaciones sea altamente sofisticado, su punto clave es el mismo que las anteriores, buscan la contradicción entre dos jurisdicciones.

Por ello, los Estados cada vez son más conscientes de la necesidad de armonizar conceptos jurídicos y homogeneizar los tratamientos impuestos sobre unas estrategias fiscales. Así tratan de reducir en gran medida la cantidad de pérdidas y fugas de ingresos fiscales que pierden anualmente los Estados al no conseguir gravarlos.

Otro de los mecanismos jurídicos en los que se basan son en el papel desarrollado por las organizaciones e instituciones internacionales como la OCDE y la CE, y otras que llevan años ideando planificaciones, publicando informes, trabajos, recomendaciones, etc.²⁸, sobre medidas que deben adoptar los Estados y la importancia de la armonización de los tratamientos para acabar con las mismas. Muchas de ellas proponen, a su vez, cláusulas multilaterales que los Estados tendrían que implantar en sus ordenamientos jurídicos para regular y posteriormente eliminar el arbitraje fiscal internacional.

Ante este panorama, es cierto que la adopción de mecanismos y medidas multilaterales podría ser tal vez el mecanismo más eficaz para acabar con este tipo de planificaciones fiscales, no obstante, no son pocos los problemas que ello conlleva. En primer lugar, a pesar de los cada vez mayores esfuerzos por armonizar los tratamientos otorgados a ciertas operaciones, existen países que se niegan a adoptar determinadas medidas, hay otros que les resulta ante su logística y recursos establecer ciertos mecanismos de intercambio de información y control de las operaciones, etc. Además y no como menos importante no se puede olvidar que hasta que no estuviesen implantadas dichas medidas en tratados de carácter multinacional, o incluso en los mismos acuerdos o convenios bilaterales, dichas recomendaciones, informes, comunicaciones, no llegan a ser un mecanismo determinante al ser considerado como *soft law* o «legislación blanda», la cual carece de un carácter vinculante para los Estados. Es decir, presentan las características del Derecho, en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes se dirige²⁹, pero que les falta algo de naturaleza jurídica o vinculante del derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana³⁰.

²⁸ Entre los informes más recientes y relevantes de la OCDE se destacan: *Hybrid mismatch arrangements*, marzo 2012, y *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, julio 2013.

²⁹ TAMMES, A. J. P.: «Soft Law», en *Essays of International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martines Nijhoff, La Haya, 1983.

³⁰ CHECA GONZÁLEZ, C.: «Globalización económica y principios tributarios» en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, 2010, pág. 103.

Por consiguiente, como se observa no es tarea fácil ni para los Estados ni para las organizaciones encontrar las soluciones definitivas a los planes minuciosamente diseñados por el contribuyente que aprovechan el fenómeno de la internacionalización económica junto al desarrollo tecnológico para alcanzar beneficiosas oportunidades fiscales³¹.

Ahora bien, como se comentaba el problema hay que afrontarlo desde la base, y al margen de los medios que los Estados han de poner por su parte para ello. Los Estados han de ser capaces de estudiar minuciosamente los diferentes tipos de operaciones, con el fin de conocer cuáles son los puntos importantes de esa operación, en qué mecanismos se basan tales operaciones estructuradas para ser capaces de alcanzar dichos beneficios fiscales y, por lo tanto, tratar de regular el uso de los instrumentos o entidades, que son las que realmente hacen posible que el contribuyente obtenga tales beneficios y ventajas fiscales. De este modo, si se consiguiesen regular dichos conceptos que sustentan la entramada operación, a posteriori, las consecuencias que conlleva el arbitraje fiscal disminuirían hasta el punto de la eliminación.

Finalmente, como se analiza, los Estados con la ayuda de dichas organizaciones internacionales cuentan con un gran número de mecanismos existentes para afrontar esta problemática. Ahora bien, requiere de la máxima eficiencia de los mismos para acabar con un problema de tal magnitud como el arbitraje fiscal, y de la continua elaboración de medidas, mecanismos, cláusulas multilaterales, etc., que luchen contra las sofisticadas planificaciones fiscales diseñadas por la «industria financiera» que, como norma general, van un par de pasos por delante que el legislador.

No obstante, me resisto a pensar que desde la perspectiva del Derecho no caben respuestas.

Bibliografía

AVI-YONAH, R. S. [2007]: «International Tax as International Law. An analysis of the International Tax Regime» en *Cambridge University Press*.

CHECA GONZÁLEZ, C. [2010]: «Globalización económica y principios tributarios» en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22.

COMISIÓN EUROPEA: «Recomendación 6.12.2012 sobre planificación fiscal agresiva», *Recommendations to Member States on Aggressive Tax Planning* [C(2012) 8806].

DUNCAN, J. A. [2000]: «Ponencia General», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Congreso IFA, Múnich.

EDGAR, T. [2000]: «The Taxation of Financial Arrangement (TOFA) proposals: a modest and defensible agenda for reform», en *University of New South Wales Law Journal*, núm. 39.

³¹ HIRIANI, S. G.: «Special Counsel Foley Tapped to Head Advance Pricing Agreement Program», en *Daily Tax Report*, vol. 53, núm. 17, 2000.

- GARCÍA PRATS, F. A. [2011]: «Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties», en *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 977.
- GREENAWAY, T. D. [2010]: «International Tax Arbitraje: A Frozen Debate Thaws», en *Tax Notes International*, núm. 25.
- HELMINEN, M. [2004]: «Classification of cross border payments on hybrid instruments», en *Bulletin for International Taxation*.
- HIRIANI, S. G. [2000]: «Special Counsel Foley Tapped to Head Advance Pricing Agreement Program», en *Daily Tax Report*, vol. 53, núm. 17.
- IFA [2004]: Congreso Viena.
- JIMÉNEZ-BLANCO, J. I. [2010]: «El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid.
- KRAHMAL, A. [2005]: «International Hybrid Instruments: Jurisdiction dependent Characterization», en *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 5.
- LAMAGRANDE, A. J. [1998]: «Los desafíos de la Administración Tributaria frente a la globalización» en *Crónica Tributaria*, núm. 87.
- MARQUÉS SEVILLANO, J. M. y SANCHÍS ARELLANO, A.: «Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: Naturaleza y cambios tras la crisis financiera», en *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 17.
- NÚÑEZ CIALLELA, F. [2010]: «Instrumentos Financieros Híbridos», *Revista 49*.
- OCDE [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, julio.
- [2012]: *Hybrid mismatch arrangements*, marzo.
- PEDROSA LÓPEZ, J. C. [2014]: «El Arbitraje Fiscal Internacional. Un nuevo debate», en *Tribuna Fiscal*, núm. 272, mayo-junio.
- RING, D. [2002]: «One nation among many: Policy implications of cross border transactions» en *Boston College Tax Review*, vol. 44, 79.
- ROSEMBUJ, T. [2011]: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas», *El Fisco*, Barcelona.
- SOLEY SANZ, J. [2006]: «Diferencias entre el *leasing* operativo y el *leasing* financiero bajo la NIC 17», en *Estrategia Financiera*, núm. 227.
- TAMMES, A. J. P [1983]: «Soft Law», en *Essays of International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martines Nijhoff, La Haya.