

LA DIRECTIVA ANTIABUSO (III). ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

Eduardo Sanz Gadea

*Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas
Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración*

EXTRACTO

En el presente artículo se efectúa, con el apoyo de un conjunto de ejemplos, un análisis de la regulación de los híbridos establecida en la Directiva (UE) 2017/952, del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, se comentan las alternativas existentes para alcanzar sus objetivos y, en fin, la relación que tal regulación guarda con el impuesto sobre sociedades, el impuesto sobre la renta de no residentes y los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Palabras clave: Directiva 2017/952, del Consejo, de 29 de mayo; asimetrías híbridas con terceros países; impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional.

THE ANTI-AVOIDANCE DIRECTIVE (III). HYBRID MISMATCHES

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

In the present paper, an analysis, supported by examples, of the hybrids regulation set forth in the Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries is performed, together with a commentary on the existing alternatives to accomplish its purpose and the relationship of such regulation with corporate income tax, non-resident income tax and bilateral double taxation avoidance agreements.

Keywords: Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016; hybrid mismatches; corporate income tax; international taxation.

Sumario

Introducción

1. El concepto de asimetría híbrida
2. Definiciones y conceptos relativos a los efectos, medios y circunstancias o condiciones
 - 2.1. Definiciones y conceptos relativos a los efectos
 - 2.1.1. Definiciones generales
 - 2.1.2. La renta de doble inclusión
 - 2.2. Definiciones y conceptos relativos a los medios
 - 2.2.1. Entidad híbrida
 - 2.2.2. El establecimiento permanente
 - 2.2.3. El instrumento financiero
 - 2.3. Definiciones y conceptos relativos a las circunstancias o condiciones
 - 2.3.1. La relación de asociación
 - 2.3.2. El acuerdo estructurado
3. Clasificación de las asimetrías híbridas
4. El mandato
 - 4.1. Asimetría de entidades híbridas
 - 4.1.1. Doble deducción (art. 2.9 g)
 - 4.1.1.1. Descripción del mandato
 - 4.1.1.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.1.1.3. Legislación española
 - 4.1.2. Deducción sin inclusión (art. 2.9 e)
 - 4.1.2.1. Descripción del mandato
 - 4.1.2.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.1.2.3. Legislación española
 - 4.1.3. Deducción sin inclusión inversa (art. 2.9 b)
 - 4.1.3.1. Descripción del mandato
 - 4.1.3.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.1.3.3. Legislación española
 - 4.2. Asimetría de instrumento financiero híbrido (art. 2.9 a)
 - 4.2.1. Descripción del mandato

- 4.2.2. Comentarios sobre el mandato
- 4.2.3. Legislación española
- 4.3. Transferencia híbrida
 - 4.3.1. Deducción sin inclusión (art. 2.9 a)
 - 4.3.1.1. Descripción del mandato
 - 4.3.1.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.3.1.3. Legislación española
 - 4.3.2. Generación de un crédito fiscal excesivo (norma antiabuso general)
 - 4.3.3. Generación de un crédito fiscal plural (art. 9.6)
 - 4.3.3.1. Descripción del mandato
 - 4.3.3.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.3.3.3. Legislación española
- 4.4. Asimetría de establecimiento permanente híbrido
 - 4.4.1. Deducción sin inclusión (art. 2.9 c), d) y f)
 - 4.4.1.1. Descripción del mandato
 - 4.4.1.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.4.1.3. Legislación española
 - 4.4.2. Doble deducción (art. 2.9 g)
 - 4.4.2.1. Descripción del mandato
 - 4.4.2.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.4.2.3. Legislación española
- 4.5. Asimetrías importadas
 - 4.5.1. Deducción sin inclusión
 - 4.5.1.1. Descripción del mandato
 - 4.5.1.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.5.1.3. Legislación española
 - 4.5.2. Doble deducción
 - 4.5.2.1. Descripción del mandato
 - 4.5.2.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.5.2.3. Legislación española
- 4.6. Asimetrías híbridas especiales
 - 4.6.1. Asimetría de establecimiento permanente híbrido no computado (art. 9.5)
 - 4.6.1.1. Descripción del mandato

- 4.6.1.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.6.1.3. Legislación española
 - 4.6.2. Asimetrías híbridas invertidas (art. 9 bis)
 - 4.6.2.1. Descripción del mandato
 - 4.6.2.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.6.2.3. Legislación española
 - 4.6.3. Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal
 - 4.6.3.1. Descripción del mandato
 - 4.6.3.2. Comentarios sobre el mandato
 - 4.6.3.3. Legislación española
- 5. Excepciones
 - 5.1. Operador financiero (art. 2.9 a) párrafo segundo)
 - 5.2. Asimetrías híbridas mediando jurisdicciones fiscales terceras (art. 9.4 a)
 - 5.3. Asimetrías híbridas asociadas a instrumentos financieros emitidos para absorber pérdidas (art. 9.4 b)
- 6. Otros aspectos relacionados con las asimetrías híbridas
 - 6.1. La deducción allowance corporate equity (ACE)
 - 6.2. La reserva de capitalización
 - 6.3. Las diferencias de valor en operaciones vinculadas
 - 6.4. Las diferencias de imputación temporal
 - 6.5. El destination-based cash-flow tax (DBCFT)
- 7. Las resonancias de las operaciones a declarar por intermediarios fiscales
- 8. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 8.1. Retención sobre rentas
 - 8.2. Atribución de rentas al establecimiento permanente
 - 8.3. Exención para rentas obtenidas mediante establecimiento permanente
 - 8.4. Exención para dividendos (no cubiertos por la directiva matriz-filial)
 - 8.5. Principio de no discriminación
- 9. Conclusiones

NOTA: Silvia López Ribas ha tenido, una vez más, la amabilidad de analizar el texto. Como siempre sus correcciones y sugerencias han sido muy valiosas.

Hay grandes controversias acerca de si Europa es democrática o justa, representativa o eficaz, pero de lo que no cabe ninguna duda es de que resulta actualmente ininteligible... el problema más profundo de Europa es su déficit cognoscitivo... Solo una comprensión de las utilidades del proyecto europeo nos hará capaces de superar el miedo demoscópico (Habermars 2012) que atenaza a nuestros dirigentes y explica la primacía del corto plazo en sus decisiones, así como las derivas populistas de nuestras sociedades...

Daniel Innerarity

La democracia en Europa, págs. 12, 59 y 61

INTRODUCCIÓN

De entre las normas antiabuso contenidas en la Directiva 2016/1164, o directiva antiabuso, la concerniente a las denominadas *asimetrías híbridas* es la más joven. En efecto, las asimetrías híbridas cobran popularidad en el campo fiscal en la presente década, y su descripción más completa se halla en el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE¹.

La Directiva 2016/1164 reguló las asimetrías híbridas, inicialmente, en sus artículos 2.9 y 9. Sin embargo, con fecha de 25 de octubre de 2016, se publicó una propuesta de Directiva del Consejo, *por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países*². Esta propuesta daba cumplimiento a una petición del Consejo, formulada en el contexto de la aprobación del texto transaccional de la directiva antiabuso, y de ahí su rápida tramitación y aprobación, culminada en la *Directiva (UE) 2017/952, del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países*.

¹ LÓPEZ RIBAS, S.: «Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos», *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 11, 2014.

² (COM (2016) 687 final), 2016/0039 (CNS), SWD (2016 345 final).

Hay grandes controversias acerca de si Europa es democrática o justa, representativa o eficaz, pero de lo que no cabe ninguna duda es de que resulta actualmente ininteligible... el problema más profundo de Europa es su déficit cognoscitivo... Solo una comprensión de las utilidades del proyecto europeo nos hará capaces de superar el miedo demoscópico (Habermars 2012) que atenaza a nuestros dirigentes y explica la primacía del corto plazo en sus decisiones, así como las derivas populistas de nuestras sociedades...

Daniel Innerarity

La democracia en Europa, págs. 12, 59 y 61

INTRODUCCIÓN

De entre las normas antiabuso contenidas en la Directiva 2016/1164, o directiva antiabuso, la concerniente a las denominadas *asimetrías híbridas* es la más joven. En efecto, las asimetrías híbridas cobran popularidad en el campo fiscal en la presente década, y su descripción más completa se halla en el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE¹.

La Directiva 2016/1164 reguló las asimetrías híbridas, inicialmente, en sus artículos 2.9 y 9. Sin embargo, con fecha de 25 de octubre de 2016, se publicó una propuesta de Directiva del Consejo, *por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países*². Esta propuesta daba cumplimiento a una petición del Consejo, formulada en el contexto de la aprobación del texto transaccional de la directiva antiabuso, y de ahí su rápida tramitación y aprobación, culminada en la *Directiva (UE) 2017/952, del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países*.

¹ LÓPEZ RIBAS, S.: «Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos», *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 11, 2014.

² (COM (2016) 687 final), 2016/0039 (CNS), SWD (2016 345 final).

1. EL CONCEPTO DE ASIMETRÍA HÍBRIDA

La Directiva 2017/952, o directiva antihíbridos, consta de dos artículos.

El artículo 1 modifica la Directiva 2016/1164, a cuyo efecto da nueva redacción al artículo 1, modifica el artículo 2.4, da nueva redacción al artículo 2.9, incorpora los apartados 10 y 11 al artículo 9, da nueva redacción al artículo 9, incorpora los artículos 9 bis y 9 ter, y, en fin, añade un nuevo párrafo al artículo 10.1 y otro nuevo apartado 5 bis al artículo 11. También modifica el artículo 4.5 y da nueva redacción al artículo 4.8.

El artículo 2 regula los aspectos temporales de la transposición y aplicación de las nuevas normas antihíbridos.

Los referidos preceptos pueden ser agrupados en dos bloques, básicamente, a saber, aquel que tiene por objeto describir la asimetría híbrida y aquel otro que establece los mandatos pertinentes para neutralizar sus efectos.

El artículo 2.9 de la directiva antiabuso, según redacción de la directiva antihíbridos, describe la asimetría híbrida con base en tres ingredientes:

- Unos efectos fiscales pretendidos por el contribuyente o los contribuyentes que crean la situación de asimetría híbrida.
- Unos determinados medios para conseguir tales efectos.
- Unas circunstancias o condiciones en cuyo contexto operan esos medios.

La conjunción de esos tres ingredientes da lugar a una situación de asimetría híbrida, y el mandato normativo, regulado en los artículos 9, 9 bis y 9 ter, consiste, precisamente, en frustrar los efectos fiscales pretendidos.

Son efectos fiscales pretendidos por los contribuyentes creadores de la situación híbrida:

- La deducción del mismo gasto, pago o pérdida en dos o más contribuyentes residentes en jurisdicciones fiscales distintas (art. 2.9 g).
- La deducción de un mismo gasto, pago o pérdida en un contribuyente sin la inclusión del correspondiente ingreso en otro contribuyente, cuando residan en jurisdicciones fiscales distintas (art. 2.9 a), b), c), d), e) y f).
- La deducción del mismo gasto, pago o pérdida en el mismo contribuyente, ante dos o más jurisdicciones fiscales (art. 9 ter).
- El aprovechamiento del mismo crédito fiscal por dos o más contribuyentes (art. 9.6).
- La no tributación de una renta ante ninguna jurisdicción fiscal (arts. 9.5 y 9 bis).

Son medios para conseguir los efectos precitados:

- Una entidad híbrida, esto es, aquella que frente a una jurisdicción fiscal es considerada contribuyente y frente a otra es considerada transparente, de modo que sus ingresos o gastos se consideren imputables a otros contribuyentes (art. 2.9 b), e) e i).
- Un instrumento financiero, cuyas rentas ordinarias o las derivadas de su transmisión sean calificadas de manera diferente por dos o más jurisdicciones fiscales (art. 2.9 a) y j).
- Uno o varios establecimientos permanentes (art. 2.9 c) o un establecimiento permanente no computado (art. 2.9 d) y f).
- La residencia fiscal doble o, incluso, plural.

Son circunstancias o condiciones en las cuales operan tales medios:

- La relación de asociación entre los contribuyentes concernidos (art. 2.9, segundo párrafo, c).
- La relación entre casa central y establecimiento permanente (art. 2.9, segundo párrafo, c).
- La relación entre dos o más establecimientos permanentes (art. 2.9, segundo párrafo, c.).
- La concurrencia del denominado acuerdo estructurado (art. 2.9, segundo párrafo, c).

Como se ha indicado, la confluencia de efectos, medios y circunstancias es lo que determina la presencia de la asimetría híbrida. Si los efectos reputados perniciosos no se obtienen a través de los medios tipificados, no habrá asimetría híbrida. Del mismo modo, aun cuando se presenten los efectos obtenidos a través de los medios tipificados, no habrá asimetría híbrida si estos no se despliegan en el marco de las circunstancias enunciadas.

Por ejemplo, una ventaja fiscal lograda mediante un instrumento financiero determinante de un gasto en una entidad que implica un ingreso en otra entidad que tributa débilmente, ya sea por razón de tipo de gravamen o de configuración de la base imponible o del disfrute de un incentivo fiscal, cae extramuros de la asimetría híbrida, por cuanto no concurre la calificación distinta. Del mismo modo, la obtención de un ingreso cuyo gravamen se reserva, por convenio, al país de la fuente, tampoco determina la presencia de una asimetría híbrida.

En consecuencia, no toda doble deducción ni toda deducción sin inclusión determinan la concurrencia de asimetría híbrida, sin perjuicio de que tales operaciones puedan, y deban, ser regularizadas si las mismas fueren constitutivas de fraude o evasión fiscal.

Los efectos de las asimetrías híbridas requieren la presencia de dos contribuyentes, si se admite, a estos efectos, que el establecimiento permanente es un contribuyente, y se toma en cuenta, también a estos efectos, que la personación ante dos jurisdicciones fiscales engendra dos relaciones de imposición.

Por tanto, las operaciones que determinan en el mismo contribuyente la presencia de un ingreso que no tributa, o que lo hace débilmente, asociado con un gasto plenamente deducible, no determina la concurrencia de una asimetría híbrida, sin perjuicio de que tales operaciones puedan, y deban, ser regularizadas si las mismas fueren constitutivas de fraude o evasión fiscal.

Las asimetrías híbridas requieren la presencia de dos, o más, jurisdicciones fiscales, incluso si se trata de las asimetrías que, más adelante, se denominan «especiales».

2. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS EFECTOS, MEDIOS Y CIRCUNSTANCIAS O CONDICIONES

2.1. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS EFECTOS

2.1.1. Definiciones generales

El tercer párrafo del artículo 2.9 establece un conjunto de definiciones concernientes a los conceptos que el párrafo primero de ese precepto ha utilizado para configurar la tipología de las asimetrías híbridas. Las contenidas en las siete primeras letras hacen referencia a los efectos. Las cinco primeras letras abordan las definiciones básicas, todas ellas de carácter intuitivo, de manera tal que, a efectos expositivos, parece que hubiera sido más oportuno mencionarlas en el apartado 4, al hilo de los ejemplos que en el mismo se proponen.

Por el contrario, las reglas concernientes a la renta de doble inclusión sí ameritan un breve análisis.

2.1.2. La renta de doble inclusión

El pago, gasto o pérdida surte el efecto propio de la asimetría híbrida cuando se compensa con los ingresos. Si tal compensación no se produce, no surtirá ese efecto. Tampoco surtirá efecto si esos ingresos se incluyen en las dos jurisdicciones fiscales. Por esta razón, la letra b) del párrafo segundo del artículo 2.9 establece que *solo existirá asimetría híbrida en el sentido del párrafo primero de las letras e), f) o g) supra si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión.*

Se notará que en este precepto hay dos componentes:

- El gasto, pago o pérdida deben compensarse con otra renta en la jurisdicción fiscal del ordenante.
- Esa renta no debe ser de aquellas que soportan una doble inclusión.

La letra g) del párrafo tercero del artículo 2.9 define la renta de doble inclusión como *toda renta que esté incluida con arreglo a las legislaciones de las dos jurisdicciones en las que se ha originado la asimetría en resultados*.

La inclusión del ingreso con el que se ha compensado el gasto, pago o pérdida en las dos jurisdicciones fiscales neutraliza los efectos propios de la asimetría híbrida.

Tal vez las reglas concernientes a la renta de doble inclusión, tanto positivas como negativas, pudieran considerarse superfluas, pues es obvio que la doble deducción solo se produce si la jurisdicción fiscal del ordenante permite la compensación del gasto con otros ingresos y la jurisdicción fiscal del inversor computa solamente el gasto, pero no esos ingresos.

2.2. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS MEDIOS

2.2.1. Entidad híbrida

La letra i) del párrafo tercero del artículo 2.9 la define como *toda entidad o mecanismo que sean considerados entidades imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación fiscal de otra jurisdicción*.

La consideración como híbrida de una entidad requiere, bien se ve, la presencia de dos jurisdicciones fiscales. En una de ellas es considerada contribuyente pleno, en tanto que en la otra se considera que sus ingresos o gastos deben imputarse a otro u otros contribuyentes, los cuales, por lo común, serán socios o partícipes de la entidad híbrida, pues, en otro caso, carecería de soporte económico la imputación. Esta puede provenir, entre otras, de las siguientes causas:

- Una calificación jurídico-fiscal.
- Las reglas de la transparencia fiscal internacional.
- La inclusión en un perímetro de consolidación fiscal.
- La aplicación de una norma antiabuso que levante el velo de la personalidad.

Sin embargo, no toda entidad híbrida da lugar a una asimetría híbrida. Así, un régimen de transparencia fiscal internacional que impute rentas positivas pero no negativas no dará lugar a la asimetría híbrida, y lo propio cabe decir de la aplicación de una norma antiabuso. En fin, la

inclusión en un perímetro de consolidación llevará aparejada, por regla general, la aparición de una renta de doble inclusión.

En consecuencia, la causa básica determinante de la imputación y, por tanto, de la existencia de una entidad híbrida será la calificación jurídico-fiscal.

De los artículos 6 de la Ley 27/2014 y 37 del Real Decreto Legislativo 5/2004 (TRLIRNR), se desprende que la jurisdicción fiscal española imputará a los socios o partícipes residentes en territorio español los ingresos y gastos obtenidos por *entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas*. Estas entidades, si en la jurisdicción fiscal en las que están constituidas son consideradas como contribuyentes, tendrán la consideración de entidades híbridas.

No basta la imputación de los ingresos y gastos, sino que es preciso que en la jurisdicción fiscal de la residencia, se considere a la entidad como un contribuyente pleno. Por esta razón, las agrupaciones europeas de interés económico no serán aptas para configurar una entidad híbrida (art. 44 Ley 27/2014).

2.2.2. El establecimiento permanente

La directiva antihíbridos solamente se refiere al *establecimiento permanente no computado*, por más que el establecimiento permanente sea un conspicuo medio para engendrar asimetrías híbridas.

La amplia difusión y aceptación de los criterios de la OCDE sobre el particular, positivizados en multitud de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, hacen innecesaria una definición de establecimiento permanente.

El establecimiento permanente no computado es aquel que se considera como tal por la jurisdicción fiscal de la *sede de dirección*, pero que *no se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción* (art. 2.9 n), párrafo tercero).

2.2.3. El instrumento financiero

La letra j) del párrafo tercero del artículo 2.9 define el instrumento financiero a través de la naturaleza del rendimiento que produce, que debe ser *financiero o de capital sujeto a imposición con arreglo a la imposición de la deuda el capital o los derivados de acuerdo con la legislación de la jurisdicción del destinatario o del ordenante, e incluya una transferencia híbrida*.

Esa definición, bastante crítica, comprende la totalidad de los activos financieros, sean representativos de deuda o de la participación en los fondos propios de toda clase de entidades, si

bien serán los contablemente referidos como híbridos o compuestos los más proclives a ser vehículo del efecto propio de las asimetrías híbridas. Mas no todo instrumento financiero híbrido, o contrato híbrido en el sentido de la norma internacional de información financiera 9.^a, dará lugar a asimetría híbrida porque, como se ha indicado anteriormente, es necesario que las jurisdicciones fiscales afectadas lo califiquen de manera diferente, en el ámbito fiscal.

Bien se comprende que la difusión de reglas contables ampliamente compartidas milita en contra de las calificaciones divergentes en el ámbito fiscal, y que el influjo de dichas reglas en el fiscal estrecha el campo de las divergencias. Por tanto, la calificación divergente será la excepción, antes que la regla.

La asimetría híbrida no solo puede producirse a causa de una diferente caracterización del instrumento o de los pagos derivados del mismo por parte de las jurisdicciones fiscales concernidas, sino también a causa de la propia transmisión del instrumento financiero. En este sentido, el instrumento financiero incluye una *transferencia híbrida*, la cual se define en la letra l) del párrafo tercero del artículo 2.9 como *cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo*.

Esa simultaneidad es, precisamente, la que puede dar lugar a una transferencia híbrida, en el sentido del artículo 9.6.

2.3. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LAS CIRCUNSTANCIAS O CONDICIONES

La letra c) del segundo párrafo del artículo 2.9 establece que *una asimetría en resultados no se considerará híbrida a menos que exista entre empresas asociadas, entre un contribuyente y una empresa asociada, entre la sede de dirección y el establecimiento permanente, entre dos o más establecimientos permanentes de la misma entidad o en virtud de un mecanismo estructurado*.

Este precepto excluye del campo de las asimetrías híbridas a todas aquellas en las que no concurren las circunstancias que en la misma se enuncian, esto es, la relación de asociación, de casa central y establecimiento permanente, entre establecimientos permanentes de la misma casa central, o el acuerdo estructurado, por más que pudieran producir los efectos propios de las asimetrías híbridas, como se ha apuntado anteriormente.

2.3.1. La relación de asociación

El artículo 2.4 de la directiva antiabuso define, con carácter general, la relación de asociación en función de la participación, directa o indirecta, en los derechos de voto o en los beneficios o en el capital, situándola en el porcentaje del 25%. Sin embargo, ya en su redacción original, preveía que, a los efectos de las asimetrías híbridas, el porcentaje sería del 50%.

La directiva antihíbridos ha mantenido el porcentaje incrementado, proyectándolo, adicionalmente, sobre las asimetrías híbridas importadas y las asimetrías híbridas invertidas. En sentido contrario, tratándose de asimetrías híbridas ejecutadas mediante instrumentos financieros, el porcentaje determinante de la relación de asociación será del 25 %.

Además, la directiva antihíbridos ha incorporado dos supuestos de asociación, basados en la pertenencia a un grupo de consolidación a efectos contables, y en el ejercicio de una influencia significativa.

2.3.2. El acuerdo estructurado

Aun cuando no concorra relación de asociación podrá existir una asimetría híbrida si lo hace un mecanismo estructurado, entendiéndose por tal aquel que *está diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida*. La búsqueda deliberada de la ventaja fiscal, no su presencia inopinada, es lo decisivo³.

Se trata, por tanto, de un negocio jurídico cuya causa es provocar la asimetría híbrida, en cuanto resultado práctico perseguido por las partes. Ese negocio jurídico adoptará una forma determinada, tal como préstamo, compraventa o arrendamiento, entre otros, o incorporará elementos de varios negocios jurídicos, mas como quiera que las partes contratantes no persiguen la causa propia de los mismos, sino, como se ha indicado, la asimetría híbrida, se produce una disonancia entre la causa manifestada y la causa verdadera, lo que podría teñir al mecanismo estructurado del reproche de la simulación, en el sentido del artículo 16 o merecedor del análisis propio del conflicto del artículo 15, ambos de la Ley General Tributaria.

No obstante, el mecanismo estructurado no se tomará en consideración cuando *el contribuyente o una empresa asociada no pudieran haber esperado, razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal*.

Por tanto, la ignorancia sobre los efectos fiscales derivados del negocio jurídico concertado, así como el no compartir sus efectos ventajosos desde la perspectiva fiscal, determinan que la asimetría híbrida no sea tomada en consideración. En tal caso, la ventaja fiscal habrá sido aprovechada por una entidad que no sea contribuyente en el sentido de la directiva antiabuso, esto es, a una entidad, o a una persona, que *no se halle sujeta al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros*.

En fin, existe asimetría híbrida, pero no se considera como tal, con lo cual no ha de aplicarse el mandato correspondiente.

³ CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La estrategia europea de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», *RCyT*. CEF, núm. 363, junio 2013.

Para identificar el denominado acuerdo estructurado, la OCDE ha explicitado un conjunto de indicios cuyo común denominador es la voluntad de diseñar o participar en un negocio jurídico determinante de la asimetría híbrida y comercializar o aprovechar la ventaja fiscal resultante⁴. Estos indicios tienen valor interpretativo para aplicar la directiva antihíbridos.

Se notará, por consiguiente, que cuando la asimetría híbrida pivota sobre la concurrencia del acuerdo estructurado, surgen todas las dificultades de aplicación propias de las normas anti-abuso de carácter general. Así, el aparente automatismo de la técnica normativa utilizada por la directiva antihíbridos decae de plano.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

La propuesta de directiva antihíbridos era mucho más didáctica que la propia directiva antihíbridos, por cuanto en la exposición de motivos contenía una clasificación de las asimetrías híbridas, ilustrada mediante ejemplos, que no han sido recogidos por el texto aprobado. Vale la pena, precisamente por dicho carácter didáctico, rescatar esa clasificación y los casos prácticos que la acompañaban, poniéndolos en relación de correspondencia con las previsiones de la directiva antihíbridos.

- Asimetría de entidades híbridas: que da lugar a una doble deducción (art. 2.9 g); que da lugar a una deducción sin inclusión (art. 2.9 b) y e).
- Asimetría de instrumento financiero: que da lugar a una deducción sin inclusión (art. 2.9 a).
- Transferencias híbridas: que da lugar a una deducción sin inclusión; que da lugar a duplicidad de créditos fiscales (art. 9.6).
- Asimetrías de establecimiento permanente híbrido; que da lugar a deducción sin inclusión a través de establecimiento permanente no computado (art. 2.9 d); que da lugar a doble deducción (art. 2.9 g); que da lugar a una deducción sin inclusión (art. 2.9 c) y f).
- Asimetrías de entidades con doble residencia (art. 9 ter).
- Asimetrías híbridas invertidas, que dan lugar a deducción sin inclusión (art. 2.9 b).
- Asimetría importada (art. 2.9 b), en relación con el art. 9.3).

Puede apreciarse que la clasificación precedente descansa en un ensamblaje de medios y efectos, siendo oportuno recordar que la asimetría híbrida solo tendrá lugar si aquellos se utilizan en el seno de las circunstancias, en el sentido anteriormente expuesto.

⁴ Informe final de la Acción 2. Capítulo X.

A las precedentes asimetrías híbridas deben añadirse las siguientes:

- Asimetrías híbridas de establecimiento permanente no computado (art. 9.5).
- Asimetrías híbridas invertidas, que dan lugar a doble no inclusión (art. 9 bis).
- Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal (art. 9 ter).

4. EL MANDATO

El mandato es una respuesta a los efectos derivados de la asimetría híbrida. El objeto y finalidad del mandato es, precisamente, frustrar tales efectos. Más como quiera que los efectos se producen ante dos jurisdicciones fiscales, el mandato designa, además, a aquella que debe ejercitar la regularización.

En consecuencia, el mandato consta de dos elementos:

- El sustantivo, dirigido a frustrar los efectos inapropiados de la asimetría híbrida. Por tanto, podrá consistir en la no deducción de un gasto, pago o pérdida, o la inclusión de un ingreso, o el cómputo de una renta, o el rechazo de un crédito fiscal, o, en fin, la superación de la doble residencia.
- El competencial, dirigido a identificar la jurisdicción fiscal competente para regularizar. La redacción original de la directiva antiabuso solamente contemplaba los efectos producidos en las jurisdicciones fiscales de los Estados miembros, pero la directiva antihíbridos también contempla los habidos en jurisdicciones fiscales de Estados terceros, lo que, como se verá, es relevante en orden a la designación de la jurisdicción fiscal competente.

El mandato se proyecta sobre la obligación tributaria del contribuyente afectado por la asimetría híbrida. Este contribuyente, lógicamente, ha de ser residente en algún Estado miembro de la Unión Europea, pero no es necesario que ese contribuyente haya aprovechado la ventaja fiscal inherente a la asimetría híbrida, basta con que haya participado en la configuración de la asimetría híbrida.

El mandato no descansa en un análisis sustantivo o de fondo para determinar la entidad en la que se ha de aplicar. El mandato busca, simplemente, frustrar el efecto nocivo de la asimetría. Este enfoque, en plena sintonía con el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS, no respeta plenamente las exigencias del principio de capacidad económica, y puede procurar perjuicios innecesarios a los accionistas minoritarios.

La directiva antihíbridos no establece la forma en cómo debe cumplirse el mandato. Por tanto, los Estados miembros podrán escoger la que entiendan oportuna. Así, es concebible que el mandato se configure como una facultad regularizadora de las administraciones fiscales, pero también como una obligación a cargo de los contribuyentes sujeta a comprobación administrativa. No obstante, la naturaleza antiabuso de la norma apunta, más bien, hacia la facultad regularizadora.

Es útil explicar el mandato siguiendo la estela de la clasificación de las asimetrías híbridas antes expuesta, y apoyarse, en su caso, en los ejemplos contenidos en la propuesta de directiva antihíbridos, así como, al hilo de cada tipo de asimetría híbrida, reflexionar sobre la idoneidad del correspondiente mandato en el contexto de un sistema fiscal regido por aquilatados principios, singularmente el de capacidad económica. Al tiempo, puede resultar igualmente útil una referencia al estado y situación de la legislación española aplicable.

Esos ejemplos, por otra parte, se corresponden, aunque no exactamente, con los contenidos en el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE, a los cuales, precisamente, apela la propia directiva antihíbridos, cuando en el punto (28) de la exposición de motivos indica que *al aplicar la presente directiva, los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y ejemplos aplicables al informe sobre la Acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente directiva y del Derecho de la Unión.*

La explicación de los mandatos de la directiva antihíbridos sobre la base de los ejemplos precitados parece, por tanto, pertinente.

Cuestión distinta es el reproche que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pueda lanzarse contra unas normas que, para su comprensión, necesitan de tales andaderas, máxime si se toma en consideración que los informes finales del proyecto BEPS no se publican en las lenguas de todos los Estados miembros sino, básicamente, en inglés y francés.

Con todo, se intuye que el ejercicio de aplicación práctica de los mandatos partirá de la identificación de los efectos de la asimetría híbrida, sin que la subsunción del caso concreto bajo alguno de los ejemplos deba tener un valor dirimente.

4.1. ASIMETRÍA DE ENTIDADES HÍBRIDAS

Cuando una entidad es considerada transparente en una jurisdicción fiscal y contribuyente pleno en otra, surge la asimetría de entidad híbrida, pudiendo dar lugar al efecto de doble deducción, de deducción sin inclusión o de deducción sin inclusión inversa.

Lo relevante es la calificación discrepante respecto de las dos jurisdicciones concernidas, esto es, la jurisdicción fiscal donde reside la entidad híbrida y la jurisdicción fiscal donde lo hace la entidad con la que se halla en relación de asociación.

4.1.1. Doble deducción (art. 2.9 g)

4.1.1.1. Descripción del mandato

La doble deducción se produce porque una entidad, que soporta un gasto, es considerada como contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de su residencia y transparente ante la juris-

dicción fiscal donde reside la entidad que es su socio, la cual, consecuentemente, también soporta el referido gasto vía imputación por transparencia.

EJEMPLO 1

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) participa al 100 % en B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania), donde es cabecera de un grupo fiscal integrado por ella misma y C. B recibe un préstamo de una entidad de crédito que devenga intereses por 80 y no obtiene ingresos. C obtiene ingresos, de 100, de manera tal que la base imponible del grupo fiscal es 20 (100 - 80), alternativamente de 60, en cuyo caso la base imponible del grupo fiscal es -20 (60 - 80).

B es considerada transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside A, y como contribuyente pleno ante su propia jurisdicción fiscal.

Según el tenor de la legislación de su jurisdicción fiscal, A puede recibir la imputación de los ingresos y gastos de B, o también de los ingresos y gastos consolidados. En el primer caso la imputación es -80, la doble deducción es plena; en el segundo caso, junto a la imputación del gasto, se imputa una renta de 100 o de 60.

El supuesto descrito está tipificado en el artículo 2.9 g), y el pertinente mandato está previsto en el artículo 9.1. A su tenor, la deducción debe negarse en *el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor*. Ahora bien, si el inversor reside en un Estado tercero que no deniega la deducción, tal deducción *se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante*.

La jurisdicción del ordenante es aquella en la que *se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido las pérdidas* (art. 2.9 b), párrafo tercero), de manera tal que la jurisdicción del inversor se define por exclusión (art. 2.9 b), párrafo tercero).

De acuerdo con el artículo 2.9 b), párrafo segundo, *solo existirá asimetría híbrida en el sentido de... g) supra si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión*. En este mismo sentido, el último inciso del artículo 9.1 establece que *la deducción podrá compensarse con una renta de doble inclusión*, de manera tal que la regularización podrá afectar a todo el gasto o solo a parte de él, o incluso no ser procedente.

De acuerdo con los mandatos precedentes, el ejemplo propuesto admite las siguientes soluciones:

- La entidad híbrida y la entidad dominante residen en Estados miembros: regulariza la jurisdicción del inversor, esto es, aquella donde reside la entidad dominante (Francia). A tal efecto, aumentará la base imponible de A en 80, si solo se imputa el

.../...

.../...

gasto, pero si también imputan las otras rentas, no aumentará la base imponible en el caso de rentas 100, y lo hará en 20 en el caso de rentas 60.

- La entidad híbrida no es comunitaria y la entidad dominante sí lo es: misma solución anterior.
- La entidad híbrida es comunitaria y la entidad dominante no: regulariza la jurisdicción fiscal del ordenante, esto es, aquella donde reside la entidad participada (Polonia), excepto si lo hace la jurisdicción de la dominante (Egipto). A tal efecto aumentará la base imponible de B en 80, 0 y 20, respectivamente, a tenor del tipo de imputación por transparencia.
- La entidad híbrida y la entidad dominante no son comunitarias: supuesto fuera del campo de aplicación de la directiva antihíbridos.

4.1.1.2. Comentarios sobre el mandato

Es claro que no es correcto que los intereses sean deducidos dos veces. Cuestión distinta es la jurisdicción fiscal en la que deben deducirse. Esta jurisdicción debería ser, en principio, aquella en la que los activos financiados procuran ingresos. No obstante, si la entidad dominante y la dependiente pertenecen al mismo grupo de empresas, lo correcto sería distribuir los intereses que el grupo paga, o mejor devenga, a terceros, esto es, los cargados en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada en función de la proporción existente entre los activos consolidados controlados por cada entidad del grupo y los activos consolidados del grupo como tal.

Esta distribución recompondría la imputación de los gastos financieros entre las diversas entidades del grupo, de manera tal que solventaría la asimetría híbrida.

Desde luego, se trata de una proposición teórica, pues la directiva antiabuso no da pie a su aplicación.

Ahora bien, cuando el gasto afectado sea un gasto financiero, supuesto este que será el más común, ha de tenerse en cuenta el impacto de la aplicación de la norma relativa a la limitación de los intereses (art. 4 de la directiva antiabuso). En efecto, la deducción de los intereses puede verse afectada, en alguna de las dos entidades o en las dos, por tal limitación. En tal caso, el mandato concerniente a la asimetría híbrida se aplicará exclusivamente sobre los intereses deducibles.

Este supuesto se corresponde con el caso *Basic Double Deduction Structure*, del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.1.1.3. Legislación española

La legislación española califica como entidades sujetas a un régimen de imputación a las entidades en régimen de atribución. Por tanto, podría aparecer este tipo de asimetría, híbrida, facilitada por aquella legislación, cuando una entidad residente en territorio español tuviere una entidad dependiente constituida *en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas* (art. 37 TRLIRNR y art. 6 Ley 27/2014).

Mientras no se traspongan las normas comunitarias al ordenamiento interno, no procederá efectuar regularización alguna. No obstante, si la entidad idéntica o análoga obtiene otras rentas, se produce la neutralización del doble cómputo, mediante la renta de doble inclusión. Cuestión a debatir es si entre esas otras rentas pueden computarse las de aquellas entidades que, dependiendo de la entidad afectada, tributan conjuntamente con ella en régimen de consolidación ante la jurisdicción fiscal extranjera.

Y también podría aparecer este tipo de asimetría híbrida, pero no facilitada por la legislación española, cuando la legislación de una jurisdicción fiscal extranjera considera a las rentas de una entidad residente en territorio español imputables a la entidad dominante residente en aquella jurisdicción fiscal, por ejemplo, debido a que es una sociedad de personas y no de capitales según los criterios de esa jurisdicción.

4.1.2. Deducción sin inclusión (art. 2.9 e)

4.1.2.1. Descripción del mandato

La deducción sin inclusión se produce porque una entidad realiza un pago a su entidad dominante, pero el correlativo ingreso no tributa, por cuanto la entidad pagadora es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside dicha entidad dominante, la cual soporta la imputación del gasto vía transparencia, de manera tal que el correlativo ingreso en sede de la entidad dominante queda neutralizado.

EJEMPLO 2

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) participa al 100 % en B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania), donde es cabecera de un grupo fiscal integrado por ella misma y C. B recibe un préstamo de A que devenga intereses por 80 y no obtiene

.../...

.../...

ingresos. C obtiene ingresos, de 100, de manera tal que la base imponible del grupo fiscal es 20 (100 - 80), alternativamente de 60, en cuyo caso la base imponible del grupo fiscal es -20 (60 - 80).

B es considerada transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside A, y como contribuyente pleno ante su propia jurisdicción fiscal.

Según el tenor de la legislación de su jurisdicción fiscal, A puede recibir la imputación de los ingresos y gastos de B, o también de los ingresos y gastos consolidados. En el primer caso, la imputación es -80, la deducción sin ingreso o inclusión es plena; en el segundo caso, junto a la imputación del gasto, se imputa una renta de 100 o de 60.

El supuesto descrito está tipificado en el artículo 2.9 e), y el pertinente mandato está previsto en el artículo 9.2. A su tenor, la deducción debe negarse *en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante*. Ahora bien, si el ordenante reside en un Estado tercero que no deniega la deducción, tal deducción *se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor* (la versión en español del precepto señala, erróneamente, a la jurisdicción fiscal del ordenante).

Las precisiones concernientes a la renta de doble inclusión, expuestas anteriormente, son válidas en relación con el presente caso. Nótese que el artículo 2.9 b), párrafo segundo, también proyecta la regla relativa a la renta de doble inclusión respecto del supuesto de asimetría híbrida descrito en el apartado 2.9 e).

De acuerdo con los mandatos precedentes, el ejemplo propuesto admite las siguientes soluciones:

- La entidad híbrida y la entidad dominante residen en Estados miembros: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia). A tal efecto aumentará la base imponible de B en 80, si solo se imputa el gasto, pero si también imputa las otras rentas, no aumentará la base imponible en el caso de rentas 100, y lo hará en 20 en el caso de rentas 60.
- La entidad híbrida no es comunitaria y la entidad dominante sí: regulariza la jurisdicción de la entidad dominante (Francia), excepto si lo hace la jurisdicción de la entidad participada (Ucrania). A tal efecto, aumenta la base imponible de A en 80, si solo se imputa el gasto, pero si también se imputan las otras rentas, no aumentará la base imponible en el caso de rentas 100, y lo hará en 20 en el caso de rentas 60.
- La entidad híbrida es comunitaria y la entidad dominante no: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia), con el mismo contenido de la solución primera.
- La entidad híbrida y la entidad dominante no son comunitarias: supuesto fuera del campo de aplicación de la directiva antihíbridos.

4.1.2.2. Comentarios sobre el mandato

Es claro que no es correcto que los intereses se deduzcan en sede de la entidad prestataria y no constituyan ingreso en sede de la entidad prestamista, pues se trata de intereses puramente internos. Estos intereses, para el grupo en su conjunto, no existen. Estos intereses, en sí mismos, no deberían ser considerados ni como gastos ni como ingresos. Sí deberían computarse, distribuidos en la forma expuesta en el apartado anterior, los intereses pagados por el grupo a terceros. Por lo demás, son aplicables a este caso las reflexiones vertidas en el anterior, en relación con la norma de limitación a la deducción de los intereses.

Este supuesto se corresponde con el caso *Disregarded Payments Made by a Hybrid Entity to a Related Party*, del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.1.2.3. Legislación española

Son válidos los comentarios al caso anterior.

No existen, en la actualidad, normas concernientes a este tipo de asimetrías híbridas.

4.1.3. Deducción sin inclusión inversa (art. 2.9 b)

4.1.3.1. Descripción del mandato

También se produce la deducción sin inclusión cuando una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside pero no transparente en la jurisdicción fiscal de su entidad dominante, de manera tal que el ingreso percibido no tributa en ella, habiendo sido deducible el correlativo gasto en sede de la entidad pagadora. En este caso, se denomina a la entidad como híbrida inversa.

EJEMPLO 3

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) participa al 100 % en B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). B concede un préstamo a su participada C que devenga intereses por 80.

B es considerada transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside, y como contribuyente pleno ante la jurisdicción fiscal donde reside A.

.../...

.../...

El supuesto descrito está tipificado en el artículo 2.9 b), y el pertinente mandato está previsto en el artículo 9.2. A su tenor, la deducción debe negarse en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante. Ahora bien, si el ordenante reside en un Estado tercero que no deniega la deducción, tal deducción se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor (la versión en español del precepto señala, erróneamente, a la jurisdicción fiscal del ordenante).

Nótese que, en este supuesto, no hay renta de doble inclusión, por cuanto la entidad dominante no recibirá imputación de la entidad participada, ni esta última de la entidad a la que concedió el préstamo, por hipótesis.

De acuerdo con los mandatos precedentes, el ejemplo propuesto admite las siguientes soluciones:

- La entidad híbrida y la entidad dominante residen en Estados miembros: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia). A tal efecto, aumentará la base imponible de B en 80.
- La entidad híbrida no es comunitaria y la entidad dominante sí: regulariza la jurisdicción de la entidad dominante (Francia), excepto si lo hace la jurisdicción de la entidad participada (Ucrania). A tal efecto, aumentará la base imponible de A en 80.
- La entidad híbrida es comunitaria y la entidad dominante no: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia). A tal efecto aumentará la base imponible de B en 80.
- La entidad híbrida y la entidad dominante no son comunitarias: supuesto fuera del campo de aplicación de la directiva antihíbridos.

4.1.3.2. Comentarios sobre el mandato

También es claro que no es correcto que los intereses sean considerados como gasto pero no como ingreso. Cuando las tres entidades concernidas forman parte del mismo grupo, el efecto práctico de este tipo de asimetría híbrida es la configuración de un gasto fiscalmente deducible en concepto de intereses, rigurosamente inexistente.

El efecto derivado de la condición de transparente o en régimen de atribución de la entidad perceptora de los intereses también se produciría mediante una exención o un tipo efectivo de gravamen notablemente reducido, pero estos medios de elusión no están contemplados en la directiva antihíbridos.

Se aprecia, en toda su crudeza, que la proliferación de este tipo de entidades, esto es, las de carácter híbrido inverso o exentas o que disfrutan de un régimen privilegiado, ofrecen oportunidades de planificación fiscal agresiva.

Las jurisdicciones fiscales que ofrecen este tipo de vehículos no obtienen recaudación, pero colaboran a mermar la recaudación de otras jurisdicciones fiscales. Su objetivo es fomentar servicios profesionales asociados a este tipo de asimetrías híbridas. Este tipo de servicios es, precisamente, uno de aquellos que la Unión Europea pretende sujetar a un régimen de notificación a las autoridades fiscales⁵.

4.1.3.3. Legislación española

En la jurisdicción fiscal española hay, ciertamente, entidades en régimen de atribución, pero no son apropiadas para tejer la asimetría híbrida inversa, por cuanto sus socios, miembros o partícipes no residentes en territorio español están sujetos al IRNR respecto de las rentas en atribución (art. 89 Ley 35/2006), y lo propio cabe decir de las agrupaciones de interés económico (art. 43 Ley 27/2014), de manera tal que los ingresos obtenidos por las mismas imputables a sus socios no residentes en territorio español tributarán por el impuesto sobre sociedades, quedando frustrado el efecto de la asimetría inversa.

Si la entidad dominante es residente en territorio español, la transparencia fiscal internacional (art. 100 Ley 27/2014) podría capturar la renta obtenida por la entidad híbrida inversa participada, pero si se trata de intereses por préstamos concedidos a una entidad operativa extranjera perteneciente al mismo grupo mercantil, los mismos no generan renta sujeta a transparencia fiscal internacional, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 100.3 b) de la Ley 27/2014.

No existen, en la actualidad, normas concernientes a este tipo de asimetrías híbridas.

4.2. ASIMETRÍA DE INSTRUMENTO FINANCIERO HÍBRIDO (ART. 2.9 A)

Los elementos que acotan esta forma de asimetría híbrida son, de una parte, el instrumento financiero y, de otra, la diferencia de calificación. Por tanto, cualquier otra deducción sin inclusión es irrelevante. Sería el caso, por ejemplo, del *patent box*, que puede determinar la deducción del gasto por la utilización de la tecnología y el ingreso al disfrutar de una bonificación exorbitante, o el caso del *allowance for corporate equity*, esto es, deducción de un interés puramente nominal sobre el importe de los fondos propios, que determina la deducción de un gasto fiscal, sin respaldo contable, estando la remuneración de esos fondos propios exenta en la jurisdicción fiscal del perceptor.

En este punto es conveniente recordar que una asimetría híbrida requiere la concurrencia de una relación de asociación o de un *mecanismo estructurado*.

En las asimetrías de entidad híbrida, anteriormente estudiadas, se ha dado por supuesto que concurriría la relación de asociación, habida cuenta de la contextura del propio supuesto de hecho,

⁵ *Tax Transparency for Intermediaries*. (European Commission).

pero también sería concebible la presencia de mecanismo estructurado. En el tipo de asimetría que ahora se examina, además de la relación de asociación, la naturaleza de los hechos apunta, con mayor intensidad, hacia la presencia del mecanismo estructurado.

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 2.11 define el mecanismo estructurado en función de la finalidad fiscal del mismo, esto es, haber sido *diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida*.

Por lo común, el propio instrumento financiero híbrido cumplirá la función del acuerdo estructurado, pero no es necesario que así sea. Un negocio jurídico distinto, pero concebido para procurar el efecto de asimetría híbrida en conjunción con el instrumento financiero híbrido, no puede descartarse.

4.2.1. Descripción del mandato

La deducción sin inclusión se produce a causa de la calificación diferente de la naturaleza de la renta derivada del instrumento financiero. Así, en la jurisdicción fiscal del emisor del instrumento financiero la renta pagada se califica como gasto financiero, en tanto que en la jurisdicción fiscal del tenedor del activo financiero se califica como dividendo, fiscalmente exento.

EJEMPLO 4

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) suscribe bonos convertibles emitidos por B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las legislaciones polaca y ucraniana califican la renta como gasto financiero, y la francesa y egipcia como dividendo en régimen de exención.

Esta asimetría híbrida está descrita en el artículo 2.9 a), y el mandato está contenido en el artículo 9.2, antes comentado. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Polonia debe aumentar la base imponible de B en el importe de la renta pagada a A.
- Francia debe aumentar la base imponible de A, si Ucrania no aumenta la base imponible de B.

4.2.2. Comentarios sobre el mandato

En este tipo de asimetría híbrida se aprecia con toda claridad que el mandato prescinde de la naturaleza del instrumento financiero, esto es, si es representativo de endeudamiento o de par-

ticipación en los fondos propios de la entidad emisora. Por tanto, el efecto práctico del mandato puede ser contrario al significado jurídico y económico de la transacción financiera.

También se aprecia que no existiría asimetría híbrida si el método aplicado para eliminar la doble imposición económica internacional fuera la imputación en lugar de la exención.

Este supuesto se corresponde con el caso *Hybrid Financial Instrument* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.2.3. Legislación española

El artículo 21.1 de la Ley 27/2014 establece que *no se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.*

Se apreciará que este mandato no coincide, en el plano competencial, con el previsto en el artículo 9.2, cuando la entidad pagadora resida en algún Estado miembro de la Unión Europea. Sin embargo, el artículo 21.1 está en línea con lo previsto en la directiva matriz-filial.

El considerando (30) de la exposición de motivos de la directiva antihíbridos indica que *cuando las disposiciones de otra directiva, como las de la Directiva 2011/96/UE, lleven a la neutralización de la asimetría en resultados fiscales no debe quedar espacio para la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas contempladas en la presente directiva*, de manera tal que, en el caso de operaciones intracomunitarias insertas en el ámbito de aplicación de la referida directiva, continuará siendo de aplicación el artículo 21.1 de la Ley 27/2014.

El artículo 21.2 de la Ley 27/2014 establece que *tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.* En consecuencia, la entidad pagadora deberá hacer un ajuste positivo. Coincide este ajuste con lo previsto en el artículo 9.2 a), de manera tal que si en la jurisdicción del inversor el ingreso ha sido considerado como dividendo exento, bien puede afirmarse que la legislación española está en línea con lo previsto en la directiva antihíbridos, pero si es tratado como intereses no lo estaría, además de provocar doble imposición.

El artículo 15 j) de la Ley 27/2014 establece la no deducción de *los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento.*

El supuesto de hecho consistente en la no generación de un ingreso como consecuencia de una calificación fiscal diferente, en la medida en que fuere fruto de un instrumento financiero, mediando relación de asociación o acuerdo estructurado, coincide con el de la asimetría de instrumento financiero híbrido, y también el mandato, por cuanto es la jurisdicción fiscal del ordenante, en el caso, la española, la que debe proceder a la regularización.

Sin embargo, es importante notar que los mandatos de los artículos 15 j) y 21.1 se aplican aun sin mediar una relación de asociación o un acuerdo estructurado en los términos de la directiva antihíbridos, y que la generación de un ingreso sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10% rebasa el supuesto de hecho de la norma comunitaria, si bien el juego de las reducciones o deducciones permitirá tipos nominales superiores que, a la postre, no se traducen en tipos efectivos⁶.

4.3. TRANSFERENCIA HÍBRIDA

El artículo 2.9 l), párrafo tercero, describe la transferencia híbrida como *cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo*.

Bajo tan sofisticada descripción, se comprende, de acuerdo con el punto (23) de la exposición de motivos, una asimetría híbrida en la medida en que el pago realizado en el negocio de transferencia dé lugar a una deducción para el ordenante, en tanto que el receptor lo considere como rendimiento subyacente del instrumento transferido, a tenor de las calificaciones de las jurisdicciones fiscales concernidas, y también la creación de un crédito fiscal excesivo.

Al primer caso se aplican los mandatos concebidos para neutralizar las asimetrías híbridas tejidas mediante instrumentos financieros híbridos, pero respecto del segundo la directiva antihíbridos no establece reglas específicas, de manera tal que el punto (23) de la exposición de motivos indica que *el Estado miembro de que se trate deberá impedir que el ordenante utilice el crédito excesivo para obtener una ventaja fiscal, en particular mediante la aplicación de una regla general contra el abuso que sea coherente con el artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/1164*.

También puede ser considerada como asimetría híbrida derivada de una transferencia híbrida, aquel acuerdo estructurado concebido para procurar una compensación por el impuesto retenido en la fuente sobre un pago derivado de un instrumento financiero transferido a más de una de las partes implicadas, en el sentido del mandato del artículo 9.6.

⁶ LÓPEZ RIBAS, S.: «Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos», *op. cit.*

4.3.1. Deducción sin inclusión (art. 2.9 a)

4.3.1.1. Descripción del mandato

La transferencia de un instrumento financiero puede determinar una asimetría híbrida, que provoca la deducción sin inclusión, a causa de una calificación distinta de la renta implicada en la transmisión.

EJEMPLO 5

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) adquiere un instrumento financiero con opción irrenunciable de recompra de B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las legislaciones polaca y ucraniana califican la renta como gasto financiero, y la francesa y egipcia como plusvalía de cartera en régimen de exención.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 a), y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Polonia debe aumentar la base imponible de B en el importe de la renta pagada a A.
- Francia debe aumentar la base imponible de A, si Ucrania no aumenta la base imponible de B.

4.3.1.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato es opuesto a la naturaleza jurídica y económica de la operación. En efecto, B sufre un gasto financiero y A obtiene unos intereses. Sin embargo, la regularización consiste en ajustar positivamente la base imponible de B y permitir la no inclusión del ingreso en A. De esta manera se priva de un gasto a la entidad que realmente lo sufre, y no se computa el ingreso en aquella otra que lo obtiene.

No obstante, lo normal será que la jurisdicción fiscal donde reside la entidad perceptora de los intereses no trate a los mismos como plusvalías exentas, sino como tales intereses, de manera tal que no se presentaría la asimetría híbrida.

Este supuesto se corresponde con el caso *Collateralised Loan Repo* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.3.1.3. Legislación española

En España, por aplicación del principio de calificación del artículo 13 de la Ley General Tributaria, la renta derivada de la operación tendría la consideración de intereses pagados en la entidad que transmite y recompra, y de intereses cobrados en la otra entidad.

Por tanto, si la segunda entidad es residente en territorio español, no se presentará el supuesto de asimetría híbrida. Si lo es la primera, los intereses pagados serían deducibles, pero si esos intereses no fueran incluidos en la base imponible de la entidad perceptora, se podría aplicar lo previsto en el artículo 15 j) de la Ley 27/2014.

4.3.2. Generación de un crédito fiscal excesivo (norma antiabuso general)

Como se ha indicado anteriormente, en este caso no hay un mandato específico, sino la remisión a una norma general antiabuso.

La transferencia de un instrumento financiero puede determinar un crédito fiscal excesivo cuando la renta inherente a la operación sea incongruente con el crédito en cuestión. Los supuestos que pueden plantearse son múltiples. El ejemplo que se propone responde a un esquema abordado por la Audiencia Nacional.

Los elementos esenciales de la operación fueron los siguientes: transmisión de la participación sobre una entidad residente en territorio español a otra entidad también residente en dicho territorio por parte de una entidad no residente en territorio español; posterior retrocesión, en virtud de opciones cruzadas de compra y venta, de la operación por un precio minorado en el importe del dividendo.

La retención, a cuenta del impuesto sobre sociedades, se practicó sobre la entidad residente en territorio español. Esta entidad obtuvo una renta neta nula, pero pretendió la deducción de la retención.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2010 (rec. núm. 54/2007 –NFJ041396–) hizo suyos los razonamientos de las Resoluciones del TEAC de 23 de noviembre de 2006 y 19 de enero de 2007, que apreciaron *simulación relativa, pues se simula una compra-venta y que subyace y disimula, lo realmente querido, es la prestación de un servicio*, añadiendo la sentencia que *estamos ante una simulación relativa –nomen iuris que, de suyo y a los efectos fiscales que nos ocupan, sería conciliable con la calificación basada en la figura del negocio fiduciario–, lo que no impide en modo alguno, antes al contrario, efectuar el gravamen tomando como base el negocio jurídico verdaderamente querido y ejecutado por los simulantes...*, de manera tal que se consideró improcedente que la entidad adquirente de la participación aplicase la retención soportada a cuenta del impuesto sobre sociedades.

La entidad recurrente pretendió, subsidiariamente, que la sentencia declarase la práctica de una *regularización global*, esto es, la anulación de la retención y la rehabilitación del IRNR. En efecto, eso sería ir al fondo del asunto, pues, en definitiva, como señala la resolución del TEAC *la no residente ha eludido la tributación en España de los dividendos percibidos... ya que estos estarían sujetos a dicha tributación de acuerdo con el artículo 10 del CDI Hispano-Británico...*, pero la sentencia replicó que los tribunales no son órganos de comprobación tributaria.

Véase, por tanto, que con base en una norma general antiabuso, quedó frustrada la pretensión de compensar un crédito fiscal artificiosamente creado.

4.3.3. Generación de un crédito fiscal plural (art. 9.6)

4.3.3.1. Descripción del mandato

La transferencia de un instrumento financiero híbrido puede determinar que la retención practicada sea aprovechada por más de una de las partes implicadas, debido a la discrepancia de las jurisdicciones fiscales concernidas respecto de la entidad con derecho a aplicar el correlativo crédito de impuesto.

EJEMPLO 6

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) presta valores a B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania), emitidos por entidad residente en España. B deberá transferir el 80 % del dividendo a A y asumir las pérdidas que pudieran producirse. España practica una retención ($100/15\% = 15$). Las legislaciones francesa y egipcia establecen que la retención sobre el dividendo ha de ser aplicada por A, en cuanto propietario económico, en tanto que las legislaciones polaca y ucraniana establecen que debe ser aplicada por B, en cuanto perceptor directo del dividendo.

El artículo 9.6 prevé que, *en la medida en que una transferencia híbrida esté concebida para producir una compensación por el impuesto retenido en la fuente sobre un pago derivado de un instrumento financiero transferido a más de una de las partes implicadas, el Estado miembro limitará el beneficio de tal compensación en proporción a la renta neta imponible en relación con dicho pago.*

De acuerdo con la regla precedente, las soluciones son las siguientes:

- Polonia solo debe permitir que se aplique la retención por importe de 3 (15/20 %).
- Francia solo debe permitir que se aplique la retención por importe de 12 (15/80 %).

4.3.3.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato es coherente con la naturaleza jurídica y económica de la operación. En efecto, el crédito fiscal se imputa en la medida de la renta obtenida por las partes.

4.3.3.3. Legislación española

En materia de préstamo de valores, el artículo 21.2 de la Ley 27/2014 niega la exención respecto de los dividendos *cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos procedan, reflejando un gasto al efecto*, de manera tal que *la entidad receptora de dicho importe podrá aplicar la exención*, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Esta misma norma es reproducida por el artículo 32.2 de la Ley 27/2014, en relación con el método de imputación.

Por tanto, la legislación española otorga la exención o, alternativamente, la imputación, al denominado propietario económico.

Por otra parte, los créditos de impuesto por retenciones practicadas por otras jurisdicciones fiscales están limitados por el importe de la *renta neta imponible*, debido al efecto propio de la denominada imputación ordinaria (art. 31 Ley 27/2014).

4.4. ASIMETRÍA DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE HÍBRIDO

La asimetría híbrida que pivota sobre la existencia de un establecimiento permanente deriva de que las jurisdicciones fiscales concernidas, esto es, la de la casa central y la del establecimiento permanente, atribuyen de forma no armónica los ingresos y gastos que afectan a esos contribuyentes.

Aquí, la asimetría híbrida no deriva de una calificación divergente respecto de los contribuyentes en presencia, esto es, el establecimiento permanente y la casa central, sino de la divergencia en las reglas de atribución de ingresos y gastos, los cuales, a su vez, pueden dimanar de relaciones entre la casa central y el establecimiento permanente, o entre establecimientos permanentes de la misma casa central o, en fin, concertadas con terceros. Lo decisivo es que los ingresos o gastos inherentes a esas relaciones se atribuyan de manera diferente a los contribuyentes referidos a tenor de las reglas vigentes en las jurisdicciones fiscales correspondientes.

Esta asimetría híbrida, por tanto, puede presentarse tanto si para evitar la doble imposición se aplica el método de exención como el de imputación pero, según los casos, esos métodos pueden facilitar o, inversamente, frustrar el efecto de la asimetría híbrida.

La diferencia de atribución puede dar lugar a una deducción sin inclusión o a una doble deducción. No se escapará que también puede dar lugar a doble imposición, pero su remedio no es el objetivo de la directiva antihíbridos.

4.4.1. Deducción sin inclusión (art. 2.9 c), d) y f)

La deducción sin inclusión admite varias modalidades, pero todas ellas pueden resumirse en dos. En la primera modalidad, el pago realizado por el establecimiento permanente a su casa central no se computa como ingreso en la misma o, inversamente, el pago realizado por la casa central no se computa en el establecimiento permanente, pudiendo los pagos ser efectivos o presumibles. En la segunda modalidad, el establecimiento permanente no es tenido por tal en la jurisdicción fiscal donde se realizan las actividades, pero sí en la jurisdicción de la casa central, de manera tal que los pagos realizados al mismo por la casa central no están incluidos.

No es un caso de deducción sin inclusión aquel en el que la jurisdicción de la casa central considera que existe un establecimiento permanente cuyas rentas deja exentas, en tanto que la otra jurisdicción fiscal concernida no reconoce la existencia de un establecimiento permanente, sin que se produzca un supuesto de no deducción sin inclusión, valga la redundancia, por no mediar pagos entre el establecimiento permanente y la casa central. El mandato respecto de este supuesto, que se podría calificar como de doble no inclusión, se halla en el artículo 9.5, que se analiza más adelante.

En fin, el pago entre la casa central y el establecimiento permanente puede no ser efectivo sino simplemente presumible, lo que propicia que la jurisdicción fiscal del beneficiario no compute el correlativo ingreso.

4.4.1.1. Descripción del mandato

La asimetría híbrida se produce porque el pago no se incluye como ingreso.

EJEMPLO 7

EP (ubicado en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago a su casa central (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las jurisdicciones de la casa central no incorporan a la base imponible los ingresos procedentes del establecimiento permanente.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 c) y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si el establecimiento permanente está ubicado en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago.
- Si el establecimiento permanente está ubicado en Egipto, corresponde a Polonia aumentar la base imponible de la casa central, en el importe del pago.

EJEMPLO 8

Casa central (residente en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago a un EP (ubicado en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las jurisdicciones del establecimiento permanente no incorporan a la base imponible los ingresos procedentes de la casa central.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 c), y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si la casa central reside en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago.
- Si la casa central reside en Egipto, corresponde a Polonia aumentar la base imponible del establecimiento permanente en el importe del pago.

EJEMPLO 9

Casa central (residente en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago a un EP (ubicado en Polonia, alternativamente en Ucrania) que, sin embargo, no es reconocido como tal por las jurisdicciones fiscales en las que se realizan las operaciones, estando las rentas imputables al mismo exentas en la casa central.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 d), y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si la casa central reside en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago.
- Si la casa central reside en Egipto, corresponde a Polonia reconocer un establecimiento permanente e imputarle el importe del pago.

EJEMPLO 10

EP (ubicado en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago presumible a su casa central (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las jurisdicciones de la casa cen-

.../...

.../...

tral no incorporan a la base imponible el ingreso correlativo al pago presumible realizado por el establecimiento permanente.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 f) y el mandato está contenido en el artículo 9.2. La solución es la misma que la del ejemplo n.º 7.

4.4.1.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato erradica el efecto de deducción sin inclusión, pero lo hace sin profundizar en la naturaleza del pago ni en su correlación con los ingresos obtenidos por la unidad fiscal o contribuyente que lo realiza, sea el establecimiento permanente o la casa central. De esta manera, puede quebrar el principio, reconocido en el Modelo de Convenio de la OCDE, consistente en que el establecimiento sea gravado como una empresa separada e independiente. La misma consideración cabe respecto de la casa central.

4.4.1.3. Legislación española

La legislación española no propicia la configuración de las asimetrías híbridas examinadas, por cuanto las operaciones entre casa central y establecimiento permanente dan lugar a los correspondientes ingresos o gastos. La asimetría híbrida puede aparecer a causa de que la jurisdicción fiscal extranjera no compute el ingreso, sea en sede del establecimiento permanente o de la casa central, inherente a operaciones que generan un gasto en sede de la casa central o del establecimiento permanente, respectivamente, españoles.

No obstante, en el caso de ingreso no computado en sede de un establecimiento permanente dependiente de una casa central española, mediando el método de imputación del artículo 31 de la Ley 27/2014, la asimetría híbrida queda superada, por cuanto, aunque el ingreso no está computado en el establecimiento permanente, sí estará registrado en la casa central, compensando íntegramente el gasto.

Mediando el método de exención del artículo 22 de la Ley 27/2014, el ingreso también está registrado en la casa central, pero como quiera que la renta obtenida a través del establecimiento permanente está exenta, la asimetría híbrida prevalece, a menos que se entienda que, por no ser computado el ingreso en sede del establecimiento permanente, tampoco debe tomarse en consideración para determinar el importe de la renta exenta, postura esta que, ciertamente, casaría bien con la función del método de exención, que no es otra que eliminar la doble imposición económica, pero no propiciar las asimetrías híbridas.

4.4.2. Doble deducción (art. 2.9 g)

4.4.2.1. Descripción del mandato

La asimetría se produce porque un mismo pago es deducido en sede del establecimiento permanente y de la casa central.

EJEMPLO 11

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) posee un establecimiento permanente (ubicado en Polonia, alternativamente en Ucrania), donde es cabecera de un grupo fiscal integrado por el mismo y C. El establecimiento permanente recibe un préstamo de una entidad de crédito que devenga intereses por 80 y no obtiene ingresos. C obtiene ingresos, de 100, de manera tal que la base imponible del grupo fiscal es 20 (100 – 80), alternativamente de 60, en cuyo caso la base imponible del grupo fiscal es –20 (60 – 80).

Esta asimetría pertenece al ámbito de las enunciadas en el artículo 2.9 g), y el mandato está contenido en el artículo 9.1. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si la casa central reside en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago, y lo hará por importe de 80 si no computa los ingresos del grupo fiscal, o por importe nulo o 20, debido a la renta de doble inclusión, si computa los ingresos del grupo fiscal encabezado por el establecimiento permanente.
- Si la casa central reside en Egipto, será Polonia la que deba practicar el ajuste, excepto si lo hace Egipto, en la cuantía precisa para evitar la doble deducción.

4.4.2.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato supera la situación de doble deducción, pero sin realizar un análisis de fondo respecto de la jurisdicción fiscal que debe soportar los intereses. La regularización ordenada situará los intereses en sede del establecimiento permanente, cuando, tal vez, un análisis de fondo hubiera determinado la pertinencia de situarlos en sede de la casa central. Por ejemplo, si los intereses responden a un endeudamiento contraído para adquirir la participación sobre las entidades que forman parte del grupo fiscal liderado por el establecimiento permanente.

4.4.2.3. Legislación española

Los intereses pagados por el establecimiento permanente a un tercero son deducibles, en los términos previstos en la Ley 27/2014, a la que se remite, para la formación de la base imponible.

nible del establecimiento permanente, el artículo 18 del TRLIRNR. Por otra parte, los establecimientos permanentes pueden formar parte de un grupo fiscal, incluso como entidad dominante (art. 58 Ley 27/2014).

La legislación española da pie, por tanto, a la configuración de la asimetría híbrida de doble deducción mediante establecimiento permanente, quedando fraguada la misma cuando la legislación de la casa central trata las rentas del establecimiento permanente mediante el método de imputación.

4.5. ASIMETRÍAS IMPORTADAS

Son consecuencia de una asimetría híbrida habida en países terceros a la Unión Europea, pero que mediante la utilización de un instrumento no híbrido surten efectos en algún Estado miembro. A ellas se refiere el punto (25) de la exposición de motivos.

4.5.1. Deducción sin inclusión

4.5.1.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque el pago efectuado por una entidad residente en algún Estado miembro de la Unión Europea no se incluye como ingreso debido a una asimetría híbrida configurada entre entidades residentes en Estados terceros.

EJEMPLO 12

La entidad C residente en Polonia efectúa un pago de intereses a la entidad B residente en Ucrania, la cual paga a la entidad A, residente en Egipto, una renta del mismo importe en concepto de préstamo participativo, estando tal renta exenta en Egipto.

El mandato está contenido en el artículo 9.3, a cuyo tenor la solución es que Polonia niegue la deducción del gasto, excepto si Ucrania o Egipto hubieren realizado el ajuste de la asimetría híbrida.

En efecto, de acuerdo con el artículo 9.3, *los Estados miembros deben denegar una deducción por un pago realizado por un contribuyente cuando dicho pago financie, directa o indirectamente, gastos deducibles que den lugar a una asimetría híbrida*. Nótese que entre las jurisdicciones fiscales de Ucrania y Egipto se ha configurado una asimetría híbrida, en la modalidad de deducción sin inclusión mediante instrumento financiero híbrido.

4.5.1.2. Comentarios sobre el mandato

La no deducción de unos gastos financieros en sede de una entidad que ha aplicado el endeudamiento a la adquisición de activos determinantes de ulteriores ingresos, violenta, en relación con dicha entidad, el principio de capacidad económica. También el principio de empresa separada que, como es sabido, implica que las empresas vinculadas determinarán su base imponible de manera independiente.

Frente a esos principios, la pertinencia de eliminar el efecto de deducción sin ingreso representa un respaldo débil.

Lo pertinente, en el ejemplo propuesto, es que Egipto gravara la renta recibida.

Este supuesto se corresponde con el caso *Importing Mismatch from Irbid Financial Instrument* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva anti-híbridos ha previsto está en sintonía con la respuesta primaria.

4.5.1.3. Legislación española

El artículo 15 j) de la Ley 27/2014 podría solventar este tipo de asimetría híbrida, con el concurso del levantamiento del velo en relación con la entidad intermedia, de manera tal que el interés pagado por la entidad residente en territorio español se imputará a la entidad última, esto es, la que, finalmente, registra los ingresos derivados de la operación financiera.

4.5.2. Doble deducción

4.5.2.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque el pago efectuado por una entidad residente en algún Estado miembro a una entidad de un Estado tercero es neutralizado por el pago efectuado por una entidad que tributa con la misma en el régimen de consolidación, y esta última provoca una asimetría híbrida por ser transparente respecto de la jurisdicción fiscal de su entidad matriz.

EJEMPLO 13

D, residente en Polonia, efectúa un pago de intereses a C, residente en Ucrania, la cual forma grupo fiscal con B, igualmente residente en Ucrania, que neutraliza la renta de C mediante el pago de intereses a una entidad de crédito, los cuales son deducibles en la entidad

.../...

.../...

dominante A, residente en Egipto, debido a que C es considerada transparente en dicha jurisdicción fiscal.

El mandato está contenido en el artículo 9.3, a cuyo tenor la solución es que Polonia niegue la deducción del gasto, excepto si Ucrania o Egipto hubieren realizado el ajuste de la asimetría híbrida.

4.5.2.2. Comentarios sobre el mandato

Son válidos los del subapartado precedente.

4.5.2.3. Legislación española

No existe una norma que solvete este tipo de asimetría híbrida, sin perjuicio de que los intereses sean objeto de limitación en los términos del artículo 16 de la Ley 27/2014.

4.6. ASIMETRÍAS HÍBRIDAS ESPECIALES

Las descripciones que de las asimetrías híbridas se contienen en el artículo 2.9 no comprenden tres tipos de asimetrías que, sin embargo, son objeto de mandatos específicos:

- Asimetrías híbridas de establecimiento permanente no computado (art. 9.5).
- Asimetrías híbridas invertidas (art. 9 bis).
- Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal (art. 9 ter).

En todos estos casos, no se presenta el efecto propio de la asimetría híbrida, esto es, la doble deducción o la deducción sin inclusión, en sede de entidades o establecimientos permanentes residentes o ubicados, respectivamente, en jurisdicciones fiscales distintas. Se trata, por tanto, de asimetrías híbridas especiales.

4.6.1. Asimetría de establecimiento permanente híbrido no computado (art. 9.5)

4.6.1.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque la jurisdicción fiscal en la que se desarrollan las actividades considera que las mismas no dan lugar a un establecimiento permanente, y la jurisdicción

fiscal donde reside la entidad considera que sí existe y aplica un régimen de exención en relación con las rentas correspondientes. No hay, por tanto, doble deducción ni deducción sin inclusión, sino doble no inclusión.

EJEMPLO 14

A (residente en Francia, alternativamente Egipto) realiza actividades económicas en Polonia (alternativamente Ucrania).

Polonia y Ucrania no reconocen la existencia de un establecimiento permanente, en tanto que Francia y Egipto sí la reconocen pero, por su legislación interna, aplican el método de exención respecto de las rentas correspondientes.

De acuerdo con el mandato del artículo 9.5, las soluciones son las siguientes:

- Francia debe gravar las rentas correspondientes, tanto si las actividades se realizan en Polonia como en Ucrania.
- Polonia, sin embargo, no gravará las rentas correspondientes a las actividades realizadas en su territorio, incluso si Egipto tampoco las grava.

En efecto, el mandato regularizador va dirigido, exclusivamente, al *Estado miembro en el que el contribuyente sea residente a efectos fiscales*, de manera tal que el mismo debe exigir al contribuyente *que incluya las rentas que, de otro modo, se atribuirán al establecimiento permanente no computado*.

Nótese que la única jurisdicción fiscal convocada es aquella en la que el contribuyente reside, pero no aquella otra en la que se realizan actividades económicas.

Tal ajuste no se llevará a efecto cuando *el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país*.

No es fácil que concurra este supuesto, por cuanto la exención es, habitualmente, la técnica empleada para eliminar la doble imposición, y esta solo se produce cuando la renta es susceptible de tributar en la jurisdicción fiscal de la fuente, lo que implica la existencia de establecimiento permanente. Con todo, si concurriera se consumiría la doble no inclusión.

Nótese que el convenio debe ligar a un Estado miembro con un Estado tercero, para que opere la inhibición de la corrección de la asimetría híbrida. Un convenio entre dos Estados miembros no provoca tal inhibición.

4.6.1.2. Comentarios sobre el mandato

En rigor, el supuesto descrito es esotérico, pues no parece pertinente que la jurisdicción fiscal donde reside la entidad considere exentas las rentas derivadas de actividades económicas realizadas en el extranjero, a menos que se acredite la existencia de una tributación en relación con las mismas.

Sin embargo, tal esoterismo puede no ser inocente sino, por el contrario, el indicio de una normativa fiscal concebida para acoger entidades que sean vehículos propiciatorios para crear situaciones de no imposición de rentas ganadas en el extranjero.

Esta no imposición se construiría, artificiosamente, mediante la exención de rentas atribuibles a los establecimientos permanentes, sin atender a la efectiva existencia del establecimiento permanente.

4.6.1.3. Legislación española

Las rentas obtenidas por las entidades residentes en España mediante establecimiento permanente disfrutan de exención, a condición de que *el mismo haya estado sujeto y no exento a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto con un tipo nominal de, al menos, un 10 por ciento* (art. 22 Ley 27/2014). Consecuentemente, las rentas inherentes a un establecimiento permanente no computado no serían aptas para disfrutar de la exención, y se gravarían como renta ordinaria.

En consecuencia, la norma interna ciega el cauce de la asimetría híbrida.

4.6.2. Asimetrías híbridas invertidas (art. 9 bis)

4.6.2.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside y contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de la entidad que la controla. Por tanto, las rentas inherentes a las actividades económicas realizadas por la entidad transparente escapan a toda tributación. Es un supuesto colindante con el analizado en el subapartado 4.1.3, pero con la diferencia de que no se trata de evitar una deducción sin inclusión sino, sencillamente, la no tributación de una renta o, de otra manera, una doble no inclusión.

EJEMPLO 15

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) domina a B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania).

.../...

.../...

B es considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su residencia, y contribuyente pleno en la jurisdicción de la entidad dominante.

El mandato correspondiente está contenido en el artículo 9 bis. De acuerdo con el mismo, la solución es la siguiente:

- Polonia incluirá la renta obtenida por B.
- Francia no incluirá la renta obtenida por B, en ningún caso.

En efecto, el mandato del artículo 9 bis se dirige, exclusivamente, al Estado miembro en el que reside la entidad transparente, según su legislación, la cual es una entidad híbrida, por cuanto en la jurisdicción fiscal donde reside la entidad dominante o en las que lo hacen las entidades que tienen en la misma un interés, directo o indirecto, al menos del 50%, es considerada contribuyente pleno, y consiste en que dicho Estado miembro debe hacerla tributar, de forma tal que *la entidad híbrida será considerada como residente de ese Estado miembro y tributará por su renta en la medida en que esta renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes del Estado miembro ni de ninguna otra jurisdicción.*

El mandato obliga, antes que a realizar un ajuste, a sujetar a tributación a la entidad residente en algún Estado miembro afectada por la totalidad de su renta. El efecto práctico es equivalente a la supresión del régimen de transparencia fiscal. Sin embargo, de ahí no se sigue que los Estados miembros deban suprimir el régimen de transparencia fiscal, sino matizar su aplicación cuando concurren tres circunstancias:

- La entidad residente está en relación de asociación con otra u otras no residentes, que la dominan.
- La jurisdicción fiscal de la entidad o entidades asociadas dominantes califican a la entidad dominada como contribuyente pleno. Esta jurisdicción fiscal podrá estar, o no, en el perímetro de la Unión Europea.
- La renta de la entidad dominada no tributa en absoluto, de manera tal que si lo hiciera en sede de otro u otros contribuyentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia, no se aplicaría el mandato.

La tributación así configurada excluye, lógicamente, cualquier ajuste en relación con una eventual situación de deducción y no inclusión (punto 29 de la exposición de motivos).

El mandato del artículo 9 bis no se aplica a las instituciones de inversión colectiva. De esta manera, las rentas de las instituciones de inversión colectiva podrán sustraerse a tributación en

sede de la jurisdicción fiscal en la que están constituidas y también en sede de la jurisdicción fiscal en la que residen sus socios o partícipes. Sin embargo, lo habitual será, en estos casos, que la ventaja fiscal se limite al puro diferimiento, por cuanto la renta derivada del reembolso de la participación normalmente tributará en sede del socio o partícipe. La ventaja fiscal del diferimiento es importante, en particular, como acontece en el caso de la inversión colectiva, cuando es el propio partícipe el que controla el momento de la tributación, mediante el ejercicio del reembolso.

Mas no todas las instituciones de inversión colectiva o fondos de inversión escapan al mandato, sino tan solo aquellos *de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujeto a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que esté establecido*.

Se notará que la norma no se remite a la Directiva 2009/65/CE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, sino que acota un grupo de instituciones de inversión colectiva, sobre la base de la nota relevante, pero jurídicamente indeterminada, de la amplia titularidad.

4.6.2.2. Comentarios sobre el mandato

Al igual que sucedía en el caso anterior, el mandato solo se entiende en cuanto dirigido a neutralizar las normas tributarias de aquellos Estados miembros que puedan ser aprovechadas para producir el efecto de no tributación de una renta. Se puede intuir que estas normas tributarias habrán sido diseñadas, generalmente, para ofertar vehículos propiciatorios para albergar rentas sin tributación.

4.6.2.3. Legislación española

En la Ley 27/2014 tributan en régimen de atribución o transparencia las entidades en régimen de atribución (art. 6), las agrupaciones de interés económico españolas (art. 43), las agrupaciones de interés económico europeas (art. 44) y las uniones temporales de empresas (art. 45). Además, aun cuando no tributen en ese régimen, pueden producir efectos análogos, bajo determinadas circunstancias, las entidades de tenencia de valores extranjeros (arts. 107 y 108), las sociedades de capital riesgo (art. 50), las SOCIMI (Ley 11/2009) y las instituciones de inversión colectiva.

El campo de las entidades en régimen de atribución, del artículo 6 de la Ley 27/2014, ha quedado mermado a raíz de que las sociedades civiles con objeto mercantil hayan pasado a ser contribuyentes plenos. En cualquier caso, las rentas de estas entidades tributan con arreglo a las leyes fiscales españolas, sean las del impuesto sobre sociedades (art. 6 Ley 27/2014), las del IRPF (art. 86 Ley 35/2006) o las del IRNR (arts. 35 y 36 TRLIRNR).

Por tanto, las entidades en régimen de atribución no están afectadas por lo previsto en el artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Las rentas de las agrupaciones de interés económico españolas tributan en sede de la propia entidad, de acuerdo con las reglas generales del impuesto sobre sociedades, por la parte de base imponible correspondiente a los socios no residentes en territorio español, en tanto que la correspondiente a los socios residentes lo hará, mediante imputación a los mismos, sea por el impuesto sobre sociedades o por el IRPF (art. 43 Ley 27/2014). Este mismo régimen se aplica a las uniones temporales de empresas (art. 45 Ley 27/2014).

Por tanto, las agrupaciones de interés económico españolas y las uniones temporales de empresas tampoco están afectadas por lo previsto en el artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Otro tanto cabe decir respecto de las agrupaciones de interés económico europeas, en la medida en que la actividad realizada por los socios no residentes en territorio español a través de la agrupación sea determinante de la existencia de un establecimiento permanente, lo cual será el supuesto normal, habida cuenta del objeto de estas entidades (art. 44 Ley 27/2014).

Por otra parte, la agrupación europea de interés económico no es apta para determinar situaciones híbridas, en la medida en que sus rentas reciben un tratamiento fiscal igual en todos los Estados miembros, y sus socios son residentes en los mismos. En este sentido, los socios residentes en territorio español de agrupaciones europeas de interés económico residentes en otro Estado miembro tributarán por el impuesto sobre sociedades o por el IRPF, por la porción de rentas obtenidas por la agrupación que les sea imputable.

En consecuencia, las agrupaciones europeas de interés económico no estarán afectadas por el artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Las entidades de tenencia de valores extranjeros son contribuyentes del impuesto sobre sociedades, de manera tal que, en principio, quedan al margen del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos. Sin embargo, cuando la renta de la entidad de tenencia de valores extranjeros se nutre de dividendos y plusvalías de cartera exentas por aplicación de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 27/2014, y los perceptores de los dividendos son no residentes, no hay tributación efectiva alguna, por cuanto el beneficio distribuido *no se entenderá obtenido en territorio español* (art. 108 c) Ley 27/2014). Ciertamente, tampoco la habrá en relación con las entidades residentes en territorio español, pero ese es el efecto típico del método de exención para eliminar la doble imposición económica internacional.

El mismo comentario cabe en relación con las entidades de capital-riesgo, por cuanto, de una parte, su tributación efectiva por el impuesto sobre sociedades puede llegar a ser nula al amparo del artículo 21 de la Ley 27/2014, o casi nula tratándose de rentas acogidas a la bonificación del artículo 50.1 de la Ley 27/2014 y, de otra, porque la distribución sobre el beneficio distribuido podrá disfrutar de la exención del artículo 21.1 de la Ley 27/2014 y, tratándose de socios no residentes, porque los beneficios distribuidos *no se entenderán obtenidos en territorio español* (art. 50.3 b) Ley 27/2014).

Con todo, ni la entidad de tenencia de valores extranjeros ni la sociedad de capital riesgo pueden ser consideradas entidades híbridas en el sentido del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

La SOCIMI tributa, por el impuesto sobre sociedades, al tipo de gravamen cero, pero está sujeta, respecto de los dividendos distribuidos a los socios que participen, al menos, en el 5% y que tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%, a un gravamen especial del 19% que tiene la consideración de cuota del impuesto sobre sociedades, sin que sea aplicable la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 respecto de los referidos dividendos, los cuales, tratándose de perceptores no residentes, se sujetan a las reglas generales del IRNR (arts. 9 y 10 Ley 11/2009). Este régimen fiscal, en conjunción con la exención matriz-filial (art. 14.1 h) TRLIRNR), depara una tributación nula, si bien es cierto que la sentencia Wereldhave podría ponerla en cuestión⁷. Nótese la relevancia de este régimen fiscal que, en definitiva, y a salvo de la interpretación que se dé a la sentencia citada, implica, nada más y nada menos, que la exención de las rentas derivadas de la actividad económica consistente en la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, a favor de entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, la SOCIMI no tiene la consideración de entidad híbrida en el sentido del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Puesto que las instituciones de inversión colectiva son contribuyentes plenos del impuesto sobre sociedades no parece que incidan en el supuesto de hecho del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos. Sin embargo, la tributación por el impuesto sobre sociedades es puramente simbólica, ya que el tipo nominal de gravamen es el 1% (art. 29.4 Ley 27/2014), si bien la tributación se producirá con el reembolso de la participación, excepto si el perceptor es residente en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información (art. 14.1 i) TRLIRNR), de manera tal que, al igual que sucedía en las SOCIMI, las normas aludidas configuran una fiscalidad privilegiada.

Por otra parte, las instituciones de inversión colectiva, en todo caso, estarían amparadas por la excepción contenida en el artículo 9 bis.2, con tal de que reunieran las notas de amplia titularidad, cartera diversificada y protección de los inversores, lo que parece está garantizado, al menos

⁷ La sentencia Wereldhave (STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–) plantea la cuestión de la aplicación de la directiva matriz-filial respecto de los dividendos distribuidos por una SOCIMI, acogida a la Ley 11/2009, percibidos por entidades residentes en la Unión Europea. Dicha sentencia ha interpretado que una tributación a tipo de gravamen cero excluye la aplicación de la misma, por cuanto no concurre el supuesto de doble imposición a cuya superación está consagrada la norma comunitaria.

Pues bien, la SOCIMI tributa al tipo de gravamen cero, si bien los dividendos, a cuya distribución está obligada, determinan un gravamen del 19% a cargo de la propia SOCIMI, de manera tal que no tributaría, realmente, a tipo cero. Ahora bien, el gravamen del 19% solo se aplica respecto de participaciones iguales o superiores al 5% y cuando el perceptor tributa a un tipo de gravamen inferior al 10%. Por tanto, es posible que participes residentes en la Unión Europea perciban un dividendo que no haya soportado tributación alguna.

En tal caso se plantea si procede la aplicación de la directiva matriz-filial, a la luz de la sentencia citada.

Sobre este punto puede consultarse «Interpretación del concepto "Sociedad de un Estado miembro" contenido en la directiva matriz-filial en los casos de sujeción al impuesto a un tipo cero de gravamen» (María del Carmen CÁMARA BARROSO, *RCyT*. CEF, núm. 412, julio 2017).

en las dos últimas notas, por la legislación sobre instituciones de inversión colectiva. Por lo que se refiere a la nota de amplia titularidad, un indicio son los 500 socios exigidos por el artículo 94 de la Ley 35/2006, concerniente a la reinversión.

Con todo, se reitera que las instituciones de inversión colectiva son contribuyentes plenos del impuesto sobre sociedades.

4.6.3. Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal

4.6.3.1. Descripción del mandato

Cuando una entidad es considerada contribuyente en dos, o más, jurisdicciones fiscales, puede presentarse un supuesto de doble deducción, pivotando sobre la misma entidad. Nótese que en este caso de doble deducción, aunque hay dos jurisdicciones fiscales implicadas, no se presenta la dualidad típica de jurisdicciones fiscales propia del supuesto típico de doble deducción, esto es, la jurisdicción fiscal del ordenante y la jurisdicción fiscal del inversor.

EJEMPLO 16

A recibe un préstamo de una entidad de crédito cuyos intereses se compensan con las rentas de los grupos fiscales a los que pertenece en dos jurisdicciones fiscales (Francia y Polonia, alternativamente Francia y Ucrania).

El mandato está contenido en el artículo 9 ter. De acuerdo con el mismo, la solución es la siguiente:

- Si concurre Francia con Ucrania, Francia debe denegar la deducción.
- Si concurre Francia con Polonia, denegará la deducción uno u otro país, según lo que resulte del convenio para evitar la doble imposición que sea aplicable.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 ter, *el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción cuando la otra jurisdicción permita que la deducción duplicada se compense con rentas que no son de doble inclusión*. La referencia a las rentas de doble inclusión no es una peculiaridad de esta asimetría, pues responde a la propia contextura de la doble deducción.

Cuando las dos jurisdicciones fiscales sean Estados miembros, corresponde denegar la deducción al *Estado miembro en el que el contribuyente no sea considerado residente en virtud de un tratado de doble imposición entre los dos Estados miembros*.

4.6.3.2. Comentarios sobre el mandato

Normalmente, este supuesto de asimetría híbrida se solventará mediante la aplicación de las normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, destinadas a dirimir los conflictos de doble imposición (art. 4.3 Modelo de Convenio de la OCDE). En tal caso, el supuesto de asimetría híbrida desaparecerá. El criterio adoptado en la Convención Multilateral, consistente en la aplicación del procedimiento amistoso, debería allanar el camino de la solución, pero debe recordarse que el precepto correspondiente no reviste la categoría de estándar mínimo.

Este supuesto se corresponde con el caso *Dual Consolidated Companies* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con la respuesta primaria, única que establece el citado informe, con la peculiaridad de que encomienda, como no podría ser de otra manera, la regularización a la jurisdicción fiscal del Estado miembro.

Junto al caso de doble residencia, aparece el de las entidades constituidas en una determinada jurisdicción fiscal pero que, de acuerdo con sus leyes fiscales, no residen en la misma, sin que lo hagan, debido a sus propias características, en otra jurisdicción fiscal, de manera tal que las rentas registradas en este tipo de entidades no soportan tributación alguna.

A este supuesto, que se podría denominar de doble no residencia fiscal, no se refiere el artículo 9 ter, a pesar de que su efecto práctico es el de doble no inclusión, excepto si la renta en cuestión fuere capturada por una norma sobre transparencia fiscal internacional.

Un caso análogo es el de la entidad constituida en una jurisdicción fiscal de tributación normal, pero cuya residencia fiscal no se halla en la misma sino en otra distinta, debido a las reglas determinantes de dicha residencia, por ejemplo, constitución en Irlanda y residencia fiscal en Bermudas, de manera tal que la renta tributará en Bermudas, donde, por cierto, la imposición sobre los beneficios es nula⁸.

A este supuesto, que se podría denominar de residencia fiscal desviada, tampoco se refiere el artículo 9 ter, a pesar de que su efecto práctico es la doble no inclusión, excepto, igualmente, si la renta en cuestión fuere capturada por una norma sobre transparencia fiscal internacional.

4.6.3.3. Legislación española

La legislación española puede crear supuestos de doble residencia, en cuanto contiene un amplio abanico de puntos de conexión (art. 8.1 Ley 27/2014). La importante red de convenios suscritos por España permitirá superar bastantes supuestos de doble residencia.

⁸ FUEST y otros: *Profit Shifting and Aggressive Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform*. ZEW. Bermuda está calificada por el Foro Global sobre transparencia e intercambio de información fiscal como *largely compliant*.

Por otra parte, la regulación española de la residencia fiscal no propicia la constitución en España de entidades residentes en otras jurisdicciones fiscales, o incluso en ninguna, de manera que no da pie a este tipo de irregularidad.

5. EXCEPCIONES

5.1. OPERADOR FINANCIERO (ART. 2.9 A) PÁRRAFO SEGUNDO)

Son operadores financieros las personas o entidades dedicadas a la *actividad de comprar y vender con regularidad instrumentos financieros por cuenta propia a los efectos de obtener un beneficio*. Pues bien, el efecto de deducción sin inclusión que, eventualmente, pudiera derivarse de una transferencia híbrida introducida en el mercado, esto es, la configurada por el operador financiero en el curso ordinario de su actividad profesional y no como parte de un mecanismo estructurado no dará lugar a una asimetría híbrida a condición de que *la jurisdicción fiscal del ordenante obligue al operador financiero a incluir como renta todos los importes percibidos en relación con el instrumento financiero transferido* (art. 2.9 a) párrafo segundo).

5.2. ASIMETRÍAS HÍBRIDAS MEDIANDO JURISDICCIONES FISCALES TERCERAS (ART. 9.4 A)

Los Estados miembros podrán optar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 a) por no regularizar, en cuanto jurisdicción fiscal del inversor, las asimetrías híbridas realizadas por medio de entidades híbridas o establecimientos permanentes, en el sentido de las letras b), c), d) o f) del párrafo primero del artículo 2.9.

De esta manera, los Estados miembros podrán no ejercer la función correctora de aquella asimetría híbrida realizada con la participación de contribuyentes residentes o ubicados en jurisdicciones fiscales de Estados terceros, en calidad de ordenantes.

No toda asimetría híbrida está amparada por la opción. Lo está la asimetría híbrida con efecto de deducción sin inclusión, pero no de doble deducción, ejecutada mediante entidad híbrida o establecimiento permanente, pero no mediante instrumento financiero híbrido. Tampoco lo están las asimetrías híbridas especiales.

5.3. ASIMETRÍAS HÍBRIDAS ASOCIADAS A INSTRUMENTOS FINANCIEROS EMITIDOS PARA ABSORBER PÉRDIDAS (ART. 9.4 B)

Los Estados miembros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 b), podrán, hasta el 31 de diciembre de 2022, optar por no regularizar las asimetrías híbridas determinantes de deducción

sin inclusión, resultante de un pago de intereses, cuando el instrumento financiero utilizado, tenga componentes de *conversión, recapitalización interna o de depreciación a nivel de la empresa matriz*, y no forme parte de un *mecanismo estructurado*, cuya finalidad sea *satisfacer los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas al sector bancario*, a condición de que *la deducción global neta para el grupo consolidado en el marco del acuerdo no supere el importe que habría sido si el contribuyente hubiera emitido tal instrumento financiero directamente al mercado*.

Esta excepción se aplica a las jurisdicciones fiscales del ordenante y del inversor.

6. OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

6.1. LA DEDUCCIÓN ALLOWANCE CORPORATE EQUITY (ACE)

La deducción ACE es una partida extracontable que minorra la base imponible en el importe resultante de aplicar a los fondos propios la tasa de rendimiento de las inversiones libres de riesgo. Su fundamento económico, establecido por el Informe Mirrlees (2011)⁹, reside en gravar la renta económica, de manera tal que el impuesto no desaliente la inversión¹⁰. La propuesta de directiva relativa a una base imponible común la recoge en su artículo 11, bajo la denominación de *bonificación en concepto de crecimiento e inversión (BCI)*. Actualmente está vigente en algunos países tales como Bélgica, Italia y Suiza.

La deducción ACE implica un gasto para la entidad concernida sin la contrapartida de un ingreso en los socios o accionistas. Determina, por tanto, un efecto de deducción sin inclusión. Ciertamente, este efecto podría subsanarse en la medida en que los dividendos percibidos por los socios o accionistas tributasen en sede de los mismos, pero esto no puede garantizarlo la jurisdicción fiscal que tiene establecida la deducción ACE.

La asimetría de instrumento financiero híbrido se produce, como es sabido, porque el pago realizado al socio o accionista tiene la consideración de gasto en la jurisdicción fiscal del ordenante y no se incluye como ingreso en la jurisdicción fiscal del inversor, por causa de diferencias de calificación.

La deducción ACE no genera un gasto en función de un pago, sino en razón a la asignación de una tasa de rendimiento a los fondos propios, determinante de una partida fiscalmente deducible, ni está vinculada a la realización de un pago en concepto de distribución de beneficios. La deducción ACE, por tanto, no puede ser tachada de crear una asimetría mediante instrumento financiero híbrido¹¹.

⁹ VIÑUELA DÍAZ, J. (coord.): *Diseño de un sistema tributario. Opciones para una reforma del sistema tributario español*, Fundación Ramón Areces.

¹⁰ ALBI, E.: *Criterios para una reforma del Impuesto sobre Sociedades*, FEDEA, 2017/12.

¹¹ CONCHA CARBALLIDO, C.: *Acción 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos*, Fundación Impuestos y Competitividad, 2016.

Dicho esto, es lo cierto que sí puede provocar el efecto propio de una asimetría híbrida, esto es, deducción sin inclusión, aunque sea de manera parcial, por cuanto implica un gasto fiscal inherente a los fondos propios por la participación en los cuales los socios obtienen dividendos. En este sentido, puede configurarse el efecto de deducción sin inclusión, propio de la asimetría mediante instrumento financiero híbrido, en la medida en que los dividendos se hallen exentos.

También puede provocar el efecto propio de una asimetría híbrida importada. Así, la entidad matriz capitaliza a una entidad intermedia que financia mediante préstamos a otras entidades del grupo y distribuye el dividendo a la matriz. La entidad intermedia no tributará, o lo hará parcialmente debido a la deducción ACE, en tanto que la matriz no tributará respecto del dividendo si puede acogerse, en la jurisdicción fiscal donde resida, al método de exención.

La deducción ACE podría procurar oportunidades de planificación fiscal. De ello es consciente el proyecto normativo propuesto por la Comisión, y de aquí que el artículo 11.6 apodere a la Comisión para adoptar actos delegados *con vistas a establecer disposiciones más detalladas contra la elusión fiscal*, a cuyo efecto señala hasta ocho ámbitos *pertinentes para la BCI*. Algunos de esos ámbitos guardan cierta relación con las asimetrías híbridas.

La letra g) del artículo 11.6 se refiere a las *estructuras de double dipping (doble deducción) que combinan la deucibilidad de los intereses y las deducciones previstas en el marco de la BCI*.

En efecto, si una entidad de un grupo toma financiación de una entidad de crédito y realiza una aportación a título de capital a otra del grupo, se solaparán la deducción de los intereses pagados a la entidad de crédito con la deducción ACE, siempre que las dos entidades concernidas residan en distinta jurisdicción fiscal, de manera tal que la entidad prestataria lo haga en aquella que no tenga establecida la deducción ACE, ya que, en caso contrario, la aportación minoraría la base de cálculo de la deducción ACE, y la beneficiaria de la aportación lo haga en aquella que sí la tiene establecida.

EJEMPLO 17

A (residente en Ucrania) toma un préstamo de una entidad de crédito (100 principal, 2 %) y aporta el importe recibido a título de capital a B (residente en Bélgica). B paga dividendos a A para cubrir los intereses pagados a la entidad de crédito. La solución es la siguiente:

- A registra un gasto financiero por importe de 2 (100/2 %). Percibe dividendos por 2, en régimen de exención.
- B registra una deducción ACE por importe de 2 (100/2 %, art. 11.5 propuesta de directiva).

.../...

.../...

Si A hubiera sido residente en algún Estado miembro, bajo el escenario que quedaría configurado tras la aprobación de la directiva sobre base imponible común, el doble cómputo no se habría producido por cuanto la aportación determina una minoración de la base de cálculo de la deducción ACE (art. 11.1, propuesta de directiva), llegando incluso a ser imponible *un importe igual al rendimiento definido sobre el decremento de la base de recursos propios BCI* (art. 11.3, propuesta de directiva).

La vista del ejemplo precedente trae ecos de las asimetrías híbridas. En efecto, dos entidades asociadas, dos jurisdicciones fiscales, un pago que no genera ingreso incluíble... ¿Se está ante una asimetría híbrida? La respuesta es negativa, por cuanto ni media un instrumento financiero híbrido, ni una entidad híbrida, pero los efectos son los propios de la asimetría de doble deducción. El texto de la propuesta de directiva sobre base imponible común es revelador: *double dipping (doble deducción)*.

El mismo resultado se hubiera obtenido mediante la constitución de una entidad filial, a la que se aporta, en concepto de capital, la financiación recibida de la entidad de crédito (art. 11.6 e), propuesta de directiva).

Y cabría, incluso, un triple efecto, cuando lo que se aporta es una cartera de valores no determinante de una relación de asociación (si hay relación de este tipo disminuye la base de cálculo de la deducción ACE) cuya adquisición ha sido financiada, por parte de la entidad aportante, mediante un crédito.

EJEMPLO 18

A (residente en Ucrania) toma un préstamo de una entidad de crédito (100 principal, 2 %), con el que adquiere acciones no determinantes de la relación de asociación, y las aporta a B (residente en España). B paga dividendos a A para cubrir los intereses pagados a la entidad de crédito.

La solución es la misma que la del ejemplo n.º 17, pero con un matiz relevante, a saber, que los dividendos percibidos por B también estarán exentos al ser el valor de adquisición de la cartera superior a 20 (millones de euros) y, lo que es más significativo, el porte de finalidad fiscal de la operación es palmario.

La deducción ACE es un buen instrumento para moderar los efectos adversos del impuesto sobre sociedades en la inversión pero, lamentablemente, concede oportunidades al arbitraje fiscal. Este arbitraje podrá desplegar efectos similares al de las asimetrías híbridas por más que, desde luego, en modo alguno quepa identificar la deducción ACE con un instrumento financiero híbrido.

6.2. LA RESERVA DE CAPITALIZACIÓN

La reserva de capitalización, del artículo 25 de la Ley 27/2014, al igual que la deducción ACE, merma la base imponible mediante una partida extracontable, por más que su efecto económico sea totalmente diverso. En efecto, la deducción ACE pretende que el impuesto sobre sociedades grave la renta económica y la reserva de capitalización intenta fomentar la autofinanciación.

La reserva de capitalización puede provocar el efecto de deducción sin inclusión, en la medida en que, tras el transcurso del periodo de mantenimiento de cinco años, se distribuya en concepto de dividendo y no tribute en sede del perceptor, generalmente por aplicación de un método de exención para eliminar la doble imposición económica.

Sin embargo, tampoco aquí puede entreverse la figura de la asimetría híbrida, por cuanto ni concurre el instrumento financiero híbrido ni hay atisbo de que la reserva de capitalización desvirtúe el carácter de contribuyente pleno de la entidad que la disfruta.

Nótese, por otra parte, que la reserva de capitalización, a diferencia de la deducción ACE, requiere la generación de fondos propios derivados de la obtención de beneficios, de manera tal que ofrece un flanco menor a las oportunidades de arbitraje en comparación con la deducción ACE.

6.3. LAS DIFERENCIAS DE VALOR EN OPERACIONES VINCULADAS

Una operación entre partes vinculadas puede dar lugar a un déficit de imposición, bajo la modalidad de deducción sin inclusión, en la medida en que una jurisdicción fiscal valore, a efectos fiscales, el servicio prestado de manera objetiva y la otra lo haga de manera directa. Así, en los denominados centros de coordinación, se valoraban los ingresos derivados de la prestación de servicios financieros internos mediante un porcentaje sobre saldos financieros, generalmente fijado mediante un acuerdo de valoración, mientras que las entidades prestatarias computaban el gasto financiero efectivamente pagado.

La legislación española, fuertemente enraizada en el principio de libre competencia (art. 18 Ley 27/2014), no da pie a estas prácticas y, en general, puede decirse que están en pleno retroceso, al menos en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, el punto (22) de la exposición de motivos de la directiva antihíbridos se refiere a las mismas cuando afirma que *las diferencias de resultados fiscales que sean atribuibles a diferencia de valor imputado a un pago, también me-*

diante la aplicación de la transferencia de precios, no deben entrar dentro del ámbito de aplicación de las asimetrías híbridas.

La deducción sin inclusión, al menos parcial, no se deriva de una calificación distinta del instrumento financiero o de sus rendimientos, sino de una valoración distinta de dichos rendimientos, de manera tal que es claro que no concurren las notas definitorias de la asimetría híbrida.

6.4. LAS DIFERENCIAS DE IMPUTACIÓN TEMPORAL

Los ingresos y gastos se imputan temporalmente, debido a la influencia de las normas contables, de acuerdo con el principio de devengo. No obstante, cuando una jurisdicción fiscal aplica dicho principio y la otra el de caja, cual es el caso del artículo 11.4 de la Ley 27/2014, puede surgir, inicialmente, el efecto de deducción sin inclusión.

El punto (22) de la exposición de motivos entiende, como principio, que *no debe considerarse que estas diferencias temporales den lugar a asimetrías en los resultados fiscales pero*, seguidamente, matiza que *procede considerar que los pagos deducibles en virtud de un instrumento cuya inclusión en la renta no pueda esperarse razonablemente en un plazo razonable de tiempo den lugar a una asimetría híbrida si la deducción sin resultado de inclusión es atribuible a las diferencias en la calificación del instrumento financiero o los pagos realizados en virtud del mismo.*

Por tanto, junto a la deducción sin inclusión absoluta, puede existir la deducción sin inclusión dentro de un plazo razonable pero, obsérvese bien, las dos han de tener su fuente en *diferencias de calificación del instrumento o del pago realizado en virtud del mismo* (art. 2.9 a).

El artículo 2.9 a) describe lo que se entiende por *plazo razonable* en función del tiempo, esto es, *doce meses antes del final del periodo fiscal del ordenante*, y en función de las condiciones que *pueden preverse que se acuerden entre dos empresas independientes.*

Sin embargo, este precepto no aborda el significado de las *diferencias en la calificación*. La calificación implica encasillar un negocio jurídico concreto en uno de entre los ofrecidos por el ordenamiento jurídico. La diferencia de calificación surge cuando, ante un elenco similar de negocios jurídicos ofrecidos por los ordenamientos jurídicos de las dos jurisdicciones fiscales concernidas, el encasillamiento es diferente, y de ahí se derivan consecuencias fiscales también diferentes.

Pues bien, cuando de esa calificación diferente se deriva la consecuencia de una deducción sin inclusión absoluta o sin inclusión inmediata sino diferida en el tiempo y ese tiempo no es un *plazo razonable*, se está ante una asimetría híbrida de deducción sin inclusión. Sin embargo, si la calificación ante las dos jurisdicciones fiscales es homogénea, las diferencias de imputación temporal serán irrelevantes, a efectos de la configuración de la asimetría híbrida, aunque el efecto práctico fiscal sea el mismo.

EJEMPLO 19

A (residente en Francia) cede a B (residente Alemania) el uso de un elemento del intangible, con precio pagable al vencimiento de la operación. Las dos jurisdicciones fiscales califican el negocio jurídico como arrendamiento financiero. Francia imputa el ingreso al cobro y Alemania imputa el gasto financiero a lo largo del tiempo de utilización del activo y admite la deducción de las cuotas de amortización. A y B están en relación de asociación.

No hay asimetría híbrida, por cuanto las dos jurisdicciones fiscales califican el negocio jurídico como arrendamiento financiero.

EJEMPLO 20

A (residente en Francia) cede a B (residente Alemania) el uso de un elemento del intangible, con precio pagable al vencimiento de la operación. La jurisdicción fiscal alemana califica el contrato como arrendamiento financiero y admite el gasto financiero a medida del devengo así como la deducción de las cuotas de amortización, en tanto que la jurisdicción fiscal francesa lo califica como arrendamiento e imputa el ingreso al cobro. A y B están en relación de asociación. La duración del contrato excede del plazo que normalmente se acuerda entre empresas independientes.

Hay asimetría híbrida en el sentido del artículo 2.9 a), que debe regularizarse mediante la aplicación de lo previsto en el artículo 9.2, de manera tal que la jurisdicción del ordenante, esto es, Alemania, debe ajustar positivamente los gastos devengados. No obstante, para evitar el exceso de imposición que se produciría cuando Francia computara el ingreso, lo apropiado sería que Alemania, en ese momento, admitiera la deducción de los gastos, tanto financieros como de cuotas de arrendamiento, regularizados en periodos impositivos precedentes.

6.5. EL DESTINATION-BASED CASH-FLOW TAX (DBCFT)

En junio de 2016, *House Republicans* emitió un *blueprint*¹² cuya propuesta estrella era excluir de tributación por el impuesto que grava los beneficios de las empresas la renta correspondiente a las exportaciones de las empresas norteamericanas.

¹² REICHTER y URKEN: «The Border Adjustment: What Companies Need to Know», *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, 2017.

Dependiendo de la profundidad del ajuste en frontera, la exención podría ir desde la renta neta imputable a las exportaciones hasta la renta ganada por todos los factores que han contribuido a la producción exportada, pasando por el valor añadido imputable a la empresa exportadora. Un ajuste típico del IVA implicaría excluir de la base imponible del impuesto sobre sociedades los ingresos imputables a la exportación e incluir el valor de las importaciones. De esta manera, el impuesto sobre sociedades se acercaría a un IVA, pero con deducción de los gastos de personal y asimilados¹³.

Ahora bien, la renta que así queda excluida de tributación no tributará en sede de las empresas importadoras, a menos que las restantes jurisdicciones fiscales desfilen al paso que, eventualmente, impondría la jurisdicción fiscal norteamericana, de manera tal que procederían a una modificación de sus respectivos impuestos sobre los beneficios de las empresas en el sentido DBCFT.

¿Se está ante una asimetría híbrida superlativa?

Desde luego, el efecto de doble no inclusión se produce. El efecto que provoca el DBCFT se asemeja a la asimetría híbrida por establecimiento permanente no computado del artículo 9.5 de la directiva antihíbridos. En este supuesto de asimetría híbrida, la renta de la actividad exterior no se grava ni en la jurisdicción fiscal de destino (no hay establecimiento permanente) ni en la de salida (exención de las rentas de establecimiento permanente). En la DBCFT tampoco se grava la renta de la actividad exterior ni en la jurisdicción fiscal de destino (no hay establecimiento permanente) ni en la de salida (ajuste en frontera).

Sin embargo, es claro que la doble no inclusión no procedería de una calificación divergente, sino de la contraposición de dos sistemas de impuesto sobre los beneficios de las empresas diferentes en lo concerniente a las actividades exteriores.

En fin, la otra cara de este sistema es la doble imposición que se produciría en relación con las operaciones de las empresas importadoras norteamericanas.

Doble imposición de los flujos de importación y no imposición de los flujos de exportación sería, en relación con las empresas norteamericanas, el amargo fruto de la DBCFT, con la consiguiente inconsistencia respecto de los principios en los que se asientan los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y, desde luego, la preterición de la filosofía que anima al proyecto BEPS, cuyo punto de referencia es un sistema de tributación internacional de los beneficios donde los mismos han de ser gravados por la jurisdicción fiscal donde tengan su residencia las entidades, con independencia del lugar de residencia de las personas o entidades destinatarias de los bienes y servicios producidos por las mismas.

¹³ AVI-YONAH, R. y CLAUSING, K.: *Problems with Destination-Based Corporate Taxes and the Ryan Blueprint* [en línea], University of Michigan Law and Economics Research Paper No. 16-029. Ann Arbor, Michigan 2016 [consulta de 3 de marzo de 2017]. Disponible en web: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2884903>.

7. LAS RESONANCIAS DE LAS OPERACIONES A DECLARAR POR INTERMEDIARIOS FISCALES

Recientemente, la Comisión ha presentado una propuesta de directiva, por la que se modifica, una vez más, la Directiva 2011/16/UE, al objeto de incluir en el ámbito del intercambio de información aquella que deberán obtener los Estados miembros de los profesionales del asesoramiento fiscal, denominados intermediarios en el texto comunitario, concerniente a ciertos *mecanismos transfronterizos*¹⁴. Se identifican estos mecanismos mediante las denominadas *señas distintivas*¹⁵. Pues bien, las señas distintivas de la letra C, específicamente vinculadas a operaciones transfronterizas, guardan una concomitancia notable, atendiendo a los efectos que provocan, con las asimetrías híbridas. A tal punto esto es así que, precisamente, un mecanismo a declarar, entre otros, es aquel que determine una asimetría híbrida, con países terceros, en el sentido de la directiva antihíbridos.

Son esos otros mecanismos los que merecen un comentario, pues prestan una ayuda muy eficaz para delimitar el sentido de la asimetría híbrida.

Los mecanismos aludidos son los que tienen por efecto la deducción de un gasto en sede de un sujeto pasivo estando el correlativo ingreso sujeto a un régimen fiscal nulo o privilegiado entre empresas asociadas, debido a alguna de las siguientes causas¹⁶:

- *El destinatario no reside a efectos fiscales en ninguna jurisdicción fiscal.*
- *Aunque el destinatario reside a efectos fiscales en una jurisdicción determinada, esta última: i. no aplica ningún impuesto de sociedades; o ii. aplica el impuesto de sociedades al tipo cero o a un tipo legal inferior a la mitad de la media de los tipos legales del impuesto de sociedades en la Unión, tal como se fija al final del año natural anterior; o iii. figura en una lista de jurisdicciones de terceros países que han sido valoradas por los Estados miembros de forma colectiva o en el marco de una organización internacional como jurisdicciones que aplican regímenes fiscales nocivos; c) el pago se beneficia de una exención parcial o total del impuesto en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales; d) el pago se beneficia de un régimen fiscal preferente en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales.*

También deben ser comunicadas por los intermediarios fiscales aquellas operaciones que deparen la amortización del mismo activo en sede de dos entidades residentes en jurisdicciones

¹⁴ COM (2017) 335 final.

¹⁵ Anexo. Señas distintivas.

¹⁶ LÓPEZ RIBAS, S.: *Propuesta de Directiva para la comunicación e intercambio de estructuras de planificación fiscal potencialmente agresiva.*

fiscales distintas. Este supuesto puede darse en los contratos de arrendamiento financiero, cuando una jurisdicción lo califica como préstamo y otra como arrendamiento. Este caso, sin embargo, sí podría estar comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva antihíbridos, pues media un instrumento financiero, una calificación divergente y, eventualmente, la circunstancia de acuerdo estructurado o relación de asociación.

Todos estos mecanismos procuran el efecto de deducción y no ingreso, total o parcial, propio de las asimetrías híbridas tipificadas en la directiva antihíbridos, pero no caen necesariamente dentro de su ámbito de aplicación, por cuanto dicho efecto no se logra a través de los medios y circunstancias tipificados en ella.

Cuestión distinta es que estas operaciones puedan ser combatidas, habida cuenta de las circunstancias del caso, mediante las normas antiabuso de carácter general, o que no deban serlo, por realizarse en el curso normal de las actividades económicas, sin mediar artificio de propósito fiscal adverso al espíritu y finalidad de las normas fiscales concernidas.

Más allá de las disquisiciones precedentes, lo que interesa destacar es que existen operaciones o situaciones que deparan el efecto de la asimetría híbrida pero que no caen dentro del campo de aplicación de la directiva sobre asimetrías híbridas. En este sentido, la directiva antihíbridos podría, inopinadamente, abrir un espacio de aparente legitimidad que, con todo, no debería ocluir la aplicación de las normas antiabuso de carácter general, cuando así procediere.

8. LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

A diferencia de la Acción 2 del proyecto BEPS, que aborda las cuestiones que las asimetrías híbridas plantean en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, ofreciendo las pertinentes recomendaciones que, finalmente, han trascendido al Convenio Multilateral, la directiva antihíbridos omite toda consideración, lo que parece lógico pues, de otra forma, se hubiera podido producir una interferencia no deseable en el citado Convenio Multilateral.

8.1. RETENCIÓN SOBRE RENTAS

Dicho esto, es lo cierto que determinadas asimetrías híbridas suponen flujos de renta entre jurisdicciones fiscales, lo que plantea la cuestión de la regularización que deba practicarse, en relación con la aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Esos flujos, sean de intereses, dividendos, cánones o cualesquiera otros conceptos, se habrán producido, y respecto de los mismos podrán practicarse, en su caso, las retenciones correspondientes, de acuerdo con las previsiones contenidas en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que corresponda, aun cuando ese flujo de renta hubiere sido objeto de un ajuste por aplicación de una norma antihíbridos.

8.2. ATRIBUCIÓN DE RENTAS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

El ajuste para cumplir con el mandato de la asimetría híbrida puede recaer sobre un establecimiento permanente. Siendo así que la atribución de renta es materia regulada en el convenio, podría entenderse que el referido ajuste ha de supeditarse a lo que prevea el convenio de que se trate. Así, si un gasto debe ser atribuido a un establecimiento permanente, cabe preguntarse si un ajuste por el concepto de asimetría híbrida, cuyo efecto práctico es anular ese gasto, chocaría con el convenio.

El punto 30 de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE establece una sutil distinción entre la atribución de gastos y su régimen de deducción, estando regida la primera materia por el convenio y la segunda por la legislación interna¹⁷.

Sobre la base de tal distinción se podría mantener que el mandato propio de la asimetría híbrida no versa sobre la atribución sino sobre la deducción, evitándose así el conflicto.

8.3. EXENCIÓN PARA RENTAS OBTENIDAS MEDIANTE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Cuando el ajuste para cumplir con el mandato de la asimetría híbrida recae sobre la jurisdicción fiscal de la casa central, y media un convenio que establezca el método de exención, se podría entender que la exención debería inhibir la práctica del referido ajuste.

El artículo 9.5, en relación con el establecimiento permanente no computado, establece que el ajuste no se practicará cuando *el Estado miembro esté obligado a practicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país*.

La regla precedente versa sobre el establecimiento permanente no computado, pero no sobre el resto de las asimetrías híbridas que pivotan sobre las relaciones entre la casa central y el establecimiento permanente o de los establecimientos permanentes entre sí. No se puede, por tanto, extenderla a estos casos.

La asimetría híbrida mediante establecimiento permanente implica, bien la doble deducción o la deducción sin inclusión, en los dos casos sin que tal deducción se haya compensado con renta

¹⁷ El apartado 2 determina los beneficios imputables a un establecimiento permanente a los efectos de la norma contenida en el apartado 1, que distribuye las potestades tributarias en relación a los mismos. Una vez que se han determinado los beneficios imputables a un establecimiento permanente de acuerdo con el apartado 2 del artículo 7, la legislación interna de cada Estado contratante será quien determine si tales beneficios deben someterse a imposición y en qué medida, siempre que esta determinación sea conforme con lo previsto en el apartado 2 y con las restantes disposiciones del Convenio. El apartado 2 no trata sobre si los gastos son deducibles en el momento de calcular la renta imponible de la empresa en cualquiera de los Estados contratantes. Las condiciones para la deducibilidad de los gastos es materia que compete a las legislaciones internas, con sujeción a las disposiciones del Convenio y, en concreto, al apartado 3 del artículo 24 (véanse los párrafos 33 y 34 más adelante).

de doble inclusión. Ahora bien, si el establecimiento permanente arroja renta positiva, es señal de que se ha producido tal compensación.

Por tanto, el conflicto entre el mandato propio de la simetría híbrida y el método de exención es más aparente que real. El conflicto podría acontecer si el convenio bilateral estableciera la imputación a la casa central de las pérdidas sufridas por el establecimiento permanente, caso realmente esotérico.

8.4. EXENCIÓN PARA DIVIDENDOS (NO CUBIERTOS POR LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL)

En la asimetría de instrumento financiero híbrido, cuando la jurisdicción fiscal del ordenante no efectúa el ajuste, debe hacerlo la del inversor. El efecto práctico de este ajuste es negar la exención a un dividendo que, de otro modo, es decir, sin mediar el mandato sobre asimetría híbrida, podría haberla disfrutado.

El conflicto se resuelve otorgando primacía al mandato de la asimetría híbrida, por aplicación del principio de preferencia de la norma comunitaria sobre las normas internas de los Estados miembros, extensible, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

La solución no traumática de este conflicto pasa por excluir la aplicación del método de exención cuando la jurisdicción fiscal del ordenante califica la renta pagada como fiscalmente deducible. Este, en síntesis, es el pronunciamiento que se encuentra desarrollado en el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS¹⁸, y que, por otra parte, ha sido recogido entre las opciones previstas en la Convención Multilateral¹⁹.

8.5. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Los mandatos sobre asimetrías híbridas afectan, potencialmente, a contribuyentes que están relacionados con otros contribuyentes residentes en una jurisdicción fiscal distinta. No afectan, por el contrario, a contribuyentes en los que no concurre esa circunstancia. De ahí deriva la preocupación por la discriminación.

Sin embargo, esos mandatos no efectúan distinciones por causa de nacionalidad, ni implican una tributación diferente respecto de las rentas de los establecimientos permanentes por relación a las entidades residentes, ni establecen criterios distintos de deducibilidad de los gastos

¹⁸ Capítulo 15. Interaction between part. I and tax treaties.

¹⁹ Partie II. Dispositifs Hybrides.

según que sean pagados a residentes o no residentes y, desde luego, el lugar de la residencia de los propietarios de las entidades concernidas es irrelevante.

Tal vez pudiera objetarse que el ajuste por asimetría híbrida puede surtir el efecto de negar la deducción de un gasto, y que ese ajuste contempla contribuyentes residentes o ubicados en jurisdicciones fiscales distintas, tal vez ligadas por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Ahora bien, el ajuste no se fundamenta en la concurrencia de dos jurisdicciones fiscales distintas, sino en evitar situaciones de no imposición, si bien acotadas por ciertas características, entre las que se encuentra la concurrencia de jurisdicciones fiscales distintas.

Los mandatos sobre asimetrías híbridas, por sí mismos, no crean situaciones de doble imposición, sino que tratan de evitar situaciones de no tributación. Cuestión distinta es que la aplicación incorrecta de dichos mandatos, básicamente por carencias de información, pueda deparar supuestos de doble imposición. En tal caso, si así lo previera el convenio que corresponda, podría abrirse el procedimiento amistoso e incluso el arbitraje.

En fin, como se indica en el apartado (24) de la exposición de motivos, la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas *no debe afectar a las características generales del sistema fiscal del Estado miembro*. Y, siendo esto así, va de suyo que las normas sobre asimetrías híbridas no provocan discriminación.

Por otra parte, como se ha enfatizado en el informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS, y se ha recogido en el Convenio Multilateral, los convenios bilaterales están concebidos para eliminar la doble imposición, *sin crear oportunidades para la no imposición o la imposición reducida mediante evasión o elusión*.

9. CONCLUSIONES

- Primera. La directiva antihíbridos es una elaborada respuesta en orden a neutralizar las ventajas fiscales derivadas de las denominadas asimetrías híbridas²⁰.

La comprensión de esta técnica normativa ofrece evidentes dificultades. Buena muestra de ello es que tanto la propuesta de directiva de la Comisión, como el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS, han debido servirse de un nutrido grupo de ejemplos para transmitir su contenido.

- Segunda. La técnica de ajuste empleada prescinde de un análisis de fondo de las situaciones fiscales creadas por la asimetría híbrida. Está, simplemente, dirigida

²⁰ HERMOSÍN ÁLVAREZ, M.: «Acción 2. Neutralizando los efectos de los mecanismos híbridos. Recomendaciones en la legislación doméstica» (capítulo IV de la obra colectiva, coordinada por Jesús RAMOS PRIETO, *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*), Aranzadi, 2017.

a evitar el efecto propio de la asimetría híbrida. En este sentido, el ajuste podría deparar efectos adversos para el principio de empresa separada y, eventualmente, para el principio de capacidad económica.

- Tercera. Los efectos propios de las asimetrías híbridas cabalgan, excepción hecha de los inherentes a establecimientos permanentes, sobre dos realidades estructurales de los sistemas fiscales, a saber, el método de exención de dividendos de fuente extranjera y la existencia de regímenes fiscales de transparencia, ya sean establecidos por la jurisdicción fiscal donde reside la entidad participada o por la jurisdicción fiscal de la entidad dominante o matriz.

Bastaría con aplicar el método de imputación en relación con los dividendos y con suprimir la transparencia fiscal en el ámbito transfronterizo (exceptuada la transparencia fiscal internacional ya que solo imputa resultados positivos) para neutralizar los efectos de la mayor parte de las asimetrías híbridas.

- Cuarta. En lo que concierne a los establecimientos permanentes, unas sólidas y compartidas reglas de atribución de ingresos y gastos a los mismos deberían ser suficientes para erradicar las asimetrías híbridas. En este punto, los trabajos de la OCDE concernientes a la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes están llamados a jugar un importante papel.
- Quinta. Se sigue de lo anterior que la directiva antihíbridos ha dirigido sus esfuerzos a combatir los efectos de las asimetrías híbridas, en vez de poner su empeño en la erradicación de las causas.

Conviene recordar que las recomendaciones de la OCDE relativas a la mejora de las legislaciones internas, como paso previo para combatir las asimetrías híbridas²¹, incidían, justamente, sobre las causas.

- Sexta. Buena parte de las asimetrías híbridas podrían ser regularizadas mediante una aplicación apropiada de las normas de calificación o de las normas generales antiabuso. Esta técnica permitiría respetar las exigencias de los principios de empresa separada y capacidad económica con mayor rigor y, eventualmente, superar con mayor acierto los conflictos de doble imposición que pudieran suscitarse. Es cierto, sin embargo, que un enfoque de este tipo permitiría a las jurisdicciones fiscales benévolas o de conveniencia alentar prácticas irregulares.
- Séptima. Tanto la directiva antihíbridos como las recomendaciones de la OCDE sobre la materia no enfatizan sobre la eliminación de la doble imposición, en sintonía con la orientación general del proyecto BEPS²², aunque no debieran olvidarse

²¹ Informe final de la Acción 2, pág. 22, cuadro resumen.

²² CARBAJO VASCO, D.: «El Informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional», *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 5, 2014.

los pasos esenciales que tanto la OCDE²³ como la Unión Europea han dado hacia la superación de la doble imposición mediante la ampliación y mejora de los procedimientos para la resolución de conflictos de doble imposición, incluido el arbitraje²⁴.

- Octava. La aplicación de los mandatos de la directiva antihíbridos se intuye dificultosa, en particular cuando estén involucradas jurisdicciones fiscales terceras. De ahí las opciones para exceptuar, en tal supuesto, la aplicación de los mandatos regularizadores. Y los temores, extensibles a todo el proyecto BEPS, de aumento de la litigiosidad²⁵.
- Novena. Los artículos 15 j) y 21.1 de la Ley 27/2014 han incorporado sendos mandatos concernientes a las asimetrías híbridas ejecutadas mediante instrumento financiero híbrido. No hay mandatos sobre asimetrías híbridas mediante entidades híbridas o establecimientos permanentes. Por tanto, la transposición de las normas comunitarias requerirá un importante esfuerzo legislativo.
- Décima. Las entidades que, de acuerdo con la Ley 27/2014, tributan en régimen de atribución o transparencia, no son aptas para la configuración de asimetrías híbridas, por cuanto tales entidades tributan como contribuyentes plenos sobre la renta atribuible a los miembros no residentes en territorio español o estos últimos tributan por el IRNR.

Sin embargo, la inclusión de los establecimientos permanentes en el perímetro del grupo fiscal, sí que proporciona oportunidades para fraguar asimetrías híbridas. Una reconsideración del perímetro del grupo fiscal, salvaguardando el respeto a los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia, debiera formar parte de ese esfuerzo legislativo.

- Undécima. Permanecen al margen de los mandatos de la directiva sobre asimetrías híbridas todas las situaciones que procuran una ventaja fiscal similar a la derivada de las asimetrías híbridas, pero que no derivan de las mismas tal y como están configuradas en la referida directiva, lo que atrae la apariencia de la configuración, por vía negativa, de una suerte de refugio fiscal. Este es un aspecto ciertamente preocupante desde un enfoque de política fiscal.
- Duodécima. La propuesta fiscal del partido republicano norteamericano podría provocar efectos similares a los de la asimetría híbrida de establecimiento permanente no computado.

²³ Informe final de la Acción 14.

²⁴ Proposition de directive du Conseil concernant les mécanismes de règlement des différences en matière de double imposition dans l'Union européenne.

²⁵ SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales», *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre 2015.

1. EL CONCEPTO DE ASIMETRÍA HÍBRIDA

La Directiva 2017/952, o directiva antihíbridos, consta de dos artículos.

El artículo 1 modifica la Directiva 2016/1164, a cuyo efecto da nueva redacción al artículo 1, modifica el artículo 2.4, da nueva redacción al artículo 2.9, incorpora los apartados 10 y 11 al artículo 9, da nueva redacción al artículo 9, incorpora los artículos 9 bis y 9 ter, y, en fin, añade un nuevo párrafo al artículo 10.1 y otro nuevo apartado 5 bis al artículo 11. También modifica el artículo 4.5 y da nueva redacción al artículo 4.8.

El artículo 2 regula los aspectos temporales de la transposición y aplicación de las nuevas normas antihíbridos.

Los referidos preceptos pueden ser agrupados en dos bloques, básicamente, a saber, aquel que tiene por objeto describir la asimetría híbrida y aquel otro que establece los mandatos pertinentes para neutralizar sus efectos.

El artículo 2.9 de la directiva antiabuso, según redacción de la directiva antihíbridos, describe la asimetría híbrida con base en tres ingredientes:

- Unos efectos fiscales pretendidos por el contribuyente o los contribuyentes que crean la situación de asimetría híbrida.
- Unos determinados medios para conseguir tales efectos.
- Unas circunstancias o condiciones en cuyo contexto operan esos medios.

La conjunción de esos tres ingredientes da lugar a una situación de asimetría híbrida, y el mandato normativo, regulado en los artículos 9, 9 bis y 9 ter, consiste, precisamente, en frustrar los efectos fiscales pretendidos.

Son efectos fiscales pretendidos por los contribuyentes creadores de la situación híbrida:

- La deducción del mismo gasto, pago o pérdida en dos o más contribuyentes residentes en jurisdicciones fiscales distintas (art. 2.9 g).
- La deducción de un mismo gasto, pago o pérdida en un contribuyente sin la inclusión del correspondiente ingreso en otro contribuyente, cuando residan en jurisdicciones fiscales distintas (art. 2.9 a), b), c), d), e) y f).
- La deducción del mismo gasto, pago o pérdida en el mismo contribuyente, ante dos o más jurisdicciones fiscales (art. 9 ter).
- El aprovechamiento del mismo crédito fiscal por dos o más contribuyentes (art. 9.6).
- La no tributación de una renta ante ninguna jurisdicción fiscal (arts. 9.5 y 9 bis).

Son medios para conseguir los efectos precitados:

- Una entidad híbrida, esto es, aquella que frente a una jurisdicción fiscal es considerada contribuyente y frente a otra es considerada transparente, de modo que sus ingresos o gastos se consideren imputables a otros contribuyentes (art. 2.9 b), e) e i).
- Un instrumento financiero, cuyas rentas ordinarias o las derivadas de su transmisión sean calificadas de manera diferente por dos o más jurisdicciones fiscales (art. 2.9 a) y j).
- Uno o varios establecimientos permanentes (art. 2.9 c) o un establecimiento permanente no computado (art. 2.9 d) y f).
- La residencia fiscal doble o, incluso, plural.

Son circunstancias o condiciones en las cuales operan tales medios:

- La relación de asociación entre los contribuyentes concernidos (art. 2.9, segundo párrafo, c).
- La relación entre casa central y establecimiento permanente (art. 2.9, segundo párrafo, c).
- La relación entre dos o más establecimientos permanentes (art. 2.9, segundo párrafo, c.).
- La concurrencia del denominado acuerdo estructurado (art. 2.9, segundo párrafo, c).

Como se ha indicado, la confluencia de efectos, medios y circunstancias es lo que determina la presencia de la asimetría híbrida. Si los efectos reputados perniciosos no se obtienen a través de los medios tipificados, no habrá asimetría híbrida. Del mismo modo, aun cuando se presenten los efectos obtenidos a través de los medios tipificados, no habrá asimetría híbrida si estos no se despliegan en el marco de las circunstancias enunciadas.

Por ejemplo, una ventaja fiscal lograda mediante un instrumento financiero determinante de un gasto en una entidad que implica un ingreso en otra entidad que tributa débilmente, ya sea por razón de tipo de gravamen o de configuración de la base imponible o del disfrute de un incentivo fiscal, cae extramuros de la asimetría híbrida, por cuanto no concurre la calificación distinta. Del mismo modo, la obtención de un ingreso cuyo gravamen se reserva, por convenio, al país de la fuente, tampoco determina la presencia de una asimetría híbrida.

En consecuencia, no toda doble deducción ni toda deducción sin inclusión determinan la concurrencia de asimetría híbrida, sin perjuicio de que tales operaciones puedan, y deban, ser regularizadas si las mismas fueren constitutivas de fraude o evasión fiscal.

Los efectos de las asimetrías híbridas requieren la presencia de dos contribuyentes, si se admite, a estos efectos, que el establecimiento permanente es un contribuyente, y se toma en cuenta, también a estos efectos, que la personación ante dos jurisdicciones fiscales engendra dos relaciones de imposición.

Por tanto, las operaciones que determinan en el mismo contribuyente la presencia de un ingreso que no tributa, o que lo hace débilmente, asociado con un gasto plenamente deducible, no determina la concurrencia de una asimetría híbrida, sin perjuicio de que tales operaciones puedan, y deban, ser regularizadas si las mismas fueren constitutivas de fraude o evasión fiscal.

Las asimetrías híbridas requieren la presencia de dos, o más, jurisdicciones fiscales, incluso si se trata de las asimetrías que, más adelante, se denominan «especiales».

2. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS EFECTOS, MEDIOS Y CIRCUNSTANCIAS O CONDICIONES

2.1. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS EFECTOS

2.1.1. Definiciones generales

El tercer párrafo del artículo 2.9 establece un conjunto de definiciones concernientes a los conceptos que el párrafo primero de ese precepto ha utilizado para configurar la tipología de las asimetrías híbridas. Las contenidas en las siete primeras letras hacen referencia a los efectos. Las cinco primeras letras abordan las definiciones básicas, todas ellas de carácter intuitivo, de manera tal que, a efectos expositivos, parece que hubiera sido más oportuno mencionarlas en el apartado 4, al hilo de los ejemplos que en el mismo se proponen.

Por el contrario, las reglas concernientes a la renta de doble inclusión sí ameritan un breve análisis.

2.1.2. La renta de doble inclusión

El pago, gasto o pérdida surte el efecto propio de la asimetría híbrida cuando se compensa con los ingresos. Si tal compensación no se produce, no surtirá ese efecto. Tampoco surtirá efecto si esos ingresos se incluyen en las dos jurisdicciones fiscales. Por esta razón, la letra b) del párrafo segundo del artículo 2.9 establece que *solo existirá asimetría híbrida en el sentido del párrafo primero de las letras e), f) o g) supra si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión.*

Se notará que en este precepto hay dos componentes:

- El gasto, pago o pérdida deben compensarse con otra renta en la jurisdicción fiscal del ordenante.
- Esa renta no debe ser de aquellas que soportan una doble inclusión.

La letra g) del párrafo tercero del artículo 2.9 define la renta de doble inclusión como *toda renta que esté incluida con arreglo a las legislaciones de las dos jurisdicciones en las que se ha originado la asimetría en resultados*.

La inclusión del ingreso con el que se ha compensado el gasto, pago o pérdida en las dos jurisdicciones fiscales neutraliza los efectos propios de la asimetría híbrida.

Tal vez las reglas concernientes a la renta de doble inclusión, tanto positivas como negativas, pudieran considerarse superfluas, pues es obvio que la doble deducción solo se produce si la jurisdicción fiscal del ordenante permite la compensación del gasto con otros ingresos y la jurisdicción fiscal del inversor computa solamente el gasto, pero no esos ingresos.

2.2. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS MEDIOS

2.2.1. Entidad híbrida

La letra i) del párrafo tercero del artículo 2.9 la define como *toda entidad o mecanismo que sean considerados entidades imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación fiscal de otra jurisdicción*.

La consideración como híbrida de una entidad requiere, bien se ve, la presencia de dos jurisdicciones fiscales. En una de ellas es considerada contribuyente pleno, en tanto que en la otra se considera que sus ingresos o gastos deben imputarse a otro u otros contribuyentes, los cuales, por lo común, serán socios o partícipes de la entidad híbrida, pues, en otro caso, carecería de soporte económico la imputación. Esta puede provenir, entre otras, de las siguientes causas:

- Una calificación jurídico-fiscal.
- Las reglas de la transparencia fiscal internacional.
- La inclusión en un perímetro de consolidación fiscal.
- La aplicación de una norma antiabuso que levante el velo de la personalidad.

Sin embargo, no toda entidad híbrida da lugar a una asimetría híbrida. Así, un régimen de transparencia fiscal internacional que impute rentas positivas pero no negativas no dará lugar a la asimetría híbrida, y lo propio cabe decir de la aplicación de una norma antiabuso. En fin, la

inclusión en un perímetro de consolidación llevará aparejada, por regla general, la aparición de una renta de doble inclusión.

En consecuencia, la causa básica determinante de la imputación y, por tanto, de la existencia de una entidad híbrida será la calificación jurídico-fiscal.

De los artículos 6 de la Ley 27/2014 y 37 del Real Decreto Legislativo 5/2004 (TRLIRNR), se desprende que la jurisdicción fiscal española imputará a los socios o partícipes residentes en territorio español los ingresos y gastos obtenidos por *entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas*. Estas entidades, si en la jurisdicción fiscal en las que están constituidas son consideradas como contribuyentes, tendrán la consideración de entidades híbridas.

No basta la imputación de los ingresos y gastos, sino que es preciso que en la jurisdicción fiscal de la residencia, se considere a la entidad como un contribuyente pleno. Por esta razón, las agrupaciones europeas de interés económico no serán aptas para configurar una entidad híbrida (art. 44 Ley 27/2014).

2.2.2. El establecimiento permanente

La directiva antihíbridos solamente se refiere al *establecimiento permanente no computado*, por más que el establecimiento permanente sea un conspicuo medio para engendrar asimetrías híbridas.

La amplia difusión y aceptación de los criterios de la OCDE sobre el particular, positivizados en multitud de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, hacen innecesaria una definición de establecimiento permanente.

El establecimiento permanente no computado es aquel que se considera como tal por la jurisdicción fiscal de la *sede de dirección*, pero que *no se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción* (art. 2.9 n), párrafo tercero).

2.2.3. El instrumento financiero

La letra j) del párrafo tercero del artículo 2.9 define el instrumento financiero a través de la naturaleza del rendimiento que produce, que debe ser *financiero o de capital sujeto a imposición con arreglo a la imposición de la deuda el capital o los derivados de acuerdo con la legislación de la jurisdicción del destinatario o del ordenante, e incluya una transferencia híbrida*.

Esa definición, bastante crítica, comprende la totalidad de los activos financieros, sean representativos de deuda o de la participación en los fondos propios de toda clase de entidades, si

bien serán los contablemente referidos como híbridos o compuestos los más proclives a ser vehículo del efecto propio de las asimetrías híbridas. Mas no todo instrumento financiero híbrido, o contrato híbrido en el sentido de la norma internacional de información financiera 9.^a, dará lugar a asimetría híbrida porque, como se ha indicado anteriormente, es necesario que las jurisdicciones fiscales afectadas lo califiquen de manera diferente, en el ámbito fiscal.

Bien se comprende que la difusión de reglas contables ampliamente compartidas milita en contra de las calificaciones divergentes en el ámbito fiscal, y que el influjo de dichas reglas en el fiscal estrecha el campo de las divergencias. Por tanto, la calificación divergente será la excepción, antes que la regla.

La asimetría híbrida no solo puede producirse a causa de una diferente caracterización del instrumento o de los pagos derivados del mismo por parte de las jurisdicciones fiscales concernidas, sino también a causa de la propia transmisión del instrumento financiero. En este sentido, el instrumento financiero incluye una *transferencia híbrida*, la cual se define en la letra l) del párrafo tercero del artículo 2.9 como *cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo*.

Esa simultaneidad es, precisamente, la que puede dar lugar a una transferencia híbrida, en el sentido del artículo 9.6.

2.3. DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELATIVOS A LAS CIRCUNSTANCIAS O CONDICIONES

La letra c) del segundo párrafo del artículo 2.9 establece que *una asimetría en resultados no se considerará híbrida a menos que exista entre empresas asociadas, entre un contribuyente y una empresa asociada, entre la sede de dirección y el establecimiento permanente, entre dos o más establecimientos permanentes de la misma entidad o en virtud de un mecanismo estructurado*.

Este precepto excluye del campo de las asimetrías híbridas a todas aquellas en las que no concurren las circunstancias que en la misma se enuncian, esto es, la relación de asociación, de casa central y establecimiento permanente, entre establecimientos permanentes de la misma casa central, o el acuerdo estructurado, por más que pudieran producir los efectos propios de las asimetrías híbridas, como se ha apuntado anteriormente.

2.3.1. La relación de asociación

El artículo 2.4 de la directiva antiabuso define, con carácter general, la relación de asociación en función de la participación, directa o indirecta, en los derechos de voto o en los beneficios o en el capital, situándola en el porcentaje del 25%. Sin embargo, ya en su redacción original, preveía que, a los efectos de las asimetrías híbridas, el porcentaje sería del 50%.

La directiva antihíbridos ha mantenido el porcentaje incrementado, proyectándolo, adicionalmente, sobre las asimetrías híbridas importadas y las asimetrías híbridas invertidas. En sentido contrario, tratándose de asimetrías híbridas ejecutadas mediante instrumentos financieros, el porcentaje determinante de la relación de asociación será del 25 %.

Además, la directiva antihíbridos ha incorporado dos supuestos de asociación, basados en la pertenencia a un grupo de consolidación a efectos contables, y en el ejercicio de una influencia significativa.

2.3.2. El acuerdo estructurado

Aun cuando no concorra relación de asociación podrá existir una asimetría híbrida si lo hace un mecanismo estructurado, entendiéndose por tal aquel que *está diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida*. La búsqueda deliberada de la ventaja fiscal, no su presencia inopinada, es lo decisivo³.

Se trata, por tanto, de un negocio jurídico cuya causa es provocar la asimetría híbrida, en cuanto resultado práctico perseguido por las partes. Ese negocio jurídico adoptará una forma determinada, tal como préstamo, compraventa o arrendamiento, entre otros, o incorporará elementos de varios negocios jurídicos, mas como quiera que las partes contratantes no persiguen la causa propia de los mismos, sino, como se ha indicado, la asimetría híbrida, se produce una disonancia entre la causa manifestada y la causa verdadera, lo que podría teñir al mecanismo estructurado del reproche de la simulación, en el sentido del artículo 16 o merecedor del análisis propio del conflicto del artículo 15, ambos de la Ley General Tributaria.

No obstante, el mecanismo estructurado no se tomará en consideración cuando *el contribuyente o una empresa asociada no pudieran haber esperado, razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal*.

Por tanto, la ignorancia sobre los efectos fiscales derivados del negocio jurídico concertado, así como el no compartir sus efectos ventajosos desde la perspectiva fiscal, determinan que la asimetría híbrida no sea tomada en consideración. En tal caso, la ventaja fiscal habrá sido aprovechada por una entidad que no sea contribuyente en el sentido de la directiva antiabuso, esto es, a una entidad, o a una persona, que *no se halle sujeta al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros*.

En fin, existe asimetría híbrida, pero no se considera como tal, con lo cual no ha de aplicarse el mandato correspondiente.

³ CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La estrategia europea de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», *RCyT*. CEF, núm. 363, junio 2013.

Para identificar el denominado acuerdo estructurado, la OCDE ha explicitado un conjunto de indicios cuyo común denominador es la voluntad de diseñar o participar en un negocio jurídico determinante de la asimetría híbrida y comercializar o aprovechar la ventaja fiscal resultante⁴. Estos indicios tienen valor interpretativo para aplicar la directiva antihíbridos.

Se notará, por consiguiente, que cuando la asimetría híbrida pivota sobre la concurrencia del acuerdo estructurado, surgen todas las dificultades de aplicación propias de las normas anti-abuso de carácter general. Así, el aparente automatismo de la técnica normativa utilizada por la directiva antihíbridos decae de plano.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

La propuesta de directiva antihíbridos era mucho más didáctica que la propia directiva antihíbridos, por cuanto en la exposición de motivos contenía una clasificación de las asimetrías híbridas, ilustrada mediante ejemplos, que no han sido recogidos por el texto aprobado. Vale la pena, precisamente por dicho carácter didáctico, rescatar esa clasificación y los casos prácticos que la acompañaban, poniéndolos en relación de correspondencia con las previsiones de la directiva antihíbridos.

- Asimetría de entidades híbridas: que da lugar a una doble deducción (art. 2.9 g); que da lugar a una deducción sin inclusión (art. 2.9 b) y e).
- Asimetría de instrumento financiero: que da lugar a una deducción sin inclusión (art. 2.9 a).
- Transferencias híbridas: que da lugar a una deducción sin inclusión; que da lugar a duplicidad de créditos fiscales (art. 9.6).
- Asimetrías de establecimiento permanente híbrido; que da lugar a deducción sin inclusión a través de establecimiento permanente no computado (art. 2.9 d); que da lugar a doble deducción (art. 2.9 g); que da lugar a una deducción sin inclusión (art. 2.9 c) y f).
- Asimetrías de entidades con doble residencia (art. 9 ter).
- Asimetrías híbridas invertidas, que dan lugar a deducción sin inclusión (art. 2.9 b).
- Asimetría importada (art. 2.9 b), en relación con el art. 9.3).

Puede apreciarse que la clasificación precedente descansa en un ensamblaje de medios y efectos, siendo oportuno recordar que la asimetría híbrida solo tendrá lugar si aquellos se utilizan en el seno de las circunstancias, en el sentido anteriormente expuesto.

⁴ Informe final de la Acción 2. Capítulo X.

A las precedentes asimetrías híbridas deben añadirse las siguientes:

- Asimetrías híbridas de establecimiento permanente no computado (art. 9.5).
- Asimetrías híbridas invertidas, que dan lugar a doble no inclusión (art. 9 bis).
- Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal (art. 9 ter).

4. EL MANDATO

El mandato es una respuesta a los efectos derivados de la asimetría híbrida. El objeto y finalidad del mandato es, precisamente, frustrar tales efectos. Más como quiera que los efectos se producen ante dos jurisdicciones fiscales, el mandato designa, además, a aquella que debe ejercitar la regularización.

En consecuencia, el mandato consta de dos elementos:

- El sustantivo, dirigido a frustrar los efectos inapropiados de la asimetría híbrida. Por tanto, podrá consistir en la no deducción de un gasto, pago o pérdida, o la inclusión de un ingreso, o el cómputo de una renta, o el rechazo de un crédito fiscal, o, en fin, la superación de la doble residencia.
- El competencial, dirigido a identificar la jurisdicción fiscal competente para regularizar. La redacción original de la directiva antiabuso solamente contemplaba los efectos producidos en las jurisdicciones fiscales de los Estados miembros, pero la directiva antihíbridos también contempla los habidos en jurisdicciones fiscales de Estados terceros, lo que, como se verá, es relevante en orden a la designación de la jurisdicción fiscal competente.

El mandato se proyecta sobre la obligación tributaria del contribuyente afectado por la asimetría híbrida. Este contribuyente, lógicamente, ha de ser residente en algún Estado miembro de la Unión Europea, pero no es necesario que ese contribuyente haya aprovechado la ventaja fiscal inherente a la asimetría híbrida, basta con que haya participado en la configuración de la asimetría híbrida.

El mandato no descansa en un análisis sustantivo o de fondo para determinar la entidad en la que se ha de aplicar. El mandato busca, simplemente, frustrar el efecto nocivo de la asimetría. Este enfoque, en plena sintonía con el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS, no respeta plenamente las exigencias del principio de capacidad económica, y puede procurar perjuicios innecesarios a los accionistas minoritarios.

La directiva antihíbridos no establece la forma en cómo debe cumplirse el mandato. Por tanto, los Estados miembros podrán escoger la que entiendan oportuna. Así, es concebible que el mandato se configure como una facultad regularizadora de las administraciones fiscales, pero también como una obligación a cargo de los contribuyentes sujeta a comprobación administrativa. No obstante, la naturaleza antiabuso de la norma apunta, más bien, hacia la facultad regularizadora.

Es útil explicar el mandato siguiendo la estela de la clasificación de las asimetrías híbridas antes expuesta, y apoyarse, en su caso, en los ejemplos contenidos en la propuesta de directiva antihíbridos, así como, al hilo de cada tipo de asimetría híbrida, reflexionar sobre la idoneidad del correspondiente mandato en el contexto de un sistema fiscal regido por aquilatados principios, singularmente el de capacidad económica. Al tiempo, puede resultar igualmente útil una referencia al estado y situación de la legislación española aplicable.

Esos ejemplos, por otra parte, se corresponden, aunque no exactamente, con los contenidos en el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE, a los cuales, precisamente, apela la propia directiva antihíbridos, cuando en el punto (28) de la exposición de motivos indica que *al aplicar la presente directiva, los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y ejemplos aplicables al informe sobre la Acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente directiva y del Derecho de la Unión.*

La explicación de los mandatos de la directiva antihíbridos sobre la base de los ejemplos precitados parece, por tanto, pertinente.

Cuestión distinta es el reproche que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pueda lanzarse contra unas normas que, para su comprensión, necesitan de tales andaderas, máxime si se toma en consideración que los informes finales del proyecto BEPS no se publican en las lenguas de todos los Estados miembros sino, básicamente, en inglés y francés.

Con todo, se intuye que el ejercicio de aplicación práctica de los mandatos partirá de la identificación de los efectos de la asimetría híbrida, sin que la subsunción del caso concreto bajo alguno de los ejemplos deba tener un valor dirimente.

4.1. ASIMETRÍA DE ENTIDADES HÍBRIDAS

Cuando una entidad es considerada transparente en una jurisdicción fiscal y contribuyente pleno en otra, surge la asimetría de entidad híbrida, pudiendo dar lugar al efecto de doble deducción, de deducción sin inclusión o de deducción sin inclusión inversa.

Lo relevante es la calificación discrepante respecto de las dos jurisdicciones concernidas, esto es, la jurisdicción fiscal donde reside la entidad híbrida y la jurisdicción fiscal donde lo hace la entidad con la que se halla en relación de asociación.

4.1.1. Doble deducción (art. 2.9 g)

4.1.1.1. Descripción del mandato

La doble deducción se produce porque una entidad, que soporta un gasto, es considerada como contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de su residencia y transparente ante la juris-

dicción fiscal donde reside la entidad que es su socio, la cual, consecuentemente, también soporta el referido gasto vía imputación por transparencia.

EJEMPLO 1

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) participa al 100 % en B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania), donde es cabecera de un grupo fiscal integrado por ella misma y C. B recibe un préstamo de una entidad de crédito que devenga intereses por 80 y no obtiene ingresos. C obtiene ingresos, de 100, de manera tal que la base imponible del grupo fiscal es 20 ($100 - 80$), alternativamente de 60, en cuyo caso la base imponible del grupo fiscal es -20 ($60 - 80$).

B es considerada transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside A, y como contribuyente pleno ante su propia jurisdicción fiscal.

Según el tenor de la legislación de su jurisdicción fiscal, A puede recibir la imputación de los ingresos y gastos de B, o también de los ingresos y gastos consolidados. En el primer caso la imputación es -80 , la doble deducción es plena; en el segundo caso, junto a la imputación del gasto, se imputa una renta de 100 o de 60.

El supuesto descrito está tipificado en el artículo 2.9 g), y el pertinente mandato está previsto en el artículo 9.1. A su tenor, la deducción debe negarse en *el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor*. Ahora bien, si el inversor reside en un Estado tercero que no deniega la deducción, tal deducción *se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante*.

La jurisdicción del ordenante es aquella en la que *se origine el pago, se generen los gastos o se hayan sufrido las pérdidas* (art. 2.9 b), párrafo tercero), de manera tal que la jurisdicción del inversor se define por exclusión (art. 2.9 b), párrafo tercero).

De acuerdo con el artículo 2.9 b), párrafo segundo, *solo existirá asimetría híbrida en el sentido de... g) supra si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión*. En este mismo sentido, el último inciso del artículo 9.1 establece que *la deducción podrá compensarse con una renta de doble inclusión*, de manera tal que la regularización podrá afectar a todo el gasto o solo a parte de él, o incluso no ser procedente.

De acuerdo con los mandatos precedentes, el ejemplo propuesto admite las siguientes soluciones:

- La entidad híbrida y la entidad dominante residen en Estados miembros: regulariza la jurisdicción del inversor, esto es, aquella donde reside la entidad dominante (Francia). A tal efecto, aumentará la base imponible de A en 80, si solo se imputa el

.../...

.../...

gasto, pero si también imputan las otras rentas, no aumentará la base imponible en el caso de rentas 100, y lo hará en 20 en el caso de rentas 60.

- La entidad híbrida no es comunitaria y la entidad dominante sí lo es: misma solución anterior.
- La entidad híbrida es comunitaria y la entidad dominante no: regulariza la jurisdicción fiscal del ordenante, esto es, aquella donde reside la entidad participada (Polonia), excepto si lo hace la jurisdicción de la dominante (Egipto). A tal efecto aumentará la base imponible de B en 80, 0 y 20, respectivamente, a tenor del tipo de imputación por transparencia.
- La entidad híbrida y la entidad dominante no son comunitarias: supuesto fuera del campo de aplicación de la directiva antihíbridos.

4.1.1.2. Comentarios sobre el mandato

Es claro que no es correcto que los intereses sean deducidos dos veces. Cuestión distinta es la jurisdicción fiscal en la que deben deducirse. Esta jurisdicción debería ser, en principio, aquella en la que los activos financiados procuran ingresos. No obstante, si la entidad dominante y la dependiente pertenecen al mismo grupo de empresas, lo correcto sería distribuir los intereses que el grupo paga, o mejor devenga, a terceros, esto es, los cargados en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada en función de la proporción existente entre los activos consolidados controlados por cada entidad del grupo y los activos consolidados del grupo como tal.

Esta distribución recompondría la imputación de los gastos financieros entre las diversas entidades del grupo, de manera tal que solventaría la asimetría híbrida.

Desde luego, se trata de una proposición teórica, pues la directiva antiabuso no da pie a su aplicación.

Ahora bien, cuando el gasto afectado sea un gasto financiero, supuesto este que será el más común, ha de tenerse en cuenta el impacto de la aplicación de la norma relativa a la limitación de los intereses (art. 4 de la directiva antiabuso). En efecto, la deducción de los intereses puede verse afectada, en alguna de las dos entidades o en las dos, por tal limitación. En tal caso, el mandato concerniente a la asimetría híbrida se aplicará exclusivamente sobre los intereses deducibles.

Este supuesto se corresponde con el caso *Basic Double Deduction Structure*, del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.1.1.3. Legislación española

La legislación española califica como entidades sujetas a un régimen de imputación a las entidades en régimen de atribución. Por tanto, podría aparecer este tipo de asimetría, híbrida, facilitada por aquella legislación, cuando una entidad residente en territorio español tuviere una entidad dependiente constituida *en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas* (art. 37 TRLIRNR y art. 6 Ley 27/2014).

Mientras no se traspongan las normas comunitarias al ordenamiento interno, no procederá efectuar regularización alguna. No obstante, si la entidad idéntica o análoga obtiene otras rentas, se produce la neutralización del doble cómputo, mediante la renta de doble inclusión. Cuestión a debatir es si entre esas otras rentas pueden computarse las de aquellas entidades que, dependiendo de la entidad afectada, tributan conjuntamente con ella en régimen de consolidación ante la jurisdicción fiscal extranjera.

Y también podría aparecer este tipo de asimetría híbrida, pero no facilitada por la legislación española, cuando la legislación de una jurisdicción fiscal extranjera considera a las rentas de una entidad residente en territorio español imputables a la entidad dominante residente en aquella jurisdicción fiscal, por ejemplo, debido a que es una sociedad de personas y no de capitales según los criterios de esa jurisdicción.

4.1.2. Deducción sin inclusión (art. 2.9 e)

4.1.2.1. Descripción del mandato

La deducción sin inclusión se produce porque una entidad realiza un pago a su entidad dominante, pero el correlativo ingreso no tributa, por cuanto la entidad pagadora es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside dicha entidad dominante, la cual soporta la imputación del gasto vía transparencia, de manera tal que el correlativo ingreso en sede de la entidad dominante queda neutralizado.

EJEMPLO 2

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) participa al 100 % en B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania), donde es cabecera de un grupo fiscal integrado por ella misma y C. B recibe un préstamo de A que devenga intereses por 80 y no obtiene

.../...

.../...

ingresos. C obtiene ingresos, de 100, de manera tal que la base imponible del grupo fiscal es 20 (100 - 80), alternativamente de 60, en cuyo caso la base imponible del grupo fiscal es -20 (60 - 80).

B es considerada transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside A, y como contribuyente pleno ante su propia jurisdicción fiscal.

Según el tenor de la legislación de su jurisdicción fiscal, A puede recibir la imputación de los ingresos y gastos de B, o también de los ingresos y gastos consolidados. En el primer caso, la imputación es -80, la deducción sin ingreso o inclusión es plena; en el segundo caso, junto a la imputación del gasto, se imputa una renta de 100 o de 60.

El supuesto descrito está tipificado en el artículo 2.9 e), y el pertinente mandato está previsto en el artículo 9.2. A su tenor, la deducción debe negarse *en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante*. Ahora bien, si el ordenante reside en un Estado tercero que no deniega la deducción, tal deducción *se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor* (la versión en español del precepto señala, erróneamente, a la jurisdicción fiscal del ordenante).

Las precisiones concernientes a la renta de doble inclusión, expuestas anteriormente, son válidas en relación con el presente caso. Nótese que el artículo 2.9 b), párrafo segundo, también proyecta la regla relativa a la renta de doble inclusión respecto del supuesto de asimetría híbrida descrito en el apartado 2.9 e).

De acuerdo con los mandatos precedentes, el ejemplo propuesto admite las siguientes soluciones:

- La entidad híbrida y la entidad dominante residen en Estados miembros: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia). A tal efecto aumentará la base imponible de B en 80, si solo se imputa el gasto, pero si también imputa las otras rentas, no aumentará la base imponible en el caso de rentas 100, y lo hará en 20 en el caso de rentas 60.
- La entidad híbrida no es comunitaria y la entidad dominante sí: regulariza la jurisdicción de la entidad dominante (Francia), excepto si lo hace la jurisdicción de la entidad participada (Ucrania). A tal efecto, aumenta la base imponible de A en 80, si solo se imputa el gasto, pero si también se imputan las otras rentas, no aumentará la base imponible en el caso de rentas 100, y lo hará en 20 en el caso de rentas 60.
- La entidad híbrida es comunitaria y la entidad dominante no: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia), con el mismo contenido de la solución primera.
- La entidad híbrida y la entidad dominante no son comunitarias: supuesto fuera del campo de aplicación de la directiva antihíbridos.

4.1.2.2. Comentarios sobre el mandato

Es claro que no es correcto que los intereses se deduzcan en sede de la entidad prestataria y no constituyan ingreso en sede de la entidad prestamista, pues se trata de intereses puramente internos. Estos intereses, para el grupo en su conjunto, no existen. Estos intereses, en sí mismos, no deberían ser considerados ni como gastos ni como ingresos. Sí deberían computarse, distribuidos en la forma expuesta en el apartado anterior, los intereses pagados por el grupo a terceros. Por lo demás, son aplicables a este caso las reflexiones vertidas en el anterior, en relación con la norma de limitación a la deducción de los intereses.

Este supuesto se corresponde con el caso *Disregarded Payments Made by a Hybrid Entity to a Related Party*, del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.1.2.3. Legislación española

Son válidos los comentarios al caso anterior.

No existen, en la actualidad, normas concernientes a este tipo de asimetrías híbridas.

4.1.3. Deducción sin inclusión inversa (art. 2.9 b)

4.1.3.1. Descripción del mandato

También se produce la deducción sin inclusión cuando una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside pero no transparente en la jurisdicción fiscal de su entidad dominante, de manera tal que el ingreso percibido no tributa en ella, habiendo sido deducible el correlativo gasto en sede de la entidad pagadora. En este caso, se denomina a la entidad como híbrida inversa.

EJEMPLO 3

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) participa al 100 % en B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). B concede un préstamo a su participada C que devenga intereses por 80.

B es considerada transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside, y como contribuyente pleno ante la jurisdicción fiscal donde reside A.

.../...

.../...

El supuesto descrito está tipificado en el artículo 2.9 b), y el pertinente mandato está previsto en el artículo 9.2. A su tenor, la deducción debe negarse en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante. Ahora bien, si el ordenante reside en un Estado tercero que no deniega la deducción, tal deducción se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor (la versión en español del precepto señala, erróneamente, a la jurisdicción fiscal del ordenante).

Nótese que, en este supuesto, no hay renta de doble inclusión, por cuanto la entidad dominante no recibirá imputación de la entidad participada, ni esta última de la entidad a la que concedió el préstamo, por hipótesis.

De acuerdo con los mandatos precedentes, el ejemplo propuesto admite las siguientes soluciones:

- La entidad híbrida y la entidad dominante residen en Estados miembros: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia). A tal efecto, aumentará la base imponible de B en 80.
- La entidad híbrida no es comunitaria y la entidad dominante sí: regulariza la jurisdicción de la entidad dominante (Francia), excepto si lo hace la jurisdicción de la entidad participada (Ucrania). A tal efecto, aumentará la base imponible de A en 80.
- La entidad híbrida es comunitaria y la entidad dominante no: regulariza la jurisdicción de la entidad participada (Polonia). A tal efecto aumentará la base imponible de B en 80.
- La entidad híbrida y la entidad dominante no son comunitarias: supuesto fuera del campo de aplicación de la directiva antihíbridos.

4.1.3.2. Comentarios sobre el mandato

También es claro que no es correcto que los intereses sean considerados como gasto pero no como ingreso. Cuando las tres entidades concernidas forman parte del mismo grupo, el efecto práctico de este tipo de asimetría híbrida es la configuración de un gasto fiscalmente deducible en concepto de intereses, rigurosamente inexistente.

El efecto derivado de la condición de transparente o en régimen de atribución de la entidad perceptora de los intereses también se produciría mediante una exención o un tipo efectivo de gravamen notablemente reducido, pero estos medios de elusión no están contemplados en la directiva antihíbridos.

Se aprecia, en toda su crudeza, que la proliferación de este tipo de entidades, esto es, las de carácter híbrido inverso o exentas o que disfrutan de un régimen privilegiado, ofrecen oportunidades de planificación fiscal agresiva.

Las jurisdicciones fiscales que ofrecen este tipo de vehículos no obtienen recaudación, pero colaboran a mermar la recaudación de otras jurisdicciones fiscales. Su objetivo es fomentar servicios profesionales asociados a este tipo de asimetrías híbridas. Este tipo de servicios es, precisamente, uno de aquellos que la Unión Europea pretende sujetar a un régimen de notificación a las autoridades fiscales⁵.

4.1.3.3. Legislación española

En la jurisdicción fiscal española hay, ciertamente, entidades en régimen de atribución, pero no son apropiadas para tejer la asimetría híbrida inversa, por cuanto sus socios, miembros o partícipes no residentes en territorio español están sujetos al IRNR respecto de las rentas en atribución (art. 89 Ley 35/2006), y lo propio cabe decir de las agrupaciones de interés económico (art. 43 Ley 27/2014), de manera tal que los ingresos obtenidos por las mismas imputables a sus socios no residentes en territorio español tributarán por el impuesto sobre sociedades, quedando frustrado el efecto de la asimetría inversa.

Si la entidad dominante es residente en territorio español, la transparencia fiscal internacional (art. 100 Ley 27/2014) podría capturar la renta obtenida por la entidad híbrida inversa participada, pero si se trata de intereses por préstamos concedidos a una entidad operativa extranjera perteneciente al mismo grupo mercantil, los mismos no generan renta sujeta a transparencia fiscal internacional, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 100.3 b) de la Ley 27/2014.

No existen, en la actualidad, normas concernientes a este tipo de asimetrías híbridas.

4.2. ASIMETRÍA DE INSTRUMENTO FINANCIERO HÍBRIDO (ART. 2.9 A)

Los elementos que acotan esta forma de asimetría híbrida son, de una parte, el instrumento financiero y, de otra, la diferencia de calificación. Por tanto, cualquier otra deducción sin inclusión es irrelevante. Sería el caso, por ejemplo, del *patent box*, que puede determinar la deducción del gasto por la utilización de la tecnología y el ingreso al disfrutar de una bonificación exorbitante, o el caso del *allowance for corporate equity*, esto es, deducción de un interés puramente nominal sobre el importe de los fondos propios, que determina la deducción de un gasto fiscal, sin respaldo contable, estando la remuneración de esos fondos propios exenta en la jurisdicción fiscal del preceptor.

En este punto es conveniente recordar que una asimetría híbrida requiere la concurrencia de una relación de asociación o de un *mecanismo estructurado*.

En las asimetrías de entidad híbrida, anteriormente estudiadas, se ha dado por supuesto que concurra la relación de asociación, habida cuenta de la contextura del propio supuesto de hecho,

⁵ *Tax Transparency for Intermediaries*. (European Commission).

pero también sería concebible la presencia de mecanismo estructurado. En el tipo de asimetría que ahora se examina, además de la relación de asociación, la naturaleza de los hechos apunta, con mayor intensidad, hacia la presencia del mecanismo estructurado.

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 2.11 define el mecanismo estructurado en función de la finalidad fiscal del mismo, esto es, haber sido *diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida*.

Por lo común, el propio instrumento financiero híbrido cumplirá la función del acuerdo estructurado, pero no es necesario que así sea. Un negocio jurídico distinto, pero concebido para procurar el efecto de asimetría híbrida en conjunción con el instrumento financiero híbrido, no puede descartarse.

4.2.1. Descripción del mandato

La deducción sin inclusión se produce a causa de la calificación diferente de la naturaleza de la renta derivada del instrumento financiero. Así, en la jurisdicción fiscal del emisor del instrumento financiero la renta pagada se califica como gasto financiero, en tanto que en la jurisdicción fiscal del tenedor del activo financiero se califica como dividendo, fiscalmente exento.

EJEMPLO 4

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) suscribe bonos convertibles emitidos por B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las legislaciones polaca y ucraniana califican la renta como gasto financiero, y la francesa y egipcia como dividendo en régimen de exención.

Esta asimetría híbrida está descrita en el artículo 2.9 a), y el mandato está contenido en el artículo 9.2, antes comentado. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Polonia debe aumentar la base imponible de B en el importe de la renta pagada a A.
- Francia debe aumentar la base imponible de A, si Ucrania no aumenta la base imponible de B.

4.2.2. Comentarios sobre el mandato

En este tipo de asimetría híbrida se aprecia con toda claridad que el mandato prescinde de la naturaleza del instrumento financiero, esto es, si es representativo de endeudamiento o de par-

ticipación en los fondos propios de la entidad emisora. Por tanto, el efecto práctico del mandato puede ser contrario al significado jurídico y económico de la transacción financiera.

También se aprecia que no existiría asimetría híbrida si el método aplicado para eliminar la doble imposición económica internacional fuera la imputación en lugar de la exención.

Este supuesto se corresponde con el caso *Hybrid Financial Instrument* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.2.3. Legislación española

El artículo 21.1 de la Ley 27/2014 establece que *no se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.*

Se apreciará que este mandato no coincide, en el plano competencial, con el previsto en el artículo 9.2, cuando la entidad pagadora resida en algún Estado miembro de la Unión Europea. Sin embargo, el artículo 21.1 está en línea con lo previsto en la directiva matriz-filial.

El considerando (30) de la exposición de motivos de la directiva antihíbridos indica que *cuando las disposiciones de otra directiva, como las de la Directiva 2011/96/UE, lleven a la neutralización de la asimetría en resultados fiscales no debe quedar espacio para la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas contempladas en la presente directiva*, de manera tal que, en el caso de operaciones intracomunitarias insertas en el ámbito de aplicación de la referida directiva, continuará siendo de aplicación el artículo 21.1 de la Ley 27/2014.

El artículo 21.2 de la Ley 27/2014 establece que *tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.* En consecuencia, la entidad pagadora deberá hacer un ajuste positivo. Coincide este ajuste con lo previsto en el artículo 9.2 a), de manera tal que si en la jurisdicción del inversor el ingreso ha sido considerado como dividendo exento, bien puede afirmarse que la legislación española está en línea con lo previsto en la directiva antihíbridos, pero si es tratado como intereses no lo estaría, además de provocar doble imposición.

El artículo 15 j) de la Ley 27/2014 establece la no deducción de *los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento.*

El supuesto de hecho consistente en la no generación de un ingreso como consecuencia de una calificación fiscal diferente, en la medida en que fuere fruto de un instrumento financiero, mediando relación de asociación o acuerdo estructurado, coincide con el de la asimetría de instrumento financiero híbrido, y también el mandato, por cuanto es la jurisdicción fiscal del ordenante, en el caso, la española, la que debe proceder a la regularización.

Sin embargo, es importante notar que los mandatos de los artículos 15 j) y 21.1 se aplican aun sin mediar una relación de asociación o un acuerdo estructurado en los términos de la directiva antihíbridos, y que la generación de un ingreso sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10% rebasa el supuesto de hecho de la norma comunitaria, si bien el juego de las reducciones o deducciones permitirá tipos nominales superiores que, a la postre, no se traducen en tipos efectivos⁶.

4.3. TRANSFERENCIA HÍBRIDA

El artículo 2.9 l), párrafo tercero, describe la transferencia híbrida como *cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo*.

Bajo tan sofisticada descripción, se comprende, de acuerdo con el punto (23) de la exposición de motivos, una asimetría híbrida en la medida en que el pago realizado en el negocio de transferencia dé lugar a una deducción para el ordenante, en tanto que el receptor lo considere como rendimiento subyacente del instrumento transferido, a tenor de las calificaciones de las jurisdicciones fiscales concernidas, y también la creación de un crédito fiscal excesivo.

Al primer caso se aplican los mandatos concebidos para neutralizar las asimetrías híbridas tejidas mediante instrumentos financieros híbridos, pero respecto del segundo la directiva antihíbridos no establece reglas específicas, de manera tal que el punto (23) de la exposición de motivos indica que *el Estado miembro de que se trate deberá impedir que el ordenante utilice el crédito excesivo para obtener una ventaja fiscal, en particular mediante la aplicación de una regla general contra el abuso que sea coherente con el artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/1164*.

También puede ser considerada como asimetría híbrida derivada de una transferencia híbrida, aquel acuerdo estructurado concebido para procurar una compensación por el impuesto retenido en la fuente sobre un pago derivado de un instrumento financiero transferido a más de una de las partes implicadas, en el sentido del mandato del artículo 9.6.

⁶ LÓPEZ RIBAS, S.: «Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos», *op. cit.*

4.3.1. Deducción sin inclusión (art. 2.9 a)

4.3.1.1. Descripción del mandato

La transferencia de un instrumento financiero puede determinar una asimetría híbrida, que provoca la deducción sin inclusión, a causa de una calificación distinta de la renta implicada en la transmisión.

EJEMPLO 5

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) adquiere un instrumento financiero con opción irrenunciable de recompra de B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las legislaciones polaca y ucraniana califican la renta como gasto financiero, y la francesa y egipcia como plusvalía de cartera en régimen de exención.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 a), y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Polonia debe aumentar la base imponible de B en el importe de la renta pagada a A.
- Francia debe aumentar la base imponible de A, si Ucrania no aumenta la base imponible de B.

4.3.1.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato es opuesto a la naturaleza jurídica y económica de la operación. En efecto, B sufre un gasto financiero y A obtiene unos intereses. Sin embargo, la regularización consiste en ajustar positivamente la base imponible de B y permitir la no inclusión del ingreso en A. De esta manera se priva de un gasto a la entidad que realmente lo sufre, y no se computa el ingreso en aquella otra que lo obtiene.

No obstante, lo normal será que la jurisdicción fiscal donde reside la entidad perceptora de los intereses no trate a los mismos como plusvalías exentas, sino como tales intereses, de manera tal que no se presentaría la asimetría híbrida.

Este supuesto se corresponde con el caso *Collateralised Loan Repo* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con las respuestas primaria y secundaria del informe citado.

4.3.1.3. Legislación española

En España, por aplicación del principio de calificación del artículo 13 de la Ley General Tributaria, la renta derivada de la operación tendría la consideración de intereses pagados en la entidad que transmite y recompra, y de intereses cobrados en la otra entidad.

Por tanto, si la segunda entidad es residente en territorio español, no se presentará el supuesto de asimetría híbrida. Si lo es la primera, los intereses pagados serían deducibles, pero si esos intereses no fueran incluidos en la base imponible de la entidad perceptora, se podría aplicar lo previsto en el artículo 15 j) de la Ley 27/2014.

4.3.2. Generación de un crédito fiscal excesivo (norma antiabuso general)

Como se ha indicado anteriormente, en este caso no hay un mandato específico, sino la remisión a una norma general antiabuso.

La transferencia de un instrumento financiero puede determinar un crédito fiscal excesivo cuando la renta inherente a la operación sea incongruente con el crédito en cuestión. Los supuestos que pueden plantearse son múltiples. El ejemplo que se propone responde a un esquema abordado por la Audiencia Nacional.

Los elementos esenciales de la operación fueron los siguientes: transmisión de la participación sobre una entidad residente en territorio español a otra entidad también residente en dicho territorio por parte de una entidad no residente en territorio español; posterior retrocesión, en virtud de opciones cruzadas de compra y venta, de la operación por un precio minorado en el importe del dividendo.

La retención, a cuenta del impuesto sobre sociedades, se practicó sobre la entidad residente en territorio español. Esta entidad obtuvo una renta neta nula, pero pretendió la deducción de la retención.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2010 (rec. núm. 54/2007 –NFJ041396–) hizo suyos los razonamientos de las Resoluciones del TEAC de 23 de noviembre de 2006 y 19 de enero de 2007, que apreciaron *simulación relativa, pues se simula una compra-venta y que subyace y disimula, lo realmente querido, es la prestación de un servicio*, añadiendo la sentencia que *estamos ante una simulación relativa –nomen iuris que, de suyo y a los efectos fiscales que nos ocupan, sería conciliable con la calificación basada en la figura del negocio fiduciario–, lo que no impide en modo alguno, antes al contrario, efectuar el gravamen tomando como base el negocio jurídico verdaderamente querido y ejecutado por los simulantes...*, de manera tal que se consideró improcedente que la entidad adquirente de la participación aplicase la retención soportada a cuenta del impuesto sobre sociedades.

La entidad recurrente pretendió, subsidiariamente, que la sentencia declarase la práctica de una *regularización global*, esto es, la anulación de la retención y la rehabilitación del IRNR. En efecto, eso sería ir al fondo del asunto, pues, en definitiva, como señala la resolución del TEAC *la no residente ha eludido la tributación en España de los dividendos percibidos... ya que estos estarían sujetos a dicha tributación de acuerdo con el artículo 10 del CDI Hispano-Británico...*, pero la sentencia replicó que los tribunales no son órganos de comprobación tributaria.

Véase, por tanto, que con base en una norma general antiabuso, quedó frustrada la pretensión de compensar un crédito fiscal artificiosamente creado.

4.3.3. Generación de un crédito fiscal plural (art. 9.6)

4.3.3.1. Descripción del mandato

La transferencia de un instrumento financiero híbrido puede determinar que la retención practicada sea aprovechada por más de una de las partes implicadas, debido a la discrepancia de las jurisdicciones fiscales concernidas respecto de la entidad con derecho a aplicar el correlativo crédito de impuesto.

EJEMPLO 6

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) presta valores a B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania), emitidos por entidad residente en España. B deberá transferir el 80 % del dividendo a A y asumir las pérdidas que pudieran producirse. España practica una retención ($100/15\% = 15$). Las legislaciones francesa y egipcia establecen que la retención sobre el dividendo ha de ser aplicada por A, en cuanto propietario económico, en tanto que las legislaciones polaca y ucraniana establecen que debe ser aplicada por B, en cuanto perceptor directo del dividendo.

El artículo 9.6 prevé que, *en la medida en que una transferencia híbrida esté concebida para producir una compensación por el impuesto retenido en la fuente sobre un pago derivado de un instrumento financiero transferido a más de una de las partes implicadas, el Estado miembro limitará el beneficio de tal compensación en proporción a la renta neta imponible en relación con dicho pago.*

De acuerdo con la regla precedente, las soluciones son las siguientes:

- Polonia solo debe permitir que se aplique la retención por importe de 3 (15/20 %).
- Francia solo debe permitir que se aplique la retención por importe de 12 (15/80 %).

4.3.3.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato es coherente con la naturaleza jurídica y económica de la operación. En efecto, el crédito fiscal se imputa en la medida de la renta obtenida por las partes.

4.3.3.3. Legislación española

En materia de préstamo de valores, el artículo 21.2 de la Ley 27/2014 niega la exención respecto de los dividendos *cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos procedan, reflejando un gasto al efecto*, de manera tal que *la entidad receptora de dicho importe podrá aplicar la exención*, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Esta misma norma es reproducida por el artículo 32.2 de la Ley 27/2014, en relación con el método de imputación.

Por tanto, la legislación española otorga la exención o, alternativamente, la imputación, al denominado propietario económico.

Por otra parte, los créditos de impuesto por retenciones practicadas por otras jurisdicciones fiscales están limitados por el importe de la *renta neta imponible*, debido al efecto propio de la denominada imputación ordinaria (art. 31 Ley 27/2014).

4.4. ASIMETRÍA DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE HÍBRIDO

La asimetría híbrida que pivota sobre la existencia de un establecimiento permanente deriva de que las jurisdicciones fiscales concernidas, esto es, la de la casa central y la del establecimiento permanente, atribuyen de forma no armónica los ingresos y gastos que afectan a esos contribuyentes.

Aquí, la asimetría híbrida no deriva de una calificación divergente respecto de los contribuyentes en presencia, esto es, el establecimiento permanente y la casa central, sino de la divergencia en las reglas de atribución de ingresos y gastos, los cuales, a su vez, pueden dimanar de relaciones entre la casa central y el establecimiento permanente, o entre establecimientos permanentes de la misma casa central o, en fin, concertadas con terceros. Lo decisivo es que los ingresos o gastos inherentes a esas relaciones se atribuyan de manera diferente a los contribuyentes referidos a tenor de las reglas vigentes en las jurisdicciones fiscales correspondientes.

Esta asimetría híbrida, por tanto, puede presentarse tanto si para evitar la doble imposición se aplica el método de exención como el de imputación pero, según los casos, esos métodos pueden facilitar o, inversamente, frustrar el efecto de la asimetría híbrida.

La diferencia de atribución puede dar lugar a una deducción sin inclusión o a una doble deducción. No se escapará que también puede dar lugar a doble imposición, pero su remedio no es el objetivo de la directiva antihíbridos.

4.4.1. Deducción sin inclusión (art. 2.9 c), d) y f)

La deducción sin inclusión admite varias modalidades, pero todas ellas pueden resumirse en dos. En la primera modalidad, el pago realizado por el establecimiento permanente a su casa central no se computa como ingreso en la misma o, inversamente, el pago realizado por la casa central no se computa en el establecimiento permanente, pudiendo los pagos ser efectivos o presumibles. En la segunda modalidad, el establecimiento permanente no es tenido por tal en la jurisdicción fiscal donde se realizan las actividades, pero sí en la jurisdicción de la casa central, de manera tal que los pagos realizados al mismo por la casa central no están incluidos.

No es un caso de deducción sin inclusión aquel en el que la jurisdicción de la casa central considera que existe un establecimiento permanente cuyas rentas deja exentas, en tanto que la otra jurisdicción fiscal concernida no reconoce la existencia de un establecimiento permanente, sin que se produzca un supuesto de no deducción sin inclusión, valga la redundancia, por no mediar pagos entre el establecimiento permanente y la casa central. El mandato respecto de este supuesto, que se podría calificar como de doble no inclusión, se halla en el artículo 9.5, que se analiza más adelante.

En fin, el pago entre la casa central y el establecimiento permanente puede no ser efectivo sino simplemente presumible, lo que propicia que la jurisdicción fiscal del beneficiario no compute el correlativo ingreso.

4.4.1.1. Descripción del mandato

La asimetría híbrida se produce porque el pago no se incluye como ingreso.

EJEMPLO 7

EP (ubicado en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago a su casa central (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las jurisdicciones de la casa central no incorporan a la base imponible los ingresos procedentes del establecimiento permanente.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 c) y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si el establecimiento permanente está ubicado en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago.
- Si el establecimiento permanente está ubicado en Egipto, corresponde a Polonia aumentar la base imponible de la casa central, en el importe del pago.

EJEMPLO 8

Casa central (residente en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago a un EP (ubicado en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las jurisdicciones del establecimiento permanente no incorporan a la base imponible los ingresos procedentes de la casa central.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 c), y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si la casa central reside en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago.
- Si la casa central reside en Egipto, corresponde a Polonia aumentar la base imponible del establecimiento permanente en el importe del pago.

EJEMPLO 9

Casa central (residente en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago a un EP (ubicado en Polonia, alternativamente en Ucrania) que, sin embargo, no es reconocido como tal por las jurisdicciones fiscales en las que se realizan las operaciones, estando las rentas imputables al mismo exentas en la casa central.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 d), y el mandato está contenido en el artículo 9.2. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si la casa central reside en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago.
- Si la casa central reside en Egipto, corresponde a Polonia reconocer un establecimiento permanente e imputarle el importe del pago.

EJEMPLO 10

EP (ubicado en Francia, alternativamente en Egipto) realiza un pago presumible a su casa central (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania). Las jurisdicciones de la casa cen-

.../...

.../...

tral no incorporan a la base imponible el ingreso correlativo al pago presumible realizado por el establecimiento permanente.

Esta asimetría está descrita en el artículo 2.9 f) y el mandato está contenido en el artículo 9.2. La solución es la misma que la del ejemplo n.º 7.

4.4.1.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato erradica el efecto de deducción sin inclusión, pero lo hace sin profundizar en la naturaleza del pago ni en su correlación con los ingresos obtenidos por la unidad fiscal o contribuyente que lo realiza, sea el establecimiento permanente o la casa central. De esta manera, puede quebrar el principio, reconocido en el Modelo de Convenio de la OCDE, consistente en que el establecimiento sea gravado como una empresa separada e independiente. La misma consideración cabe respecto de la casa central.

4.4.1.3. Legislación española

La legislación española no propicia la configuración de las asimetrías híbridas examinadas, por cuanto las operaciones entre casa central y establecimiento permanente dan lugar a los correspondientes ingresos o gastos. La asimetría híbrida puede aparecer a causa de que la jurisdicción fiscal extranjera no compute el ingreso, sea en sede del establecimiento permanente o de la casa central, inherente a operaciones que generan un gasto en sede de la casa central o del establecimiento permanente, respectivamente, españoles.

No obstante, en el caso de ingreso no computado en sede de un establecimiento permanente dependiente de una casa central española, mediando el método de imputación del artículo 31 de la Ley 27/2014, la asimetría híbrida queda superada, por cuanto, aunque el ingreso no está computado en el establecimiento permanente, si estará registrado en la casa central, compensando íntegramente el gasto.

Mediando el método de exención del artículo 22 de la Ley 27/2014, el ingreso también está registrado en la casa central, pero como quiera que la renta obtenida a través del establecimiento permanente está exenta, la asimetría híbrida prevalece, a menos que se entienda que, por no ser computado el ingreso en sede del establecimiento permanente, tampoco debe tomarse en consideración para determinar el importe de la renta exenta, postura esta que, ciertamente, casaría bien con la función del método de exención, que no es otra que eliminar la doble imposición económica, pero no propiciar las asimetrías híbridas.

4.4.2. Doble deducción (art. 2.9 g)

4.4.2.1. Descripción del mandato

La asimetría se produce porque un mismo pago es deducido en sede del establecimiento permanente y de la casa central.

EJEMPLO 11

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) posee un establecimiento permanente (ubicado en Polonia, alternativamente en Ucrania), donde es cabecera de un grupo fiscal integrado por el mismo y C. El establecimiento permanente recibe un préstamo de una entidad de crédito que devenga intereses por 80 y no obtiene ingresos. C obtiene ingresos, de 100, de manera tal que la base imponible del grupo fiscal es 20 ($100 - 80$), alternativamente de 60, en cuyo caso la base imponible del grupo fiscal es -20 ($60 - 80$).

Esta asimetría pertenece al ámbito de las enunciadas en el artículo 2.9 g), y el mandato está contenido en el artículo 9.1. De acuerdo con el mismo, las soluciones son las siguientes:

- Si la casa central reside en Francia, este país debe aumentar su base imponible en el importe del pago, y lo hará por importe de 80 si no computa los ingresos del grupo fiscal, o por importe nulo o 20, debido a la renta de doble inclusión, si computa los ingresos del grupo fiscal encabezado por el establecimiento permanente.
- Si la casa central reside en Egipto, será Polonia la que deba practicar el ajuste, excepto si lo hace Egipto, en la cuantía precisa para evitar la doble deducción.

4.4.2.2. Comentarios sobre el mandato

El mandato supera la situación de doble deducción, pero sin realizar un análisis de fondo respecto de la jurisdicción fiscal que debe soportar los intereses. La regularización ordenada situará los intereses en sede del establecimiento permanente, cuando, tal vez, un análisis de fondo hubiera determinado la pertinencia de situarlos en sede de la casa central. Por ejemplo, si los intereses responden a un endeudamiento contraído para adquirir la participación sobre las entidades que forman parte del grupo fiscal liderado por el establecimiento permanente.

4.4.2.3. Legislación española

Los intereses pagados por el establecimiento permanente a un tercero son deducibles, en los términos previstos en la Ley 27/2014, a la que se remite, para la formación de la base imponible.

nible del establecimiento permanente, el artículo 18 del TRLIRNR. Por otra parte, los establecimientos permanentes pueden formar parte de un grupo fiscal, incluso como entidad dominante (art. 58 Ley 27/2014).

La legislación española da pie, por tanto, a la configuración de la asimetría híbrida de doble deducción mediante establecimiento permanente, quedando fraguada la misma cuando la legislación de la casa central trata las rentas del establecimiento permanente mediante el método de imputación.

4.5. ASIMETRÍAS IMPORTADAS

Son consecuencia de una asimetría híbrida habida en países terceros a la Unión Europea, pero que mediante la utilización de un instrumento no híbrido surten efectos en algún Estado miembro. A ellas se refiere el punto (25) de la exposición de motivos.

4.5.1. Deducción sin inclusión

4.5.1.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque el pago efectuado por una entidad residente en algún Estado miembro de la Unión Europea no se incluye como ingreso debido a una asimetría híbrida configurada entre entidades residentes en Estados terceros.

EJEMPLO 12

La entidad C residente en Polonia efectúa un pago de intereses a la entidad B residente en Ucrania, la cual paga a la entidad A, residente en Egipto, una renta del mismo importe en concepto de préstamo participativo, estando tal renta exenta en Egipto.

El mandato está contenido en el artículo 9.3, a cuyo tenor la solución es que Polonia niegue la deducción del gasto, excepto si Ucrania o Egipto hubieren realizado el ajuste de la asimetría híbrida.

En efecto, de acuerdo con el artículo 9.3, *los Estados miembros deben denegar una deducción por un pago realizado por un contribuyente cuando dicho pago financie, directa o indirectamente, gastos deducibles que den lugar a una asimetría híbrida*. Nótese que entre las jurisdicciones fiscales de Ucrania y Egipto se ha configurado una asimetría híbrida, en la modalidad de deducción sin inclusión mediante instrumento financiero híbrido.

4.5.1.2. Comentarios sobre el mandato

La no deducción de unos gastos financieros en sede de una entidad que ha aplicado el endeudamiento a la adquisición de activos determinantes de ulteriores ingresos, violenta, en relación con dicha entidad, el principio de capacidad económica. También el principio de empresa separada que, como es sabido, implica que las empresas vinculadas determinarán su base imponible de manera independiente.

Frente a esos principios, la pertinencia de eliminar el efecto de deducción sin ingreso representa un respaldo débil.

Lo pertinente, en el ejemplo propuesto, es que Egipto gravara la renta recibida.

Este supuesto se corresponde con el caso *Importing Mismatch from Irbid Financial Instrument* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva anti-híbridos ha previsto está en sintonía con la respuesta primaria.

4.5.1.3. Legislación española

El artículo 15 j) de la Ley 27/2014 podría solventar este tipo de asimetría híbrida, con el concurso del levantamiento del velo en relación con la entidad intermedia, de manera tal que el interés pagado por la entidad residente en territorio español se imputará a la entidad última, esto es, la que, finalmente, registra los ingresos derivados de la operación financiera.

4.5.2. Doble deducción

4.5.2.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque el pago efectuado por una entidad residente en algún Estado miembro a una entidad de un Estado tercero es neutralizado por el pago efectuado por una entidad que tributa con la misma en el régimen de consolidación, y esta última provoca una asimetría híbrida por ser transparente respecto de la jurisdicción fiscal de su entidad matriz.

EJEMPLO 13

D, residente en Polonia, efectúa un pago de intereses a C, residente en Ucrania, la cual forma grupo fiscal con B, igualmente residente en Ucrania, que neutraliza la renta de C mediante el pago de intereses a una entidad de crédito, los cuales son deducibles en la entidad

.../...

.../...

dominante A, residente en Egipto, debido a que C es considerada transparente en dicha jurisdicción fiscal.

El mandato está contenido en el artículo 9.3, a cuyo tenor la solución es que Polonia niegue la deducción del gasto, excepto si Ucrania o Egipto hubieren realizado el ajuste de la asimetría híbrida.

4.5.2.2. Comentarios sobre el mandato

Son válidos los del subapartado precedente.

4.5.2.3. Legislación española

No existe una norma que solvete este tipo de asimetría híbrida, sin perjuicio de que los intereses sean objeto de limitación en los términos del artículo 16 de la Ley 27/2014.

4.6. ASIMETRÍAS HÍBRIDAS ESPECIALES

Las descripciones que de las asimetrías híbridas se contienen en el artículo 2.9 no comprenden tres tipos de asimetrías que, sin embargo, son objeto de mandatos específicos:

- Asimetrías híbridas de establecimiento permanente no computado (art. 9.5).
- Asimetrías híbridas invertidas (art. 9 bis).
- Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal (art. 9 ter).

En todos estos casos, no se presenta el efecto propio de la asimetría híbrida, esto es, la doble deducción o la deducción sin inclusión, en sede de entidades o establecimientos permanentes residentes o ubicados, respectivamente, en jurisdicciones fiscales distintas. Se trata, por tanto, de asimetrías híbridas especiales.

4.6.1. Asimetría de establecimiento permanente híbrido no computado (art. 9.5)

4.6.1.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque la jurisdicción fiscal en la que se desarrollan las actividades considera que las mismas no dan lugar a un establecimiento permanente, y la jurisdicción

fiscal donde reside la entidad considera que sí existe y aplica un régimen de exención en relación con las rentas correspondientes. No hay, por tanto, doble deducción ni deducción sin inclusión, sino doble no inclusión.

EJEMPLO 14

A (residente en Francia, alternativamente Egipto) realiza actividades económicas en Polonia (alternativamente Ucrania).

Polonia y Ucrania no reconocen la existencia de un establecimiento permanente, en tanto que Francia y Egipto sí la reconocen pero, por su legislación interna, aplican el método de exención respecto de las rentas correspondientes.

De acuerdo con el mandato del artículo 9.5, las soluciones son las siguientes:

- Francia debe gravar las rentas correspondientes, tanto si las actividades se realizan en Polonia como en Ucrania.
- Polonia, sin embargo, no gravará las rentas correspondientes a las actividades realizadas en su territorio, incluso si Egipto tampoco las grava.

En efecto, el mandato regularizador va dirigido, exclusivamente, al *Estado miembro en el que el contribuyente sea residente a efectos fiscales*, de manera tal que el mismo debe exigir al contribuyente *que incluya las rentas que, de otro modo, se atribuirán al establecimiento permanente no computado*.

Nótese que la única jurisdicción fiscal convocada es aquella en la que el contribuyente reside, pero no aquella otra en la que se realizan actividades económicas.

Tal ajuste no se llevará a efecto cuando *el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país*.

No es fácil que concurra este supuesto, por cuanto la exención es, habitualmente, la técnica empleada para eliminar la doble imposición, y esta solo se produce cuando la renta es susceptible de tributar en la jurisdicción fiscal de la fuente, lo que implica la existencia de establecimiento permanente. Con todo, si concurriera se consumiría la doble no inclusión.

Nótese que el convenio debe ligar a un Estado miembro con un Estado tercero, para que opere la inhibición de la corrección de la asimetría híbrida. Un convenio entre dos Estados miembros no provoca tal inhibición.

4.6.1.2. Comentarios sobre el mandato

En rigor, el supuesto descrito es esotérico, pues no parece pertinente que la jurisdicción fiscal donde reside la entidad considere exentas las rentas derivadas de actividades económicas realizadas en el extranjero, a menos que se acredite la existencia de una tributación en relación con las mismas.

Sin embargo, tal esoterismo puede no ser inocente sino, por el contrario, el indicio de una normativa fiscal concebida para acoger entidades que sean vehículos propiciatorios para crear situaciones de no imposición de rentas ganadas en el extranjero.

Esta no imposición se construiría, artificiosamente, mediante la exención de rentas atribuibles a los establecimientos permanentes, sin atender a la efectiva existencia del establecimiento permanente.

4.6.1.3. Legislación española

Las rentas obtenidas por las entidades residentes en España mediante establecimiento permanente disfrutan de exención, a condición de que *el mismo haya estado sujeto y no exento a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto con un tipo nominal de, al menos, un 10 por ciento* (art. 22 Ley 27/2014). Consecuentemente, las rentas inherentes a un establecimiento permanente no computado no serían aptas para disfrutar de la exención, y se gravarían como renta ordinaria.

En consecuencia, la norma interna ciega el cauce de la asimetría híbrida.

4.6.2. Asimetrías híbridas invertidas (art. 9 bis)

4.6.2.1. Descripción del mandato

Esta asimetría se produce porque una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside y contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de la entidad que la controla. Por tanto, las rentas inherentes a las actividades económicas realizadas por la entidad transparente escapan a toda tributación. Es un supuesto colindante con el analizado en el subapartado 4.1.3, pero con la diferencia de que no se trata de evitar una deducción sin inclusión sino, sencillamente, la no tributación de una renta o, de otra manera, una doble no inclusión.

EJEMPLO 15

A (residente en Francia, alternativamente en Egipto) domina a B (residente en Polonia, alternativamente en Ucrania).

.../...

.../...

B es considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su residencia, y contribuyente pleno en la jurisdicción de la entidad dominante.

El mandato correspondiente está contenido en el artículo 9 bis. De acuerdo con el mismo, la solución es la siguiente:

- Polonia incluirá la renta obtenida por B.
- Francia no incluirá la renta obtenida por B, en ningún caso.

En efecto, el mandato del artículo 9 bis se dirige, exclusivamente, al Estado miembro en el que reside la entidad transparente, según su legislación, la cual es una entidad híbrida, por cuanto en la jurisdicción fiscal donde reside la entidad dominante o en las que lo hacen las entidades que tienen en la misma un interés, directo o indirecto, al menos del 50%, es considerada contribuyente pleno, y consiste en que dicho Estado miembro debe hacerla tributar, de forma tal que *la entidad híbrida será considerada como residente de ese Estado miembro y tributará por su renta en la medida en que esta renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes del Estado miembro ni de ninguna otra jurisdicción.*

El mandato obliga, antes que a realizar un ajuste, a sujetar a tributación a la entidad residente en algún Estado miembro afectada por la totalidad de su renta. El efecto práctico es equivalente a la supresión del régimen de transparencia fiscal. Sin embargo, de ahí no se sigue que los Estados miembros deban suprimir el régimen de transparencia fiscal, sino matizar su aplicación cuando concurren tres circunstancias:

- La entidad residente está en relación de asociación con otra u otras no residentes, que la dominan.
- La jurisdicción fiscal de la entidad o entidades asociadas dominantes califican a la entidad dominada como contribuyente pleno. Esta jurisdicción fiscal podrá estar, o no, en el perímetro de la Unión Europea.
- La renta de la entidad dominada no tributa en absoluto, de manera tal que si lo hiciera en sede de otro u otros contribuyentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia, no se aplicaría el mandato.

La tributación así configurada excluye, lógicamente, cualquier ajuste en relación con una eventual situación de deducción y no inclusión (punto 29 de la exposición de motivos).

El mandato del artículo 9 bis no se aplica a las instituciones de inversión colectiva. De esta manera, las rentas de las instituciones de inversión colectiva podrán sustraerse a tributación en

sede de la jurisdicción fiscal en la que están constituidas y también en sede de la jurisdicción fiscal en la que residen sus socios o partícipes. Sin embargo, lo habitual será, en estos casos, que la ventaja fiscal se limite al puro diferimiento, por cuanto la renta derivada del reembolso de la participación normalmente tributará en sede del socio o partícipe. La ventaja fiscal del diferimiento es importante, en particular, como acontece en el caso de la inversión colectiva, cuando es el propio partícipe el que controla el momento de la tributación, mediante el ejercicio del reembolso.

Mas no todas las instituciones de inversión colectiva o fondos de inversión escapan al mandato, sino tan solo aquellos *de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujeto a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que esté establecido*.

Se notará que la norma no se remite a la Directiva 2009/65/CE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, sino que acota un grupo de instituciones de inversión colectiva, sobre la base de la nota relevante, pero jurídicamente indeterminada, de la amplia titularidad.

4.6.2.2. Comentarios sobre el mandato

Al igual que sucedía en el caso anterior, el mandato solo se entiende en cuanto dirigido a neutralizar las normas tributarias de aquellos Estados miembros que puedan ser aprovechadas para producir el efecto de no tributación de una renta. Se puede intuir que estas normas tributarias habrán sido diseñadas, generalmente, para ofertar vehículos propiciatorios para albergar rentas sin tributación.

4.6.2.3. Legislación española

En la Ley 27/2014 tributan en régimen de atribución o transparencia las entidades en régimen de atribución (art. 6), las agrupaciones de interés económico españolas (art. 43), las agrupaciones de interés económico europeas (art. 44) y las uniones temporales de empresas (art. 45). Además, aun cuando no tributen en ese régimen, pueden producir efectos análogos, bajo determinadas circunstancias, las entidades de tenencia de valores extranjeros (arts. 107 y 108), las sociedades de capital riesgo (art. 50), las SOCIMI (Ley 11/2009) y las instituciones de inversión colectiva.

El campo de las entidades en régimen de atribución, del artículo 6 de la Ley 27/2014, ha quedado mermado a raíz de que las sociedades civiles con objeto mercantil hayan pasado a ser contribuyentes plenos. En cualquier caso, las rentas de estas entidades tributan con arreglo a las leyes fiscales españolas, sean las del impuesto sobre sociedades (art. 6 Ley 27/2014), las del IRPF (art. 86 Ley 35/2006) o las del IRNR (arts. 35 y 36 TRLIRNR).

Por tanto, las entidades en régimen de atribución no están afectadas por lo previsto en el artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Las rentas de las agrupaciones de interés económico españolas tributan en sede de la propia entidad, de acuerdo con las reglas generales del impuesto sobre sociedades, por la parte de base imponible correspondiente a los socios no residentes en territorio español, en tanto que la correspondiente a los socios residentes lo hará, mediante imputación a los mismos, sea por el impuesto sobre sociedades o por el IRPF (art. 43 Ley 27/2014). Este mismo régimen se aplica a las uniones temporales de empresas (art. 45 Ley 27/2014).

Por tanto, las agrupaciones de interés económico españolas y las uniones temporales de empresas tampoco están afectadas por lo previsto en el artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Otro tanto cabe decir respecto de las agrupaciones de interés económico europeas, en la medida en que la actividad realizada por los socios no residentes en territorio español a través de la agrupación sea determinante de la existencia de un establecimiento permanente, lo cual será el supuesto normal, habida cuenta del objeto de estas entidades (art. 44 Ley 27/2014).

Por otra parte, la agrupación europea de interés económico no es apta para determinar situaciones híbridas, en la medida en que sus rentas reciben un tratamiento fiscal igual en todos los Estados miembros, y sus socios son residentes en los mismos. En este sentido, los socios residentes en territorio español de agrupaciones europeas de interés económico residentes en otro Estado miembro tributarán por el impuesto sobre sociedades o por el IRPF, por la porción de rentas obtenidas por la agrupación que les sea imputable.

En consecuencia, las agrupaciones europeas de interés económico no estarán afectadas por el artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Las entidades de tenencia de valores extranjeros son contribuyentes del impuesto sobre sociedades, de manera tal que, en principio, quedan al margen del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos. Sin embargo, cuando la renta de la entidad de tenencia de valores extranjeros se nutre de dividendos y plusvalías de cartera exentas por aplicación de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 27/2014, y los perceptores de los dividendos son no residentes, no hay tributación efectiva alguna, por cuanto el beneficio distribuido *no se entenderá obtenido en territorio español* (art. 108 c) Ley 27/2014). Ciertamente, tampoco la habrá en relación con las entidades residentes en territorio español, pero ese es el efecto típico del método de exención para eliminar la doble imposición económica internacional.

El mismo comentario cabe en relación con las entidades de capital-riesgo, por cuanto, de una parte, su tributación efectiva por el impuesto sobre sociedades puede llegar a ser nula al amparo del artículo 21 de la Ley 27/2014, o casi nula tratándose de rentas acogidas a la bonificación del artículo 50.1 de la Ley 27/2014 y, de otra, porque la distribución sobre el beneficio distribuido podrá disfrutar de la exención del artículo 21.1 de la Ley 27/2014 y, tratándose de socios no residentes, porque los beneficios distribuidos *no se entenderán obtenidos en territorio español* (art. 50.3 b) Ley 27/2014).

Con todo, ni la entidad de tenencia de valores extranjeros ni la sociedad de capital riesgo pueden ser consideradas entidades híbridas en el sentido del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

La SOCIMI tributa, por el impuesto sobre sociedades, al tipo de gravamen cero, pero está sujeta, respecto de los dividendos distribuidos a los socios que participen, al menos, en el 5% y que tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%, a un gravamen especial del 19% que tiene la consideración de cuota del impuesto sobre sociedades, sin que sea aplicable la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 respecto de los referidos dividendos, los cuales, tratándose de perceptores no residentes, se sujetan a las reglas generales del IRNR (arts. 9 y 10 Ley 11/2009). Este régimen fiscal, en conjunción con la exención matriz-filial (art. 14.1 h) TRLIRNR), depara una tributación nula, si bien es cierto que la sentencia Wereldhave podría ponerla en cuestión⁷. Nótese la relevancia de este régimen fiscal que, en definitiva, y a salvo de la interpretación que se dé a la sentencia citada, implica, nada más y nada menos, que la exención de las rentas derivadas de la actividad económica consistente en la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, a favor de entidades residentes en Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, la SOCIMI no tiene la consideración de entidad híbrida en el sentido del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos.

Puesto que las instituciones de inversión colectiva son contribuyentes plenos del impuesto sobre sociedades no parece que incidan en el supuesto de hecho del artículo 9 bis de la directiva antihíbridos. Sin embargo, la tributación por el impuesto sobre sociedades es puramente simbólica, ya que el tipo nominal de gravamen es el 1% (art. 29.4 Ley 27/2014), si bien la tributación se producirá con el reembolso de la participación, excepto si el perceptor es residente en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información (art. 14.1 i) TRLIRNR), de manera tal que, al igual que sucedía en las SOCIMI, las normas aludidas configuran una fiscalidad privilegiada.

Por otra parte, las instituciones de inversión colectiva, en todo caso, estarían amparadas por la excepción contenida en el artículo 9 bis.2, con tal de que reunieran las notas de amplia titularidad, cartera diversificada y protección de los inversores, lo que parece está garantizado, al menos

⁷ La sentencia Wereldhave (STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–) plantea la cuestión de la aplicación de la directiva matriz-filial respecto de los dividendos distribuidos por una SOCIMI, acogida a la Ley 11/2009, percibidos por entidades residentes en la Unión Europea. Dicha sentencia ha interpretado que una tributación a tipo de gravamen cero excluye la aplicación de la misma, por cuanto no concurre el supuesto de doble imposición a cuya superación está consagrada la norma comunitaria.

Pues bien, la SOCIMI tributa al tipo de gravamen cero, si bien los dividendos, a cuya distribución está obligada, determinan un gravamen del 19% a cargo de la propia SOCIMI, de manera tal que no tributaría, realmente, a tipo cero. Ahora bien, el gravamen del 19% solo se aplica respecto de participaciones iguales o superiores al 5% y cuando el perceptor tributa a un tipo de gravamen inferior al 10%. Por tanto, es posible que participes residentes en la Unión Europea perciban un dividendo que no haya soportado tributación alguna.

En tal caso se plantea si procede la aplicación de la directiva matriz-filial, a la luz de la sentencia citada.

Sobre este punto puede consultarse «Interpretación del concepto "Sociedad de un Estado miembro" contenido en la directiva matriz-filial en los casos de sujeción al impuesto a un tipo cero de gravamen» (María del Carmen CÁMARA BARROSO, *RCyT*. CEF, núm. 412, julio 2017).

en las dos últimas notas, por la legislación sobre instituciones de inversión colectiva. Por lo que se refiere a la nota de amplia titularidad, un indicio son los 500 socios exigidos por el artículo 94 de la Ley 35/2006, concerniente a la reinversión.

Con todo, se reitera que las instituciones de inversión colectiva son contribuyentes plenos del impuesto sobre sociedades.

4.6.3. Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal

4.6.3.1. Descripción del mandato

Cuando una entidad es considerada contribuyente en dos, o más, jurisdicciones fiscales, puede presentarse un supuesto de doble deducción, pivotando sobre la misma entidad. Nótese que en este caso de doble deducción, aunque hay dos jurisdicciones fiscales implicadas, no se presenta la dualidad típica de jurisdicciones fiscales propia del supuesto típico de doble deducción, esto es, la jurisdicción fiscal del ordenante y la jurisdicción fiscal del inversor.

EJEMPLO 16

A recibe un préstamo de una entidad de crédito cuyos intereses se compensan con las rentas de los grupos fiscales a los que pertenece en dos jurisdicciones fiscales (Francia y Polonia, alternativamente Francia y Ucrania).

El mandato está contenido en el artículo 9 ter. De acuerdo con el mismo, la solución es la siguiente:

- Si concurre Francia con Ucrania, Francia debe denegar la deducción.
- Si concurre Francia con Polonia, denegará la deducción uno u otro país, según lo que resulte del convenio para evitar la doble imposición que sea aplicable.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 ter, *el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción cuando la otra jurisdicción permita que la deducción duplicada se compense con rentas que no son de doble inclusión*. La referencia a las rentas de doble inclusión no es una peculiaridad de esta asimetría, pues responde a la propia contextura de la doble deducción.

Cuando las dos jurisdicciones fiscales sean Estados miembros, corresponde denegar la deducción al *Estado miembro en el que el contribuyente no sea considerado residente en virtud de un tratado de doble imposición entre los dos Estados miembros*.

4.6.3.2. Comentarios sobre el mandato

Normalmente, este supuesto de asimetría híbrida se solventará mediante la aplicación de las normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, destinadas a dirimir los conflictos de doble imposición (art. 4.3 Modelo de Convenio de la OCDE). En tal caso, el supuesto de asimetría híbrida desaparecerá. El criterio adoptado en la Convención Multilateral, consistente en la aplicación del procedimiento amistoso, debería allanar el camino de la solución, pero debe recordarse que el precepto correspondiente no reviste la categoría de estándar mínimo.

Este supuesto se corresponde con el caso *Dual Consolidated Companies* del informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS. La regularización que la directiva antihíbridos ha previsto está en sintonía con la respuesta primaria, única que establece el citado informe, con la peculiaridad de que encomienda, como no podría ser de otra manera, la regularización a la jurisdicción fiscal del Estado miembro.

Junto al caso de doble residencia, aparece el de las entidades constituidas en una determinada jurisdicción fiscal pero que, de acuerdo con sus leyes fiscales, no residen en la misma, sin que lo hagan, debido a sus propias características, en otra jurisdicción fiscal, de manera tal que las rentas registradas en este tipo de entidades no soportan tributación alguna.

A este supuesto, que se podría denominar de doble no residencia fiscal, no se refiere el artículo 9 ter, a pesar de que su efecto práctico es el de doble no inclusión, excepto si la renta en cuestión fuere capturada por una norma sobre transparencia fiscal internacional.

Un caso análogo es el de la entidad constituida en una jurisdicción fiscal de tributación normal, pero cuya residencia fiscal no se halla en la misma sino en otra distinta, debido a las reglas determinantes de dicha residencia, por ejemplo, constitución en Irlanda y residencia fiscal en Bermudas, de manera tal que la renta tributará en Bermudas, donde, por cierto, la imposición sobre los beneficios es nula⁸.

A este supuesto, que se podría denominar de residencia fiscal desviada, tampoco se refiere el artículo 9 ter, a pesar de que su efecto práctico es la doble no inclusión, excepto, igualmente, si la renta en cuestión fuere capturada por una norma sobre transparencia fiscal internacional.

4.6.3.3. Legislación española

La legislación española puede crear supuestos de doble residencia, en cuanto contiene un amplio abanico de puntos de conexión (art. 8.1 Ley 27/2014). La importante red de convenios suscritos por España permitirá superar bastantes supuestos de doble residencia.

⁸ FUEST y otros: *Profit Shifting and Aggressive Tax Planning by Multinacional Firms: Issues and Options for Reform*. ZEW. Bermuda está calificada por el Foro Global sobre transparencia e intercambio de información fiscal como *largely compliant*.

Por otra parte, la regulación española de la residencia fiscal no propicia la constitución en España de entidades residentes en otras jurisdicciones fiscales, o incluso en ninguna, de manera que no da pie a este tipo de irregularidad.

5. EXCEPCIONES

5.1. OPERADOR FINANCIERO (ART. 2.9 A) PÁRRAFO SEGUNDO)

Son operadores financieros las personas o entidades dedicadas a la *actividad de comprar y vender con regularidad instrumentos financieros por cuenta propia a los efectos de obtener un beneficio*. Pues bien, el efecto de deducción sin inclusión que, eventualmente, pudiera derivarse de una transferencia híbrida introducida en el mercado, esto es, la configurada por el operador financiero en el curso ordinario de su actividad profesional y no como parte de un mecanismo estructurado no dará lugar a una asimetría híbrida a condición de que *la jurisdicción fiscal del ordenante obligue al operador financiero a incluir como renta todos los importes percibidos en relación con el instrumento financiero transferido* (art. 2.9 a) párrafo segundo).

5.2. ASIMETRÍAS HÍBRIDAS MEDIANDO JURISDICCIONES FISCALES TERCERAS (ART. 9.4 A)

Los Estados miembros podrán optar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 a) por no regularizar, en cuanto jurisdicción fiscal del inversor, las asimetrías híbridas realizadas por medio de entidades híbridas o establecimientos permanentes, en el sentido de las letras b), c), d) o f) del párrafo primero del artículo 2.9.

De esta manera, los Estados miembros podrán no ejercer la función correctora de aquella asimetría híbrida realizada con la participación de contribuyentes residentes o ubicados en jurisdicciones fiscales de Estados terceros, en calidad de ordenantes.

No toda asimetría híbrida está amparada por la opción. Lo está la asimetría híbrida con efecto de deducción sin inclusión, pero no de doble deducción, ejecutada mediante entidad híbrida o establecimiento permanente, pero no mediante instrumento financiero híbrido. Tampoco lo están las asimetrías híbridas especiales.

5.3. ASIMETRÍAS HÍBRIDAS ASOCIADAS A INSTRUMENTOS FINANCIEROS EMITIDOS PARA ABSORBER PÉRDIDAS (ART. 9.4 B)

Los Estados miembros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 b), podrán, hasta el 31 de diciembre de 2022, optar por no regularizar las asimetrías híbridas determinantes de deducción

sin inclusión, resultante de un pago de intereses, cuando el instrumento financiero utilizado, tenga componentes de *conversión, recapitalización interna o de depreciación a nivel de la empresa matriz*, y no forme parte de un *mecanismo estructurado*, cuya finalidad sea *satisfacer los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas al sector bancario*, a condición de que *la deducción global neta para el grupo consolidado en el marco del acuerdo no supere el importe que habría sido si el contribuyente hubiera emitido tal instrumento financiero directamente al mercado*.

Esta excepción se aplica a las jurisdicciones fiscales del ordenante y del inversor.

6. OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

6.1. LA DEDUCCIÓN ALLOWANCE CORPORATE EQUITY (ACE)

La deducción ACE es una partida extracontable que minorra la base imponible en el importe resultante de aplicar a los fondos propios la tasa de rendimiento de las inversiones libres de riesgo. Su fundamento económico, establecido por el Informe Mirrlees (2011)⁹, reside en gravar la renta económica, de manera tal que el impuesto no desaliente la inversión¹⁰. La propuesta de directiva relativa a una base imponible común la recoge en su artículo 11, bajo la denominación de *bonificación en concepto de crecimiento e inversión (BCI)*. Actualmente está vigente en algunos países tales como Bélgica, Italia y Suiza.

La deducción ACE implica un gasto para la entidad concernida sin la contrapartida de un ingreso en los socios o accionistas. Determina, por tanto, un efecto de deducción sin inclusión. Ciertamente, este efecto podría subsanarse en la medida en que los dividendos percibidos por los socios o accionistas tributasen en sede de los mismos, pero esto no puede garantizarlo la jurisdicción fiscal que tiene establecida la deducción ACE.

La asimetría de instrumento financiero híbrido se produce, como es sabido, porque el pago realizado al socio o accionista tiene la consideración de gasto en la jurisdicción fiscal del ordenante y no se incluye como ingreso en la jurisdicción fiscal del inversor, por causa de diferencias de calificación.

La deducción ACE no genera un gasto en función de un pago, sino en razón a la asignación de una tasa de rendimiento a los fondos propios, determinante de una partida fiscalmente deducible, ni está vinculada a la realización de un pago en concepto de distribución de beneficios. La deducción ACE, por tanto, no puede ser tachada de crear una asimetría mediante instrumento financiero híbrido¹¹.

⁹ VIÑUELA DÍAZ, J. (coord.): *Diseño de un sistema tributario. Opciones para una reforma del sistema tributario español*, Fundación Ramón Areces.

¹⁰ ALBI, E.: *Criterios para una reforma del Impuesto sobre Sociedades*, FEDEA, 2017/12.

¹¹ CONCHA CARBALLIDO, C.: *Acción 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos*, Fundación Impuestos y Competitividad, 2016.

Dicho esto, es lo cierto que sí puede provocar el efecto propio de una asimetría híbrida, esto es, deducción sin inclusión, aunque sea de manera parcial, por cuanto implica un gasto fiscal inherente a los fondos propios por la participación en los cuales los socios obtienen dividendos. En este sentido, puede configurarse el efecto de deducción sin inclusión, propio de la asimetría mediante instrumento financiero híbrido, en la medida en que los dividendos se hallen exentos.

También puede provocar el efecto propio de una asimetría híbrida importada. Así, la entidad matriz capitaliza a una entidad intermedia que financia mediante préstamos a otras entidades del grupo y distribuye el dividendo a la matriz. La entidad intermedia no tributará, o lo hará parcialmente debido a la deducción ACE, en tanto que la matriz no tributará respecto del dividendo si puede acogerse, en la jurisdicción fiscal donde resida, al método de exención.

La deducción ACE podría procurar oportunidades de planificación fiscal. De ello es consciente el proyecto normativo propuesto por la Comisión, y de aquí que el artículo 11.6 apodere a la Comisión para adoptar actos delegados *con vistas a establecer disposiciones más detalladas contra la elusión fiscal*, a cuyo efecto señala hasta ocho ámbitos *pertinentes para la BCI*. Algunos de esos ámbitos guardan cierta relación con las asimetrías híbridas.

La letra g) del artículo 11.6 se refiere a las *estructuras de double dipping (doble deducción) que combinan la deucibilidad de los intereses y las deducciones previstas en el marco de la BCI*.

En efecto, si una entidad de un grupo toma financiación de una entidad de crédito y realiza una aportación a título de capital a otra del grupo, se solaparán la deducción de los intereses pagados a la entidad de crédito con la deducción ACE, siempre que las dos entidades concernidas residan en distinta jurisdicción fiscal, de manera tal que la entidad prestataria lo haga en aquella que no tenga establecida la deducción ACE, ya que, en caso contrario, la aportación minoraría la base de cálculo de la deducción ACE, y la beneficiaria de la aportación lo haga en aquella que sí la tiene establecida.

EJEMPLO 17

A (residente en Ucrania) toma un préstamo de una entidad de crédito (100 principal, 2 %) y aporta el importe recibido a título de capital a B (residente en Bélgica). B paga dividendos a A para cubrir los intereses pagados a la entidad de crédito. La solución es la siguiente:

- A registra un gasto financiero por importe de 2 (100/2 %). Percibe dividendos por 2, en régimen de exención.
- B registra una deducción ACE por importe de 2 (100/2 %, art. 11.5 propuesta de directiva).

.../...

.../...

Si A hubiera sido residente en algún Estado miembro, bajo el escenario que quedaría configurado tras la aprobación de la directiva sobre base imponible común, el doble cómputo no se habría producido por cuanto la aportación determina una minoración de la base de cálculo de la deducción ACE (art. 11.1, propuesta de directiva), llegando incluso a ser imponible *un importe igual al rendimiento definido sobre el decremento de la base de recursos propios BCI* (art. 11.3, propuesta de directiva).

La vista del ejemplo precedente trae ecos de las asimetrías híbridas. En efecto, dos entidades asociadas, dos jurisdicciones fiscales, un pago que no genera ingreso incluíble... ¿Se está ante una asimetría híbrida? La respuesta es negativa, por cuanto ni media un instrumento financiero híbrido, ni una entidad híbrida, pero los efectos son los propios de la asimetría de doble deducción. El texto de la propuesta de directiva sobre base imponible común es revelador: *double dipping (doble deducción)*.

El mismo resultado se hubiera obtenido mediante la constitución de una entidad filial, a la que se aporta, en concepto de capital, la financiación recibida de la entidad de crédito (art. 11.6 e), propuesta de directiva).

Y cabría, incluso, un triple efecto, cuando lo que se aporta es una cartera de valores no determinante de una relación de asociación (si hay relación de este tipo disminuye la base de cálculo de la deducción ACE) cuya adquisición ha sido financiada, por parte de la entidad aportante, mediante un crédito.

EJEMPLO 18

A (residente en Ucrania) toma un préstamo de una entidad de crédito (100 principal, 2 %), con el que adquiere acciones no determinantes de la relación de asociación, y las aporta a B (residente en España). B paga dividendos a A para cubrir los intereses pagados a la entidad de crédito.

La solución es la misma que la del ejemplo n.º 17, pero con un matiz relevante, a saber, que los dividendos percibidos por B también estarán exentos al ser el valor de adquisición de la cartera superior a 20 (millones de euros) y, lo que es más significativo, el porte de finalidad fiscal de la operación es palmario.

La deducción ACE es un buen instrumento para moderar los efectos adversos del impuesto sobre sociedades en la inversión pero, lamentablemente, concede oportunidades al arbitraje fiscal. Este arbitraje podrá desplegar efectos similares al de las asimetrías híbridas por más que, desde luego, en modo alguno quepa identificar la deducción ACE con un instrumento financiero híbrido.

6.2. LA RESERVA DE CAPITALIZACIÓN

La reserva de capitalización, del artículo 25 de la Ley 27/2014, al igual que la deducción ACE, merma la base imponible mediante una partida extracontable, por más que su efecto económico sea totalmente diverso. En efecto, la deducción ACE pretende que el impuesto sobre sociedades grave la renta económica y la reserva de capitalización intenta fomentar la autofinanciación.

La reserva de capitalización puede provocar el efecto de deducción sin inclusión, en la medida en que, tras el transcurso del periodo de mantenimiento de cinco años, se distribuya en concepto de dividendo y no tribute en sede del perceptor, generalmente por aplicación de un método de exención para eliminar la doble imposición económica.

Sin embargo, tampoco aquí puede entreverse la figura de la asimetría híbrida, por cuanto ni concurre el instrumento financiero híbrido ni hay atisbo de que la reserva de capitalización desvirtúe el carácter de contribuyente pleno de la entidad que la disfruta.

Nótese, por otra parte, que la reserva de capitalización, a diferencia de la deducción ACE, requiere la generación de fondos propios derivados de la obtención de beneficios, de manera tal que ofrece un flanco menor a las oportunidades de arbitraje en comparación con la deducción ACE.

6.3. LAS DIFERENCIAS DE VALOR EN OPERACIONES VINCULADAS

Una operación entre partes vinculadas puede dar lugar a un déficit de imposición, bajo la modalidad de deducción sin inclusión, en la medida en que una jurisdicción fiscal valore, a efectos fiscales, el servicio prestado de manera objetiva y la otra lo haga de manera directa. Así, en los denominados centros de coordinación, se valoraban los ingresos derivados de la prestación de servicios financieros internos mediante un porcentaje sobre saldos financieros, generalmente fijado mediante un acuerdo de valoración, mientras que las entidades prestatarias computaban el gasto financiero efectivamente pagado.

La legislación española, fuertemente enraizada en el principio de libre competencia (art. 18 Ley 27/2014), no da pie a estas prácticas y, en general, puede decirse que están en pleno retroceso, al menos en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, el punto (22) de la exposición de motivos de la directiva antihíbridos se refiere a las mismas cuando afirma que *las diferencias de resultados fiscales que sean atribuibles a diferencia de valor imputado a un pago, también me-*

diante la aplicación de la transferencia de precios, no deben entrar dentro del ámbito de aplicación de las asimetrías híbridas.

La deducción sin inclusión, al menos parcial, no se deriva de una calificación distinta del instrumento financiero o de sus rendimientos, sino de una valoración distinta de dichos rendimientos, de manera tal que es claro que no concurren las notas definitorias de la asimetría híbrida.

6.4. LAS DIFERENCIAS DE IMPUTACIÓN TEMPORAL

Los ingresos y gastos se imputan temporalmente, debido a la influencia de las normas contables, de acuerdo con el principio de devengo. No obstante, cuando una jurisdicción fiscal aplica dicho principio y la otra el de caja, cual es el caso del artículo 11.4 de la Ley 27/2014, puede surgir, inicialmente, el efecto de deducción sin inclusión.

El punto (22) de la exposición de motivos entiende, como principio, que *no debe considerarse que estas diferencias temporales den lugar a asimetrías en los resultados fiscales pero*, seguidamente, matiza que *procede considerar que los pagos deducibles en virtud de un instrumento cuya inclusión en la renta no pueda esperarse razonablemente en un plazo razonable de tiempo den lugar a una asimetría híbrida si la deducción sin resultado de inclusión es atribuible a las diferencias en la calificación del instrumento financiero o los pagos realizados en virtud del mismo.*

Por tanto, junto a la deducción sin inclusión absoluta, puede existir la deducción sin inclusión dentro de un plazo razonable pero, obsérvese bien, las dos han de tener su fuente en *diferencias de calificación del instrumento o del pago realizado en virtud del mismo* (art. 2.9 a).

El artículo 2.9 a) describe lo que se entiende por *plazo razonable* en función del tiempo, esto es, *doce meses antes del final del periodo fiscal del ordenante*, y en función de las condiciones que *pueden preverse que se acuerden entre dos empresas independientes.*

Sin embargo, este precepto no aborda el significado de las *diferencias en la calificación*. La calificación implica encasillar un negocio jurídico concreto en uno de entre los ofrecidos por el ordenamiento jurídico. La diferencia de calificación surge cuando, ante un elenco similar de negocios jurídicos ofrecidos por los ordenamientos jurídicos de las dos jurisdicciones fiscales concernidas, el encasillamiento es diferente, y de ahí se derivan consecuencias fiscales también diferentes.

Pues bien, cuando de esa calificación diferente se deriva la consecuencia de una deducción sin inclusión absoluta o sin inclusión inmediata sino diferida en el tiempo y ese tiempo no es un *plazo razonable*, se está ante una asimetría híbrida de deducción sin inclusión. Sin embargo, si la calificación ante las dos jurisdicciones fiscales es homogénea, las diferencias de imputación temporal serán irrelevantes, a efectos de la configuración de la asimetría híbrida, aunque el efecto práctico fiscal sea el mismo.

EJEMPLO 19

A (residente en Francia) cede a B (residente Alemania) el uso de un elemento del intangible, con precio pagable al vencimiento de la operación. Las dos jurisdicciones fiscales califican el negocio jurídico como arrendamiento financiero. Francia imputa el ingreso al cobro y Alemania imputa el gasto financiero a lo largo del tiempo de utilización del activo y admite la deducción de las cuotas de amortización. A y B están en relación de asociación.

No hay asimetría híbrida, por cuanto las dos jurisdicciones fiscales califican el negocio jurídico como arrendamiento financiero.

EJEMPLO 20

A (residente en Francia) cede a B (residente Alemania) el uso de un elemento del intangible, con precio pagable al vencimiento de la operación. La jurisdicción fiscal alemana califica el contrato como arrendamiento financiero y admite el gasto financiero a medida del devengo así como la deducción de las cuotas de amortización, en tanto que la jurisdicción fiscal francesa lo califica como arrendamiento e imputa el ingreso al cobro. A y B están en relación de asociación. La duración del contrato excede del plazo que normalmente se acuerda entre empresas independientes.

Hay asimetría híbrida en el sentido del artículo 2.9 a), que debe regularizarse mediante la aplicación de lo previsto en el artículo 9.2, de manera tal que la jurisdicción del ordenante, esto es, Alemania, debe ajustar positivamente los gastos devengados. No obstante, para evitar el exceso de imposición que se produciría cuando Francia computara el ingreso, lo apropiado sería que Alemania, en ese momento, admitiera la deducción de los gastos, tanto financieros como de cuotas de arrendamiento, regularizados en periodos impositivos precedentes.

6.5. EL DESTINATION-BASED CASH-FLOW TAX (DBCFT)

En junio de 2016, *House Republicans* emitió un *blueprint*¹² cuya propuesta estrella era excluir de tributación por el impuesto que grava los beneficios de las empresas la renta correspondiente a las exportaciones de las empresas norteamericanas.

¹² REICHTER y URKEN: «The Border Adjustment: What Companies Need to Know», *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, 2017.

Dependiendo de la profundidad del ajuste en frontera, la exención podría ir desde la renta neta imputable a las exportaciones hasta la renta ganada por todos los factores que han contribuido a la producción exportada, pasando por el valor añadido imputable a la empresa exportadora. Un ajuste típico del IVA implicaría excluir de la base imponible del impuesto sobre sociedades los ingresos imputables a la exportación e incluir el valor de las importaciones. De esta manera, el impuesto sobre sociedades se acercaría a un IVA, pero con deducción de los gastos de personal y asimilados¹³.

Ahora bien, la renta que así queda excluida de tributación no tributará en sede de las empresas importadoras, a menos que las restantes jurisdicciones fiscales desfilen al paso que, eventualmente, impondría la jurisdicción fiscal norteamericana, de manera tal que procederían a una modificación de sus respectivos impuestos sobre los beneficios de las empresas en el sentido DBCFT.

¿Se está ante una asimetría híbrida superlativa?

Desde luego, el efecto de doble no inclusión se produce. El efecto que provoca el DBCFT se asemeja a la asimetría híbrida por establecimiento permanente no computado del artículo 9.5 de la directiva antihíbridos. En este supuesto de asimetría híbrida, la renta de la actividad exterior no se grava ni en la jurisdicción fiscal de destino (no hay establecimiento permanente) ni en la de salida (exención de las rentas de establecimiento permanente). En la DBCFT tampoco se grava la renta de la actividad exterior ni en la jurisdicción fiscal de destino (no hay establecimiento permanente) ni en la de salida (ajuste en frontera).

Sin embargo, es claro que la doble no inclusión no procedería de una calificación divergente, sino de la contraposición de dos sistemas de impuesto sobre los beneficios de las empresas diferentes en lo concerniente a las actividades exteriores.

En fin, la otra cara de este sistema es la doble imposición que se produciría en relación con las operaciones de las empresas importadoras norteamericanas.

Doble imposición de los flujos de importación y no imposición de los flujos de exportación sería, en relación con las empresas norteamericanas, el amargo fruto de la DBCFT, con la consiguiente inconsistencia respecto de los principios en los que se asientan los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y, desde luego, la preterición de la filosofía que anima al proyecto BEPS, cuyo punto de referencia es un sistema de tributación internacional de los beneficios donde los mismos han de ser gravados por la jurisdicción fiscal donde tengan su residencia las entidades, con independencia del lugar de residencia de las personas o entidades destinatarias de los bienes y servicios producidos por las mismas.

¹³ AVI-YONAH, R. y CLAUSING, K.: *Problems with Destination-Based Corporate Taxes and the Ryan Blueprint* [en línea], University of Michigan Law and Economics Research Paper No. 16-029. Ann Arbor, Michigan 2016 [consulta de 3 de marzo de 2017]. Disponible en web: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2884903>.

7. LAS RESONANCIAS DE LAS OPERACIONES A DECLARAR POR INTERMEDIARIOS FISCALES

Recientemente, la Comisión ha presentado una propuesta de directiva, por la que se modifica, una vez más, la Directiva 2011/16/UE, al objeto de incluir en el ámbito del intercambio de información aquella que deberán obtener los Estados miembros de los profesionales del asesoramiento fiscal, denominados intermediarios en el texto comunitario, concerniente a ciertos *mecanismos transfronterizos*¹⁴. Se identifican estos mecanismos mediante las denominadas *señas distintivas*¹⁵. Pues bien, las señas distintivas de la letra C, específicamente vinculadas a operaciones transfronterizas, guardan una concomitancia notable, atendiendo a los efectos que provocan, con las asimetrías híbridas. A tal punto esto es así que, precisamente, un mecanismo a declarar, entre otros, es aquel que determine una asimetría híbrida, con países terceros, en el sentido de la directiva antihíbridos.

Son esos otros mecanismos los que merecen un comentario, pues prestan una ayuda muy eficaz para delimitar el sentido de la asimetría híbrida.

Los mecanismos aludidos son los que tienen por efecto la deducción de un gasto en sede de un sujeto pasivo estando el correlativo ingreso sujeto a un régimen fiscal nulo o privilegiado entre empresas asociadas, debido a alguna de las siguientes causas¹⁶:

- *El destinatario no reside a efectos fiscales en ninguna jurisdicción fiscal.*
- *Aunque el destinatario reside a efectos fiscales en una jurisdicción determinada, esta última: i. no aplica ningún impuesto de sociedades; o ii. aplica el impuesto de sociedades al tipo cero o a un tipo legal inferior a la mitad de la media de los tipos legales del impuesto de sociedades en la Unión, tal como se fija al final del año natural anterior; o iii. figura en una lista de jurisdicciones de terceros países que han sido valoradas por los Estados miembros de forma colectiva o en el marco de una organización internacional como jurisdicciones que aplican regímenes fiscales nocivos; c) el pago se beneficia de una exención parcial o total del impuesto en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales; d) el pago se beneficia de un régimen fiscal preferente en la jurisdicción en que el destinatario reside a efectos fiscales.*

También deben ser comunicadas por los intermediarios fiscales aquellas operaciones que deparen la amortización del mismo activo en sede de dos entidades residentes en jurisdicciones

¹⁴ COM (2017) 335 final.

¹⁵ Anexo. Señas distintivas.

¹⁶ LÓPEZ RIBAS, S.: *Propuesta de Directiva para la comunicación e intercambio de estructuras de planificación fiscal potencialmente agresiva.*

fiscales distintas. Este supuesto puede darse en los contratos de arrendamiento financiero, cuando una jurisdicción lo califica como préstamo y otra como arrendamiento. Este caso, sin embargo, sí podría estar comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva antihíbridos, pues media un instrumento financiero, una calificación divergente y, eventualmente, la circunstancia de acuerdo estructurado o relación de asociación.

Todos estos mecanismos procuran el efecto de deducción y no ingreso, total o parcial, propio de las asimetrías híbridas tipificadas en la directiva antihíbridos, pero no caen necesariamente dentro de su ámbito de aplicación, por cuanto dicho efecto no se logra a través de los medios y circunstancias tipificados en ella.

Cuestión distinta es que estas operaciones puedan ser combatidas, habida cuenta de las circunstancias del caso, mediante las normas antiabuso de carácter general, o que no deban serlo, por realizarse en el curso normal de las actividades económicas, sin mediar artificio de propósito fiscal adverso al espíritu y finalidad de las normas fiscales concernidas.

Más allá de las disquisiciones precedentes, lo que interesa destacar es que existen operaciones o situaciones que deparan el efecto de la asimetría híbrida pero que no caen dentro del campo de aplicación de la directiva sobre asimetrías híbridas. En este sentido, la directiva antihíbridos podría, inopinadamente, abrir un espacio de aparente legitimidad que, con todo, no debería ocluir la aplicación de las normas antiabuso de carácter general, cuando así procediere.

8. LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

A diferencia de la Acción 2 del proyecto BEPS, que aborda las cuestiones que las asimetrías híbridas plantean en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, ofreciendo las pertinentes recomendaciones que, finalmente, han trascendido al Convenio Multilateral, la directiva antihíbridos omite toda consideración, lo que parece lógico pues, de otra forma, se hubiera podido producir una interferencia no deseable en el citado Convenio Multilateral.

8.1. RETENCIÓN SOBRE RENTAS

Dicho esto, es lo cierto que determinadas asimetrías híbridas suponen flujos de renta entre jurisdicciones fiscales, lo que plantea la cuestión de la regularización que deba practicarse, en relación con la aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Esos flujos, sean de intereses, dividendos, cánones o cualesquiera otros conceptos, se habrán producido, y respecto de los mismos podrán practicarse, en su caso, las retenciones correspondientes, de acuerdo con las previsiones contenidas en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que corresponda, aun cuando ese flujo de renta hubiere sido objeto de un ajuste por aplicación de una norma antihíbridos.

8.2. ATRIBUCIÓN DE RENTAS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

El ajuste para cumplir con el mandato de la asimetría híbrida puede recaer sobre un establecimiento permanente. Siendo así que la atribución de renta es materia regulada en el convenio, podría entenderse que el referido ajuste ha de supeditarse a lo que prevea el convenio de que se trate. Así, si un gasto debe ser atribuido a un establecimiento permanente, cabe preguntarse si un ajuste por el concepto de asimetría híbrida, cuyo efecto práctico es anular ese gasto, chocaría con el convenio.

El punto 30 de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE establece una sutil distinción entre la atribución de gastos y su régimen de deducción, estando regida la primera materia por el convenio y la segunda por la legislación interna¹⁷.

Sobre la base de tal distinción se podría mantener que el mandato propio de la asimetría híbrida no versa sobre la atribución sino sobre la deducción, evitándose así el conflicto.

8.3. EXENCIÓN PARA RENTAS OBTENIDAS MEDIANTE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

Cuando el ajuste para cumplir con el mandato de la asimetría híbrida recae sobre la jurisdicción fiscal de la casa central, y media un convenio que establezca el método de exención, se podría entender que la exención debería inhibir la práctica del referido ajuste.

El artículo 9.5, en relación con el establecimiento permanente no computado, establece que el ajuste no se practicará cuando *el Estado miembro esté obligado a practicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país*.

La regla precedente versa sobre el establecimiento permanente no computado, pero no sobre el resto de las asimetrías híbridas que pivotan sobre las relaciones entre la casa central y el establecimiento permanente o de los establecimientos permanentes entre sí. No se puede, por tanto, extenderla a estos casos.

La asimetría híbrida mediante establecimiento permanente implica, bien la doble deducción o la deducción sin inclusión, en los dos casos sin que tal deducción se haya compensado con renta

¹⁷ El apartado 2 determina los beneficios imputables a un establecimiento permanente a los efectos de la norma contenida en el apartado 1, que distribuye las potestades tributarias en relación a los mismos. Una vez que se han determinado los beneficios imputables a un establecimiento permanente de acuerdo con el apartado 2 del artículo 7, la legislación interna de cada Estado contratante será quien determine si tales beneficios deben someterse a imposición y en qué medida, siempre que esta determinación sea conforme con lo previsto en el apartado 2 y con las restantes disposiciones del Convenio. El apartado 2 no trata sobre si los gastos son deducibles en el momento de calcular la renta imponible de la empresa en cualquiera de los Estados contratantes. Las condiciones para la deducibilidad de los gastos es materia que compete a las legislaciones internas, con sujeción a las disposiciones del Convenio y, en concreto, al apartado 3 del artículo 24 (véanse los párrafos 33 y 34 más adelante).

de doble inclusión. Ahora bien, si el establecimiento permanente arroja renta positiva, es señal de que se ha producido tal compensación.

Por tanto, el conflicto entre el mandato propio de la simetría híbrida y el método de exención es más aparente que real. El conflicto podría acontecer si el convenio bilateral estableciera la imputación a la casa central de las pérdidas sufridas por el establecimiento permanente, caso realmente esotérico.

8.4. EXENCIÓN PARA DIVIDENDOS (NO CUBIERTOS POR LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL)

En la asimetría de instrumento financiero híbrido, cuando la jurisdicción fiscal del ordenante no efectúa el ajuste, debe hacerlo la del inversor. El efecto práctico de este ajuste es negar la exención a un dividendo que, de otro modo, es decir, sin mediar el mandato sobre asimetría híbrida, podría haberla disfrutado.

El conflicto se resuelve otorgando primacía al mandato de la asimetría híbrida, por aplicación del principio de preferencia de la norma comunitaria sobre las normas internas de los Estados miembros, extensible, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

La solución no traumática de este conflicto pasa por excluir la aplicación del método de exención cuando la jurisdicción fiscal del ordenante califica la renta pagada como fiscalmente deducible. Este, en síntesis, es el pronunciamiento que se encuentra desarrollado en el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS¹⁸, y que, por otra parte, ha sido recogido entre las opciones previstas en la Convención Multilateral¹⁹.

8.5. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Los mandatos sobre asimetrías híbridas afectan, potencialmente, a contribuyentes que están relacionados con otros contribuyentes residentes en una jurisdicción fiscal distinta. No afectan, por el contrario, a contribuyentes en los que no concurre esa circunstancia. De ahí deriva la preocupación por la discriminación.

Sin embargo, esos mandatos no efectúan distinciones por causa de nacionalidad, ni implican una tributación diferente respecto de las rentas de los establecimientos permanentes por relación a las entidades residentes, ni establecen criterios distintos de deducibilidad de los gastos

¹⁸ Capítulo 15. Interaction between part. I and tax treaties.

¹⁹ Partie II. Dispositifs Hybrides.

según que sean pagados a residentes o no residentes y, desde luego, el lugar de la residencia de los propietarios de las entidades concernidas es irrelevante.

Tal vez pudiera objetarse que el ajuste por asimetría híbrida puede surtir el efecto de negar la deducción de un gasto, y que ese ajuste contempla contribuyentes residentes o ubicados en jurisdicciones fiscales distintas, tal vez ligadas por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Ahora bien, el ajuste no se fundamenta en la concurrencia de dos jurisdicciones fiscales distintas, sino en evitar situaciones de no imposición, si bien acotadas por ciertas características, entre las que se encuentra la concurrencia de jurisdicciones fiscales distintas.

Los mandatos sobre asimetrías híbridas, por sí mismos, no crean situaciones de doble imposición, sino que tratan de evitar situaciones de no tributación. Cuestión distinta es que la aplicación incorrecta de dichos mandatos, básicamente por carencias de información, pueda deparar supuestos de doble imposición. En tal caso, si así lo previera el convenio que corresponda, podría abrirse el procedimiento amistoso e incluso el arbitraje.

En fin, como se indica en el apartado (24) de la exposición de motivos, la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas *no debe afectar a las características generales del sistema fiscal del Estado miembro*. Y, siendo esto así, va de suyo que las normas sobre asimetrías híbridas no provocan discriminación.

Por otra parte, como se ha enfatizado en el informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS, y se ha recogido en el Convenio Multilateral, los convenios bilaterales están concebidos para eliminar la doble imposición, *sin crear oportunidades para la no imposición o la imposición reducida mediante evasión o elusión*.

9. CONCLUSIONES

- Primera. La directiva antihíbridos es una elaborada respuesta en orden a neutralizar las ventajas fiscales derivadas de las denominadas asimetrías híbridas²⁰.

La comprensión de esta técnica normativa ofrece evidentes dificultades. Buena muestra de ello es que tanto la propuesta de directiva de la Comisión, como el informe final de la Acción 2 del proyecto BEPS, han debido servirse de un nutrido grupo de ejemplos para transmitir su contenido.

- Segunda. La técnica de ajuste empleada prescinde de un análisis de fondo de las situaciones fiscales creadas por la asimetría híbrida. Está, simplemente, dirigida

²⁰ HERMOSÍN ÁLVAREZ, M.: «Acción 2. Neutralizando los efectos de los mecanismos híbridos. Recomendaciones en la legislación doméstica» (capítulo IV de la obra colectiva, coordinada por Jesús RAMOS PRIETO, *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*), Aranzadi, 2017.

a evitar el efecto propio de la asimetría híbrida. En este sentido, el ajuste podría deparar efectos adversos para el principio de empresa separada y, eventualmente, para el principio de capacidad económica.

- Tercera. Los efectos propios de las asimetrías híbridas cabalgan, excepción hecha de los inherentes a establecimientos permanentes, sobre dos realidades estructurales de los sistemas fiscales, a saber, el método de exención de dividendos de fuente extranjera y la existencia de regímenes fiscales de transparencia, ya sean establecidos por la jurisdicción fiscal donde reside la entidad participada o por la jurisdicción fiscal de la entidad dominante o matriz.

Bastaría con aplicar el método de imputación en relación con los dividendos y con suprimir la transparencia fiscal en el ámbito transfronterizo (exceptuada la transparencia fiscal internacional ya que solo imputa resultados positivos) para neutralizar los efectos de la mayor parte de las asimetrías híbridas.

- Cuarta. En lo que concierne a los establecimientos permanentes, unas sólidas y compartidas reglas de atribución de ingresos y gastos a los mismos deberían ser suficientes para erradicar las asimetrías híbridas. En este punto, los trabajos de la OCDE concernientes a la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes están llamados a jugar un importante papel.
- Quinta. Se sigue de lo anterior que la directiva antihíbridos ha dirigido sus esfuerzos a combatir los efectos de las asimetrías híbridas, en vez de poner su empeño en la erradicación de las causas.

Conviene recordar que las recomendaciones de la OCDE relativas a la mejora de las legislaciones internas, como paso previo para combatir las asimetrías híbridas²¹, incidían, justamente, sobre las causas.

- Sexta. Buena parte de las asimetrías híbridas podrían ser regularizadas mediante una aplicación apropiada de las normas de calificación o de las normas generales antiabuso. Esta técnica permitiría respetar las exigencias de los principios de empresa separada y capacidad económica con mayor rigor y, eventualmente, superar con mayor acierto los conflictos de doble imposición que pudieran suscitarse. Es cierto, sin embargo, que un enfoque de este tipo permitiría a las jurisdicciones fiscales benévolas o de conveniencia alentar prácticas irregulares.
- Séptima. Tanto la directiva antihíbridos como las recomendaciones de la OCDE sobre la materia no enfatizan sobre la eliminación de la doble imposición, en sintonía con la orientación general del proyecto BEPS²², aunque no debieran olvidarse

²¹ Informe final de la Acción 2, pág. 22, cuadro resumen.

²² CARBAJO VASCO, D.: «El Informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional», *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 5, 2014.

los pasos esenciales que tanto la OCDE²³ como la Unión Europea han dado hacia la superación de la doble imposición mediante la ampliación y mejora de los procedimientos para la resolución de conflictos de doble imposición, incluido el arbitraje²⁴.

- Octava. La aplicación de los mandatos de la directiva antihíbridos se intuye dificultosa, en particular cuando estén involucradas jurisdicciones fiscales terceras. De ahí las opciones para exceptuar, en tal supuesto, la aplicación de los mandatos regularizadores. Y los temores, extensibles a todo el proyecto BEPS, de aumento de la litigiosidad²⁵.
- Novena. Los artículos 15 j) y 21.1 de la Ley 27/2014 han incorporado sendos mandatos concernientes a las asimetrías híbridas ejecutadas mediante instrumento financiero híbrido. No hay mandatos sobre asimetrías híbridas mediante entidades híbridas o establecimientos permanentes. Por tanto, la transposición de las normas comunitarias requerirá un importante esfuerzo legislativo.
- Décima. Las entidades que, de acuerdo con la Ley 27/2014, tributan en régimen de atribución o transparencia, no son aptas para la configuración de asimetrías híbridas, por cuanto tales entidades tributan como contribuyentes plenos sobre la renta atribuible a los miembros no residentes en territorio español o estos últimos tributan por el IRNR.

Sin embargo, la inclusión de los establecimientos permanentes en el perímetro del grupo fiscal, sí que proporciona oportunidades para fraguar asimetrías híbridas. Una reconsideración del perímetro del grupo fiscal, salvaguardando el respeto a los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia, debiera formar parte de ese esfuerzo legislativo.

- Undécima. Permanecen al margen de los mandatos de la directiva sobre asimetrías híbridas todas las situaciones que procuran una ventaja fiscal similar a la derivada de las asimetrías híbridas, pero que no derivan de las mismas tal y como están configuradas en la referida directiva, lo que atrae la apariencia de la configuración, por vía negativa, de una suerte de refugio fiscal. Este es un aspecto ciertamente preocupante desde un enfoque de política fiscal.
- Duodécima. La propuesta fiscal del partido republicano norteamericano podría provocar efectos similares a los de la asimetría híbrida de establecimiento permanente no computado.

²³ Informe final de la Acción 14.

²⁴ Proposition de directive du Conseil concernant les mécanismes de règlement des différences en matière de double imposition dans l'Union européenne.

²⁵ SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales», *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre 2015.