

## Asimetrías híbridas

La Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, señala en su Considerando 13 que “las asimetrías híbridas se deben a diferencias en la calificación jurídica de pagos (instrumentos financieros) o entidades, que surgen en el contexto de la interacción entre los ordenamientos jurídicos de dos jurisdicciones. Esas asimetrías tienen a menudo por efecto una doble deducción (es decir, la deducción en ambos Estados miembros) o una deducción de la renta en un Estado sin su inclusión en la base imponible del otro. Para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos asimétricos es necesario establecer normas por las cuales una de las dos jurisdicciones de una asimetría tenga que denegar la deducción de un pago que conduzca a ese resultado. En este contexto, conviene aclarar que las medidas destinadas a combatir las asimetrías híbridas en la presente Directiva tienen por objeto hacer frente a situaciones de asimetría imputables a diferencias en la calificación jurídica de un instrumento financiero o de una entidad, y no tienen por objeto afectar a las características generales del sistema fiscal de un Estado miembro. Aunque, en el marco del Grupo del código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, los Estados miembros han acordado orientaciones en materia de tratamiento fiscal de las entidades híbridas y los establecimientos permanentes híbridos dentro de la Unión, así como en materia de tratamiento fiscal de las entidades híbridas en las relaciones con terceros países, aún es necesario adoptar normas vinculantes. Es fundamental que se siga trabajando sobre las asimetrías híbridas entre Estados miembros y terceros países, así como sobre otras asimetrías híbridas, tales como las relativas a los establecimientos permanentes”. Es el único considerando dedicado a las asimetrías híbridas, lo cual da idea de que se trataba de una primera aproximación, pero siendo ya consciente de un problema del que también se había hecho eco la acción 2, del Plan BEPS (Plan de Acción contra la erosión de bases imponibles), expresado en su preámbulo en estos términos: “Las leyes nacionales que permitan a los contribuyentes elegir entre el tratamiento impositivo de determinadas entidades nacionales y extranjeras podrían facilitar la utilización de mecanismos híbridos. Aunque puede ser difícil determinar qué país ha perdido, de hecho, los ingresos fiscales, pues se han cumplido las leyes de cada país implicado, hay una reducción del total de impuestos pagado por todas las partes implica dadas en general que perjudica la competencia, la eficacia económica, la transparencia y la imparcialidad”.

La Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016 estableció cinco medidas que todos los Estados miembros deben aplicar frente a la planificación fiscal agresiva: (i) la limitación de la deducibilidad de los intereses, (ii) la imposi-

ción de salida, (iii) la norma general contra las prácticas abusivas, (iv) las normas relativas a las sociedades extranjeras controladas y (v) las normas para hacer frente a las asimetrías híbridas.

Dicha Directiva se modificó mediante la Directiva (UE) 2017/952, del Consejo, de 29 de mayo de 2017 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. Los cambios introducidos han sido numerosos, dando como resultado una regulación bastante exhaustiva, que, probablemente necesitará modificarse no tardando mucho ante la aparición de nuevas fuentes de asimetrías con objeto de evitar el previsible incremento de litigiosidad que se producirá.

El Considerando 27 de la Directiva (UE) 2017/952 señala que su objetivo “es mejorar la resiliencia del mercado interior en su conjunto frente a las asimetrías híbridas. Este objetivo no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros actuando por separado, dado que los sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades son dispares y una acción independiente por parte de los Estados miembros no haría sino perpetuar la actual fragmentación del mercado interior en materia de fiscalidad directa. De este modo, persistirían las ineficiencias y falseamientos en la interacción de las distintas medidas nacionales, lo que a su vez daría lugar a una falta de coordinación. Debido a la naturaleza transfronteriza de las asimetrías híbridas y a la necesidad de adoptar soluciones que sean válidas para el mercado interior en su conjunto, ese objetivo puede lograrse mejor a escala de la Unión. La Unión puede adoptar medidas con arreglo al principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Mediante el establecimiento del nivel de protección necesario del mercado interior, la presente Directiva solo pretende alcanzar un grado básico de coordinación dentro de la Unión, que es necesaria para alcanzar su objetivo”. Esta fórmula se sitúa a medio camino entre los diferentes escenarios contemplados, puesto que la coordinación pretendida no alcanza cotas elevadas, lo cual permite que los Estados miembros mantengan un grado de maniobra importante para reaccionar frente a planificaciones fiscales que pivoten sobre asimetrías híbridas con la modificación de su propia normativa interna. La regulación será compleja y probablemente suscitará bastantes conflictos.

Poco a poco van ganando terreno las instituciones comunitarias a la hora de establecer normas en relación con el Impuesto sobre Sociedades, prueba de ello es, precisamente, la Directiva (UE) 2017/952.

En la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo se definía la asimetría híbrida del modo siguiente: la situación existente entre el contribuyente de un Estado miembro y una empresa asociada de otro Estado miembro, o bien un mecanismo estructurado entre participantes de distintos Estados miembros, cuando el siguiente resultado es atribuible a diferencias en la calificación jurídica de un instrumento o entidad financieros:

- a) una deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, tanto en el Estado en el que se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido las pérdidas, como en otro Estado («doble deducción»), o

- b) una deducción de un pago en el Estado en el que tiene su origen el pago sin la correspondiente inclusión a efectos fiscales de dicho pago en el otro Estado («deducción sin inclusión»).

Esa primera aproximación normativa, de carácter general, ha sido claramente superada tras la modificación realizada por la Directiva (UE) 2017/952, de manera que Directiva (UE) 2016/1164, después de su cambio, incluye normas que abordan las asimetrías derivadas de entidades híbridas y establecimientos permanentes híbridos (artículo 9), asimetrías híbridas invertidas (artículo 9 bis) y asimetrías relacionadas con la residencia fiscal (artículo 9 ter).

El Considerando 5 de la Directiva (UE) 2017/952 señala que “es necesario establecer reglas que neutralicen las asimetrías híbridas de una forma lo más global posible. Dado que la Directiva (UE) 2016/1164 solo abarca las asimetrías híbridas que se derivan de la interacción entre los regímenes del impuesto sobre sociedades de los Estados miembros, el Consejo ECOFIN emitió una declaración, el 12 de julio de 2016, en la que pedía a la Comisión que presentara, antes de octubre de 2016, una propuesta sobre asimetrías híbridas que impliquen a terceros países, con el fin de establecer unas normas coherentes y no menos eficaces que las normas recomendadas por la acción 2 Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos asimétricos del Informe final de 2015 de la OCDE (en lo sucesivo, “informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE»), con objeto de llegar a un acuerdo antes del término de 2016».

La conexión con el «informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE» es evidente, y obedece a iguales razones inspiradoras, pero no es un complemento del mismo ni tampoco se aprueba en ejecución de él. El preámbulo de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, ya era consciente de ello cuando incluyó entre los objetivos que se persiguen con su aprobación habla de la lucha contra el fraude, manifestando que “en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos”. Antes de la aprobación de dicha Ley, algunos problemas sobre híbridos habían llegado ya a los tribunales españoles, entre otros, en relación con determinados productos holandeses (Cr. STS de 9 de septiembre de 2013, rec. cas.1255/2011 y SSAN de 22 de junio de 2020, rec. 515/2017) y de 11 de noviembre de 2019 (rec. 363/2016), australianos (Cfr. STS de 10 de julio de 2014, rec. cas. 1516/2013 y SAN 7 de enero de 2016, rec. 415/2013), brasileños (Cfr. STS de 15 de diciembre y de 16 de marzo de 2016, rec. cas. 3945/2015 y 1130/2014 y SAN de 16 de marzo de 2017, rec. 94/2015) y alemanes (Cfr. SSAN de 26 de octubre de 2018 (rec. 156/2015) y 115 de junio de 2020 (rec. 159/2016).

Por otro lado, el Considerando 9 de la Directiva (UE) 2017/952, señala que las normas sobre las asimetrías híbridas deben tratar situaciones de asimetría derivadas de dobles deducciones, de conflictos en la calificación de los instrumentos financieros, pagos y entidades, o de la atribución de pagos. Dado que las asimetrías

híbridas podrían dar lugar a una doble deducción o a una deducción sin inclusión, es necesario establecer normas en virtud de las cuales el Estado miembro implicado deniegue la deducción de un pago, unos gastos o unas pérdidas, u obligue al contribuyente a incluir el pago en su renta imponible, según sea adecuado.

Una doble deducción o una deducción sin inclusión son definidas por la Directiva de la manera siguiente:

- “doble deducción”: deducción del mismo pago, o de los mismos gastos o pérdidas, en la jurisdicción en la que se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido pérdidas (jurisdicción del ordenante) y en otra jurisdicción (jurisdicción del inversor). En el caso de un pago realizado por una entidad híbrida o por un establecimiento permanente, la jurisdicción del ordenante será aquella en la que estén establecidos o situados la entidad híbrida o el establecimiento permanente;
- “deducción sin inclusión”: deducción de un pago (o pago presumible entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes) en cualquier jurisdicción en la que dicho pago (o pago presumible) se considere realizado (jurisdicción del ordenante) sin la correspondiente inclusión de dicho pago (o pago presumible) a efectos fiscales en la jurisdicción del beneficiario. La jurisdicción del beneficiario es aquella en que se reciba o se considere recibido dicho pago (o pago presumible) conforme a la legislación de cualquier otra jurisdicción.

Por otro lado, el Considerando 13 de la Directiva (UE) 2017/952 señala que solo deben tratarse “las asimetrías que se deban especialmente a la hibridación de entidades cuando una de las empresas asociadas tenga, como mínimo, un control efectivo sobre las demás empresas asociadas. Por consiguiente, en esos casos, se debe exigir que una empresa asociada sea propiedad del contribuyente o de otra empresa asociada (o a la inversa), a través de una participación en forma de derechos de voto, derechos de propiedad del capital o derechos sobre los beneficios del 50 % o más. A efectos de la aplicación de este requisito, debe agregarse la propiedad, o los derechos de las personas que actúen conjuntamente”, añadiendo el Considerando 14 que “para establecer una definición suficientemente precisa de «empresa asociada» a efectos de las normas sobre mecanismos híbridos asimétricos, la definición debe incluir asimismo a una entidad que forme parte del mismo grupo consolidado a efectos contables, una empresa en cuya gestión el contribuyente tenga una influencia significativa y, a la inversa, una empresa que tenga una influencia significativa en la gestión del contribuyente”.

En la Directiva no solo se incluye una definición específica sobre empresas asociadas, a efectos de asimetrías híbridas, sino también del mecanismo estructurado, entendiendo por tal, el “mecanismo que implique una asimetría híbrida en la que la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo o mecanismo diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida, a menos que el contribuyente o una empresa asociada no pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal resultante de la asimetría híbrida”.

Las reglas generales para neutralizar los efectos de la asimetría híbridas serían las siguientes

Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción:

- a) la deducción se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor (norma primaria), y
- b) si no se deniega la deducción en la jurisdicción del inversor, se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante (norma secundaria).

Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión:

- a) la deducción se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante (regla primaria), y
- b) cuando la deducción no se deniegue en la jurisdicción del ordenante, el importe del pago que, de otro modo, daría lugar a una asimetría en resultados se incluirá en concepto de renta en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor.

La Directiva (UE) 2017/952 introduce normas específicas para diferentes asimetrías, vgr. asimetrías importadas, asimetrías de establecimientos híbridos, asimetrías híbridas invertidas, asimetrías relacionadas con la residencia fiscal.

La Directiva (UE) 2017/952, que modificó el artículo 11 de la Directiva (UE) 2016/1164, estableció que la trasposición de la regla contenida en el artículo 9 (asimetrías híbridas) ha de realizarse a más tardar para el 31 de diciembre de 2019, al igual que el artículo 9 ter (asimetrías relacionadas con la residencia fiscal) por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva (UE) 2017/952, y proceder a su aplicación a partir del 1 de enero de 2020, lo cual significa que, a estas alturas se ha incumplido por España dicha obligación, lo cual puede suscitar problemas en el futuro si el devengo (del IS o del IRNR) se ha producido antes de su aprobación. Téngase presente que en noviembre de 2020 la Comisión de la Unión Europea, mediante dictamen motivado, ya instó a España a transponer lo dispuesto en dicha Directiva. Por su parte, el citado artículo 2 dispone que la trasposición de la regla contenida en su artículo 9 bis (asimetrías híbridas invertidas) ha de efectuarse con fecha límite el 31 de diciembre de 2021 y proceder a su aplicación a partir del 1 de enero de 2022. Ha de tenerse en cuenta, además, que el apartado 4 del artículo 9 de la Directiva 2016/1164 prevé varias opciones susceptibles de transposición, en virtud de las cuales los Estados miembros podrán excluir la aplicación de determinadas normas anti híbridos a determinadas asimetrías híbridas. No se olvide que únicamente se pretende conseguir un “grado básico de coordinación”.

Ya está siendo sometido a trámite de audiencia pública el Anteproyecto por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas.

Como se ha indicado, la Directiva (UE) 2016/1164 ofrece algunas opciones sobre el mantenimiento o no de ciertas particularidades de la norma española que

suponen un nivel de protección mayor de la base imponible. En la Memoria del Análisis normativo del indicado Anteproyecto se señala:

*“En este sentido, y en uso de la potestad conferida a los Estados miembros en la letra a) del artículo 9.4 de la Directiva (UE) 2016/1164, se ha optado por no transponer la regla secundaria en los supuestos de asimetrías híbridas en que así se permite, esto es, para las asimetrías híbridas que están enunciadas en el citado precepto no se establece la inclusión en la renta del contribuyente del pago cuya deducción se haya permitido en otro país o territorio por no haberse aplicado la regla primaria. De igual forma, se ha optado por no excluir del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2016/1164 a los instrumentos intragrupo emitidos con el propósito de satisfacer los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas del emisor a que se refiere la letra b) del mencionado artículo 9.4. Esta exclusión tenía carácter temporal ya que podía aplicarse hasta el 31 de diciembre de 2022.*

*Por otra parte, teniendo en cuenta el “nivel mínimo de protección” que establece la Directiva (UE) 2016/1164, se ha decidido mantener la protección de la base imponible contenida en el artículo 15 j) de la LIS, de tal modo que, en primer lugar, la relación de vinculación se mantiene por referencia a lo dispuesto en el artículo 18 de la LIS, que en el caso de vinculación socio sociedad exige un participación del 25 por ciento en el capital social o los fondos propios y, en segundo lugar, permanece, cuando así proceda, la referencia al sometimiento del ingreso a un tipo de gravamen nominal no inferior al 10 por ciento para considerar que dicho ingreso ha estado sometido a tributación. Por último, se mantiene en los términos vigentes, la regla secundaria regulada en el penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la LIS, lo que implica que el porcentaje de participación para que tal regla sea de aplicación es el establecido en dicho precepto. Lo mismo sucede en relación con lo dispuesto en los artículos 21.2 y 32.2 de la LIS, en lo relativo a determinadas transferencias financieras híbridas. Por último, la regla contenida en el artículo 9 bis de la Directiva (UE) 2016/1164 (asimetrías híbridas invertidas) se considera ya incluida en nuestro ordenamiento tributario toda vez que lo establecido en la regulación de los impuestos que gravan la renta impiden que surja la asimetría señalada”.*

Las modificaciones que se incorporan se llevan a cabo, por un lado, mediante la introducción de un artículo 15 bis en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades y, por otro, en la adición de un nuevo apartado 9 al artículo 18 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Nos hallamos, pues, a las puertas de la aprobación de diversas disposiciones dirigidas a neutralizar las asimetrías de instrumentos financieros híbridos, entidades híbridas, establecimientos permanentes híbridos, asimetrías importadas y transferencias híbridas, incluyéndose también en dichas disposiciones las definiciones necesarias para la transposición de los ámbitos subjetivo y material de la Directiva, como son empresa asociada, asimetría híbrida, y mecanismo estructurado, ya citados anteriormente, y otros, como asimetría en resultados, renta de doble inclusión, entidad híbrida, instrumento financiero, operador financiero, transferencia híbrida, y establecimiento permanente no computado.

**Isaac Merino Jara**

*Director*