



Boletín Mexicano de Derecho Comparado
ISSN: 0041-8633
bmdc@comunidad.unam.mx
Universidad Nacional Autónoma de
México
México

Hermosín Álvarez, Montserrat
ACCIÓN 2 DEL PLAN BEPS: RECOMENDACIONES EN LEGISLACIÓN DOMÉSTICA
CON ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 148, enero-abril, 2017, pp. 145-183
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42749954005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

ACCIÓN 2 DEL PLAN BEPS: RECOMENDACIONES EN LEGISLACIÓN DOMÉSTICA CON ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA*

BEPS ACTION 2: DOMESTIC LAW RECOMMENDATIONS WITH PARTICULAR REFERENCE TO SPAIN

Montserrat HERMOSÍN ÁLVAREZ

RESUMEN: Los mecanismos híbridos persiguen aprovechar el tratamiento tributario de una misma entidad o instrumento en diferentes jurisdicciones, con el fin de someter una operación a una menor carga impositiva o no tributación. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las diferentes iniciativas emprendidas desde la OECD y la Unión Europea para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. En primer lugar, se identifican y analizan los principales supuestos que generan asimetrías híbridas. En segundo término, se estudian cuáles son las propuestas que realiza la OECD para neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos por parte de las legislaciones domésticas. Para evitar superposición, la neutralización de estos mecanismos se recomienda a una jurisdicción determinada bajo los principios generales

ABSTRACT: Hybrid mismatch arrangements exploit a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions that produce multiple deductions for a single expense or a deduction in one jurisdiction with no corresponding taxation in the other jurisdiction. In this article we analyze the different initiatives from the OECD and the European Union to neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements. The first part provides a case study which recognises the main hybrid mismatch arrangements. Our second aim is to study the OECD recommendations to counteract the effects of hybrid instruments by domestic law. To prevent overlap, the neutralization of these mechanisms is entrusted to a particular jurisdiction under the international taxation principles. Therefore, it is also analysed the method of operation of these rules through linking rules. In line with each case are studied the measures taken by Spain on these recommendations.

* Artículo recibido el 21 de mayo de 2016 y aceptado para su publicación el 3 de septiembre de 2016.

¹ Profesora contratada; doctora de derecho financiero y tributario, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Visiting Scholar at Centre for Commercial Law, Queen Mary University of London, gracias a la supervisión del profesor doctor Tom O'Shea, Senior Lecturer in Tax Law, Centre for Commercial Law, Queen Mary University of London. La presente investigación ha sido realizada gracias al Programa de Movilidad “José Casillejo” del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

del derecho tributario internacional. Por ello, también es objeto de análisis el método de funcionamiento de estas normas para neutralizar los mecanismos híbridos que se han diseñado a través de reglas vinculadas. Al hilo de cada supuesto se examinan las diferentes medidas que ha adoptado España en el impuesto sobre sociedades respecto a estas recomendaciones y la jurisprudencia más relevante.

Palabras clave: OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), Plan BEPS (Plan de acción contra la erosión de bases imponibles), Mecanismos híbridos, Recomendaciones en legislación doméstica, Reglas vinculadas.

Keywords: *OECD (Organization for Economic Cooperation and Development), BEPS Project (base erosion and profit shifting), Hybrid mismatch arrangements, Domestic law recommendations, Linking rules.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Recomendaciones para neutralizar los mecanismos híbridos.* III. *Valoración crítica y reflexiones finales.* IV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Antecedentes*

El proceso de globalización en el que actualmente estamos inmersos ha traído consigo muchas ventajas, aunque en materia de fiscalidad internacional también ha desvelado importantes carencias que han influido en la erosión de las bases imponibles de los sistemas nacionales.² En los últimos tiempos hemos estado asistiendo a continuas referencias respecto a la baja o nula tributación de las operaciones internacionales realizadas mediante la utilización de mecanismos híbridos.³ Se trata de la proliferación de una

² Serrano Antón, F, “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 72, 2004, p. 63.

³ Pueden verse las definiciones ofrecidas por los informes: Informe de la OECD (2014), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion

serie de prácticas fiscales cuya finalidad esencial es lograr supuestos de doble no imposición bajo el amparo de diferentes legislaciones nacionales.⁴ Los mecanismos híbridos persiguen aprovechar al máximo el tratamiento tributario de una misma entidad o instrumento en diferentes jurisdicciones con el fin de someter la operación a una menor carga impositiva o no tributación.⁵ Corregir esta situación generada a nivel internacional es sumamente difícil, aunque se están tratando de paliar sus efectos con iniciativas planteadas desde organismos e instituciones internacionales.⁶ En las últimas décadas ha aumentado considerablemente debido, entre otras causas, a la globalización del comercio internacional y al régimen de consolidación fiscal de las entidades.⁷ Al resultar imposible en el contexto actual la armonización de las leyes internas, parece que el camino más acertado es la introducción de reglas específicas destinadas a corregir las asimetrías fiscales generadas por los mecanismos híbridos, vinculando el tratamiento tributario de la operación a su régimen fiscal aplicable en el extranjero.⁸

and Profit Shifting Project, OECD Publishing, capítulo I, p. 29; *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París, p. 11.

⁴ Respecto al sentido de esta expresión, puede verse a Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E., *Derecho fiscal internacional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 115.

⁵ Como han señalado Malherbe, J. Tello, C. P. y Grau Ruiz, A., el propósito de la neutralización de los acuerdos híbridos es “adaptar las reglas convencionales y nacionales de forma que se evite que los pagos puedan ser deducibles en una jurisdicción mientras que el rendimiento correspondiente no sea gravado en la otra” (*La revolución fiscal de 2014, FATCA, BEPS, OUDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2014, p. 167). Respecto a la eliminación de los vacíos legales que permiten que los beneficios de las empresas desaparezcan a efectos fiscales, Yakimovsky, G., pone como ejemplo a Google en su trabajo “BEPS: el mayor cambio en las reglas fiscales internacionales en una generación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 913, 2015, BIB 2015/17746, p. 1.

⁶ Al respecto puede verse a Edge, Stephen, “Base Erosion & Profit Shifting: A Roadmap for Reform – Tax Arbitrage with Hybrid Instruments”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, núm. 6/7, 2014, p. 7.

⁷ En este sentido, De Boer, Reinout y Marres, Otto, “BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements”, *Intertax*, vol. 43, Iusse I, 2015, p. 14.

⁸ Muchas de estas reglas ya existían en diferentes países; puede verse al respecto *Corporate Loss Utilisation Through Aggressive Tax Planning*, OCDE, 2011, p. 17. La OECD en *Hybrids Reports 2012*, se refiere a medidas específicas implementadas por Nueva Zelanda, Reino Unido, Estados Unidos, Dinamarca, Austria e Italia.

A. Iniciativas desde la OCDE

Las situaciones generadas a nivel internacional por doble no imposición y por las incongruencias en la fiscalidad de los instrumentos híbridos comenzaron a ponerse de manifiesto en la OECD a partir de 2010,⁹ aunque la doctrina científica ya lo había expuesto mucho antes.¹⁰ Finalmente la OCDE publicó en 2012 un primer informe dedicado por completo a los efectos de los mecanismos híbridos, que lleva por nombre *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*.¹¹ Pero sin duda alguna, el punto de inflexión esencial en las medidas para la neutralización de los efectos de los mecanismos híbridos ha sido la elaboración en 2013 por la OECD del informe *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, conocido en el ámbito de la fiscalidad internacional como informe BEPS.¹² En el mismo se reconoce que uno de los ámbitos donde la presión es mayor es en “las discordancias internacionales en la clasificación de las entidades y los instrumentos, en particular, los mecanismos híbridos y el arbitraje”.¹³

En el propio Informe, la OCDE anunciaba la elaboración de un plan de acción integral y de alcance mundial, que tuvo como fruto la publicación, también en 2013, del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, conocido mundialmente como plan BEPS.¹⁴ Posteriormente, fue aprobado el Informe de Recomendaciones de la OCDE de la acción 2, “*Neutralising the Effects of Hybrids Mismatch Arrangements*”, de septiembre de 2014.¹⁵ El

⁹ Con la elaboración de informes que trataban de combatir la planificación fiscal agresiva; así, se realizaron otros trabajos, como el Informe sobre Pérdidas Bancarias (*Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, OECD, 2010) y el Informe sobre Utilización de Pérdidas Corporativas (*Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD, 2011).

¹⁰ Puede verse a Rosembloom, H. D., “The David R. Tillinghast Lecture «International Tax Arbitrage and the International Tax System»”, 53 *Tax Law Review*, 2000, p. 137; Avi-Yonah, R. S., “Commentary on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the International Tax System”, 53 *Tax Law Review*, 2000, p. 167.

¹¹ OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, París, OECD.

¹² OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

¹³ OECD (2013), *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, p. 10.

¹⁴ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

¹⁵ OECD (2014), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

pasado 5 de octubre de 2015 la OCDE presentó el informe final sobre las quince acciones en las que se basa el Plan de Acción BEPS, publicándose el informe final correspondiente a la acción 2, “*Neutralising the Effects of Hybrids Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*”.¹⁶ Como pasamos a analizar, resulta trascendental la importancia del Plan BEPS en el ámbito de la tributación internacional. No en vano se ha llegado a afirmar que BEPS supone la “refundación” del derecho internacional tributario o la “inauguración” de nueva era.¹⁷ Pero tal y como se ha apuntado, “da la impresión de que la principal idea-fuerza detrás del Plan de Acción es que las multinacionales incurren en comportamientos no jurídicamente reprochables, pero sí moralmente reprobables”,¹⁸ que se tratan de corregir, entre otras, a través de la acción 2.

B. Iniciativas desde la Unión Europea

Por su parte, en la Unión Europea también se han acometido diferentes iniciativas¹⁹ que han tratado de paliar la creciente competencia fiscal entre los Estados miembros.²⁰ El 29 de febrero de 2012 la Comisión lanzó una consulta pública con el título “Mercado interior: ejemplos concretos de casos de doble no imposición, TAXUD D1 D (2012)”; como ha señalado Martín Rodríguez, resulta paradójico que apenas se haga mención a esta consulta pública lanzada por la Comisión una semana antes del documento elaborado por la OCDE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Com-*

¹⁶ OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París.

¹⁷ Avi-Yonah, R., S. y Alabi, O., “A Model Treaty for the Age of BEPS”, *University of Michigan Public Law Research Paper*, núm. 411, 2014.

¹⁸ En este sentido, Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J. M., “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPRA”): ¿Final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2014, p. 17.

¹⁹ El Grupo del Código de Conducta 2006-2013 señaló como uno de los problemas relevantes las discordancias generadas por los instrumentos financieros híbridos. Sin embargo, las propuestas realizadas por el Grupo en 2010 respecto a uno de estos instrumentos, los *Profit Participating Loans*, no aparecían en la versión pública de los informes.

²⁰ Aujean, M., “Fighting Tax Fraud and Evasion: In Search of a Tax Strategy?”, *EC Tax Review*, núm. 2, 2013, p. 64.

pliance Issues, publicado el 5 de marzo de 2012.²¹ La Comisión Europea aprobó también en 2012 un Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, COM (2012), 722 final, donde se planteaba como una de las acciones a emprender a corto plazo la revisión de la Directiva Europea sobre Matrices y Filiales (2011/96/UE), para que la misma no constituyera un impedimento en la corrección de la doble no imposición mediante el uso de estructuras de préstamos híbridos.²² Éste ha sido el sentido de la Directiva 2014/86/UE del Consejo, del 8 de julio de 2014,²³ que restringe el ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial²⁴ de 2011.²⁵ También en esta misma línea la Comisión adoptó la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva, C (2012), 8806, final, en la que se realizan diferentes propuestas para combatir por parte de los Estados miembros el uso de estructuras que pese a ser estrictamente legales son contrarias al espíritu de la ley, erosionando las bases imponibles nacionales. En el informe del Grupo del Código de Conducta 2006-2013 al ECOFIN, del 21 de junio de 2013, se puso de relieve que se continúa trabajando en la creación de unos principios comunes para el tratamiento de las distorsiones generadas por los mecanismos híbridos, aunque parece complicado que puedan llevarse a cabo a través de instrumentos de *hard law*. El pasado 18 de marzo de 2015 la Comisión presentó el “paquete de transparencia fiscal” en el impuesto sobre sociedades, para combatir la planificación fiscal agresiva, alineándose con las propuestas del Plan BEPS.²⁶ La Comisión Europea ha vuelto sobre la idea de la base imponible común consolidada en el impuesto sobre so-

²¹ Martín Rodríguez, J. M., “Delimitación de los principales focos de competencia fiscal en la Unión Europea”, *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, p. 168.

²² *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal*, COM (2012), 722 final, p. 10.

²³ LCEur 2014, 1420.

²⁴ Van den Hurk, H., “Proposed Amended Parent-Subsidiary Directive Reveals the European Commission’s Lack of Vision”, *Bulletin for International Taxation*, September, 2014, p. 493.

²⁵ Considerando núm. 3 de la Directiva 2014/86/UE del Consejo, del 8 de julio de 2014.

²⁶ EU Commission, *Communication from the Commission to the EU Parliament and the Council on tax transparency to fight tax evasion and avoidance*, COM(2015) 136 final, Brussels, 18.3.2015; EU Commission Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic Exchange of information in the field of taxation, COM(2015)

ciedades reconociendo, en comunicación del 17 de junio de 2015, que los sistemas tradicionales han quedado superados. El Consejo de Ecofin de la Unión Europea del 8 de diciembre de 2015 ha suscrito el Plan BEPS de la OCDE y el G-20.²⁷ Entre las posibles medidas para la ejecución de BEPS en la Unión Europea se ha presentado una propuesta de directiva el pasado de enero de 2016. La presentación de la propuesta de la “Anti-BEPS Directive”²⁸ puede tener incluso mayor alcance que las acciones planteadas desde la OCDE para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos, ya que nos encontramos ante un instrumento de *hard law*. Así, el pasado 28 de enero de 2016 la Comisión presentó una serie de medidas dentro del “anti tax avoidance package”,²⁹ centradas en el impuesto sobre sociedades, para evitar la elusión fiscal, entre las que se encuentra la propuesta de directiva que contiene una serie de previsiones acerca de los instrumentos y entidades híbridas, cuando entre Estados miembros se utilicen instrumentos híbridos para contrarrestar supuestos de doble deducción o doble no imposición. Tal y como reconoce su propia exposición de motivos, la “presente Directiva pretende lograr un equilibrio entre la necesidad de un cierto grado de uniformidad en la aplicación de los resultados del proyecto BEPS en toda la UE y las necesidades de los Estados miembros a la hora de adaptar las particularidades de sus sistemas fiscales a esas nuevas normas”. Respecto a la tributación de los instrumentos y entidades híbridas, la directiva establece que la calificación jurídica otorgada a un instrumento o a una entidad híbridos por parte del Estado miembro donde se originen los pagos, los gastos o las pérdidas, según el caso, deberá ser aplicada también por el otro Estado miembro que participe en esa asimetría. Como puede verse, los esfuerzos por parte de la Unión Europea y de la OECD³⁰ para llegar a un común denominador en la neutralización de los efectos híbridos han sido constantes.³¹ Por otro lado, “también cabe esperar una interacción

135 final, Brussels, 18.3.2015, y EU Commission, *Combating corporate tax avoidance: Commission presents tax transparency*, Brussels, 18 March 2015.

²⁷ Doc. 15068/15.

²⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM:2016:26:FIN&from=EN>.

²⁹ http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/anti_tax_avoidance/index_en.htm.

³⁰ Calderón, J. M. y Puyol, A., “El paquete de UE de transparencia fiscal de 2015: nuevas medidas del Plan «EU-BEPS» en el horizonte”, *Nota Técnica*, EY abogados, 2015, p. 8.

³¹ En este sentido, puede verse a De Boer, Reinout y Marres, Otto, “BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements”, *op. cit.*, p. 15, y a Dourado,

importante en este tema, fruto del papel que los acuerdos FATCA pueden desempeñar en la lucha contra los instrumentos híbridos, en tanto que al obligar a las instituciones financieras a facilitar la información sobre los mismos, se consigue restringir el uso de tales instrumentos”³²

Este trabajo tendrá por objeto el análisis de la acción 2, tal y como pasamos a comentar.

2. *Objeto de estudio*

Una vez descritos los antecedentes y las diferentes iniciativas emprendidas para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos, en este epígrafe vamos a delimitar el tema objeto de nuestro estudio debido a su amplitud³³ y complejidad. Como ha destacado J. M., Calderón Carrero, no se puede perder de vista que

...no todo supuesto de “doble no imposición” o de “doble deducción fiscal” o, en suma, cualquier ventaja fiscal que obtenga un contribuyente transfronterizo y derive de la diversidad de sistemas tributarios constituye planificación fiscal agresiva, ya que de otro modo todo el “sistema de fiscalidad internacional” caería en tal «categoría» considerando como funciona en la hora actual.³⁴

La neutralización de los instrumentos híbridos objeto de nuestro estudio se encuentra recogida en la acción 2 del Plan BEPS, y pretende con-

A. P., “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *Intertax*, vol. 43, Issue I, 2015, p. 51).

³² 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”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 391, 2015, p. 97; Pedrosa López, J. C., “FATCA como límite a las planificaciones fiscales «agresivas». Especial referencia a los instrumentos híbridos”, en García Prats, F. A. (dir.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, p. 375.

³³ Soler Roch, Ma. T., “Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición”, AA.VV., *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2014, p. 39.

³⁴ Calderón Carrero, J. M., “La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de la acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 363, 2013, p. 34.

tribuir a una mayor homogeneidad internacional en el impuesto sobre sociedades. Esta acción fue encargada al grupo de trabajo 11 de la OECD, sobre planificación fiscal agresiva, junto a las acciones 3, 4 y 12

En el preámbulo de la acción 2 se manifiesta que

...los mecanismos híbridos pueden terminar creando una doble imposición no deseada o un aplazamiento a largo plazo de la imposición mediante, por ejemplo, la creación de dos deducciones para un solo préstamo, la generación de deducciones sin las correspondientes inclusiones de renta o el mal uso de las deducciones por doble imposición internacional y de la exención de las participaciones transfronterizas. Las leyes nacionales que permitan a los contribuyentes elegir entre el tratamiento impositivo de determinadas entidades nacionales y extranjeras podrían facilitar la utilización de mecanismos híbridos. Aunque puede ser difícil determinar qué país ha perdido, de hecho, los ingresos fiscales, pues se han cumplido las leyes de cada país implicado, hay una reducción del total de impuestos pagado por todas las partes implicadas en general que perjudica la competencia, la eficacia económica, la transparencia y la imparcialidad.³⁵

Para lograr esta coherencia, dispone la acción:

Desarrollar disposiciones y recomendaciones modelo relativas al diseño de normas internas que neutralicen el efecto (por ejemplo, la doble exención, la doble deducción o el diferimiento a largo plazo) de los mecanismos y de las entidades híbridas. Entre ellas pueden figurar: (i) cambios en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para asegurar que no se utilicen mecanismos y entidades híbridas (así como entidades con doble residencia) para obtener indebidamente ventajas de los Tratados; (ii) disposiciones en la legislación nacional que eviten la exención o la falta de reconocimiento de ingresos por pagos deducibles para el pagador; (iii) disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por pagos que no se hayan de incluir en los ingresos del receptor (y que no esté sujeta a imposición por el efecto de disposiciones tipo compañías foráneas controladas (CFC) u otras normas similares); (iv) disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por un pago que también resulte deducible en otra jurisdicción; y, (v) cuando sea necesario orientaciones para la coordinación o normas para resolver los conflictos si hay más de un país que desea aplicar este tipo de

³⁵ OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, p. 18.

normas a una transacción o estructura. Se debe prestar una atención especial a la interacción entre los posibles cambios en una ley nacional y las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Este trabajo se coordinará con el trabajo sobre las limitaciones a la deducción de los gastos financieros, el trabajo sobre las normas de CFC y el trabajo sobre abuso de tratados mediante la búsqueda del convenio más favorable.³⁶

La acción BEPS que nos ocupa pretende incidir en los convenios y legislaciones nacionales para evitar los efectos o asimetrías que los instrumentos híbridos pueden ocasionar en diferentes jurisdicciones. Así, entre otros, no permitir que en un Estado se pueda deducir un pago que no haya sido gravado como renta en otro Estado o la realización de múltiples deducciones que no se hayan gravado en ninguna jurisdicción.³⁷ Después de un primer año de trabajo, la OCDE publicó un conjunto de informes en los que se proponían diferentes medidas de modificación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (MCOCDE) y otras propuestas acerca de recomendaciones de modificación de las legislaciones internas de los países. El Informe con Borrador de Recomendaciones de la OCDE de la acción 2 de BEPS “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch” (Neutralización los efectos de los mecanismos híbridos), de septiembre de 2014, se divide en dos secciones claramente diferenciadas. Por un lado, la sección 1 versa sobre las “Recomendaciones para el diseño de la normativa interna”, mientras que la sección 2 se ocupa de las “Recomendaciones de modificación de los convenios”. El Informe final de la OCDE de 2015 “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch” también se divide en dos partes, dedicándose la parte I a las recomendaciones para el diseño de las legislaciones domésticas.³⁸

En nuestro estudio analizaremos las recomendaciones en materia de legislación doméstica sobre el impacto de los instrumentos híbridos.

³⁶ OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, p. 20.

³⁷ Para un análisis detallado del propósito de la acción 2 puede consultarse a Edge, S., “Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform – Tax Arbitrage with Hybrid Instruments”, *Bull. Int’l Tax*, 2014, p. 318; Tatarová, M., “Hybrid Mismatch Arrangements: The OECD Report and the Canadian Perspective”, en Alty, D. G. *et al.* (eds.), *Canadian Tax Journal*, 2012, pp. 701 y ss.; Popa, O., “Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS Action Plan”, *Eur. Tax*, 2014, p. 408.

³⁸ Páginas 13 a 134 del Informe final de la OCDE de 2015.

3. Metodología

En primer lugar, intentaremos describir y analizar los diferentes casos a los que se ofrecen una serie de recomendaciones a incorporar por parte de las legislaciones domésticas para evitar su efecto pernicioso. En este sentido, el Informe de 2014 ha supuesto un gran avance, ya que trata un amplio espectro de supuestos con relación a iniciativas anteriores. Así, la deducción de gastos que no se corresponden con la inclusión de rentas a efectos fiscales, efecto D/NI (capítulo 2); la práctica de dobles deducciones, efecto D/D (capítulo 3), y de operaciones que indirectamente producen el efecto de deducción, pero sin que se haya incluido ninguna renta fiscal, efecto D/NI (capítulo 4). Termina esta primera parte el Informe realizando sugerencias para la implementación y coordinación de estas medidas en el capítulo 5; ofreciendo definiciones en el capítulo 6, y, por último, apuntando una terminología específica en el capítulo 7.

Por su parte, el Informe final de 2015 complementa al anterior con orientaciones y ejemplos prácticos adicionales, que aportan más detalles para la aplicación de las recomendaciones. También contiene nuevos trabajos sobre operaciones de transferencia de activos (préstamo de valores y operaciones de compraventa con pacto de recompra), mecanismos de híbridos importados y los pagos calificados como ingresos o rendimientos con arreglo al régimen de transparencia fiscal internacional (CFC). En segundo término, una vez que hayamos estudiado los supuestos de hecho que generan asimetrías híbridas, pasaremos a ver cuáles son las propuestas que realiza la OECD en aras a neutralizar sus asimetrías. Analizaremos las medidas antihíbridos contenidas en la sección 1 del Informe de 2014 estructuradas en estos siete capítulos³⁹ y las recomendaciones contenidas en el Informe final de 2015.⁴⁰ El método de funcionamiento de estas normas para neutralizar los mecanismos híbridos se ha diseñado a través de reglas vinculadas (*linking rules*). De esta forma, se pretende evitar que una misma operación pueda soportar una doble imposición por aplicación de la misma regla por varias jurisdicciones, pero la aplicación de las mismas requiere que las jurisdicciones implicadas estén perfectamente coordinadas. Para evitar superposición, la neutralización del mecanismo

³⁹ Part I, *Recommendations for the design of domestic rules*, pp. 27-75.

⁴⁰ Part I, *Recommendations for domestic law*, pp. 13-131.

híbrido se encomienda a una jurisdicción determinada bajo los principios generales del derecho tributario internacional.⁴¹ Por ello, se parte de una regla primaria o de reacción (*primary rule o response*), que está encaminada a corregir la situación de asimetría generada por el mecanismo híbrido. Solamente en caso de que el Estado en cuestión no tenga prevista la regla primaria o no la aplique, entrará en juego la regla defensiva (*defensive rule*). Al hilo de cada supuesto comentaremos si España ha llevado a cabo la acogida de estas recomendaciones, ya que como señala el preámbulo de la Ley 27/2014, del 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS)

...resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no sólo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas.

A continuación, pasamos a analizar las Recomendaciones para neutralizar los mecanismos híbridos apoyándonos en la jurisprudencia y doctrina científica sobre esta materia.

II. RECOMENDACIONES PARA NEUTRALIZAR LOS MECANISMOS HÍBRIDOS

En la parte relativa a la legislación doméstica comienza el Informe de 2014 delimitando en el capítulo 1 el ámbito de aplicación de sus recomendaciones. Respecto al mismo, resulta necesario realizar algunas observaciones preliminares. En primer lugar, necesitan para su aplicación que en la operación intervenga una entidad híbrida (*hybrid entity*) o un instrumento híbrido

⁴¹ De Boer, Reinout y Marres, Otto, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *cit.*, p. 17.

(*hybrid financial instrument or hybrid transfers*).⁴² Sin embargo, además de estas definiciones no se puede perder de vista que no existe una entidad híbrida o instrumento híbrido por naturaleza, sino que serán calificados como tales atendiendo al efecto que producen. Otra premisa fundamental que se ha de destacar es que si bien los primeros trabajos de la OCDE hacían referencia a cualquier tipo de entidad, la mayoría de las recomendaciones que vamos a analizar se han ceñido a organizaciones estructuradas o *structured arrangement*, que se han creado para producir el efecto fiscal híbrido, y a entidades vinculadas o grupo de empresas con una participación de al menos el 25%.

1. *Efecto deducción y no inclusión (D/NI): instrumentos financieros híbridos y transferencias híbridas*

En los dos casos que pasamos a analizar, el efecto de deducción y no imposición deriva de la diferente calificación de un instrumento o negocio jurídico en las jurisdicciones afectadas.

A. *Instrumentos financieros híbridos*

a. Supuesto de hecho

Este primer supuesto al que se refiere el informe hace referencia a la utilización de un instrumento financiero híbrido para conseguir el efecto de deducción de un pago sin la correspondiente inclusión del mismo como renta fiscal. Como ha advertido Sanz Gadea, la “esencia del instrumento híbrido descansa en que conduce a las partes que intervienen en su creación a adoptar posiciones incompatibles desde la perspectiva fiscal en sus respectivas jurisdicciones fiscales”.⁴³ El supuesto de hecho y la recomendación que vamos a analizar solamente entrará en juego si estamos ante

⁴² Chapter 1, *Definition of hybrid mismatch arrangement*, pp. 29-32. En este sentido, puede verse a Dourado, A. P., “Reference in the OECD Action Plan is also Made to Domestic Measures and are Restricted to Hybrid Instruments and Entities” (“Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *Intertax*, vol. 43, Issue I, 2015, p. 51).

⁴³ Sanz Gadea, E., “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *cit.*, p. 35.

una operación que se realiza entre entidades vinculadas o dentro de una organización estructurada, siendo el contribuyente parte de la misma, en el que se ha procedido a la deducción de pagos bajo un instrumento híbrido que no han sido gravados como renta en la base imponible de la jurisdicción del beneficiario.⁴⁴ Como describen los informes, habría dos jurisdicciones implicadas respecto a un mismo instrumento financiero híbrido. En una jurisdicción el tratamiento tributario de este pago sería de gasto fiscalmente deducible (efecto D), mientras que en la jurisdicción beneficiaria esa renta no quedaría gravada (efecto NI). Basándonos en los esquemas ofrecidos por los informes, podríamos resumir la estructura de funcionamiento anteriormente descrita con un ejemplo básico. La sociedad B, es una entidad residente en el país B, que emite un instrumento financiero que tiene en su ordenamiento jurídico la condición de deuda (*debt*), mientras que en el país A, tiene para la entidad inversora A y residente en este país, la condición de fondos propios (*equity*). En el país A, la operación a través del instrumento híbrido no quedaría gravada (bien por considerarse a esta operación como un supuesto de no sujeción, exención, etcétera).⁴⁵ La consecuencia que provoca la utilización de este instrumento híbrido es su falta de tributación en las dos jurisdicciones implicadas, teniendo un tratamiento ventajoso en el país B, ya que aquí el instrumento híbrido se considera gasto deducible. Como se ha advertido, estos instrumentos financieros complejos que “aglomeran características propias del endeudamiento y de los fondos propios son los candidatos más aventajados para cumplir la función fiscal a través de la cual se identifica el instrumento híbrido”.⁴⁶ Además, en esta tipología de supuestos, las consecuencias prácticas de los híbridos aumentan debido al papel que juegan los bajos tipos de intereses en el panorama de la tributación internacional.⁴⁷ Tal y como puntualiza el Informe final de la OCDE de 2015, nos encontramos ante un supuesto que se puede presentar en multitud de

⁴⁴ Como han señalado Malherbe, J. *et al.*, los instrumentos híbridos son “instrumentos que fiscalmente son tratados de manera diferente en los dos países, principalmente como deuda en un país y como capital en el otro” (*La revolución fiscal de 2014*, *cit.*, p. 167).

⁴⁵ El efecto de posible deducción en un país acompañada de la no imposición en el otro es descrito por Malherbe, J. *et al.*, *La revolución fiscal de 2014*, *cit.*, p. 168.

⁴⁶ Sanz Gadea, E., “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *cit.*, p. 35.

⁴⁷ Jiménez Blanco, J. I., “El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional”, *Fiscalidad Internacional*, t. II, 6a. ed., CEF, 2015, p. 1761.

situaciones, y que hace prácticamente imposible la identificación y descripción de cada una de ellas.⁴⁸

b. Recomendaciones en legislación doméstica

En el supuesto que nos ocupa se ofrece una regla primaria y una regla defensiva, en la que la iniciativa la tiene el país de la entidad pagadora, puntuizando además que las diferencias de imputación temporal en las bases imponibles no se consideraran asimetría fiscal a los efectos de la aplicación de estas recomendaciones, siempre que estén debidamente justificadas. Las reglas que nos ofrecen los informes las podríamos resumir del siguiente modo: 1. Regla primaria: negar la deducción en el país B. 2. Regla defensiva: inclusión del pago en la base imponible del perceptor (sociedad A). 3. Diferencias de imputación temporal: no se neutralizarán los ajustes provocados por diferencias de imputación temporal del ingreso y del gasto en las bases imponibles. La mayoría de los efectos híbridos que nacen bajo este esquema derivan de la diferente consideración que tienen las jurisdicciones implicadas del principio de preferencia del fondo sobre la forma. Ciertamente, si se atendiera a la naturaleza de la operación, los supuestos reales de mecanismos híbridos quedarían muy reducidos.

c. Incorporación por la LIS

Como hemos visto, el propio preámbulo de la LIS nos advertía de la incorporación de ciertas medidas para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. En el artículo 15. j de la LIS respecto a los gastos no deducibles se incorpora la regla primaria o *primary rule* recomendada, según la cual

No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

j. Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en éstas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento.

⁴⁸ OECD, 2015, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report, *op. cit.*, p. 25.

De la literalidad del precepto se extrae que para que sea aplicable la regla primaria es necesario que concurran tres requisitos: 1. Ámbito subjetivo: el supuesto de hecho debe estar referido a operaciones entre personas o entidades vinculadas según las definiciones de la LIS.⁴⁹ 2. Tratamiento en España según la LIS como “gasto fiscalmente deducible”: estos gastos deben ser considerados como fiscalmente deducibles para una entidad sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades en España. 3. Calificación fiscal diferente en otra jurisdicción: la diferente calificación en la contraparte debe tener como consecuencia inmediata su falta de gravamen total o una tributación muy baja, porque su calificación sea de no ingreso, ingreso exento o soporte un gravamen a un tipo inferior al 10%. Si concurren los tres requisitos mencionados, la consecuencia inmediata⁵⁰ será la no deducción del gasto.⁵¹ Ahora bien, con respecto a la literalidad de este precepto, llama la atención que se aparta de los requisitos que hemos visto que apunta la recomendación de la OECD, ya que entiende que también se generaría un efecto híbrido en un supuesto que no ha sido recogido por los informes. Así, en virtud de nuestra normativa interna, también tendremos que denegar la deducción del gasto si la renta ha soportado una tributación inferior al tipo nominal del 10%.⁵² Por su parte, la regla defensiva o *defense rule* también ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través de una serie de previsiones contenidas en el artículo 21.1 de la LIS, según el cual “No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones

⁴⁹ Contenidas en el artículo 18. 2, letras a) a i), de la LIS.

⁵⁰ Como ha señalado Serrano Antón, F., “se persiguen las operaciones que permiten que mientras en unas jurisdicciones el híbrido se califica como un instrumento de capital “dividendo”, la otra puede hacerlo como un instrumento de deuda (interés) derivándose en consecuencia efectos jurídicos distintos” (“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”, *cit.*, p. 98).

⁵¹ Como puede verse, se ofrece el mismo tratamiento que a las retribuciones de fondos propios o préstamos participativos. Para el ámbito de aplicación de la regla primaria contenida en el artículo 15. j. de la LIS, se ha de tener presente la calificación como fondos propios y, por lo tanto, no deducibles en el pagador, de los intereses de los préstamos participativos a entidades del grupo (artículo 15, a), LIS).

⁵² Pueden consultarse las observaciones realizadas por López Ribas acerca de esta innovación recogida por nuestra norma interna en “Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos”, núm. 12, *Carta Tributaria-Monografías*, 2014, p. 7”.

en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”.

Como puede verse, la norma persigue evitar casos de doble imposición, como de doble no imposición.⁵³ De la misma se deriva que el perceptor quedará gravado por el ingreso, no pudiendo calificarse como no ingreso o no estando exento. La regla defensiva plantea la no aplicación de la exención por doble imposición cuando el dividendo sea considerado como gasto en la jurisdicción pagadora. Los requisitos que deben concurrir para la aplicación de la regla defensiva serían dos: 1. Se debe percibir una renta que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico es calificada como renta derivada de la participación en fondos propios de entidades (por ejemplo, dividendos). 2. Para la entidad pagadora esta renta ha tenido la consideración de gasto fiscalmente deducible. Por su parte, en el artículo 21.2.2, LIS, se establece también una limitación al efecto no inclusión (N/I), pero con un ámbito de aplicación más específico que el del apartado 1. Concretamente, la norma hace referencia al supuesto que acontecería dentro del mismo grupo de empresas, cuando una sociedad no residente (prestataria) pide un préstamo a otra entidad residente en España y perteneciente al mismo grupo (prestamista). La renta que recibe la entidad prestamista española no quedará exenta como renta derivada de la distribución de fondos propios en nuestra jurisdicción si se ha considerado gasto fiscalmente deducible en la jurisdicción de la entidad prestataria.⁵⁴ La norma establece al respecto 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.

Este precepto continúa la línea de medidas antihíbridos propuestas por la OCDE, y establece nuevas limitaciones a la aplicación de la exen-

⁵³ García Prats, F. A., “Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties”, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 2011, p. 986.

⁵⁴ Ya que este tipo de rentas se califica como participación en fondos propios en el artículo 15, a), LIS.

ción de dividendos o participaciones en beneficios cuando los mismos han provocado un gasto deducible en la jurisdicción del pagador. Los requisitos que deben concurrir para la aplicación de esta regla serían los siguientes: 1. Ámbito subjetivo: debe tratarse de una operación entre entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades (según el artículo 42 del Código de Comercio). 2. Ámbito objetivo: deben ser rentas derivadas de préstamos participativos que hayan generado un gasto fiscal deducible en la entidad pagadora. Si se dan estos dos requisitos, la consecuencia será la denegación de la exención en nuestra jurisdicción. La respuesta de la norma española es que dicha renta no se considera exenta; sin embargo, se ha de tener en cuenta que los instrumentos híbridos van a ser considerados como tales dependiendo del efecto que genera su diferente calificación en las jurisdicciones implicadas, pero *a priori* no se podrá determinar si se está en presencia de un instrumento híbrido, ya que no existen los instrumentos híbridos por naturaleza. Tal y como advierte López Ribas, “la aplicación de una regla como la del artículo 21 va a depender de lo que acontezca fiscalmente en la jurisdicción emisora del instrumento financiero”⁵⁵. Hemos de destacar que estas previsiones que fueron incorporadas en la LIS tienen también su origen en el Plan para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal de la Comisión Europea, del 6 de diciembre de 2012, y en la Directiva 2014/86/UE del Consejo, del 8 de julio de 2014,⁵⁶ que restringe el ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial —Directiva 2011/96/UE del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes—.⁵⁷ La directiva de 2014 contiene una previsión que debe transponerse antes del 31 de diciembre de 2015, y que el Estado español ya ha hecho efectiva, según la cual se prohíbe a los Estados miembros donde tenga su residencia la entidad matriz que consideren exentos los beneficios que ésta perciba y que hayan sido deducidos por la filial.⁵⁸ No obstante, se ha de señalar que hay autores que piensan que esta modificación de la Directi-

⁵⁵ López Ribas, S., “Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos”, *cit.*, p. 7.

⁵⁶ LCEur 2014, 1420.

⁵⁷ LCEur 2011, 2270.

⁵⁸ Sin duda alguna, constituye otra importante iniciativa para acabar con los efectos de los mecanismos híbridos desde la Unión Europea. Al respecto puede verse a Dourado, A. P., “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *cit.*, p. 43.

va ha sido insuficiente, ya que incide sólo en los problemas derivados de la doble no imposición cuando también se debería de haber abordado la problemática de la doble imposición que genera la utilización de mecanismos híbridos en este ámbito.⁵⁹

*d. El supuesto de las acciones preferentes reembolsables:
la sentencia de la Audiencia Nacional del 18 de abril de 2013*

La Audiencia Nacional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posible aplicación de la exención de dividendos contenida en la normativa anterior para evitar la doble imposición (artículo 21, LIS) a través de la utilización de un instrumento híbrido, en la sentencia del 18 de abril de 2013, en relación con Australia y España. El Tribunal Supremo también se ocupó del caso en la STS del 10 de julio de 2014.⁶⁰ El instrumento financiero era considerado en un país como pasivo (sede donde reside la filial), y, por lo tanto, generaba un gasto deducible en concepto de intereses, mientras que en la otra jurisdicción implicada tenía la consideración de instrumento de patrimonio (sede donde reside la matriz), y al considerarse *a priori* como dividendos, parecían encontrarse exentos. En concreto, la sentencia analiza la naturaleza jurídica de las rentas que una filial australiana pagaba a su matriz en España a través de participaciones preferentes o acciones privilegiadas (Prefs). Las acciones generaban una rentabilidad fija del 9%, y pasados veinticinco años serían reembolsadas mediante su conversión en acciones. El obligado tributario sostenía que las acciones privilegiadas eran consideradas como capital según el derecho australiano, y que, por lo tanto, sus rentas debían ser consideradas en todo caso como dividendos. Pese a ello, la Audiencia Nacional denegó la aplicación de la exención de las rentas generadas por las acciones preferentes reembolsables emitidas por sociedades australianas. Se consideró que estas acciones privilegiadas que había recibido la matriz española de sus filiales en España tenían la consideración de intereses, puesto que las acciones preferentes se habían emitido como reembolso de un préstamo

⁵⁹ Para un análisis crítico de la modificación de la Directiva matriz-filial puede verse a Hans van den Hurk, “Proposed Amended Parent-Subsidiary Directive Reveals the European Commission’s Lack of Vision”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 18, núm. 9, 2014.

⁶⁰ RJ 2014, 4033.

asumido por la filial a un interés anual del 9%. Este pronunciamiento resulta de máximo interés, debido a que la Audiencia Nacional podía haber resuelto el mismo con base en la aplicación del artículo 21, LIS, sosteniendo que esta renta no podía disfrutar de la exención, puesto que la norma persigue eliminar la doble imposición que en este caso era inexistente.⁶¹ Sin embargo, la sentencia presenta importantes aportaciones en esta materia, ya que, además de atender a este argumento jurídico, la Audiencia Nacional entró a analizar la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes australianas en aras a determinar cuál sería el régimen tributario aplicable.⁶² Después de analizar los datos relevantes, la Audiencia Nacional determinó que la naturaleza del conjunto de obligaciones y derechos en esta operación derivaba de la existencia de un contrato de préstamo, y el mismo tenía que ser gravado atendiendo a su verdadera naturaleza jurídica, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de la LGT.⁶³ La causa del contrato es la propia de las operaciones crediticias, no de las societarias, por lo que la naturaleza de la renta enjuiciada no es otra que la de intereses. En el fundamento jurídico octavo resultan bastante clarificadoras las manifestaciones llevadas a cabo por la Audiencia Nacional, a tenor del cual

...es un elemento primordial a valorar, que no puede ser desligado del examen de la renta controvertida, el que las acciones preferentes examinadas tienen como causa de su emisión el reembolso de un préstamo, lo que sirve de nexo fundamental a la hora de determinar la naturaleza de los rendimientos cuestionados, dada la íntima conexión entre el contrato de préstamo que le sirve de causa y el negocio jurídico por el que se reembolsa dicho préstamo, consistente en la emisión de “las acciones preferentes y no reembolsables y convertibles”, cuyas condiciones se recogen el contrato titulado “Issue of non redimable non-cumulative converting preference shares”, y de un derecho preferente.

⁶¹ Fundamento jurídico décimo.

⁶² Esta problemática queda perfectamente explicada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, donde se expone que la cuestión fundamental a analizar consiste en determinar la calificación que hay que darle a las rentas obtenidas por la filial, si son dividendos o intereses a los efectos de lo señalado en el artículo 21, TRLIS.

⁶³ En el fundamento jurídico octavo se precisa el alcance del artículo 13 de la LGT.

e. El supuesto de los “juros” brasileños: la sentencia de la Audiencia Nacional del 27 de febrero de 2014

Al igual que el supuesto anterior, este pronunciamiento recae sobre la posible aplicación de la exención para evitar la doble imposición internacional del antiguo artículo 21 del TRLIS, pero en este caso afecta a los *juros* brasileños que las filiales residentes en Brasil distribuyen a las sociedades matrices en España. Los *juros* son distribuciones de resultados que la legislación tributaria brasileña permite considerarlos como gastos deducibles en el impuesto sobre sociedades. No tienen equivalente en nuestro ordenamiento jurídico y es una forma de retribución a los accionistas; podríamos decir que tienen una configuración mixta, ya que desde el punto de vista mercantil son participaciones en beneficios, aunque desde el punto de vista fiscal se consideran gasto deducible. Los antecedentes al pronunciamiento final de la Audiencia Nacional, incluido el TEAC, habían considerado que no era aplicable la exención para evitar la doble imposición internacional.⁶⁴ En líneas generales porque, en primer lugar, se consideró que no existía doble imposición, ya que, al haberse deducido los *juros* como gasto por parte de la filial brasileña, los mismos no habían quedado gravados en esta jurisdicción. En segundo término, porque atendiendo a la legislación tributaria de Brasil los *juros* tienen la consideración de intereses, y, por consiguiente, de gastos deducibles, y la exención del artículo 21, TRLIS, sólo es aplicable respecto a dividendos o participaciones en beneficios. Debido a la compleja configuración de los *juros* brasileños desde el punto de vista mercantil y tributario, el TEAC, en resoluciones del 13 de abril de 2011 y del 26 de abril de 2012, consideró a los *juros* brasileños como intereses o gastos deducibles para el pagador, pero no como dividendos, dando prevalencia al criterio fiscal en detrimento de la configuración mercantil como fondos propios en Brasil. El Tribunal Federal Alemán, en la sentencia del 6 de junio de 2012, caso *Bundesfinanzhof*, también se ocupó de la naturaleza de los *juros* brasileños a efectos de la aplicación de la exención para evitar la doble imposición. Mientras que la inspección consideró que eran intereses, tanto el Tribunal Regional de

⁶⁴ Para un análisis exhaustivo de este caso puede verse a Pedrosa López, J. C., “El tratamiento de los «Juros sobre o capital propio» como instrumento financiero híbrido. Remisión a la sentencia 712/2014 de audiencia nacional”, *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2015, pp. 37 y ss.

Nuremberg como el Tribunal Federal entendieron que las rentas recibidas en forma de juros tenían una consideración equivalente a la de los dividendos. A este pronunciamiento le siguió la sentencia de la Audiencia Nacional, del 27 de febrero de 2014,⁶⁵ donde se considera haciendo referencia entre otras muchas consideraciones al pronunciamiento alemán, a los juros brasileños para la matriz española como dividendos y no como intereses, admitiendo por lo tanto la aplicación de la exención del artículo 21, TRLIS.⁶⁶ Por un lado, entiende la Audiencia Nacional que conforme a la legislación mercantil brasileña los juros son una forma de participación del socio en el capital social de la entidad; no responden a un pago por la existencia de un crédito además de que su cálculo no es sobre la devolución de un principal. En su argumentación le da prevalencia a la calificación mercantil de esta categoría, aunque a efectos fiscales se traten como intereses y sean considerados gastos deducibles. En su pronunciamiento también se apoya la Audiencia Nacional en el hecho de que los juros no encajan en la definición de intereses ofrecida por el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Brasil.⁶⁷ Finalmente, nos resulta llamativo que la Audiencia Nacional aceptara la aplicación de la exención del artículo 21 del TRLIS, pero sin entrar a valorar si se ha producido o no doble imposición.

B. *Transferencias híbridas*

a. Supuesto de hecho

El siguiente caso al que dedica atención el informe se refiere a las asimetrías fiscales provocadas por la realización de transferencias o *transfers*, que tienen una consideración diferente en dos jurisdicciones implicadas, donde el negocio jurídico subyacente sería el de un préstamo con garantía.⁶⁸ Como

⁶⁵ JT 2014/672.

⁶⁶ Así, en su fundamento jurídico octavo, la sentencia hace referencia al Tribunal Federal Alemán, encargado de los asuntos tributarios y a su sentencia del 6 de junio de 2012.

⁶⁷ Se señala en el fundamento jurídico sexto que: “desde la perspectiva del Convenio para evitar la Doble Imposición, los JSCP no pueden incardinarse en el concepto que la norma da de los «intereses», sino que el más apropiado es en el de «dividendos», pues es a la mecánica que responden los «juros» brasileños”.

⁶⁸ OECD, 2015, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report, *op. cit.*, p. 47.

han puntualizado J. Malherbe, C. P. Tello, y A. Grau Ruiz, las “transferencias híbridas son contratos que, según el Derecho de un país, tienen efectos traslaticios del derecho de propiedad; y según el Derecho del otro, no tienen este efecto, al ser considerados de forma general como préstamos con garantía”.⁶⁹ La OCDE se ha referido de manera específica a la transacción más frecuente que tendría lugar dentro de este esquema —“*Collateralised Loan Repo*”—, y que tendría por objeto la compra con pacto de recompra de un activo (por ejemplo, la participación en fondos propios —como acciones— a cambio de financiación). Las dos jurisdicciones implicadas en este supuesto serían titulares del activo entregado en garantía, y la diferencia entre los precios de estos dos actos representaría el importe de los intereses.⁷⁰ Tal y como se detalla en los informes, la asimetría fiscal vendría determinada por la diferente consideración de la operación por parte de las jurisdicciones implicadas, por un lado, una jurisdicción determina la fiscalidad de la operación atendiendo a su sustancia económica, considerando que existe un préstamo garantizado. La segunda jurisdicción implicada atiende a la forma del negocio jurídico para determinar el régimen tributario aplicable a la operación, en virtud de la cual existe la venta de activos (por ejemplo, acciones) con posterior recompra. En la primera jurisdicción, al considerarse la transferencia como un préstamo, tendría la consideración de gasto deducible en la base imponible de la primera entidad; sin embargo, esta operación tampoco quedaría gravada en la segunda jurisdicción implicada, ya que al considerarse como activos, sería posible que las rentas generadas por los mismos —por ejemplo dividendos generados por acciones— se encontraran exentas en el impuesto sobre sociedades, y, de igual forma, podría encontrarse exenta la plusvalía generada con la venta de los activos.⁷¹ En el informe se expone un ejemplo en el que habría una sociedad A, residente en el país A, que tiene una filial B sub. La sociedad A vende las acciones de B sub a la sociedad B, bajo el acuerdo de que la sociedad A o una de sus filiales comprarán las acciones

⁶⁹ *La revolución fiscal de 2014*, cit., p. 167.

⁷⁰ Malherbe, J. et al. lo exponen con el siguiente ejemplo: “una operación de venta y compra de acciones («REPO»), entre una sociedad A en un país A y una sociedad en un país B. A ha constituido una sociedad de propósito especial («special purpose vehicle» «SPV») y vende las participaciones a B con la estipulación de que A podrá volver a comprarlas posteriormente a un precio convenido”, *La revolución fiscal de 2014*, cit., p. 167).

⁷¹ Malherbe, J. et al. lo aplican en *La revolución fiscal de 2014*, cit., p. 167.

en un futuro con precio pactado. Entre la compra y la recompra B sub distribuye dividendos a la sociedad B.⁷² Aunque desde el punto de vista práctico este ejemplo de transferencia híbrida tendría relevancia, se podrían poner de manifiesto algunos ejemplos más; de hecho, otros casos ya se recogían en la Consulta de la OECD de 2014 sobre Recomendaciones en legislación doméstica.⁷³

b. Recomendaciones en legislación doméstica

Para combatir esta falta de tributación, la OCDE propone las siguientes reglas: 1. Regla primaria: negar la deducción. 2. Regla defensiva: inclusión de la renta en la base imponible del perceptor, país B. Como puede verse, la respuesta para combatir esta estructura es similar al supuesto anteriormente analizado; sin embargo, resulta curioso a la hora de encuadrar esta recomendación en el principio de preferencia del fondo sobre la forma que, la OCDE se decante como primera alternativa por la no deducción de los intereses.

c. Incorporación por la LIS

La regla primaria (*primary response*) aplicable a este supuesto la tenemos en artículo 15.j. de la LIS anteriormente transcrita, que, como hemos visto, consiste en la negación de la deducción del gasto. No obstante, se ha de señalar que la regla defensiva (*defensive rule*) no ha sido directamente acogida por la LIS. La no aplicación de la exención del artículo 21.1, LIS, solamente se aplica para las rentas derivadas de la participación en fondos propios de entidades, como pueden ser los dividendos, donde parece que no cabría a tenor de su literalidad la obtención de plusvalías de cartera. Respecto a la acogida de la regla defensiva por parte del ordenamiento jurídico español, nos parecen muy acertadas las observaciones realiza-

⁷² De Boer, Reinout y Marres, Otto (“Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *cit.*, p. 22).

⁷³ OECD (2014), *Consultation on Recommendations for Domestic Laws*. De Boer, Reinout y Marres, Otto, resumen estos ejemplos en “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *cit.*, p. 23.

das por Sanz Gadea, quien advierte que si bien la regla defensiva no se encuentra en la literalidad de la LIS, ya que la misma no se encuadra en el supuesto de hecho del artículo 21.1, LIS, sí podría interpretarse que, partiendo del artículo 13 de la LGT, donde se recoge el principio de preferencia de la naturaleza jurídica sobre la forma, la renta percibida por la sociedad no se calificaría como plusvalía de cartera exenta, sino como un préstamo o renta derivada de la cesión de capitales propios. El autor pone de relieve el problema de interpretación que, llegado el caso, podría darse si tuviera que aplicarse la regla defensiva.⁷⁴ Quizá no sea el camino más adecuado el tener que conceder la exención a esta operación, ya que el beneficio fiscal recae sobre las rentas obtenidas en la transmisión de participaciones en una entidad cuya naturaleza jurídica difiere de la obtención de rentas por la cesión de capitales propios. Sin duda alguna existe un importante elemento de riesgo en la posible planificación que se pueda llevar a cabo a través de instrumentos financieros híbridos en España debido a los problemas de interpretación apuntados.⁷⁵

2. *Efecto deducción y no inclusión (D/NI): entidad pagadora híbrida y entidad perceptora híbrida*

Las entidades híbridas “son entidades tratadas como fiscalmente transparentes en un país y opacas en otro”.⁷⁶ Los supuestos que pasamos a analizar se caracterizan porque en los mismos entra en juego una entidad híbrida, que bien actúa como pagadora o como perceptora de fondos. Quizá las entidades que mejor pueden cumplir con la función fiscal encomendada a los mecanismos híbridos posiblemente sean las sociedades de personas o de tenencia de activos, y, aunque se han hecho diferentes

⁷⁴ Sanz Gadea, E., “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *cit.*, pp. 39 y 40.

⁷⁵ En este sentido, Jiménez Blanco, J. L., “El uso de los instrumentos financiero híbridos...”, *cit.*, p. 1777.

⁷⁶ Malherbe, J. *et al.*, *La revolución fiscal de 2014*, *cit.*, p. 167. Respecto a la esencia de la entidad híbrida, advierte Sanz Gadea, E., que la misma descansa en que “recibe un tratamiento distinto, en cuanto sujeto fiscal, ante dos o más jurisdicciones fiscales distintas” (“Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *cit.*, p. 35). Chris J. *et al.* las definen del siguiente modo: “A hybrid entity is an entity which is treated as a separate taxable person under the tax system of one country, while it is treated a «transparent» in another country” (*Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007, p. 134).

clasificaciones a nivel doctrinal de este tipo de entidades, no podemos perder de vista que serán calificadas como tales en función del tratamiento jurídico que reciben en diferentes jurisdicciones.⁷⁷

A. Efecto deducción y no inclusión (D/NI): entidad pagadora híbrida

a. Supuesto de hecho

El caso que analizamos a continuación afectaría a una entidad híbrida —*disregarded payments made by a hybrid entity to a related party*— que posee una consideración diferente en dos jurisdicciones implicadas y que realiza un pago, cuyo efecto fundamental conllevará que en la jurisdicción del pagador habrá un gasto deducible, que no será gravado en la jurisdicción del beneficiario como renta ordinaria.⁷⁸ Como puede verse, la causa que provoca el efecto híbrido en este supuesto no se sustenta en la diferente calificación de fondo de un instrumento o negocio jurídico como en los dos casos anteriores. Aquí, la asimetría híbrida viene provocada por el régimen tributario aplicable a la entidad que es diferente en las jurisdicciones implicadas. De nuevo, el supuesto que pasamos a analizar hace referencia a operaciones realizadas dentro de un mismo grupo de entidades o en el marco de una organización estructurada en la que el contribuyente es parte de la misma.⁷⁹ Por un lado, la sociedad se constituye en el país B donde se considera residente y sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades; pero en la segunda jurisdicción implicada, donde tiene la sede su matriz, esta sociedad es considerada como sociedad transparente, al no existir desde el punto de vista mercantil. Este supuesto hace referencia a una matriz o “sociedad A” que posee todas las acciones de una filial en el extranjero (“sociedad B”). La filial o

⁷⁷ Realizan diferentes clasificaciones de las entidades híbridas Chris J. *et al.*, *Fundamentals of International Tax Planning*, *cit.*, p. 134.

⁷⁸ Respecto a cuál ha de ser la naturaleza del pago que tiene que realizar la entidad pagadora híbrida para que se genere este efecto, además del pago por intereses, puede verse a De Boer, Reinout y Marres, Otto, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *cit.*, p. 26.

⁷⁹ Sitúan el supuesto a través de ejemplos Malherbe, J. *et al.*, *La revolución fiscal de 2014*, *cit.*, pp. 167 y 168.

“sociedad B” es una entidad híbrida que no existe en el país A, a efectos fiscales. La sociedad B pide un préstamo a su matriz, la sociedad A, y paga intereses por ello. La sociedad B es una sociedad transparente en el país A, ya que la única sociedad existente en el país B es la matriz o sociedad A. Estos intereses no se consideran ingresos en el país de la matriz por el régimen de imputación de rentas derivado de la transparencia fiscal. Por lo tanto, con esta disagregación o *disregarding* de sociedades, en la jurisdicción del país A se ignora la existencia del préstamo y del pago de intereses. A efectos fiscales, la sociedad B es una sociedad consolidada que opera con la subfilial “B sub 1”, y que, a través del mecanismo de la consolidación, le permite deducirse los intereses pagados al mismo tiempo que la renta no tributará en la jurisdicción del país A. Es importante puntualizar que la asimetría descrita no se produciría si la entidad filial tuviera suficientes ingresos a incluir en su base imponible como para poder cubrir los intereses.

b. Recomendaciones en legislación doméstica

Para corregir estos desajustes se recomienda incluir en las legislaciones domésticas las siguientes reglas: 1. Regla primaria: negar la deducción en el país B (filial y subfilial). 2. Regla defensiva: inclusión de la renta en la base imponible de la matriz (sociedad A). 3. Compensación de gastos con ingresos: no se neutralizarán los desajustes provocados por la compensación del gasto generado por el préstamo con los ingresos generados por la filial. La dificultad de aplicación práctica de la regla primaria de no deducción de los intereses por parte de la jurisdicción afectada implica que la misma debe tener conocimiento de si la entidad filial es considerada como entidad transparente o como entidad independiente en el país de la matriz.

B. Efecto deducción y no inclusión (D/NI): entidad perceptora híbrida

a. Supuesto de hecho

Este tercer supuesto se ocupa de los híbridos invertidos cuando las rentas procedentes de inversiones en el extranjero no quedan sujetas a

tributación (*payment to a foreign reverse hybrid*). De nuevo, para que este caso entre en juego nos tenemos que encontrar ante operaciones entre entidades vinculadas o de operaciones estructuradas de las que el contribuyente forma parte. A diferencia de los casos anteriores, existen tres jurisdicciones implicadas. Por un lado, la matriz o sociedad A se encuentra situada en el país A. La sociedad A tiene una filial, “sociedad B” situada en el país B, que es una entidad híbrida por el tratamiento jurídico que recibe; así, en la jurisdicción del país B se considera una sociedad transparente, mientras que en el país A tendrá la consideración de sujeto pasivo independiente en el impuesto sobre sociedades. A su vez, la sociedad B concede un préstamo a una subfilial “sociedad C” situada en una tercera jurisdicción, país C. La consecuencia fundamental que conlleva el uso de esta estructura es que la subfilial C podrá deducirse como gasto en la jurisdicción del país C, los intereses que paga a la sociedad B por el préstamo que esta filial le ha concedido. En cambio, la sociedad B no se imputará ninguna renta por los intereses percibidos, ya que en la jurisdicción del país B no existe a efectos fiscales, puesto que se considera una sociedad transparente. Pero por esta renta obtenida tampoco tributaría en la jurisdicción del país A, ya que en esta jurisdicción la sociedad B es considerada como un sujeto pasivo independiente en el impuesto sobre sociedades.

b. Recomendaciones en legislación doméstica

Para combatir estos desajustes provocados por los híbridos reversos se propone en los informes las siguientes reglas: 1. Regla primaria: negar la deducción como gasto financiero en el país C. 2. Regla defensiva: no se ofrece regla defensiva. La jurisdicción A debe aplicar las normas de transparencia fiscal internacional (CFC rules). Como puede verse, la asimetría híbrida de este supuesto deriva de la condición de entidad transparente de la entidad prestamista. La aplicación de la regla primaria presupone —al igual que en otros casos— que la jurisdicción donde se ha de aplicar conoce el régimen tributario aplicable a la entidad prestamista en la jurisdicción donde reside.

3. *Efecto doble deducción (D/D): entidad pagadora híbrida*

A. *Supuesto de hecho*

La asimetría fiscal derivada de este mecanismo híbrido conlleva la deducción de unos mismos intereses por dos entidades diferentes a través de una entidad pagadora híbrida —*double deduction structure using hybrid entity*—. En este supuesto nos encontramos ante una entidad híbrida que efectúa pagos que serán deducibles en su jurisdicción, considerándose también estos pagos como deducibles en la jurisdicción de su matriz. Volvemos al esquema donde existen dos jurisdicciones implicadas; por un lado, en el país A se sitúa la matriz “sociedad A”, que tiene una filial “sociedad B” en el país B, que es considerada una entidad pagadora híbrida. Esta entidad es una sociedad transparente a efectos fiscales, puesto que no existe en la jurisdicción del país A. Pero por otro lado, en el país B donde la “sociedad B” reside, se considera una sociedad independiente desde el punto de vista mercantil. A su vez, en el país B también se encuentra la subfilial “B sub 1”, con la que opera en régimen de consolidación fiscal. Para que en este caso entre en juego el efecto D/D se realiza una operación de préstamo, pero no intragrupo, sino que se recurre a una entidad financiera. Mediante esta estructura se consigue el efecto doble deducción a través de una entidad pagadora híbrida. Por un lado, la filial “sociedad B”, a través de la solicitud del préstamo al banco, podrá considerar el pago de intereses como gasto fiscalmente deducible en el país B. Este pago de intereses lo podrá compensar con los ingresos obtenidos por “B sub 1” en régimen de consolidación fiscal. Además, en el país A, la matriz “sociedad A” también podrá deducirse como gasto los intereses satisfechos por el préstamo, ya que en esta jurisdicción la filial “sociedad B” no existe como tal al ser considerada una sociedad transparente según la normativa del país A.

B. *Recomendaciones en legislación doméstica*

El establecimiento de la estructura anteriormente descrita conlleva la doble deducción del mismo pago. Las propuestas que se realizan para combatir este efecto en las legislaciones domésticas podemos resumirlas en: 1. Regla primaria: negar la deducción en el país de residencia de la

matriz (país A). 2. Regla defensiva: negar la deducción en el país de residencia de la filial (país B). 3. Compensación de gastos con ingresos: no se neutralizarán los desajustes provocados por la compensación del gasto generado por el préstamo con los ingresos generados por la filial. Para la aplicación de la regla primaria no existen limitaciones como en los casos anteriores referentes al efecto D/NI; en cambio, para que pueda aplicarse la regla defensiva sí es necesario que las entidades formen parte de un mismo grupo o que el pago se haya realizado dentro de una organización estructurada de la que el contribuyente forma parte; por lo tanto, esta estructura aparecería si existe un régimen de consolidación fiscal referido a la filial.⁸⁰ Se ha de advertir que si la entidad filial tuviera rentas a integrar en su base imponible que pudieran compensar los intereses pagados estaríamos fuera de este supuesto.

4. Efecto doble deducción (D/D): entidades con doble residencia

A. Supuesto de hecho

En el supuesto de hecho que pasamos a analizar, la asimetría híbrida deriva de la doble residencia que tiene una misma entidad.

El caso resume la doble deducción de un pago en dos jurisdicciones diferentes que se consigue a través de una entidad con doble residencia en dos países distintos. Las entidades con doble residencia “son consideradas como residentes en los dos países por aplicación de las diferentes leyes tributarias”.⁸¹ En el país A tenemos a la matriz “sociedad A”, que tiene una filial “sociedad B” que se ha creado en la jurisdicción del país B, pero que a efectos fiscales tiene doble residencia en ambos países. A su vez, la sociedad B tiene una subfilial “B sub 1” en el país B. La sociedad B, carente de ingresos, solicita un préstamo a una entidad financiera, y, al tener la doble residencia, puede compensar el pago de los intereses como gasto tanto con la matriz como con la subfilial. La consolidación fiscal con ambas entidades le permitirá la doble deducción del mismo pago en dos

⁸⁰ Respecto al sentido de esta prevision, puede verse a De Boer, Reinout y Marres, Otto, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *cit.*, p. 28.

⁸¹ Malherbe, J. *et al.*, *La revolución fiscal de 2014*, *cit.*, p. 167.

jurisdicciones diferentes. Respecto a la naturaleza del pago, parece desprenderse del informe que debe estar referido al pago de intereses.

B. Recomendaciones en legislación doméstica

Para combatir la doble deducción del mismo pago a través de una entidad con residencia en dos jurisdicciones diferentes, se propone solamente una regla primaria, que consistirá en que todas las jurisdicciones donde tenga residencia la entidad deberán denegar la deducción del pago si da lugar a una doble deducción. Por ello, resulta innecesario el planteamiento de una regla defensiva.⁸²

Se puntualiza en el informe que es posible que los excesos de deducción se trasladen a otros períodos impositivos siempre que se justifique que no hay doble deducción en otra jurisdicción. Las recomendaciones para este caso se pueden resumir en: 1. Regla primaria: negar la deducción en el país de residencia. No se aplicará la deducción del pago en los dos países de residencia si exceden de los ingresos. 2. Regla defensiva: no se propone regla defensiva. La regla primaria se aplicará por las dos jurisdicciones implicadas.

Como ha señalado Sanz Gadea, en teoría este supuesto “debería quedar confinado a las parejas de países que no tienen concertado un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, puesto que los convenios deben resolver esta anomalía”.⁸³

5. Efecto deducción y no inclusión (D/NI): entidades e instrumentos híbridos

A. Supuesto de hecho

Este supuesto hace referencia a la utilización de un producto híbrido —*importing mismatch from hybrid instrument*— en dos jurisdicciones que no han incluido medidas para contrarrestar sus efectos; por ello, no existen grandes inconvenientes para poder trasladar sus efectos a una tercera jurisdicción.

⁸² OECD, 2015, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report, *cit.*, p. 78.

⁸³ Sanz Gadea, E., “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *cit.*, p. 42.

Al verse en este caso envueltas tres jurisdicciones diferentes, algunos autores lo han calificado como “deducción sin inclusión indirecta (D/SII)”, señalando que los “productos híbridos identificados bajo la deducción sin inclusión indirecta son la importación de productos híbridos, cuando el producto híbrido acaece bajo la normativa de otra jurisdicción y el efecto del mismo se importa a la jurisdicción del pagador por medio de la deducción del pago”.⁸⁴ Para describir su funcionamiento, consideramos que, en el país inversor o país A, se encuentra la sociedad A o matriz que tiene una filial sociedad B, en el país B o jurisdicción intermediaria. Ninguna de estas jurisdicciones tiene reglas antihíbridos, pero la matriz presta dinero a la filial a través de un instrumento financiero híbrido. A su vez, la sociedad B presta esos fondos a una entidad prestataria situada en la jurisdicción C, que es donde se genera la asimetría. Los informes se refieren a este desajuste como “imported mismatch”, ya que el mismo se produce entre la matriz con efecto no inclusión y entre la entidad prestataria o sociedad C con efecto deducción, debido a la falta de normas antihíbridos en los países A y B. Los ingresos que recibe la sociedad B o filial por el préstamo que realiza a favor de la sociedad C son compensados con los pagos que realiza a su matriz por la recepción del instrumento financiero híbrido; sin embargo, la sociedad A o matriz no incluye esos pagos en la base imponible del impuesto. Como ha señalado Sanz Gadea, para que se produzca la deducción y el no ingreso es necesario que “en la jurisdicción fiscal de la entidad de la matriz se produzca el efecto propio de la exención, procurado por un instrumento híbrido o por la transparencia fiscal determinante de la no consideración del préstamo a efectos fiscales”.⁸⁵ Este esquema también se podría dar con efecto doble deducción si la sociedad B o filial tuviera doble residencia y con efecto deducción y no inclusión, si la filial fuera considerada sociedad transparente en el país B, siendo en este último caso una entidad pagadora híbrida.

⁸⁴ Barrero, M. *et al.*, “El Proyecto BEPS de la OCDE/G20: Resultados de 2014”, *cit.*, p. 17.

⁸⁵ Sanz Gadea, E., “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *cit.*, p. 42.

B. *Recomendaciones en legislación doméstica*

Los informes reconocen que la mejor forma de combatir este esquema de funcionamiento es mediante la introducción de normas antihíbridos en las legislaciones domésticas, siendo precisamente el principal objetivo de esta recomendación el mantenimiento de las otras reglas analizadas.⁸⁶ En la recomendación número 8 se recogen las siguientes normas: 1. Regla primaria: negar la deducción del pago en el país C, siempre que el ingreso en la filial se haya compensado con un pago posterior a través de un instrumento financiero híbrido. 2. Regla defensiva: no se ofrece regla defensiva. Se recomienda aplicar las normas de transparencia fiscal internacional (CFC rules) si se usan entidades híbridas o híbridos inversos. De nuevo, estas reglas serán de aplicación si las entidades se encuentran dentro del mismo grupo o el pago se realiza dentro de una estructura organizada de la que el contribuyente forma parte.

III. VALORACIÓN CRÍTICA Y REFLEXIONES FINALES

Aunque la globalización ha traído consigo muchas ventajas en materia tributaria, algunas multinacionales han estado erosionando las bases imponibles a través del uso de diferentes mecanismos híbridos para conseguir una doble no imposición. Las medidas que se han propuesto desde la OCDE y desde la UE representan un enorme esfuerzo en la identificación de los supuestos y reducción de los efectos de los instrumentos híbridos, cuyas estructuras presentan una extrema complejidad.

1. *¿En qué jurisdicción se produce la erosión de la base imponible mediante la utilización de instrumentos híbridos?*

Antes de estudiar las recomendaciones para el diseño de la normativa interna, nos preguntábamos si la solución a este problema sería incluir la renta o denegar la deducción en una de las jurisdicciones implicadas. Sin embargo, la primera idea que extraemos de su análisis es que no se precisa en qué jurisdicción se está realizando la erosión de la base imponible.

⁸⁶ OECD, 2015, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report, *cit.*, p. 84.

2. *¿Supremacía de la naturaleza jurídica o de la forma de la operación?*

Quizá para una mejor corrección de la doble no imposición hubiera sido deseable dar prevalencia al principio de la supremacía de la esencia o naturaleza jurídica de la operación por encima de la forma o simple denominación. Las disparidades en el régimen jurídico de las instituciones que existen en los diferentes países dificultarían aún más arbitrar soluciones bajo este principio de derecho internacional. Los Estados, en virtud de su soberanía nacional, tienen libertad para diseñar el régimen jurídico de sus instituciones que no tienen por qué tener un equivalente en el resto de las legislaciones de otros países. Lo hemos visto, en el caso concreto de los jueces brasileños a través del análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional. El caso de la acción 2 es un buen ejemplo de la falta de coordinación y del problema de la calificación entre los diferentes países.

3. *Reglas prácticas para evitar la “doble no imposición” y ¿la “doble imposición”?*

Por ello, y a nuestro juicio con buen criterio, las recomendaciones se han inclinado por reglas prácticas y potencialmente muy efectivas, que pueden contribuir a evitar la doble no imposición. La OECD ha realizado grandes avances, en primer lugar, respecto al alcance de las recomendaciones (consolidación fiscal, sociedades pertenecientes al mismo grupo y estructuras organizadas), y, en segundo término, respecto a la jurisdicción que debe aplicar la regla primaria y la secundaria. Sin embargo, uno de los inconvenientes que se derivan de la aplicación práctica de la acción 2 del Plan BEPS es la complejidad que aporta al sistema tributario internacional en su conjunto, siendo previsible que también puedan aumentar los supuestos de doble imposición.

4. *La coordinación entre las jurisdicciones implicadas y la reforma de los procedimientos de aplicación de los tributos: el éxito de las linking rules*

El éxito de la articulación de las reglas como *linking rules* o reglas encadenadas va a exigir una buena coordinación y transmisión de la información entre los países implicados. Pero sin duda éste es el común denominador de todas las acciones de BEPS y de lo que dependerá en

gran medida su trascendencia. En el caso concreto de la acción 2, como la mayoría de recomendaciones se refieren a grupos de entidades, el conocer el régimen aplicable a la operación y la obtención de información no tienen por qué constituir un gran inconveniente para el contribuyente. No obstante, las consecuencias prácticas de los cambios que van a surgir en la era post BEPS van a ser trascendentales, ya que, en términos generales, se exige una transformación en la exigencia de cooperación entre las administraciones tributarias internacionales, reivindicándose una mayor implicación, además de la consecuente reforma de los procedimientos de aplicación de los tributos y de los procedimientos de inspección.

5. La implicación de la OCDE y de la UE en la tributación de los instrumentos híbridos: nuevos modelos de fiscalidad internacional

Debido a la implicación de los diferentes planes de acción diseñados desde la OCDE/G 20 y las directrices adoptadas desde la Unión Europea, el marco jurídico que presenta la tributación internacional resulta extremadamente complejo. A partir de ahora las empresas tendrán que procurar adaptarse a estos nuevos modelos de fiscalidad internacional.

6. Trasposición de las recomendaciones de la acción 2 en España

En el caso de España, se han tomado como referencia algunas de las recomendaciones del Plan BEPS, y se comenzaron a incorporar medidas en la LIS, sin esperar a la conclusión del resto de trabajos pendientes sobre mecanismos híbridos y a los criterios de coordinación que debían ser elaborados por la OECD antes de septiembre de 2015. Sin embargo, en términos generales podemos afirmar que el punto de partida ha sido una buena transposición en nuestra normativa de algunas de las recomendaciones realizadas. Como hemos visto, España ha acogido entre sus primeras medidas la regla primaria o *primary response* en el artículo 15.j, LIS; sin embargo, la traslación que ha llevado a cabo la normativa española se aparta de la recomendación realizada por la OECD, ya que entiende que también se generaría una discordancia híbrida no sólo cuando la renta no hubiera soportado tributación en la otra jurisdicción implicada, sino también cuando hubiera sido gravada, pero bajo un tipo de gravamen in-

ferior al 10%, y este último supuesto no es contemplado por el Informe. En nuestra opinión, el nuevo artículo 21 de la LIS que recoge la regla defensiva ha mejorado el mecanismo de exención contribuyendo también a evitar la doble imposición y dando además cumplimiento a la preceptiva incorporación de las medidas de modificación de la directiva matriz-filial a las que estaba obligada España. Al no existir *a priori* un instrumento híbrido, por naturaleza la aplicación de las reglas del artículo 21, LIS, va a depender del efecto que produzca el mecanismo en la otra jurisdicción. De nuevo, la efectividad de la medida descansa en el esencial intercambio de información entre las jurisdicciones implicadas. Por lo demás, habrá que esperar a los próximos resultados de los trabajos sobre los mecanismos híbridos a través de los cuales se irá modificando poco a poco nuestro régimen interno en aras de evitar la erosión de las bases imponibles de los sistemas nacionales. Finalmente, podemos concluir que, en términos generales, todas las iniciativas y medidas analizadas tanto de desde la Unión Europea como desde la OCDE han supuesto un gran avance en la identificación de los instrumentos financieros híbridos y en la corrección de sus efectos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AUJÉAN, M., “Fighting Tax Fraud and Evasion: In Search of a Tax Strategy?”, *EC Tax Review*, núm. 2, 2013.
- AVI-YONAH, R. S., “Commentary on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the International Tax System”, 53 *Tax Law Review*, 2000.
- AVI-YONAH, R., S., ALABI, O., “A Model Treaty for the Age of BEPS”, *University of Michigan Public Law Research Paper*, núm. 411, 2014.
- BARRERO, M. *et al.*, “El Proyecto BEPS de la OCDE/G20: Resultados de 2014”, Doc. núm. 5, Instituto de Estudios Fiscales, 2015.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., “La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de la acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 363, 2013.
- CALDERÓN, J. M. y PUYOL, A., “El paquete de UE de transparencia fiscal de 2015: nuevas medidas del Plan “EU-BEPS” en el horizonte”, *Nota Técnica, EY abogados*, 2015.

- CARBAJO VASCO, D., “El Informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional”, *Carta Tributaria. Monografías*, 2014.
- _____, “El plan de acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial”, *Crónica Tributaria*, núm. 154, 2015.
- DE BOER, Reinout y MARRES, Otto, “BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements”, *Intertax*, vol. 43, Iusse I, 2015.
- DOURADO, A. P., “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *Intertax*, vol. 43, Issue I, 2015.
- EDGE, S., “Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform – Tax Arbitraje with Hybrid Instruments”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, núm. 6/7, 2014.
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho fiscal internacional*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.
- GARCÍA PRATS, F. A., “Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties”, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 2011.
- FINNERTY, CHRIS J. et al., *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007.
- JIMÉNEZ BLANCO, J. I., “El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional”, *Fiscalidad Internacional*, t. II, 6a. ed., CEF, 2015.
- LÓPEZ RIBAS, S., “Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos”, *Carta Tributaria-Monografías*, núm. 12, 2014.
- MALHERBE, J. et al., *La revolución fiscal de 2014, FATCA, BEPS, OUDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2014.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones («BEPRS»): ¿Final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2014.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., “Delimitación de los principales focos de competencia fiscal en la Unión Europea”, *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014.
- OECD, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, París, OECD, 2010.
- _____, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing, 2011.

- _____, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, OECD, París, 2012.
- _____, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, 2013.
- _____, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
- _____, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2014.
- _____, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París, 2015.
- PEDROSA LÓPEZ, J. C., “FATCA como límite a las planificaciones fiscales «agresivas». Especial referencia a los instrumentos híbridos”, en GARCÍA PRATS, F. A. (dir.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014.
- _____, “El tratamiento de los «Juros sobre o capital propio» como instrumento financiero híbrido. Remisión a la sentencia 712/2014 de audiencia nacional”, *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2015.
- POPA, O., “Hybrid Entity Payments – Extinct Species after the BEPS action Plan”, *Eur. Tax*, 2014.
- ROSEMBLOOM, H. D., “The David R. Tillinghast Lecture «International Tax Arbitrage and the International Tax System»”, 53 *Tax Law Review*, 2000.
- SANZ GAEDA, E., “Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”, *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad*, núm. 4, 2014.
- SERRANO ANTÓN, F., “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 72, 2004.
- _____, “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”, *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, núm. 391, 2015.
- ROSEMBUJ, T., *La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas*, Barcelona, El Fisco, 2011.
- SOLER ROCH, Ma. T., “Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición”, AA.VV., *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Comparado*, núm. 148, pp. 145-183.

- noamericanas de Derecho Tributario, t. II, Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2014.
- TATAROVÁ, M., “Hybrid Mismatch Arrangements: The OECD Report and the Canadian Perspective”, en ALTY, D. G. *et al.* (eds.), *Canadian Tax Journal*, 2012.
- HANS VAN DEN HURK, “Proposed Amended Parent-Subsidiary Directive Reveals the European Commission’s Lack of Vision”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 18, núm. 9, 2014.
- YAKIMOVSKY, G., “BEPS: el mayor cambio en las reglas fiscales internacionales en una generación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 913, 2015, BIB 2015/17746.