

ACCIÓN 2: NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS MECANISMOS HÍBRIDOS

Introducción.

1. *La Acción 2 del Plan de Acción BEPS. El informe final de octubre de 2015.*
2. *Estado de la situación en España : Los mecanismos híbridos en la Ley 27/2014.*
3. *Derecho Comparado*
 - 3.1 *Unión Europea: Los híbridos en la Directiva Anti Elusión.*
 - 3.2 *Situación en otros países.*
4. *Valoración de la medida y propuestas de adaptación de la norma española*

INTRODUCCIÓN

Aun cuando no quepa negar la importancia de la iniciativa BEPS, es justo también reconocer que, en algunos aspectos, BEPS no ha sido tanto una fuerza creadora como un aglutinador de una serie de trabajos e iniciativas que ya venían gestándose.

Antes de que el acrónimo BEPS hiciese fortuna allá por el mes de junio de 2012, y casi un año antes de la publicación del primer informe BEPS en febrero de 2013 (“Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”), la OCDE ya había publicado un informe de 25 páginas que llevaba por título “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”.¹

Los híbridos estaban también incluidos en el plan de acción publicado por la Comisión Europea en diciembre de 2012,² año en el que los servicios de la Comisión habían lanzado una consulta pública sobre situaciones de doble no-imposición y cómo hacerles frente, en la que los híbridos ocupaban un lugar destacado.³

Con estos antecedentes, no sorprende que los mecanismos híbridos fueran objeto de inclusión en el Plan de Acción BEPS, ni que la Acción 2 haya sido una de las más fructíferas, cuando menos por lo que a la extensión del informe final respecta.

En este documento de trabajo intentaremos, en primer lugar, resumir, de manera necesariamente sucinta, la estructura y contenido del informe final correspondiente a la Acción 2; veremos a continuación cuál ha sido la reacción legislativa, tanto en España como en otras jurisdicciones –incluyendo la “versión europea” de la normativa

¹ http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf.

² “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion.” 6 de diciembre de 2012. COM(2012) 722 final. http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf

³ “The internal market: factual examples of double non-taxation cases. Consultation Document”.

Bruselas, TAXUD D1 D(2012).

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/consultation_paper_en.pdf

anti-híbridos– para finalizar con algunas reflexiones sobre las dificultades que plantea la solución propuesta y su incorporación al sistema tributario español.

1. LA ACCIÓN 2 DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS. EL INFORME FINAL DE OCTUBRE DE 2015.⁴

Como hemos señalado en la introducción, las asimetrías híbridas, los desajustes híbridos o los mecanismos híbridos –como de manera menos fiel al original inglés, pero indudablemente más eufónica, la OCDE ha decidido traducirlo al español– constituyen una de las áreas del Proyecto BEPS en las que parte del camino ya estaba andado, si no en lo que se refiere a la formulación de propuestas concretas de abordaje del problema, sí al menos en lo relativo a la identificación y categorización del mismo. Seguramente por esto, los principios fundamentales y las recomendaciones sustantivas contenidas en el informe final publicado el 5 de octubre del pasado año, ya estaban casi íntegramente contemplados en los borradores publicados en marzo de 2014⁵ y en el informe provisional de septiembre de ese mismo año.⁶

El documento final de la Acción 2, como ya lo hacían los borradores que lo precedieron, se estructura en dos partes conexas pero diferenciadas: una primera que contiene recomendaciones para el diseño de disposiciones normativas en el ámbito interno o doméstico; y una parte segunda que complementa a la anterior e incluye propuestas de modificación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (en su versión de 2014).

Parte I

En la primera parte de la Acción 2, las recomendaciones de la OCDE se estructuran en torno a tres categorías de mecanismos híbridos que se definen por el efecto tributario que cada una de ellas produce:

1. *Deducción/ No inclusión (“D/NI”)*: Este tipo de desajuste híbrido tiene lugar cuando el pago hecho por el contribuyente genera un gasto deducible sin que la recepción de dicho pago genere un ingreso ordinario gravable en sede del receptor.

Las diferentes reglas de imputación temporal que puedan aplicar la jurisdicción del pagador y del receptor de la renta no generan por sí mismas un efecto

⁴ OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>

⁵ <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>;

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-treaty-issues-march-2014.pdf>

⁶ <http://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-9789264218819-en.htm>

híbrido, aunque el informe final señala que la diferencia puede llegar a considerarse permanente (y quedar, por tanto, alcanzada por las recomendaciones) cuando el contribuyente no pueda acreditar a satisfacción de la administración tributaria que dicho pago será reconocido como ingreso dentro de un marco temporal definido.

‘Ingreso ordinario’ es aquel ingreso que se encuentra sujeto a imposición de forma efectiva al tipo marginal aplicable en la jurisdicción de residencia del receptor del pago. La existencia de partidas deducibles que minoren la base imponible resultante no desvirtúa su consideración como tal ingreso ordinario.

El concepto de ‘pago’ se define de forma amplia como cualquier cantidad susceptible de ser entregada, lo que incluye aquellos importes devengados que serán objeto de pago efectivo posterior. Excepto cuando explícitamente así se menciona (por ejemplo, en la recomendación 1), la definición de pago no se circunscribe a los de naturaleza financiera, con lo que cánones y pagos por servicios, entre otros, quedarían también alcanzados por las recomendaciones de la OCDE. Se excluyen sin embargo de forma específica las cantidades que solo se entienden pagadas a efectos fiscales, y se cita el ejemplo de las deducciones de interés “nocionales” sobre fondos propios, categoría en la que quedaría encuadrada la reserva de capitalización prevista en el artículo 25 LIS.⁷

2. *Doble deducción* (“**DD**”): En este caso el resultado híbrido es consecuencia de que el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de una jurisdicción.
 -
3. *Deducción/ No inclusión indirecta* (“**D/NI indirecta**”): Situaciones en las que un pago no-híbrido desde una jurisdicción tercera se compensa con una deducción generada por un mecanismo híbrido, de forma tal que no se llega a producir una tributación efectiva en sede del receptor. Estamos ante lo que el informe final llama un ‘híbrido importado’, por cuanto el efecto híbrido se importa a través de una jurisdicción intermedia.

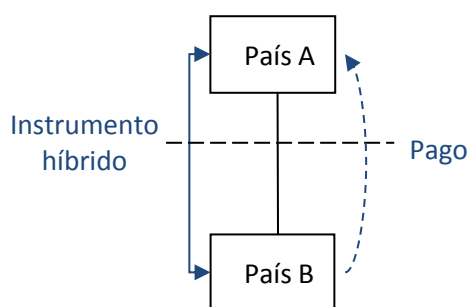
Dentro de estas tres categorías se identifican hasta seis tipologías diferenciadas de mecanismo híbrido que son el objeto de las ocho primeras recomendaciones incluidas en esta Parte I. La estructura de estas recomendaciones es común e incluye: (i) una regla primaria; (ii) una regla secundaria o defensiva (que deberá ser aplicada por otra jurisdicción en ausencia de respuesta primaria); y (iii) el ámbito de aplicación de la recomendación. El documento no recoge una definición única de *hybrid mismatch*, sino que las recomendaciones 1, 3, 4, 6 y 7 contienen otras tantas definiciones específicas, en lo que constituye sin duda una de las mejores evidencias de la complejidad del informe.

⁷ Ley 27/ 2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Las recomendaciones 9 a 12 incluyen una serie de pautas y recomendaciones para una mejor transposición de las reglas propuestas al derecho interno de los estados (incluyendo recomendaciones para una adopción uniforme y coordinada en el tiempo de las mismas), así como definiciones de términos utilizados a lo largo del informe final.

1) *Instrumentos financieros híbridos* (“Hybrid financial instrument”)

Las recomendaciones 1 y 2 se dirigen a neutralizar los efectos de instrumentos financieros híbridos como los del ejemplo siguiente:

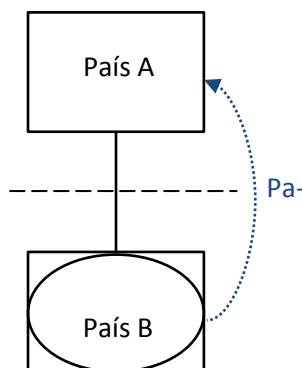


La respuesta primaria que se propone en la recomendación 1 es negar la deducibilidad en sede del pagador (B en el ejemplo) en la medida en que dé lugar a un resultado de D/NI. Si la jurisdicción del pagador permite la deducción, será la jurisdicción del receptor del pago, en aplicación de la regla defensiva, quien deberá hacer tributar el ingreso.

Esta recomendación aplica tanto a instrumentos híbridos como a ‘transmisiones híbridas’ (préstamos de valores, repos y similares), y solo en la medida en que las partes estén vinculadas (se define un umbral de vinculación del 25%) o formen parte de un ‘*structured arrangement*’ (un acuerdo o transacción diseñado para dar lugar a un resultado híbrido).

Por su parte, la recomendación 2 propone medidas adicionales para lidiar con este tipo de asimetrías híbridas. En concreto, se propone que los países que prevén el método de exención como fórmula para eliminar la doble imposición sobre dividendos, no apliquen esta exención a los dividendos que hayan sido deducibles en otra jurisdicción. Al contrario de lo que sucede con otras recomendaciones, en este caso concreto la OCDE propone que la no exención aplique a todos los dividendos y no únicamente a los recibidos de entidades vinculadas o en el seno de un grupo.

2) *Pagos ignorados hechos por una entidad híbrida* (“Disregarded payment made by a hybrid”)



Nos encontramos aquí con otro supuesto de D/NI y la solución propuesta por la OCDE es similar a la que hemos visto en el caso anterior.

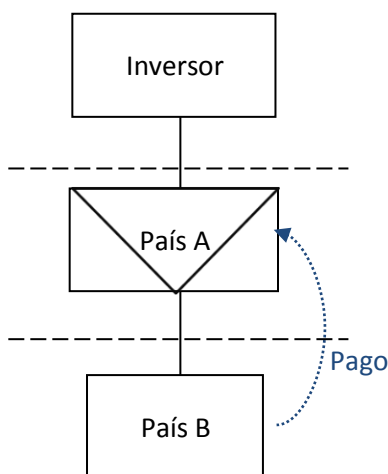
La respuesta primaria que se propone en la recomendación 3 es negar la deducibilidad en sede del pagador (B en el ejemplo) en la medida en que dé lugar a un resultado de D/NI. Si la jurisdicción del pagador permite la deducción, será la jurisdicción del receptor del pago, en aplicación de la regla defensiva, la que deberá hacer tributar el ingreso.

Para que la recomendación aplique tienen que darse las siguientes condiciones:

1. Que se trate de un ‘pago ignorado’, esto es, un pago deducible en sede del pagador pero que sin embargo no computa como ingreso gravable para el receptor del mismo;
2. Que provenga de un ‘pagador híbrido’, que será aquel cuyo tratamiento fiscal por la jurisdicción del receptor de la renta hace que dicho pago sea ignorado. Este sería el caso, por ejemplo, si A considera que B es una entidad en atribución de rentas (transparente).
3. Pagador y receptor han de ser parte de un grupo o, en su defecto, que el pago sea consecuencia de un ‘*structured arrangement*’.

La recomendación no resultará de aplicación en la medida en que los ingresos del pagador híbrido también estén tributando en sede del receptor del pago ignorado (lo que el documento denomina *dual inclusion income*).

3) Pagos hechos a un híbrido invertido (“Payment made to a reverse hybrid”)



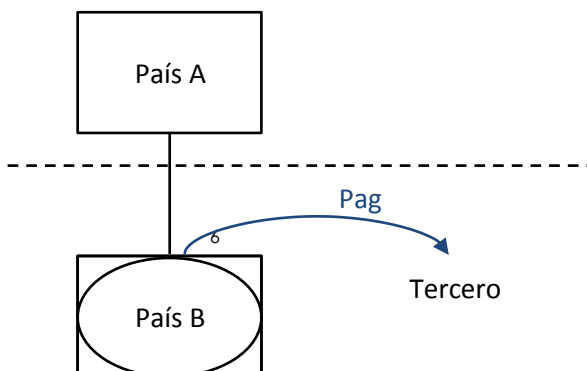
Como en los casos anteriores, la respuesta primaria prevista en la recomendación 4 para los pagos hechos a un híbrido invertido (*reverse hybrid*) es negar la deducibilidad en sede del pagador en la medida en que dicho pago dé lugar a un resultado de D/NI.

El híbrido invertido se define como cualquier entidad (en el ejemplo, A) que no es considerada fiscalmente transparente por alguno de sus socios o inversores, siendo que es fiscalmente transparente en la jurisdicción bajo cuyas leyes se ha constituido. Para que resulte de aplicación la regla primaria, tanto el pagador de la renta como el receptor de la misma y el inversor deben formar parte de un grupo o, como en los casos anteriores, que el pago se produzca en el marco de un *structured arrangement*.

La OCDE no ha considerado necesaria una regla defensiva en este caso, pero la recomendación 5 aconseja a los estados la adopción de diversas medidas destinadas específicamente a evitar las situaciones de D/NI producidas por los híbridos invertidos: adopción o, en su caso, mejora de las reglas CFC; limitar la transparencia fiscal de estas entidades en la medida en que tengan inversores no residentes; y mayores obligaciones de suministro de información para este tipo de entidades.

4) Pagos deducibles hechos por una entidad híbrida (“Deductible payment made by a hybrid”)

Frente a los anteriores casos de D/NI, nos encontramos aquí con un supuesto de DD, en el que el pago tiene la consideración de deducible tanto para el pagador como para



la matriz de este.

La respuesta primaria que se propone en la recomendación 6 es la no deducibilidad de dicho pago en sede de la matriz (País A en el ejemplo), en la medida en que se produzca una situación de DD. De no ser ese el caso, la regla defensiva es la no deducibilidad en sede del pagador. La respuesta primaria se propone sin limitación de alcance, en tanto que la regla defensiva aplicará solo en los casos en que las partes (pagador y su socio) pertenezcan a un mismo grupo o el pago forme parte de un *structured arrangement*.

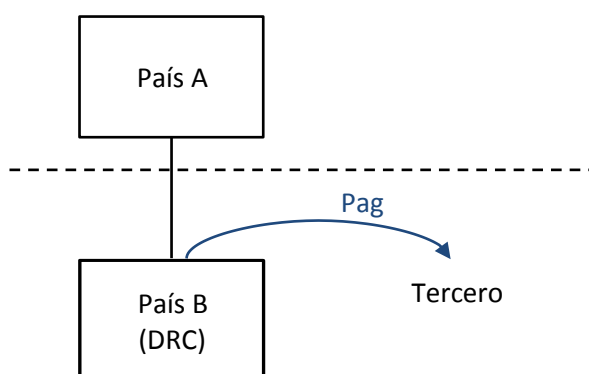
A los efectos de esta recomendación 6, el pago se considera hecho por una entidad híbrida cuando el pagador no tiene la consideración de residente en el país del que proviene el pago (País B) y dicho pago da derecho a una doble deducción de acuerdo con la legislación del país en el que el pagador es residente (País A). Este sería el caso, por ejemplo, si una entidad residente en el País A operase en el País B a través de una sucursal, y el País A utilizase el método de imputación para las rentas derivadas de dicha sucursal.

Alternativamente, el pago se considerará hecho por una entidad híbrida cuando el pagador sea residente en el País del que proviene el pago (País B) y dicho pago dé lugar a una segunda deducción en sede de un socio o inversor del pagador situado en el País A. Este será el caso, habitualmente, cuando el País A considere al pagador como fiscalmente transparente.

Como ocurría en el caso 2) anteriormente descrito, la regla no resultará de aplicación en la medida en que los ingresos de la entidad híbrida califiquen como *dual inclusion income*, esto es, estén también tributando en sede del socio o inversor.

5) *Pagos hechos por una entidad con doble residencia* (“Deductible payment made by a dual resident”)

El segundo supuesto de DD es aquel en el que el pagador es considerado residente fiscal de dos o más jurisdicciones:

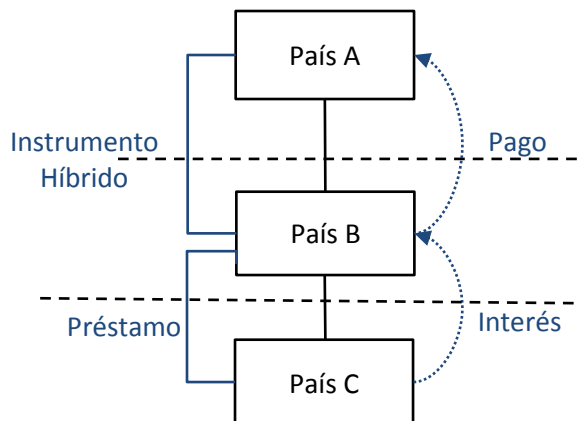


La recomendación 7 propone, para aquellos pagos que tengan la consideración de deducibles en dos o más de dichas jurisdicciones en las que el pagador es residente, una respuesta primaria consistente en que todas las jurisdicciones en las que el pagador es residente denieguen la deducibilidad de dicho pago.

Como en el supuesto anterior, no se limita el alcance de la recomendación (es decir, aplica con independencia de que haya vinculación o no con el receptor del pago). También como en el supuesto anterior, la regla no resultará de aplicación en la medida en que el pago se esté deduciendo contra *dual inclusión income*.

6) Mecanismos híbridos importados (“Imported mismatch arrangements”)

Por último, la recomendación 8 se refiere a los híbridos importados, que dan lugar a la tercera categoría de mecanismos híbridos: la D/NI indirecta.



Los híbridos importados se definen como aquellos que constituyen un mecanismo híbrido de acuerdo con la legislación de otra jurisdicción, y el efecto de dicho híbrido se “importa” en la jurisdicción del pagador a través de la deducción del pago híbrido contra el ingreso generado por el pago “no híbrido”. En el ejemplo que aparece arriba, vemos que efecto D/NI generado por el pago híbrido entre el País A y el País B surte efectos en el País C, que no es parte (directamente) del mecanismo híbrido, convirtiendo el pago hecho por este último en un pago híbrido importado.

La regla primaria contenida en la recomendación 8, es que la jurisdicción del pagador (en este caso, el País C) niegue la deducibilidad del pago híbrido importado. La recomendación solo resultará de aplicación cuando las entidades involucradas formen parte de un grupo o cuando el pago sea consecuencia de un *structured arrangement* del que el pagador sea parte. No se prevé una regla secundaria o defensiva.

Parte II

La segunda parte del informe correspondiente a la Acción 2, mucho más breve (apenas 20 páginas de las 459 que tiene el documento completo), incluye tres capítulos con una serie de recomendaciones tendentes a evitar que los instrumentos y entidades híbridas sean utilizados para obtener, de forma inapropiada, los beneficios previstos en convenios de doble imposición.

Se hace en primer lugar referencia a las entidades con doble residencia y a la propuesta contenida en la Acción 6, consistente en abandonar la sede de dirección efectiva como criterio exclusivo para dirimir situaciones de doble residencia para tomar también en consideración “otros factores relevantes”, tales como el lugar de constitución. Se admite, no obstante, que esta modificación puede no ser suficiente para evitar los problemas derivados de la existencia de sociedades con residencia dual, por lo que se sugiere a los estados que valoren la introducción de una norma específica en su legislación interna que considere no residentes a aquellas entidades que, por aplicación de un Convenio de Doble Imposición, sean consideradas residentes en otro estado.

La OCDE propone también ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de los Convenios de Doble Imposición (Artículo 1. Personas comprendidas), incluyendo a las entidades transparentes. Los cambios propuestos están en línea con los principios rectores del informe sobre sociedades de personas publicado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en 1999,⁸ que se incorporan en buena parte al comentario del Convenio Modelo, extendiendo su aplicación a todo tipo de entidades transparentes.

Por último, la OCDE reconoce la necesidad de asegurar una adecuada coordinación entre las recomendaciones de la primera parte del informe y el Modelo de Convenio Tributario.

2. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA : LOS MECANISMOS HÍBRIDOS EN LA LEY 27/2014

Desde el inicio del Proyecto BEPS la OCDE ha venido insistiendo en la conveniencia de una adopción coordinada y –en lo posible- uniforme de las recomendaciones emanadas de las distintas acciones. Por lo que se refiere a la Acción 2 en particular, se manifiesta de forma expresa (véase la recomendación 9) la necesidad de que los estados actúen de forma coordinada en la adopción de las distintas medidas propuestas; coordinación tanto en la forma de implementación como en el tiempo.

Esta llamada ha tenido una acogida desigual, en parte, probablemente, porque la situación de partida en los distintos países tampoco era la misma. Así, mientras que algunas jurisdicciones ya contaban con normas anti-híbridos (valga citar, a modo de ejemplo, las normas sobre doble utilización de pérdidas estadounidenses, conocidas como “*Dual Consolidated Loss rules*”), otros, como es el caso de España, no las tenían

⁸ OCDE (1999), “*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*”.

y han considerado oportuno introducirlas sin más demora. La aprobación de una nueva ley del Impuesto sobre Sociedades en nuestro país constituía una ocasión propicia para ello.

La exposición de motivos de la LIS, al enumerar los objetivos que han guiado la reforma del impuesto, alude al Plan de Acción BEPS como *“una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional”*. *“En ese marco - prosigue- la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos.”*

Este tratamiento de los híbridos en nuestra LIS se concreta específicamente en la introducción del nuevo artículo 15.j), pero también se enmarcan dentro de las propuestas de la Acción 2 algunas de las novedades introducidas en la regulación de la doble imposición económica internacional.⁹

1) No deducibilidad de pagos híbridos

La Exposición de Motivos de la Ley 27/2014 destaca *“la inclusión de una norma sobre operaciones híbridas, entendiéndose como tales aquellas que tienen distinta calificación fiscal en las partes intervinientes”*. La referencia es inequívoca a la letra j) del artículo 15 LIS, que considera no deducibles aquellos gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una dispar calificación fiscal en estas, no generen ingreso o dicho ingreso esté exento o sometido a una tributación nominal inferior al 10 por ciento.

La norma parece responder a la respuesta primaria propuesta por la OCDE para la primera tipología de híbridos arriba mencionada (instrumentos financieros híbridos), pero haciéndola extensiva a todo tipo de pagos, y no solo a los de naturaleza financiera. Pese a que se ha sugerido¹⁰ que una interpretación amplia del artículo 15.j) LIS podría servir para dar la respuesta primaria a otros supuestos de D/NI, en los que el efecto híbrido viene determinado no por el instrumento sino por las entidades intervinientes, nos parece que la dicción literal del precepto se compadece mal con dicha interpretación expansiva. Entendemos que cuando la norma habla del efecto híbrido *“como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas”* se está refiriendo a la calificación fiscal de la operación no de la persona o entidad vinculada. En cualquier caso, podrá discutirse si la calificación fiscal diferente se predica de la operación o de la entidad contraparte, pero difícilmente podrá referirse a ambas según convenga.

El artículo 15.j) LIS tampoco incluye mecanismos de reacción a los híbridos importados, ni la respuesta defensiva para hacer frente a situaciones DD.

2) Eliminación de la doble imposición

⁹ No serán objeto de discusión en este documento las modificaciones introducidas en relación con el tratamiento fiscal de los préstamos participativos y de determinados instrumentos financieros con una consideración mercantil diversa de la contable. Pese a que pueden responder a una finalidad similar a la del artículo 15.j), no estamos propiamente ante mecanismos híbridos en el sentido de la Acción 2.

¹⁰ SANZ GADEA, “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”. Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 4/2014. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

En este ámbito, dos son las novedades introducidas por la LIS directamente relacionadas con los mecanismos híbridos.

La primera de ellas se encuentra recogida en el artículo 21.1 y se concreta en la no aplicación de la exención a los dividendos y participaciones en beneficios recibidos por un contribuyente español cuando su distribución haya generado un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

La expulsión de estos dividendos del régimen de exención supone la adopción en nuestro ordenamiento jurídico de la recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS, a la vez que se da cumplimiento a lo requerido por el artículo 4.1.(a) de la Directiva Matriz-Filial.¹¹

La norma interna se refiere de forma específica a dividendos que han devenido fiscalmente deducibles en origen como consecuencia de su distribución. Entendemos, por tanto que no han de verse alcanzados los dividendos recibidos de sociedades residentes en jurisdicciones que apliquen algún tipo de deducción nocial sobre los fondos propios (como pueda ser el caso de Bélgica o Italia). Esta interpretación es consistente con las recomendaciones de la Acción 2, que vincula la noción de híbrido a la existencia de un “pago”.

La segunda modificación operada por la reforma de la LIS en relación con los instrumentos híbridos se encuentra en el artículo 32.2.2º, que veda la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición económica internacional al receptor de los dividendos cuando, en virtud de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden, deban ser objeto de entrega a otra entidad, registrando un gasto al efecto. Será esta otra entidad, beneficiario económico del dividendo, la que podrá, en su caso, aplicar la deducción. Idéntica solución se ha adoptado en el régimen de exención y, en consecuencia, el artículo 21.2.3º LIS también reserva la posibilidad de aplicar la exención sobre dividendos al titular económico de los mismos.

Debemos reseñar también, por último, la modificación introducida por la Ley 16/2013, de 29 de octubre, en relación con el régimen de tributación de las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes en el extranjero. Nos referimos concretamente a la no deducibilidad de las rentas negativas obtenidas a través de estos establecimientos permanentes, salvo en el caso de transmisión o cese del mismo, que actualmente queda recogida en los artículos 22.1 y 31.4 LIS. Pese a ser anterior en el tiempo a los primeros documentos de la Acción 2 (y a que es probable que su nacimiento no respondiera a una voluntad del legislador de luchar contra los mecanismos híbridos), consideramos oportuna su mención aquí en la medida en que responde a la regla primaria propuesta por la recomendación 6 para situaciones DD causadas por pagos efectuados por un pagador híbrido.

¹¹ Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en la redacción dada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio.

3. DERECHO COMPARADO

3.1 UNION EUROPEA: LOS HÍBRIDOS EN LA DIRECTIVA ANTI-ELUSIÓN

La Directiva anti-elusión¹², también conocida como ATAD (por sus siglas en inglés), presentada por la Comisión en enero de este año y aprobada por el Consejo el pasado día 12 de julio, constituye un compendio de medidas que buscan dar cumplimiento a una de las actuales prioridades políticas de la Unión en materia de fiscalidad internacional: que los impuestos se paguen allí donde se generan valor y beneficios.

Con este propósito, se incluyen en la ATAD algunas de las recomendaciones emanadas del Plan de Acción BEPS, por ejemplo en materia de deducibilidad de gastos financieros o de híbridos, pero también otras medidas no-BEPS, tales como la regulación de la imposición de salida (o *exit tax*).

Por lo que se refiere al tratamiento de las asimetrías híbridas, que es la terminología adoptada en la Directiva, la propuesta inicial de la Comisión distinguía entre entidades híbridas e instrumentos híbridos y en ambos casos mandataba que prevaleciese la caracterización legal otorgada por el estado en el que el pago tenía su fuente como solución para eliminar el efecto híbrido. Sin embargo, la versión finalmente aprobada ha adoptado un enfoque diferente, más en la línea de la Acción 2, y establece una regulación extremadamente sucinta que se puede resumir como sigue:

1. En los casos en los que el híbrido de lugar a una DD, el pago solo será deducible en el Estado Miembro en que aquel tiene su origen.
-
2. En los supuestos de D/NI, el Estado Miembro del pagador considerará el pago no deducible.

A pesar de su concisión, esta “versión UE” de la normativa anti-híbridos presenta unos perfiles relativamente bien definidos:

- Tanto el artículo 1 de la ATAD como los considerandos introductorios que conforman la exposición de motivos de la Directiva dejan claro que el ámbito de aplicación se circunscribe a las asimetrías híbridas surgidas entre Estados Miembros. Las asimetrías que involucren a terceros países quedarían, por el momento, fuera del ámbito de la Directiva, como también quedan excluidas las que involucren a establecimientos permanentes, dentro o fuera de la Unión.¹³

¹² Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior.

¹³ La OCDE publicó el pasado 22 de agosto un documento de trabajo (“*Discussion Draft*”) que se ha sometido a consulta pública y en el que se aplican las recomendaciones incluidas en el informe final de la Acción 2 a una serie de asimetrías híbridas que pueden resultar del uso de estructuras con sucursales/ establecimientos permanentes. Este nuevo documento, mucho más breve, identifica cinco categorías de mecanismos híbridos que se agrupan en las tres categorías ya conocidas: Deducción/ No inclusión; Doble Deducción; y Deducción/ No inclusión indirecta.

- - Como señalábamos anteriormente, la norma incluida en la ATAD alcanza tanto a supuestos de D/Ni como a los de DD. Con carácter general, la Directiva incorpora la respuesta primaria propuesta por la OCDE en las 4 primeras tipologías de asimetrías híbridas. No se contemplan, por el contrario, las entidades con doble residencia ni los híbridos importados.
- - La Directiva no prevé reglas defensivas, presumiblemente porque una trasposición armonizada por parte de los 28 Estados Miembros las debiera hacer innecesarias en el ámbito UE.

En cualquier caso, las cuatro líneas que ocupa el artículo 9 de la ATAD contrastan con las 450 páginas del documento final de la Acción 2 y denotan que la UE ha preferido limitarse a enunciar principios generales en vez de formular reglas concretas susceptibles de ser directamente traspuestas.

3.2 SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES

España no es la única jurisdicción que ha incorporado en su legislación medidas tendentes a neutralizar el efecto fiscal de los híbridos. En las líneas que siguen, trataremos de esbozar el paisaje legislativo en algunos de los países más relevantes de nuestro entorno:

- *Alemania*

Desde el año 2012, Alemania cuenta en su normativa reguladora del régimen de *participation exemption* con el conocido como “principio de correspondencia” – incorporado en 2014 a la Directiva Matriz-Filial-, esto es: la no aplicación de la exención a aquellos dividendos que hayan sido fiscalmente deducibles en sede del pagador.

En 2014, se planteó la aprobación de una norma anti-híbridos con una estructura y alcance similar al artículo 15.j) LIS, pero la propuesta fue abandonada. En la actualidad un grupo de trabajo con participación del gobierno federal y los estados federados está preparando una nueva propuesta legislativa que se espera se dé a conocer a final del verano.

Alemania cuenta desde hace años con normas que limitan el doble aprovechamiento de gastos. La previsión es que la nueva norma anti-híbridos incorpore estas reglas, adaptándolas en lo necesario.

- *Francia*

Aunque no se trata propiamente de una regla anti-híbridos, Francia introdujo en 2013 una regla que limita la deducibilidad de intereses en los casos en los que el prestamista vinculado no está sujeto a una tributación equivalente al menos al 25% de la que correspondería de acuerdo con la legislación francesa. Asimismo, con efectos 1

de enero de 2015, Francia no aplica la exención a los dividendos recibidos que hayan sido deducibles en sede del pagador.

- *Italia*

Desde hace varios años, la norma italiana requiere para la aplicación de la exención sobre dividendos que estos hayan sido no deducibles en su totalidad. Aplicada a casos como el de los *juros sobre capital propio* brasileños, la norma italiana no respeta el principio de proporcionalidad y puede dar lugar a situaciones de doble imposición.

- *Reino Unido*

El gobierno británico ha propuesto una detallada legislación anti-híbridos que implementa de manera completa las recomendaciones de la Acción 2. Actualmente en fase de tramitación parlamentaria, de ser aprobada, las nuevas normas aplicarían a los pagos realizados a partir del 1 de enero de 2017, sin que se prevea un régimen transitorio. La aprobación de las nuevas normas anti-híbridos supondría la derogación de la legislación *anti-arbitrage* aprobada en 2010.

- *México*

Desde el año 2014, los intereses, cánones y pagos por asistencia técnica satisfechos a vinculados no residentes no son deducibles cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el receptor de la renta sea una entidad transparente cuyos miembros no estén sujetos a imposición en esa jurisdicción;
- b) Que la jurisdicción en la que reside el receptor ignore el pago; o
- c) Que el pago no se considere gravable para el receptor de acuerdo con las disposiciones fiscales que le sean aplicables.

Adicionalmente, no son deducibles los pagos realizados a vinculados cuando dichos pagos también son deducibles para la persona o entidad vinculada, salvo que ésta incluya el ingreso en la base imponible del mismo ejercicio o en uno posterior.

- *Japón*

Japón cuenta con un régimen de *participation exemption* similar al de muchos países europeos, en el que el 95% de los dividendos recibidos de filiales extranjeras está exento de tributación siempre que se cumplan determinados requisitos de tenencia y antigüedad de la participación. A raíz de una modificación operada en 2015, la exención ha dejado de ser aplicable a los dividendos recibidos en la medida en que hayan sido fiscalmente deducibles en la jurisdicción del pagador. Al igual que sucede en España o Alemania, la nueva regla se aplica de forma proporcional en los casos en los que el dividendo es parcialmente no deducible en origen.

- *Australia*

Las normas de subcapitalización australianas incorporan reglas precisas para clasificar fiscalmente como deuda o capital los instrumentos financieros emitidos por

contribuyentes australianos y determinar, en consecuencia, la deducibilidad de los rendimientos satisfechos.

En octubre de 2014 Australia modificó su régimen de *participation exemption* para incorporar los mismos criterios de clasificación deuda-capital que regían para las normas de subcapitalización.

Así, son dividendos a efectos fiscales y, en consecuencia, exentos, los rendimientos recibidos por la tenencia de instrumentos que tengan la consideración de fondos propios a efectos fiscales australianos. Y, de la misma manera que para denegar la deducibilidad del gasto es irrelevante el tratamiento fiscal en sede del receptor, para decretar la exención del ingreso no se tiene en consideración la calificación fiscal en la fuente.

El gobierno australiano anunció en marzo de este año su propuesta para incorporar a la legislación interna las reglas anti-híbridos propuestas por la OCDE/G20. Se trata de una propuesta normativa claramente inspirada en la británica y, como esta, incorpora la práctica totalidad de las recomendaciones de la Acción 2, incluyendo normas específicas destinadas a no dejar exentos aquellos pagos que hayan tenido la consideración de gasto deducible en origen. La fecha de entrada prevista de la legislación es enero de 2018, pero hasta entonces tendremos en la norma australiana un pequeño recordatorio de que la coherencia – uno de los *leit-motiv* de BEPS- también puede generar híbridos.

4. VALORACIÓN DE LA MEDIDA Y PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE LA NORMA ESPAÑOLA

A pesar de su extensión (o precisamente por ello) el informe final de la Acción 2 deja numerosas cuestiones sin resolver, generando complejidad e incertidumbre en cuanto a la implementación y aplicación de las distintas recomendaciones. Esto es especialmente cierto en lo que atañe a la recomendación sobre híbridos importados, cuya aplicación requiere no solo un conocimiento detallado de la normativa fiscal de la propia jurisdicción y de la jurisdicción de la contraparte, sino también de la de terceros países. Albergamos por ello dudas acerca de la capacidad de contribuyentes y administraciones tributarias para aplicar con la mínima certidumbre exigible el conjunto de las recomendaciones propuestas por la OCDE. El hecho de que el tratamiento tributario de una determinada renta venga determinado por la fiscalidad aplicable a esa misma renta en una jurisdicción foránea, generará también dificultades para el adecuado control jurisdiccional de las actuaciones administrativas, con la consiguiente merma de seguridad jurídica.

Son varios ya los países que cuentan con normas anti-híbridos, algunas de las cuales preceden a BEPS, y no todos las modificarán para adoptar las recomendaciones de la Acción 2. Lo previsible es que los estados asuman aquellas recomendaciones que mejor sirvan a sus objetivos de política tributaria y que sean capaces de administrar de

forma mínimamente eficaz. El gobierno holandés, por ejemplo, ya manifestó hace unos meses que no tenía intención de endurecer de forma unilateral su legislación sobre híbridos y que su objetivo era que Holanda siguiese siendo un destino atractivo para la inversión extranjera.

Por último, casi nadie duda de que la adopción de las recomendaciones de manera no uniforme por los distintos países generará, inevitablemente, situaciones de doble imposición en el seno de grupos multinacionales que, ya hoy, soportan unos niveles de tributación efectiva bastante más altos de lo que podríamos pensar. Un estudio elaborado por los profesores AVI-YONAH y LAHAV, con datos financieros del periodo 2001-2010, concluyó que la tasa de gravamen efectiva de las 100 mayores empresas estadounidenses se situó en la primera década del siglo XXI en el 30%, mientras que la tributación efectiva de las 100 mayores empresas europeas en ese mismo periodo estaría en el entorno del 34%.¹⁴

La doble imposición es un obstáculo para el comercio internacional y para la expansión de las relaciones económicas entre los distintos países. Desde esta perspectiva, la eliminación de la doble imposición no es un fin en sí mismo, sino una herramienta más al servicio de la justicia tributaria y del comercio internacional como motor del desarrollo económico. Por la misma razón, la lucha contra el fenómeno BEPS no debería tampoco olvidar que la inversión privada y los movimientos internacionales de capitales, personas y tecnologías, son instrumentos clave para el progreso social y económico, muy particularmente de los países en vías de desarrollo.

Seguridad jurídica, simplicidad en la interpretación y aplicación de las normas, y contribución a la competitividad de la economía y la empresa española son también los principios que deberían inspirar cualquier normativa anti-híbridos en nuestro país. En este sentido, creemos que cualquier revisión de la normativa española en esta materia debería tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El artículo 15.j) LIS supone una adopción parcial de las recomendaciones emanadas de la Acción 2, limitada a determinadas situaciones de D/NI. No obstante, y quizás fruto de la celeridad con que fue incorporada a nuestra legislación, la norma adolece de falta de claridad en algunos puntos. Así, entendemos que sería deseable que se clarificase el ámbito de aplicación concreto de la medida y las situaciones que quedan alcanzadas (instrumentos híbridos con resultado de D/NI).
- b) En el caso de incorporar también la respuesta primaria para situaciones de D/NI causadas por entidades híbridas, esto debería hacerse de forma expresa, concreta y separada.
- c) Nuestra actual normativa para la eliminación de la doble imposición internacional, que incluye la no deducibilidad en España de las pérdidas soportadas por establecimientos permanentes en el extranjero, junto con la no deducibilidad de

¹⁴ Avi-Yonah, Reuven S. and Lahav, Yaron, "The Effective Tax Rate of the Largest US and EU Multinationals" (2011). *Law & Economics Working Papers*. Paper 41.

las pérdidas por depreciación de participaciones, configuran *de facto* la respuesta primaria para hacer frente a situaciones de DD, por lo que entendemos que no se hace necesario la adopción de restricciones adicionales.

- d) Abogamos por la no adopción de la recomendación sobre híbridos importados, cuya complejidad la haría extremadamente onerosa de aplicar para los contribuyentes y casi imposible de controlar adecuadamente por parte de la administración tributaria. En consecuencia, entendemos que su incorporación devendría en una mayor inseguridad jurídica sin aportar beneficios tangibles en términos de lucha contra la evasión fiscal.
- e) Se hace necesaria la introducción de reglas de coordinación y prelación, para impedir que la aplicación concurrente de dos legislaciones distintas dé lugar a situaciones de doble imposición.
- f) Por último, resulta, en nuestra opinión, urgente la revisión y mejora del régimen de entidades en atribución de rentas constituidas en el extranjero. La situación actual, con una regulación difusa y una posición administrativa titubeante, es claramente insatisfactoria y no se compadece con las líneas maestras de la Acción 2 en lo que al tratamiento de entidades transparentes se refiere.

* * * * *