



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Economía e Empresa

Trabajo de
fin de grado

**Plan BEPS: análisis
de la Acción 2 y su
impacto en los
sistemas fiscales**

Especial referencia a
España a través del estudio
de un caso práctico

Esther Vaz Diéguez

Tutores: Ignacio Fernández
Fernández; María Milagros
Sieiro Constenla

Doble Grado en ADE y Derecho

Año 2020

Resumen

La internacionalización de las economías nacionales es ya un acontecimiento consolidado en los mercados, ante el cual la regulación fiscal asume un papel transcendental. En este contexto, las políticas fiscales no pueden solo ser planteadas dentro del marco gubernamental de un país concreto, sino que resulta inevitable tener en cuenta las relaciones establecidas en el plano internacional, en el que de hecho operan las empresas. En particular, especial consideración merecen los mecanismos híbridos, cuyas diferencias en el tratamiento tributario en distintas jurisdicciones permiten someter una operación a una menor carga impositiva. Este es el objeto del presente estudio, a través del cual se ofrece una aproximación al Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS) y a la normativa formulada en el seno de la Unión Europea, considerando su transposición a los derechos internos y ejemplificándolo a través de un supuesto práctico.

Palabras clave: Fiscalidad Internacional; Mecanismos híbridos; Plan de Acción BEPS; Convenios de Doble Imposición; Impuesto de Sociedades; OCDE; Unión Europea; préstamo participativo; gastos fiscalmente deducibles; planificación fiscal agresiva.

Abstract

The internationalization of national economies is already a consolidated event in the markets, before which fiscal regulation assumes a transcendental role. In this context, taxation policies cannot only be developed within the governmental framework of a specific country, but it is inevitable to consider the dealings established at the international level, in which companies actually operate. In particular, special consideration should be given to hybrid mechanisms, whose differences in tax treatment in several jurisdictions make it possible to subject a transaction to a lower tax burden. This is the object of this study, through which an approach is offered to the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) and the regulations formulated within the European Union, considering their transposition into domestic law and exemplifying it through a practical case.

Key words: International Taxation; Hybrid Mechanisms; Action Plan on BEPS; Double Taxation Agreements; Corporate Tax; OECD; European Union; shareholder loan; tax-deductible expenses; aggressive tax planning.

Índice

Introducción	7
1. Plan BEPS de la OCDE	9
1.1 Contextualización: antecedentes del Plan de Acción	9
1.2 Alcance material y formal	11
1.3 El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS	14
2. Acción 2: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos	18
2.1 Concepto y características de los mecanismos híbridos.....	18
2.2 Supuestos de análisis	19
2.3 Parte I: recomendaciones en el ámbito interno o doméstico.....	20
2.3.1 Instrumentos financieros híbridos.....	21
2.3.2 Pagos ignorados realizados por una entidad híbrida.....	26
2.3.3 Pagos realizados a un híbrido invertido	28
2.3.4 Pagos deducibles realizados por una entidad híbrida	29
2.3.5 Pagos deducibles realizados por una entidad con doble residencia	31
2.3.6 Mecanismos híbridos importados	32
2.4 Parte II: recomendaciones en convenios de doble imposición	34
3. Estudio de un caso práctico	36
3.1 Tributación de un préstamo participativo entre dos sociedades con residencia fiscal en distinto país	36
3.1.1 Análisis de la operación siendo la entidad prestataria residente en España	36
3.1.2 Análisis de la operación siendo la entidad prestamista residente en España	42
3.1.3 Análisis de la operación desde la perspectiva de costes.....	44
3.2 Directivas promulgadas en el ámbito de la Unión Europea	47
4. Evaluación de la implementación de las medidas propuestas	53
4.1 Situación en España: principales consideraciones en la Ley 27/2014	53
4.2 Régimen aplicable en otros países	54

5. Análisis crítico de los resultados	57
5.1 El marco Post-BEPS: el futuro de la fiscalidad internacional.....	57
Conclusiones	60
Bibliografía	64

Índice de figuras

Figura 1. Volumen del comercio mundial de mercancías, 2015T1–2019T4.....	9
Figura 2. Préstamo entre la entidad ACo y la entidad BCo	21
Figura 3. Pago sustitutivo	23
Figura 4. <i>Hybrid transfer</i>.....	25
Figura 5. Pago ignorado realizado por una entidad híbrida	26
Figura 6. Pago realizado a un híbrido invertido	28
Figura 7. Pago deducible realizado por una entidad híbrida.....	30
Figura 8. Pago deducible realizado por una entidad con doble residencia	31
Figura 9. Mecanismo híbrido importado	32
Figura 10. Comparativa entre fuentes de financiación	45
Figura 11. Tratamiento fiscal de las fuentes de financiación	46

Índice de tablas

Tabla 1. Intereses pagados por el préstamo participativo	37
Tabla 2. Ajuste extracontable positivo	41

Introducción

La globalización y la digitalización son, indudablemente, los factores que caracterizan la economía de nuestros días. El comercio actual se encuentra en un momento en el que la tendencia no pasa ya por referirnos a las economías nacionales de manera individualizada, sino que lo relevante ahora es el ritmo de integración de los mercados.

En un contexto de incesante circulación de capitales y trabajo entre países, el progresivo desarrollo tecnológico y digital está permitiendo transformar los modelos de negocio haciendo posible la gestión de cadenas globales de valor. Este hecho es el que determina la necesidad de referirnos a un sistema tributario internacional, basado en la justicia y en la transparencia, y en el que los distintos actores intervinientes puedan depositar su confianza.

Si bien es cierto que este nuevo ecosistema contribuye enormemente al desarrollo de las naciones, también lo es que ha ocasionado ciertas ambigüedades de las que las empresas han podido aprovecharse en la práctica empresarial. Ello se ha hecho patente especialmente en los últimos tiempos, cuando en época de crisis económica y financiera se han acentuado las diferencias en la carga impositiva soportada por unos y otros sujetos. Es aquí donde radica la importancia de diseñar normas internacionales que no permitan soslayar las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes mediante la utilización de instrumentos que gocen de distinta calificación según la jurisdicción de que se trate.

Con estas premisas, los ministros de Finanzas de los países del G-20 promovieron en conjunto con la OCDE un paquete de medidas destinadas precisamente al tratamiento de la «erosión de bases y el traslado de beneficios» (comúnmente conocidas como BEPS, por sus siglas en inglés), con el fin de evitar el uso de mecanismos legales que permitiesen reducir artificialmente los beneficios con fines fiscales. El resultado final

se concretó en un Plan de Acción compuesto por 15 recomendaciones, cuyo éxito depende de una efectiva implementación y aplicación consistente.

A lo largo de este trabajo profundizaremos en el análisis de la Acción 2 del Plan BEPS, mediante el cual se tratarán de exponer las soluciones propuestas para neutralizar los efectos producidos por las entidades e instrumentos híbridos.

Así pues, se establecen como objetivos del presente trabajo de fin de grado: el estudio y caracterización de los mecanismos híbridos, desde su conceptualización y tipología hasta las recomendaciones referidas para lograr un tratamiento tributario más justo; así como examinar en qué medida se han adaptado dichas políticas por parte de los diferentes Estados.

Con la pretensión de aproximar al lector a los conceptos técnicos mencionados a lo largo de la exposición, se enuncia un supuesto práctico que ejemplifica la tributación de un préstamo participativo entre dos sociedades con residencia fiscal en distinto país. A través de este caso se refleja un planteamiento al que recurren con frecuencia las empresas, especialmente si entre ellas forman, además, un grupo. En su resolución, como no puede ser de otro modo al situarnos en un contexto internacional, atenderemos a las diferentes legislaciones aplicables, prestando atención a la posible existencia de Convenios de Doble Imposición entre los Estados parte. En concreto, se observará detalladamente el tratamiento seguido en España en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, juntamente con las disposiciones contenidas en sendas Directivas promulgadas por la Unión Europea relativas, una de ellas, al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros, y, otra, a las normas establecidas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, y su modificación en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. También se hará referencia al tratamiento previsto en la Unión Europea para los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados Miembros.

Finalmente, analizaremos el marco Post-BEPS en el que se han de plantear las cuestiones fundamentales que atañen al futuro del Impuesto sobre Sociedades, considerando las propuestas planteadas en este sentido y su acogida por parte de los Estados.

1. Plan BEPS de la OCDE

1.1 Contextualización: antecedentes del Plan de Acción

El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios nace con los objetivos de analizar de forma precisa las lagunas producidas en las normas fiscales entre distintos Estados y proponer soluciones que permitan readaptar la normativa fiscal a un marco global como es el característico de la mayoría de las transacciones económicas actuales.

En el gráfico expuesto a continuación puede observarse un crecimiento progresivo del volumen del comercio mundial de mercancías a lo largo del tiempo, sin embargo, ciertamente a partir del año 2018 se ha visto ralentizado como consecuencia de una mayor incertidumbre económica y de tensiones comerciales en alza.

Figura 1. Volumen del comercio mundial de mercancías, 2015T1–2019T4

Índice de volumen desestacionalizado, 2005=100



Fuente: OMC y UNCTAD, estimaciones de la Secretaría de la OMC.

En este contexto se hace necesaria la adopción de políticas que ajusten los ingresos tributarios con la actividad económica real y establecer las medidas pertinentes para evitar el uso de mecanismos a través de los cuales se logre un provecho indeseado por las normas fiscales ante un escenario internacional. Si bien, este deseo ya había surgido con anterioridad al planteamiento del Plan BEPS en el seno del Comité de Asuntos Fiscales, siendo el objeto de numerosos informes previos y abordándose también en la elaboración del Modelo de Convenio de la OCDE. En concreto, el tratamiento acerca de entidades e instrumentos híbridos –que se abordará más adelante en profundidad– ya fue tratado en los informes relativos a la subcapitalización y entidades híbridas adoptados por la OCDE en los años 1986 y 1998¹.

En el mismo sentido, no resultando por tanto novedosa la temática, se propuso el Plan BEPS, en el que se vuelve a hacer referencia a conceptos básicos como la artificiosidad, el sentido económico o la sustancia, que son señalados como elementos característicos del fenómeno que se trata de combatir. Igualmente, en dicho proyecto se menciona de manera recurrente el concepto de justicia tributaria, apuntando hacia la necesidad de una distribución «justa» de la carga tributaria, y de que las empresas contribuyan a ello. Como se puede comprobar, las bases del análisis que se efectúa con este proyecto son un reflejo de principios generales que están presentes desde mucho antes en el foro de discusión de la OCDE sobre planificación fiscal, y también en el debate dentro de cada país sobre el uso abusivo de la normativa fiscal.

Por otra parte, siendo cierto que existe un evidente componente de cumplimiento tributario, se presenta además una cuestión normativa elemental y es la distribución de la competencia tributaria entre países, la cual ha de adecuarse a la evolución del entorno empresarial más que inspirarse en la experiencia nacional de cada economía. Toda vez que el grado de integración económica actual nos lleva a la consideración de unos contribuyentes globales, las normas de tributación no pueden ser sino internacionalmente acordadas.

Cabe recordar que en un primer momento la finalidad de las normas internacionales se centró principalmente en corregir las duplicidades de los sistemas

¹ Vid. OECD, *Report on Thin Capitalisation*, Paris, 1987; *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Paris, 1999.

tributarios entre naciones que ocasionaban una doble imposición, a fin de reducir los obstáculos al comercio internacional. Ha sido posteriormente cuando la atención se empezó a dirigir también hacia los vacíos legislativos que permitían eludir o reducir la imposición sobre la renta, precisamente como consecuencia de dicha interacción entre los sistemas tributarios nacionales. Dada la falta de coordinación entre ellos, se daba cabida a diversas estructuras legales que se beneficiaban de la asimetría entre las normas nacionales y las internacionales.

Para lograr un enfoque integral acerca de la cuestión de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, resulta indispensable lograr un equilibrio en la imposición entre el país de origen de la renta y el país de residencia. Por ello la coordinación lograda en el Proyecto BEPS resultó esencial en la búsqueda de soluciones, aun cuando, como trataremos a lo largo del trabajo, no todos los países apliquen los mismos mecanismos para solucionar el problema.

En último término, lo que se pretende salvaguardar es la integridad del Impuesto de Sociedades y la libre competencia, pues, en la medida en que las empresas desarrollan actividades transfronterizas pueden aprovecharse de ventajas fiscales imprevistas por las normas en comparación con aquellas que operan a escala nacional.

1.2 Alcance material y formal

El principal objetivo del Plan de Acción de la OCDE es proporcionar las directrices para adecuar las potestades impositivas de los Estados a la actividad económica real.

En cuanto al contenido, las soluciones propuestas se contienen en un conjunto de 15 acciones, cada una de ellas reflejo de algún problema básico en lo referente a la planificación fiscal internacional.

En primer lugar, se abordan en la Acción 1 los retos fiscales de la economía digital, resultado de la progresiva incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) con la consecuente mejora de los procesos comerciales y fomento de la innovación.

A continuación, en pro de la coherencia internacional en el impuesto de sociedades, se identifican cuatro asuntos principales. La Acción 2, tema central del

siguiente epígrafe de este trabajo, es la referida a neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos, cuya problemática surge por las diferencias existentes en el tratamiento fiscal con arreglo a dos o más jurisdicciones, lo que en último término puede generar una doble imposición. En cuanto a la Acción 3, en ella se propone un refuerzo de la normativa sobre CFC (*controlled foreign corporation*), estas son las normas de transparencia fiscal internacional pensadas para evitar la erosión de la base imponible nacional a través de una sociedad extranjera, con frecuencia situada en un territorio de baja tributación. Por su parte, en la Acción 4 la erosión de la base imponible se pretende limitar por vía de deducciones en los intereses y otros pagos financieros, diferenciando entre los instrumentos de deuda y los de capital y tratándolos, así, de manera diferente: mientras los primeros son generalmente deducibles para el pagador, los segundos normalmente no lo son y disfrutan en sede del preceptor de algún mecanismo para evitar la doble imposición. Y, finalmente, mediante la Acción 5, referente a los regímenes fiscales preferenciales, se pretenden combatir las prácticas tributarias perniciosas, atendiendo a la transparencia y a la sustancia.

Con el siguiente conjunto de acciones se busca reinstaurar los beneficios de los estándares internacionales, es decir, conseguir adaptar las normas actuales en el contexto de las cadenas de valor mundiales (alineando la atribución de los ingresos con la actividad generadora de los mismos). En esta dirección, la Acción 6 apunta contra el llamado *Treaty shopping*, esto es, una utilización abusiva de los convenios buscando el más favorable. Mientras, en la Acción 7 se aboga por una redefinición del concepto de establecimiento permanente (EP) para impedir la elusión artificiosa de dicho régimen. El grupo de Acciones 8, 9 y 10 se centra en garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor velando por el respeto al principio de libre competencia y distribuyendo los ingresos entre las jurisdicciones tributarias de manera eficiente.

En aras de asegurar la transparencia, con la Acción 11 se proponen metodologías para la recopilación de datos, tanto agregados (por ejemplo, balanza de pagos) como a nivel micro (de estados financieros y de declaraciones fiscales) que permitan el análisis del impacto económico generado por la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. De manera conjunta, la Acción 12 plantea exigir a los contribuyentes que revelen sus métodos de planificación fiscal agresiva, para lo cual es un requisito ineludible el intercambio coordinado de información. La transparencia implica también reexaminar los precios de transferencia, y es aquí donde la Acción 13 contiene un

enfoque estandarizado en relación con la documentación exigida. Dichas acciones deben ser complementadas con la garantía de certeza y previsibilidad en los negocios, por ello la Acción 14 se refiere a los mecanismos de resolución de controversias, impulsando los procedimientos amistosos.

Por último, y como elemento cohesionador de las anteriores, se presenta la Acción 15 cuya virtualidad radica en la necesidad de desarrollar un instrumento multilateral que culmine con una implementación rápida y eficaz de las restantes medidas propuestas.

En lo que se refiere a las cuestiones formales, el Plan BEPS resulta innovador en tres aspectos. Para empezar, en cuanto a la forma de trabajo y participación en la evolución del proyecto; además, en el alcance del estudio; y, por los instrumentos elegidos para materializar los resultados alcanzados.

Respecto al primer punto expuesto hay que resaltar que el proyecto surge por vocación de la OCDE con el respaldo del G-20, lo que añade a los países miembros de la OCDE más participantes que se incorporaron progresivamente a los debates y trabajos y que, finalmente, culminaron con un gran consenso en torno al Plan de Acción. Ello otorga, en último término, una mayor legitimidad a los resultados alcanzados y supone una mayor coherencia en el conjunto global de normas fiscales en la medida en que las diversas jurisdicciones participantes han ido avanzando en la aproximación de sus respectivas legislaciones². A pesar de lo anterior, también parece incuestionable que todavía continúen existiendo asimetrías entre las distintas normativas por cuanto el Derecho en sí mismo presenta una textura abierta, lo que conduce irremediabilmente a una potencial aplicación dispar del mismo.

Por otra parte, la segunda innovación importante fue el alcance del proyecto: con el Plan BEPS se afronta por primera vez de una manera comprehensiva el análisis de las incoherencias que se presentan entre los distintos Estados respecto a su normativa fiscal. Hasta este punto ciertamente se habían tratado individualmente parte de las cuestiones, sin embargo no se habían analizado de forma simultánea ni teniendo en cuenta las interacciones que tenían lugar entre ellas. En este aspecto podemos decir que este Plan sienta las bases para el examen de la fiscalidad internacional desde una perspectiva global.

² Vid. *BEPS Actions Implementation Matrices* en <https://www.deloitte.com/global/en/pages/tax/articles/beps-action-implementation-matrices.html>

Como último aspecto novedoso destacamos la forma de aplicar las medidas alcanzadas. Por un lado, parte importante de los acuerdos consensuados en el Plan BEPS adoptaron la consideración de informes o recomendaciones, de manera que su efectiva aplicación depende de la transposición a la normativa interna de los Estados participantes. No obstante, la novedad principal radica en la propuesta de Convenio multilateral. Paralelamente, se decide que un conjunto de medidas del Plan BEPS se plasmen en un Convenio Multilateral, el cual sea de aplicación directa a todos los Estados que lo suscriban³. Dicho convenio, que entró en vigor el 1 de julio de 2018, ha sido adoptado ya por 90 jurisdicciones, lo que implica que un mismo instrumento normativo resulta de aplicación para un extenso grupo de Estados, reduciendo así las divergencias entre las normas afectadas por su contenido.

En resumen, podemos destacar el progreso que el Plan BEPS supone en cuanto al consenso alcanzado en un trabajo conjunto que incluye a jurisdicciones de todos los continentes dispuestas a asumir compromisos futuros y, sobre todo, que estas hayan puesto de manifiesto la necesidad de abordar un diálogo y debate de forma permanente sobre las discrepancias surgidas entre las normas de los distintos Estados.

1.3 El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS

Desde un punto de vista lógico, cabe plantear que la planificación fiscal engloba aquellos comportamientos tendentes a crear situaciones de ventaja patrimonial mediante la realización de actos o negocios jurídicos que suponen un ahorro impositivo. Si bien, dentro de este género (planificación fiscal) se diferencia una subclase de conductas dirigidas a aprovecharse intencionadamente de ciertos vacíos, no queridos o inadvertidos, de la legislación tributaria, siendo esto lo que se viene a denominar planificación fiscal agresiva. Y que, en ocasiones, dicha planificación fiscal agresiva puede sancionarse con la consecuencia desfavorable de impedir que se desplieguen las consecuencias tributarias pretendidas, en cuyo caso hablamos de un nuevo concepto: planificación fiscal ilícita. Así pues, se trata de un planteamiento gradual en el

³ Vid. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, disponible en <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>

que no toda planificación fiscal tiene que ser agresiva y no toda planificación fiscal agresiva se considera per se ilícita.

En este sentido, la cuestión a dilucidar es la de qué factores permiten, entonces, diferenciar el uso aceptable del inaceptable, es decir, el legítimo del ilegítimo, dentro de las posibilidades de planificación fiscal existentes en el ordenamiento.

A partir de estas ideas, resulta relevante ver cuáles son los elementos configuradores del concepto de planificación fiscal agresiva que se extraen del proyecto BEPS. No obstante, previamente debemos detenernos en exponer las causas que hacen posible el desarrollo de cualquier tipo de planificación fiscal, cuyo análisis permitirá comprender el enfoque adoptado en BEPS.

Desde una perspectiva técnica, la planificación fiscal es posible en base a dos defectos del ordenamiento jurídico: por un lado, la falta de neutralidad, que permite la existencia de vías menos gravadas, y, por otro, la falta de consistencia entre las reglas, que posibilita que haya oportunidades para el arbitraje fiscal.

Por neutralidad se entiende la cualidad del sistema fiscal de no predisponer a los sujetos pasivos a elegir una forma de actuación sobre otras. Este principio propugna que las elecciones se adopten en función de motivos económicos, sin influencia fiscal. Así pues, cuando un ordenamiento adolece de falta de neutralidad –entendida en estos términos– posibilita que se contemplen vías menos gravadas, donde la elección se ve condicionada por una injerencia de tipo fiscal. Aquí podemos distinguir entre: opciones fiscales, vías menos gravadas expresas y vías menos gravadas tácitas o implícitas. En las primeras, el ordenamiento tributario posibilita la aplicación de consecuencias fiscales distintas para un mismo supuesto de hecho⁴. En el caso de las vías menos gravadas expresas, se permite la aplicación de consecuencias fiscales distintas para dos supuestos de hecho regulados expresamente en el ordenamiento tributario y que, siendo distintos, posibilitan alcanzar un mismo resultado práctico⁵. Mientras que hablamos de vías menos gravadas implícitas cuando el ordenamiento tributario establece con respecto a determinados actos o negocios jurídicos una norma de gravamen o beneficio fiscal y, en cambio, guarda silencio acerca de otros actos o

⁴ Por ejemplo, tributación dentro de un grupo de consolidación.

⁵ Por ejemplo, capital vs. deuda.

negocios jurídicos, admitidos también en el orden jurídico, que permiten conseguir un resultado práctico igual a los expresamente regulados.

En cuanto a la falta de consistencia, esta se produce porque los presupuestos normativos –a veces no formulados explícitamente o difíciles de identificar– en los que se sustenta la regulación de un hecho determinado no son consistentes con las premisas establecidas en la regulación de ese mismo hecho a otros efectos. En estos términos, cuando la falta de consistencia se produce en el ordenamiento tributario posibilita la existencia del arbitraje fiscal. Especialmente relevante es el arbitraje fiscal internacional, esto es, cuando la falta de consistencia se origina por la falta de coordinación entre distintos Estados a la hora de regular las manifestaciones de riqueza que incumben a varias jurisdicciones. Resulta evidente que un mundo globalizado es propicio para estas oportunidades y BEPS trata en buena parte de corregirlas o evitarlas.

A pesar de no encontrar una definición de planificación fiscal agresiva como tal, del enfoque adoptado en BEPS puede inferirse que sería toda aquella que ocasiona una erosión de la base imponible o supone un traslado del beneficio. Esta definición parte de los efectos que la planificación fiscal agresiva provoca y toma como premisa la posibilidad de determinar una base imponible antes de la erosión y de identificar a una soberanía fiscal que ostente el derecho preferente de gravar los beneficios que fueron trasladados a otra jurisdicción. Es decir, que antes de que entre en acción esa planificación fiscal agresiva, existe una situación previa que es a la que se debe atender.

Así pues, la planificación fiscal agresiva objeto de diferentes acciones de BEPS se caracteriza por los siguientes rasgos:

a) Tiene un carácter internacional, pues dicha problemática se pone de manifiesto más frecuentemente en un contexto globalizado (se refiere en mayor medida a la llevada a cabo por grandes multinacionales).

b) Como ya apuntamos previamente, entre sus causas se encuentran los defectos de consistencia que surgen en el ordenamiento (creando oportunidades de arbitraje fiscal). Mayoritariamente, centradas en el hecho de que los Estados tradicionalmente no han prestado demasiada atención a las implicaciones de la propia normativa en el ámbito internacional. Así, se ha afirmado por algunos autores que «*la consecución de una ventaja fiscal a través de la combinación del tratamiento fiscal aplicable a la misma*

*operación en dos o más países»*⁶ es un elemento consustancial a la planificación fiscal agresiva. Un claro ejemplo de ello es la acción 2 de BEPS (Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements), que trata los arbitrajes fiscales internacionales surgidos de entidades o instrumentos híbridos que reciben una calificación fiscal diferente en distintos Estados.

c) No introduce explícitamente elementos definitorios del «abuso» o de la «agresividad». Remitiéndonos nuevamente a la acción 2, las propuestas y *best practices* planteadas están encaminadas a corregir más en general la posibilidad del arbitraje fiscal, que a identificar circunstancias en concreto que sean reveladoras del abuso.

d) En BEPS se apela principalmente a la acción legislativa para corregir aquellos supuestos identificados como planificación fiscal agresiva. En concreto⁷:

«desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones para el diseño de normas internas que neutralicen el efecto (...) de los mecanismos y de las entidades híbridas» (acción 2).

Esta referencia a la necesaria acción legislativa parece respaldar la distinción apuntada al principio de este apartado entre planificación fiscal agresiva y planificación fiscal ilícita, toda vez que la segunda lo será solo cuando el legislador haya reaccionado mediante la correspondiente transposición de las recomendaciones contenidas en BEPS.

⁶ P. MICOMI, «La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho tributario global», *Aranzadi Quincena Fiscal*, 170, 2016.

⁷ OECD, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris, 2014.

2. Acción 2: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos

2.1 Concepto y características de los mecanismos híbridos

El objeto de este apartado es analizar las propuestas estudiadas en el seno de la Acción 2 del Plan BEPS, que se plasmaron en el Informe Final del año 2015⁸, dirigidas a tratar de neutralizar los efectos ocasionados mediante la utilización de entidades e instrumentos híbridos.

Antes de centrarnos en el concepto de “híbridos”, es necesario señalar que uno de los rasgos que define el Impuesto de Sociedades es su simetría. Esto es, una misma operación ha de recibir un tratamiento igual en las distintas partes que están implicadas en la misma. Por ejemplo, de acuerdo con la legislación española, en el caso de los dividendos estos están exentos para el socio que cumpla determinados requisitos, a la par que no suponen un gasto fiscalmente deducible para la sociedad que los reparte. Es decir, el gasto no es deducible por parte del pagador toda vez que el receptor no tributa por el ingreso. Otro ejemplo sería el supuesto de que una entidad otorgue a otra un préstamo. En tal caso, la entidad prestamista obtendrá un ingreso financiero sujeto a tributación, mientras que la sociedad prestataria devengará un gasto financiero que, con carácter general, será deducible fiscalmente. Por lo tanto, si el ingreso tributa en sede de la prestamista, razonablemente existe un gasto deducible para la prestataria.

Por el contrario, los híbridos son un mecanismo que quebranta dicha simetría en el Impuesto de Sociedades. Ciertamente, la existencia de un híbrido implica una

⁸ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015.

asimetría en la tributación, sin embargo, ello no significa que siempre que exista una asimetría en el Impuesto estemos ante la presencia de un mecanismo híbrido.

En general, se definen como híbridos a ciertas entidades o instrumentos que gozan de una diferente calificación fiscal en dos jurisdicciones, en cuyo caso se produce una disparidad en la tributación que se manifiesta en una situación de doble no imposición. Al mismo tiempo, para poder hablar de un mecanismo híbrido se exige que concurren a la vez un conjunto de notas características.

Como acabamos de exponer, en primer lugar, implica que estemos ante una operación internacional que incluya, por tanto, a dos o más jurisdicciones. Y, por ende, que la entidad o el instrumento híbrido se beneficie de distinto tratamiento fiscal en las jurisdicciones comprometidas. Finalmente, esta asimetría o desajuste producido en la tributación por el mecanismo híbrido puede ser de varios tipos, reconducibles a tres categorías que quedan definidas por el efecto fiscal que cada una de ellas comporta.

2.2 Supuestos de análisis

En el Informe Final relativo a los mecanismos híbridos se describen diversos tipos de situaciones híbridas, en base a las cuales se formulan las recomendaciones y se proponen reglas para tratar de solucionar adecuadamente la asimetría fruto de la tributación internacional. Así, los tres posibles resultados señalados son:

- Cuando un mismo pago ocasiona un gasto deducible en una jurisdicción pero al mismo tiempo no se tributa por el correspondiente ingreso en la otra jurisdicción, se conoce como efecto deducción/no inclusión (D/NI). El concepto de “no inclusión” ha de entenderse en un sentido amplio, pues se produce siempre que un país conceda una exención total o parcial, o bien un crédito fiscal, o aplique un tipo reducido a determinados ingresos.
- Por otra parte, cuando el mismo pago da lugar a un gasto deducible en dos jurisdicciones se genera un efecto deducción/deducción (D/D).
- También se contempla la posibilidad de que los efectos anteriores se exporten a una tercera jurisdicción, a través de mecanismos no híbridos, en cuyo caso se denomina efecto deducción/no inclusión indirecta (D/NI indirecta).

Esencialmente, se requiere que el desajuste híbrido sea atribuible al elemento híbrido. Es decir, para que exista un híbrido, es necesario que la asimetría sea debida a la distinta calificación fiscal otorgada al instrumento o entidad en las jurisdicciones implicadas, no existiendo híbrido, por tanto, cuando dicha asimetría en la tributación se deba a otros factores.

Una vez expuestos los supuestos de análisis, en el Informe de la Acción 2 se plantean un conjunto de recomendaciones a incluir en la normativa relativa al Impuesto de Sociedades de cada país con la finalidad de evitar la situación híbrida. En concreto, se proponen mejoras, por ejemplo, en cuanto a la exención de dividendos o al régimen de transparencia fiscal internacional.

No obstante, si las citadas mejoras no fuesen suficientes para prevenir el desajuste híbrido, el informe introduce normas cuya pretensión es ajustar el tratamiento fiscal dado a la operación en una y en otra jurisdicción. Con carácter general, estas normas tienen un doble componente, esto es, contienen dos reglas y cada una de ellas solucionaría el problema derivado del híbrido en una de las jurisdicciones implicadas. A estas dos reglas se les denomina “*primary rule*” o regla primaria y “*secondary rule*” o regla secundaria, aplicándose de forma jerárquica: la “*secondary rule*” únicamente entraría en funcionamiento cuando la otra jurisdicción no hubiese introducido en su legislación la “*primary rule*”. Conviene apuntar aquí que el fundamento de este criterio jerárquico se sustenta en que, si las dos normas se aplicasen a la vez, se producirían entonces situaciones de doble imposición no pretendidas. Fundamentalmente, lo que caracteriza a estas reglas es que corrigen solo el efecto del híbrido, sin entrar a recalificar la entidad o el instrumento, aplicándose de forma automática. Sin embargo, como es evidente, a la par que los distintos países procedan a incorporar normas anti-híbridos en su normativa, caerá en desuso la “*secondary rule*” puesto que el híbrido se corregirá en este caso mediante la utilización de la “*primary rule*”.

2.3 Parte I: recomendaciones en el ámbito interno o doméstico

A continuación profundizaremos en las tres categorías apuntadas, pues dentro de ellas se distinguen hasta seis tipologías de mecanismo híbrido que constituyen el objeto

de las recomendaciones incluidas en la Parte I del Informe. Como hemos apuntado previamente, la estructura es común a todas las recomendaciones e incluye: (i) en primer lugar, un regla primaria; (ii) a continuación, una regla secundaria o defensiva (la cual será aplicada por la jurisdicción contraparte a falta de respuesta primaria); y (iii) delimita el ámbito de aplicación de la recomendación.

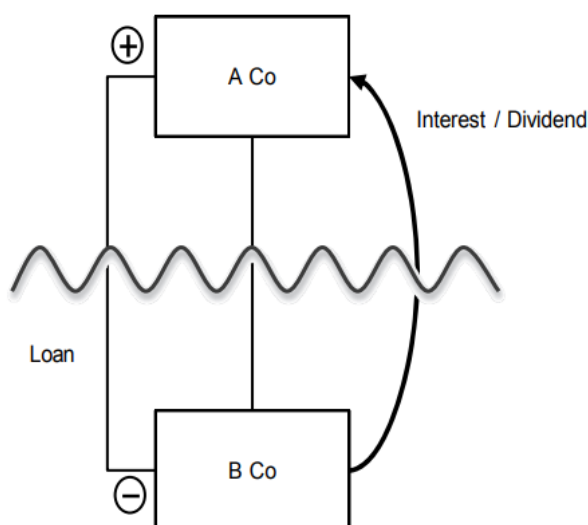
2.3.1 Instrumentos financieros híbridos

Esta regla es aplicable a los pagos realizados a través de un instrumento financiero, toda vez que genere un desajuste D/Ni. A los efectos de esta regla, por instrumento financiero se entiende cualquier acuerdo que tribute de acuerdo con las reglas definidas para la deuda, dividendos o derivados, por lo menos en una de las jurisdicciones intervinientes.

Hay que apuntar que nunca va a existir un híbrido financiero en el caso de que no exista un pago, como sucede con los intereses notacionales (cuando la sociedad opta por financiarse con recursos propios en vez de con recursos ajenos y se permite aplicar una deducción fiscal en base a un interés ficticio).

El ejemplo práctico de un híbrido financiero aquí es el instrumento deuda-capital. Como podemos observar en el gráfico recogido por la OCDE, entiéndase que la entidad ACo es residente fiscal en el país A y que participa íntegramente en la sociedad BCo, la cual es residente fiscal en el país B y recibe un préstamo de ACo. En este caso el país A procede a calificar los intereses derivados del préstamo como dividendos y, por tanto, los declara exentos, mientras que en el país B se tratan como gastos financieros deducibles.

Figura 2. Préstamo entre la entidad ACo y la entidad BCo



Fuente: OCDE.

En este supuesto indudablemente nos encontramos ante un instrumento híbrido, pues reúne todas las características de los mismos. En primer lugar, estamos ante una operación internacional, que implica a los países A y B. Además, en dichos países el instrumento financiero recibe un tratamiento fiscal distinto: mientras que para A es capital y genera un dividendo, para B es deuda, por lo que genera un gasto financiero. Y, por ende, se produce un efecto D/NI dado que en el país A hay un ingreso que no tributa y, al mismo tiempo, en el país B se considera como gasto deducible, lo cual provoca una asimetría en la fiscalidad, motivada por la diferente calificación dada al instrumento. En concreto, como ya hemos apuntado, es este último factor el que determina su naturaleza como instrumento financiero híbrido pues las reglas que aplican a dichos pagos los países A y B son, por un lado, las establecidas para los dividendos y, por otro, las relativas a la deuda.

Ante esta situación, la recomendación sugerida en el Informe es la de incorporar a la normativa del Impuesto de Sociedades en cada país la negativa a la exención de los dividendos siempre que el pago de estos genere un gasto deducible en el país de la fuente.

No obstante, si dichas recomendaciones todavía no se han tenido en cuenta, lo que se propone es, en primer lugar, una regla primaria que consiste en negar la deducibilidad del gasto y, sino, en segundo lugar, una regla secundaria que exija que el ingreso se incluya en la base imponible del Impuesto de Sociedades de quien sea el receptor del pago.

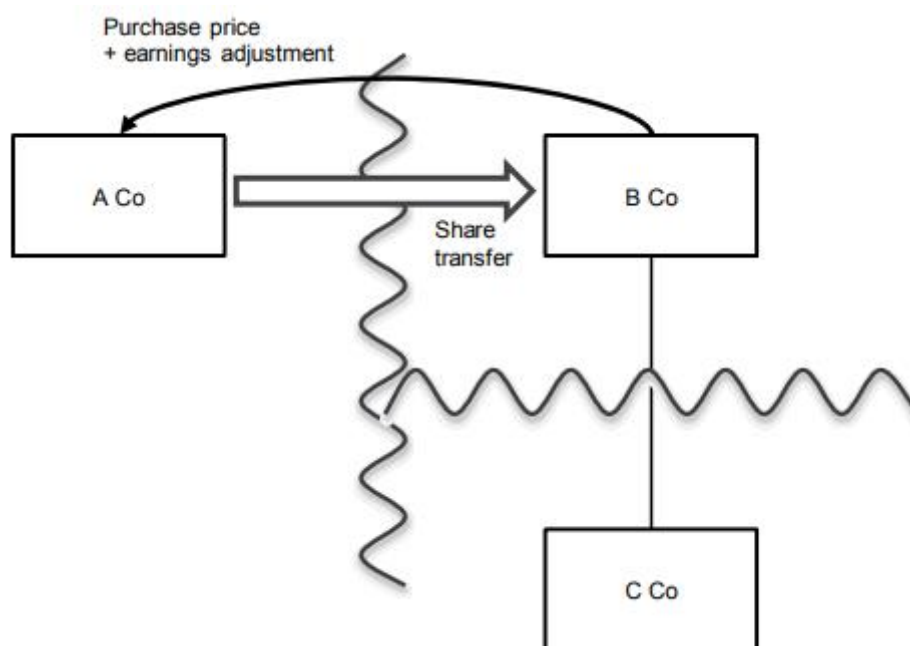
Siguiendo con el ejemplo propuesto, el empleo de la regla primaria implicaría que el país B denegase la deducción del gasto a la compañía BCo. No obstante, si el país B no hubiese introducido dicha norma anti-híbridos en su legislación, en ese caso, sería en el país A donde se podría aplicar la regla defensiva y exigir que ACo tributase por el dividendo recibido. Teniendo en cuenta que, tanto la regla primaria como la regla secundaria se aplicarían a la parte del pago que produjese el efecto D/NI, de modo tal que si en el país A tributa como una exención parcial de dividendos, el país B solo denegaría el gasto que corresponda proporcionalmente al dividendo exento.

A este respecto, las reglas anti-híbridos se aplicarán solo en la medida en que hablemos de operaciones entre partes vinculadas o que formen parte de un acuerdo estructurado. Se entiende por operaciones vinculadas las que se realizan entre entidades pertenecientes a un mismo grupo de control, definiéndose el umbral de vinculación en el 25%. Por otra parte, se considera un acuerdo estructurado aquella transacción que ha sido diseñada para producir un desajuste híbrido.

Excepcionalmente, las soluciones aquí propuestas se aplican también a: los pagos sustitutivos y las ‘transmisiones híbridas’ (o “*hybrid transfer*”), que explicamos a continuación.

En primer lugar, es de aplicación siempre que un contribuyente venda un instrumento financiero a cambio de una determinada cantidad (un pago sustitutivo) que suponga un rendimiento de capital procedente del instrumento subyacente. Ello implica que el pago sustitutivo sea deducible de acuerdo con la legislación aplicable al adquirente y que, por el contrario, en el caso de haberse pagado por el instrumento financiero subyacente de forma directa, hubiera sido objeto de gravamen. Dicha definición se puede ejemplificar a través del siguiente supuesto:

Figura 3. Pago sustitutivo



Fuente: OCDE.

Consideramos, pues, que A Co tiene su residencia fiscal en el país A y transmite su participación en C Co a B Co, que es residente fiscal en B. Por la citada transmisión acuerdan, como parte del precio de compraventa, que al final del ejercicio en función de los resultados obtenidos por C Co se realice un pago adicional a A Co.

Ante este escenario, el país B trataría el pago adicional como si no tuviese relación con la compra efectuada de las acciones de C Co, lo cual generaría en B Co un gasto fiscalmente deducible. Por el contrario, en el país A se considera parte del precio de venta y, consecuentemente, tributaría de acuerdo con las reglas de las plusvalías (supongamos que se encuentran exentas). Así, el país B podría aplicar la regla general explicada anteriormente y rechazar la deducción del gasto; sin embargo, en aplicación de dicho planteamiento, A no podría aprovecharse de la regla secundaria porque el ingreso se asocia con la venta de las acciones. Es para evitar esto por lo que se define la regla de los pagos sustitutos, según la cual en este caso A Co tributaría por el ingreso, conforme a dicha regla especial.

En segundo lugar, cabe referirnos a las ‘transmisiones híbridas’. Se define como “*hybrid transfer*” el acuerdo por el que se transmite un instrumento financiero, de manera que las dos jurisdicciones entienden que el propietario del activo transferido es su contribuyente y, en consecuencia, que le pertenecen los flujos de caja generados.

En estas circunstancias, o bien le correspondería al país A denegar el gasto (en aplicación de la regla primaria), o bien debería ser el país B el que hiciese tributar por el dividendo (en aplicación de la regla secundaria o defensiva).

2.3.2 Pagos ignorados realizados por una entidad híbrida

Aquí nos encontramos ante otro supuesto que genera un desajuste D/NI. Hablamos de pagos ignorados realizados por una entidad híbrida, toda vez que la deducción sea compensada con ingresos que no se incluyan doblemente en la base imponible.

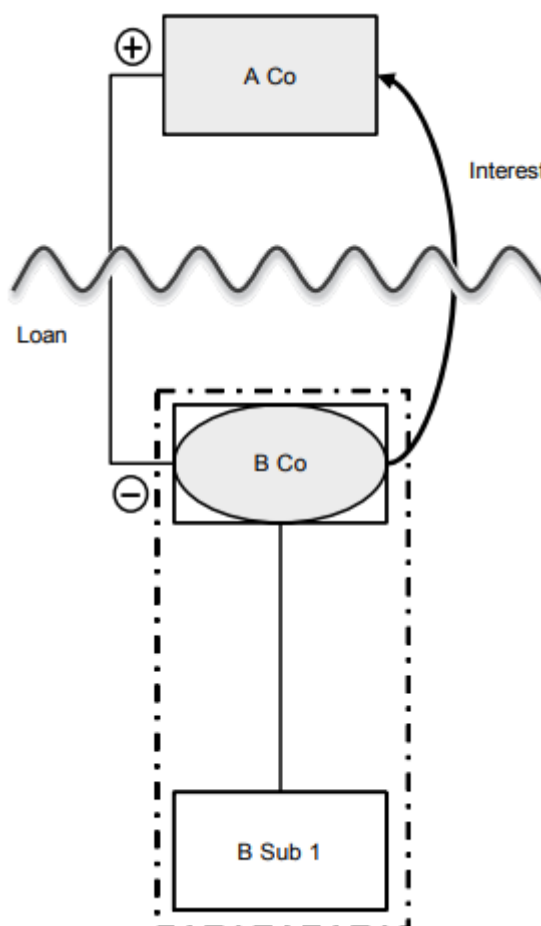
Para empezar debemos clarificar algunas definiciones a estos efectos. Es un pago ignorado el que se deduce por el pagador en su jurisdicción pero, al mismo tiempo, no es reconocido en la otra jurisdicción interviniente y, finalmente, dicho pago no tributa. Igualmente, entendemos por entidad híbrida aquella que realiza pagos que, de acuerdo con la legislación fiscal que resulta de aplicación en el país receptor, son ignorados. Es decir, la entidad es opaca para el país de residencia (lo que significa que es considerada como contribuyente del Impuesto de Sociedades) mientras que es transparente conforme a la jurisdicción del inversor (esto es, como si no existiera a efectos fiscales, siendo los socios de la entidad quienes tributarían por las rentas obtenidas por esta).

Esta regla se aplicará cuando el gasto pueda compensarse con ingresos que no se incluyan doblemente. Ingresos doblemente incluidos serían los que tributan en ambas jurisdicciones, tanto en la del pagador como en la del receptor del pago.

Para solucionar estos supuestos, la respuesta primaria que propone el informe es negar la deducción del gasto y, en caso de que el híbrido no fuese neutralizado por la jurisdicción del pagador, sería la jurisdicción del receptor quien debería hacer tributar el ingreso aplicando entonces la regla secundaria. En todo caso, para que se aplique esta recomendación se requiere que pagador y receptor sean parte de un grupo o que el pago se derive de un acuerdo estructurado.

Para ejemplificar esta explicación veamos el siguiente caso:

Figura 5. Pago ignorado realizado por una entidad híbrida



Fuente: OCDE.

Supongamos que BCo es una entidad híbrida (opaca para el país B pero transparente para el país A). En consonancia, los ingresos y gastos de BCo tributan y son deducibles en A, porque considera que corresponden a sus socios, y en B dado que considera a BCo como contribuyente del Impuesto de Sociedades. Sin embargo, en el supuesto analizado, presumamos que BCo no tiene ingresos (en caso contrario se trataría de ingresos doblemente incluidos, tributando en A y en B, lo cual neutralizaría el desajuste híbrido). Aquí BCo, en virtud del préstamo concedido a ACo, solamente tiene unos gastos financieros; pero consolida fiscalmente con la entidad BSub1, deduciéndose los gastos con los ingresos de esta última.

A la par, ACo no rinde cuentas por los ingresos financieros del préstamo pues para A, BCo es transparente, en consecuencia, es como si el préstamo no existiese.

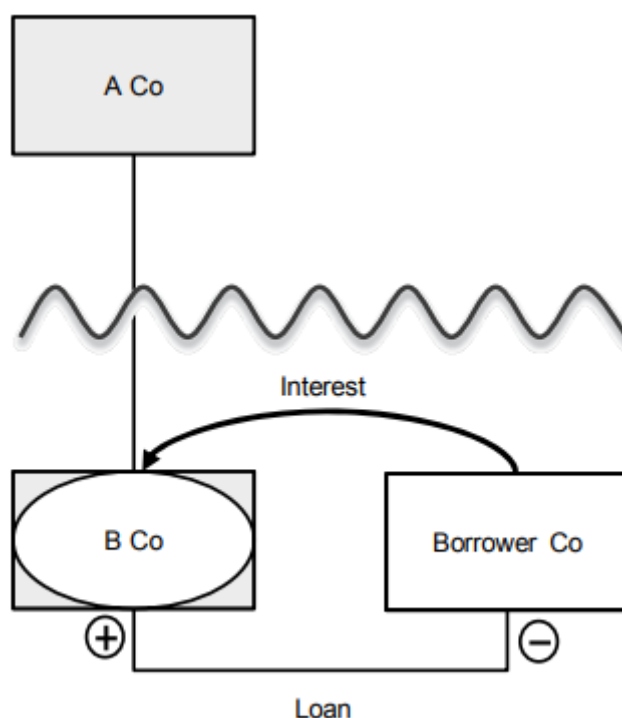
Concluimos, pues, que la entidad híbrida ocasiona un efecto D/NI (mientras que existe un gasto deducible en B, en A hay un ingreso financiero ignorado) que produce

una asimetría por la diferente calificación de la entidad híbrida. No cabe duda de que si la entidad BCo no fuese híbrida, ACo tributaría por los ingresos financieros ya que el país A no ignoraría los mismos.

2.3.3 Pagos realizados a un híbrido invertido

Un híbrido invertido es una entidad que es considerada fiscalmente transparente en la jurisdicción que se ha constituido, pero opaca bajo la jurisdicción del inversor. Los pagos realizados a la misma generan también un desajuste D/NI, al que será aplicable esta regla especial solo en la medida en que este efecto no se hubiese provocado si el pago se realizase directamente al inversor. Con ello se busca evitar que a través de la interposición de un híbrido invertido se eluda la aplicación de la regla general de instrumentos financieros híbridos.

Figura 6. Pago realizado a un híbrido invertido



Fuente: OCDE.

En el ejemplo recogido en la figura anterior, la entidad BCo es un híbrido invertido que otorga un préstamo a CCo y, por consiguiente, en el país C se deducen los gastos financieros. No obstante, los ingresos financieros derivados del préstamo no tributan ni

en el país B (porque la compañía BCo es transparente y estima que han de tributar en sede del socio ACo) ni en el país A (porque entiende que BCo es opaca y que, por lo tanto, deberían estar tributando en B).

En conclusión, estamos ante un híbrido, por el distinto tratamiento fiscal que se concede a la entidad BCo (puesto que para A es opaca a la vez que para B, transparente) y que, en último término, da lugar a un gasto deducible en C mientras que el ingreso financiero no tributa ni en B ni en A.

La solución propuesta para este tipo de mecanismos aglutina un conjunto de mejoras que se deberían incluir en la normativa del Impuesto de Sociedades. En concreto se recomienda, en primer lugar, introducir mejoras en cuanto a la transparencia fiscal internacional de modo que, al tratarse de pagos realizados a un híbrido invertido, tributen en la jurisdicción del inversor (siguiendo el ejemplo, sería tributar en A). Además, se propone limitar la transparencia de la entidad respecto a los inversores no residentes, si la finalidad es conseguir un desajuste híbrido (en nuestro ejemplo supondría que BCo tributase por las rentas obtenidas que correspondiesen a sus socios no residentes). Por último, el informe aconseja incorporar obligaciones de suministro de información apropiadas para estas entidades, que posibiliten la identificación de este tipo de operaciones.

En defecto de la aplicación de las mencionadas recomendaciones, solo se prevé una respuesta primaria, que consiste en negar la deducción del gasto en sede del pagador en la medida en que genere un resultado de D/NI. Para ello, se requiere que el pagador, y el receptor y el inversor, formen parte de un grupo o que se produzca dentro de un acuerdo estructurado.

Para finalizar con el ejemplo propuesto, resultaría en la negativa a la deducibilidad del gasto en C, y los países A y B tendrían la potestad de introducir las mejoras ya mencionadas.

2.3.4 Pagos deducibles realizados por una entidad híbrida

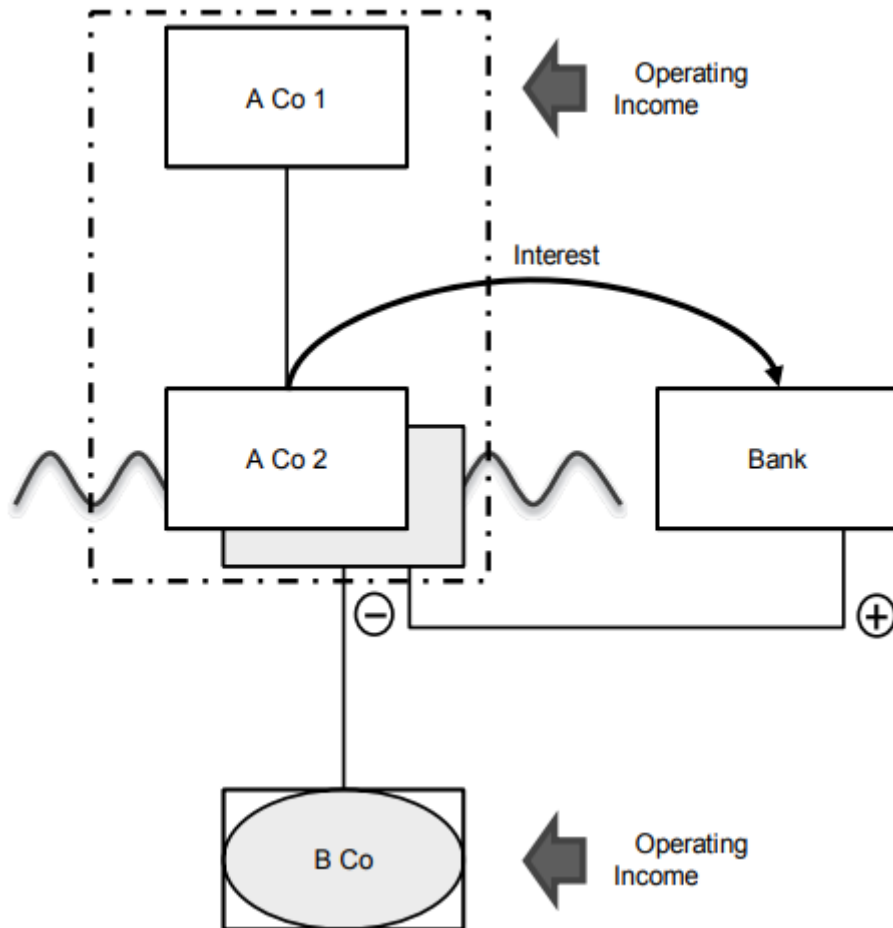
Frente a los anteriores supuestos de D/NI, este es un caso de D/D. La regla aquí analizada resulta de aplicación a los pagos realizados por una entidad híbrida, que tienen la consideración de deducibles tanto para el pagador como para la entidad matriz.

En virtud de lo expuesto estamos ante un híbrido que ocasiona un efecto D/D, ya que el mismo gasto es deducible en A y en B y se compensa con ingresos que no son doblemente incluidos.

2.3.5 Pagos deducibles realizados por una entidad con doble residencia

Otro supuesto de D/D es el caso de una entidad que, teniendo doble residencia fiscal, efectúa un pago que es deducible en dos jurisdicciones.

Figura 8. Pago deducible realizado por una entidad con doble residencia



Fuente: OCDE.

En la imagen, ACo2 tiene doble residencia fiscal y los intereses que paga al banco se deducen en A y en B. Suponiendo que ACo2 no tiene ingresos, no hay ingresos

doblemente incluidos; y deduce su gasto en A, a través de un régimen de consolidación fiscal, con los ingresos procedentes de ACo1, y con los ingresos de BCo en B, siendo BCo una entidad híbrida inversa (transparente en el país B y opaca en el país A), de manera que sus ingresos únicamente tributan en B, pero en sede del socio ACo2.

Ante esta operación, que reúne las características de un híbrido, las dos jurisdicciones en las que el pagador tiene su residencia deberían negar la deducibilidad del pago en aplicación de la regla primaria.

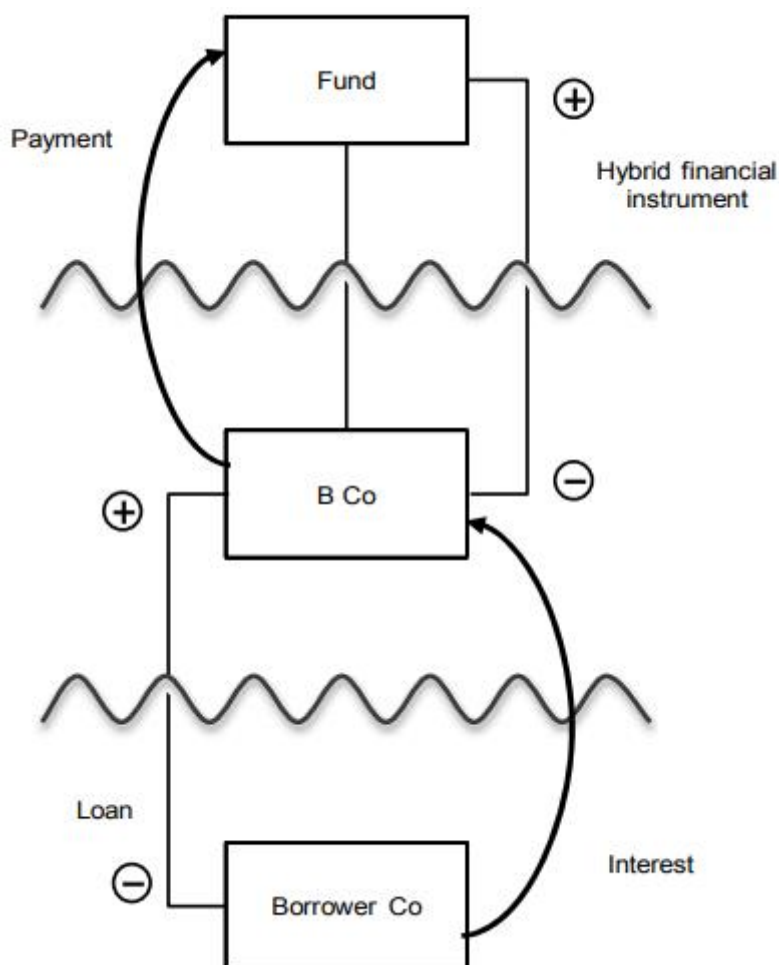
Alternativamente, en vez de denegar la deducción, es posible limitar la compensación del gasto solo contra los ingresos doblemente incluidos que hayan sido obtenidos en períodos impositivos anteriores o lo sean en períodos impositivos futuros.

2.3.6 Mecanismos híbridos importados

Finalmente, el informe de la OCDE estudia el caso de los híbridos importados, dentro de una tercera categoría de mecanismos híbridos: D/NI indirecta.

Estos supuestos se refieren a que el efecto producido por un instrumento híbrido, que no ha sido neutralizado en el primer nivel, es exportado a una tercera jurisdicción a través de un instrumento no híbrido, por ejemplo, mediante un simple préstamo.

Figura 9. Mecanismo híbrido importado



Fuente: OCDE.

Esta figura recoge el ejemplo de un desajuste importado. La compañía BCo y un fondo residente en el país A participan en un instrumento híbrido, que ocasiona un efecto D/NI. Al mismo tiempo, BCo concede un préstamo a Co, exportando así el gasto deducible al país C. Tengamos en cuenta que las tres entidades pertenecen a un mismo grupo y que A y B son países sin reglas anti-híbridos, de tal forma que no corrigen el resultado producido en el primer nivel.

Esta es la razón de ser de la presente regla, que pretende corregir el desajuste en terceras jurisdicciones, tal es el caso de C en este ejemplo, pese a que el híbrido exclusivamente afecte de forma directa a los países A y B.

La solución contenida en el informe es la negativa a la deducibilidad del pago híbrido en la jurisdicción a la que se ha exportado (en este caso, implicaría denegar el

pago en el país C). Esta recomendación solo será aplicable cuando las entidades sean parte de un mismo grupo o siempre que el pago tenga lugar en un acuerdo estructurado.

En todo caso, conviene puntualizar que el desajuste se puede exportar a una pluralidad de países, en cuyo caso la dificultad radica en delimitar qué parte del ajuste corresponde a cada jurisdicción. En este punto, el informe propone reglas de proporcionalidad para solventar estas situaciones, con la pretensión de que los países implicados actúen de forma coordinada.

2.4 Parte II: recomendaciones en convenios de doble imposición

La segunda parte del Informe de la Acción 2, más breve que la primera, incluye una serie de recomendaciones con la finalidad de evitar el uso de instrumentos y entidades híbridas para aprovecharse, de manera impropia, de los beneficios contemplados en convenios de doble imposición.

Así pues, en primer lugar se hace referencia a la Acción 6 del Plan BEPS y a las entidades con residencia dual. La propuesta a este respecto plantea dejar de atender a la sede de dirección efectiva como único criterio para dirimir situaciones de doble residencia y pasar a tener en cuenta también “otros factores relevantes”, como el lugar de constitución. A pesar de esto, es posible que dicha modificación no sea suficiente a fin de evitar la problemática derivada de la existencia de sociedades con doble residencia, por ello se insta a los Estados a valorar la introducción en su legislación interna de una norma específica por la que se considere no residentes a las entidades que ya sean consideradas como residentes en otro Estado en virtud de un Convenio de Doble Imposición.

Por otro lado, la OCDE también sugiere ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de los Convenios de Doble Imposición para incluir a las entidades transparentes, en consonancia con los principios que inspiran el informe sobre sociedades de personas publicado en 1999 por la OCDE⁹ y que se incorporan al Convenio Modelo, extendiendo su aplicación a las entidades transparentes.

⁹ OCDE, “*The Application of the OECD Model Tax Covention to Partnerships*”, 1999.

Finalmente, se reconoce además la necesidad de garantizar una efectiva coordinación entre el Modelo de Convenio Tributario y las recomendaciones de la Parte I del Informe.

3. Estudio de un caso práctico

3.1 Tributación de un préstamo participativo entre dos sociedades con residencia fiscal en distinto país

En el desarrollo de este epígrafe consideraremos la concesión de un préstamo participativo entre dos sociedades con residencia fiscal en distinto país.

3.1.1 Análisis de la operación siendo la entidad prestataria residente en España

Por un lado, supongamos la sociedad «A», constituida con arreglo a la legislación fiscal española y residente a efectos fiscales en España. Esta entidad está participada en un 94,73% por la sociedad «B», residente fiscal en Luxemburgo. Ambas sociedades son grandes empresas que forman parte de un grupo, sin perjuicio de su tributación conforme al régimen fiscal general.

Ante la oportunidad de invertir en nuevos proyectos, «A» y «B» deciden instrumentar por escrito la concesión de un préstamo que la segunda hace en favor de la primera, por un importe de 20 millones de euros, con la finalidad de financiar la actividad empresarial de «A». En dicho acuerdo formalizaron que la empresa prestataria retribuiría a la empresa prestamista con el pago de los siguientes intereses: un tipo de interés fijo para la amortización del préstamo (EURIBOR anual más 0,5 puntos, vigente a 2 de enero de cada año) más un tipo de interés variable en función de la evolución del proyecto (el porcentaje fijado ha sido el 10% sobre el beneficio neto en cada ejercicio). En virtud de este contrato celebrado entre las partes, en aquellos ejercicios en que la sociedad «A» obtenga resultados positivos debe abonar a la prestamista los rendimientos correspondientes según las condiciones pactadas.

En aplicación de lo anterior, consideremos el ejercicio económico 2019 en el que la sociedad «A» alcanzó un beneficio neto de 3.578.914,27 euros, antes de intereses fijos y variables. A continuación, se detalla en la tabla siguiente la totalidad de los intereses pagados a «B».

Tabla 1. Intereses pagados por el préstamo participativo

Ejercicio 2019

Intereses fijos:	Intereses variables:
EURIBOR (02-01-2019): -0,121%	Porcentaje: 10%
+ 0,5 = 0,379 %	
<i>Aplicado sobre el montante del préstamo:</i>	<i>Aplicado sobre el beneficio neto:</i>
75.800 euros	357.891,43 euros
Total intereses pagados: 433.691,43 euros	

Fuente: Elaboración propia.

En consecuencia, el resultado contable una vez efectuado el pago de los citados intereses fue de 3.145.222,84 euros.

En este escenario es relevante considerar qué tratamiento corresponde a efectos fiscales a los intereses derivados del préstamo participativo y su implicación en la contabilidad de las sociedades.

En primer lugar, conviene detenernos en la calificación del instrumento financiero utilizado como préstamo participativo, lo cual origina una serie de derivadas en cuanto a las implicaciones mercantiles que supone su adopción. Ello se concreta en un determinado orden en la prelación de créditos y en su consideración como patrimonio neto en el supuesto de una hipotética reducción de capital o liquidación de la sociedad.

Analizando el caso práctico, podemos deducir, ya en un primer momento, que frente a la posibilidad de recurrir a una fuente de financiación externa, como podría ser un préstamo ofrecido por una entidad bancaria, la empresa española se decanta por llegar a un acuerdo con otra compañía del mismo grupo empresarial. Junto con lo

anterior, existen otros factores que permiten clarificar la naturaleza del contrato de préstamo que analizamos. En concreto, tal y como se detalla en el acuerdo formalizado entre las sociedades, se establecen dos tipos de interés: uno fijo y otro variable. Es decir, en este caso, además de la remuneración ordinaria estipulada para la amortización del préstamo fijada a partir del EURIBOR anual más 0,5 puntos, se acuerda que parte de la remuneración sea dependiente de los beneficios obtenidos con la evolución del proyecto.

Son estos distintivos los que nos permiten calificar la operación entre «A» y «B» como un contrato de préstamo participativo. Este tipo de créditos se caracterizan por ser una forma de financiación intermedia entre la financiación ajena (el caso de un préstamo convencional entre terceros) y la financiación propia (llevada a cabo mediante ampliaciones de capital). Estos créditos, como acabamos de exponer, consisten en que, como contraprestación a la cantidad otorgada en préstamo, el prestatario siempre retribuye al prestamista con el pago de unos intereses vinculados al propio devenir del negocio y, en su caso, puede pactarse a mayores un interés fijo independiente de la evolución de la empresa. Así pues, el cálculo del interés variable suele vincularse con frecuencia al beneficio neto anual –conforme sucede en este supuesto que analizamos– al considerar este como un criterio representativo para evaluar los resultados obtenidos. En este sentido, dicha remuneración puede asimilarse al concepto de dividendo pues, de hecho, implica un reparto de beneficios. De esta forma, la empresa prestamista adquiere frente a la empresa prestataria una condición intermedia entre el acreedor y el socio de dicha empresa.

La utilización de los préstamos participativos se fundamenta en la consideración de que si un crédito posee determinadas características –las mencionadas anteriormente– se reputa, a ciertos efectos, como parte de los fondos propios, dentro del patrimonio neto del deudor, mientras que en lo demás mantiene su condición de pasivo. Esta idea se desprende no solo de su regulación en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, sino que, en tal sentido, se pronunció también el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en la Resolución de 20 de diciembre de 1996, por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, refiriéndose expresamente a las peculiares características

de los préstamos participativos para justificar su consideración como patrimonio neto a los efectos indicados.

En segundo lugar, debemos dilucidar qué tratamiento recibe el pago de intereses en la legislación fiscal, partiendo de la determinación de la Base Imponible (BI) del Impuesto sobre Sociedades.

En términos tributarios, la Base Imponible está integrada por el importe de la renta obtenida por el contribuyente en el período impositivo, esto es, durante el ejercicio económico de la entidad, y constituye la cuantía sobre la que se determina el cálculo del impuesto correspondiente.

La forma de obtención de la Base Imponible viene determinada por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 10.3 se explicita que, de acuerdo con el método de estimación directa, la base imponible *“se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas”*. Es decir, salvo las correcciones que proceda realizar, la Base Imponible coincidirá con el beneficio obtenido por la persona jurídica y que se recoge en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias de la sociedad.

No obstante, como acabamos de apuntar, para determinar correctamente la BI en ocasiones es preciso realizar ajustes extracontables, estos son ajustes al resultado contable para adecuarlo a la normativa fiscal.

Uno de los supuestos en los que existe discrepancia entre el resultado contable y el fiscal es en los gastos financieros. El Plan General de Contabilidad reconoce como gastos financieros los costes derivados de la financiación ajena, como los intereses pagados a terceros por el capital prestado. Sin embargo, a nivel fiscal, se contempla una limitación en el artículo 16 de la LIS a la deducibilidad de los gastos financieros netos (entendiendo por tal el exceso de gastos respecto de los ingresos financieros), pues se admite que sean deducibles con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio, si bien en todo caso se permite deducir la cantidad de un millón de euros.

A pesar de ser esa la regla general aplicable al pago de intereses, en el supuesto objeto de estudio debemos examinar las particularidades previstas para el caso de

amortización de un préstamo participativo. A este respecto, la última actualización de la LIS en el año 2014 modificó la tributación de los intereses pagados en virtud de un préstamo participativo y, de acuerdo con el nuevo artículo 15, estos no tienen la consideración de gastos fiscalmente deducibles para la empresa que los soporta, pues se entiende que representan una retribución de los fondos propios.

Así, según la propia literalidad del artículo 15:

«Artículo 15. Gastos no deducibles.

No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

a) Los que representen una retribución de los fondos propios.

A los efectos de lo previsto en esta Ley, tendrá la consideración de retribución de fondos propios, la correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable.

Asimismo, tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los 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».

Como se puede colegir, la normativa fiscal se halla íntimamente ligada a la normativa mercantil. La unión entre ambos cuerpos normativos se fundamenta, entre otras, en la remisión específica por parte de la legislación fiscal a determinados preceptos o términos ya acuñados en la legislación mercantil. Así, en el ámbito tributario, destaca por su incidencia la remisión al artículo 42 del Código de Comercio. Este último se refiere a los requisitos exigidos para determinar la existencia de un grupo de sociedades, explicitando que *“existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”*. Y, a continuación, se detallan específicamente algunos supuestos en los que se presumirá que existe control, siempre y cuando una sociedad –calificada como dominante– se encuentre con respecto a otra sociedad –calificada como dependiente– en alguna de las situaciones referidas en dicho artículo.

En el ejemplo práctico que nos ocupa, este es subsumible en el apartado a) de dicho precepto referido a que “posea la mayoría de los derechos de voto”. Ello es así en la medida en que, ostentando el 94,73%, la sociedad «B» posee más del 50% de las acciones con derecho de voto de «A». En este caso, entendiendo que la sociedad española no posee acciones en autocartera y sin contemplar la posibilidad de que disponga de acciones sin derecho a voto, el porcentaje total sobre el que se ha de determinar la vinculación es el 100%, situándose la mayoría en más del 50%. Hemos de concluir, pues, que ambas empresas, «A» y «B», forman un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

En consonancia con la nueva redacción del artículo 15 en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, los intereses pagados en virtud del préstamo participativo concedido por «B» no gozan del beneficio fiscal de ser considerados como gastos fiscalmente deducibles para la sociedad «A».

Al hilo del razonamiento expuesto, pese a que contablemente es correcta su imputación a la Cuenta de Pérdidas y Ganancias como gastos financieros, a la hora de la determinación de la Base Imponible, y teniendo en cuenta que el punto de partida para su cálculo es el resultado contable, lo que procede es realizar el correspondiente ajuste extracontable positivo a fin de incrementar la Base Imponible sobre la que se calculará el impuesto debido. En esta línea, como es fácilmente deducible, toda vez que los gastos contabilizados en el resultado contable superan en cuantía a los permitidos fiscalmente, la Base Imponible se obtendrá como suma del resultado previsto en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias más las cantidades abonadas en concepto de intereses no deducibles derivados del préstamo participativo.

Tabla 2. Ajuste extracontable positivo

Ejercicio 2019

<i>Resultado de Cuenta de Pérdidas y Ganancias</i>	3.145.222,84 euros
+ Ajuste extracontable positivo (Total intereses pagados por el préstamo participativo)	+ 433.691,43 euros
Base Imponible	3.578.914,27 euros
x Tipo de gravamen	x 25%
(=) Cuota íntegra	(=) 894.728,57 euros

Fuente: Elaboración propia.

3.1.2 Análisis de la operación siendo la entidad prestamista residente en España

A continuación, con el objeto de abordar una variada casuística de hechos, conviene plantear qué tratamiento merecería la misma operación de préstamo participativo en la que la sociedad matriz fuese la entidad residente en España y la que actúa como prestamista.

La regla prevista en el artículo 15 de la nueva Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, analizada en el apartado anterior y relativa a la tributación de los intereses devengados por la sociedad prestataria, encuentra su correspondencia en el artículo 21 de la misma Ley en lo que se refiere a los intereses percibidos por la sociedad prestamista.

En virtud del citado artículo 21 de la Ley del IS los intereses que recibe la empresa prestamista como retribución por el préstamo participativo concedido estarían exentos con la finalidad de evitar la doble imposición. No obstante, se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. A ellos se hace referencia en el apartado 1 al considerar exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, siempre y cuando el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital social o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5% o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros. En este último caso, la participación se ha de poseer de manera ininterrumpida a lo largo del año anterior al momento en que resulte exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, tendrá que mantenerse posteriormente durante el período de tiempo necesario para completar dicho plazo.

Asimismo, a efectos del cómputo del plazo anterior se considerará también el tiempo en el que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que se encuentren en las circunstancias descritas por el artículo 42 del Código de Comercio, esto es, que formen parte del mismo grupo de sociedades.

Adicionalmente, tratándose de participaciones en el capital social o en los fondos propios de entidades que no poseen su residencia en territorio español, se requiere que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta a un impuesto extranjero de

naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades a un tipo nominal de, como mínimo, el 10% en el ejercicio en el que se hubiesen obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, y ello con independencia de la aplicación de cualquier tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre dichos beneficios.

Para observar el cumplimiento de este requisito, se tendrán en cuenta los tributos extranjeros cuya finalidad sea la imposición de la renta que haya sido obtenida por la entidad participada, independientemente de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

A estos efectos, cuando la entidad participada resida en un país que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le resulte aplicable y que contenga cláusula de intercambio de información, dicho requisito adicional ya se considerará cumplido. Sin embargo, cuando la entidad participada resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal en ningún caso se entenderá cumplido, excepto que sea residente en un Estado miembro de la Unión Europea y que la sociedad acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.

El apartado 2 del artículo 21, ordinal 2º, hace mención específica a que “*Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*”. En virtud de lo anterior, los intereses devengados con motivo de un contrato de préstamo participativo que no hayan sido fiscalmente deducibles (es decir, que hayan tributado en sede de la entidad pagadora) gozarán del beneficio fiscal de la exención en sede de la sociedad receptora de los mismos, siempre y cuando ambas formen parte de un grupo de sociedades en los términos definidos en la legislación mercantil.

Aplicando los preceptos expuestos al caso objeto de estudio, para analizar el tratamiento de la operación descrita desde la perspectiva contraria, supongamos que el porcentaje de participación entre las sociedades es el descrito en el enunciado del supuesto de hecho. Así, hemos de entender que es ahora la sociedad española quien

actúa como prestamista en el acuerdo de préstamo participativo celebrado con una sociedad filial en la que participa en un 94,73%.

En base a las consideraciones anteriores, lo cierto es que la prestamista cumple con el requisito inicial de poseer un porcentaje de participación superior al 5% en la entidad que efectúa el pago de intereses y, además, este ha debido de mantenerse, al menos, durante el año anterior al día en que resulta exigible dicho pago para considerar aplicable la exención.

A mayores, en consonancia con el enunciado de partida, y entendiendo que la entidad participada no tiene su residencia fiscal en territorio español, es preciso el cumplimiento de un requisito adicional. Como ya se ha apuntado, tratándose de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades residentes en el extranjero, la entidad participada y prestataria en este caso, ha debido estar sometida, al menos, a un tipo nominal del 10% por un impuesto de naturaleza similar al Impuesto sobre Sociedades.

Cumplíendose ambos requisitos, en virtud del artículo 21.2.2º de la LIS las retribuciones percibidas por la sociedad prestamista española correspondientes al préstamo participativo estarían exentas considerando que ambas sociedades forman parte de un mismo grupo, pues el porcentaje actual de participación cumple con los criterios previstos al efecto por el Código de Comercio. La única salvedad a la aplicación de esta exención viene prevista en el propio artículo 21.2.2º *in fine*, siendo este el caso de que el pago de intereses hubiese dado lugar a un gasto fiscalmente deducible para la entidad prestataria, pues entonces estaríamos ante un supuesto de doble no imposición.

Por último, resta también comentar que, de no cumplirse las condiciones impuestas por el artículo 21 para beneficiarse de la exención, los intereses recibidos tributarían como ingresos por cesión a terceros de capitales propios.

3.1.3 Análisis de la operación desde la perspectiva de costes

Como se ha avanzado anteriormente, existirían otras alternativas de articulación de la operación. Esto es, analizaremos en este apartado qué posibilidades existen para obtener la financiación necesaria en el desarrollo de la actividad empresarial, analizando

los ahorros que se consiguen y los riesgos que conllevan en comparación con la utilización de un préstamo participativo.

Por un lado, la empresa podría optar por una fuente de financiación externa, nos referimos aquí a un préstamo concedido por una entidad bancaria; o, por otro, a una fuente de financiación propia, como es el caso de una ampliación de capital.

Al optar por un préstamo convencional, la empresa conoce de antemano el coste que conlleva este método de financiación, pero, al mismo tiempo, asume por completo la responsabilidad financiera de hacer frente a los consiguientes pagos y, en orden a la prelación de créditos, estos acreedores comunes serían los primeros en cobrar.

Por su parte, la decisión de ampliar capital implica, por el contrario, compartir la totalidad del riesgo de la operación y, consecuentemente, a los inversores no habrá que devolverle el capital invertido pero estos participarán en las ganancias potenciales de la empresa y, por tanto, recibirán una parte de los beneficios futuros.

Tal y como hemos apuntado, la decisión de financiarse mediante un préstamo participativo se sitúa como una opción intermedia. A diferencia de la ampliación de capital, se evita la cesión de la propiedad de la empresa y, frente al resto de acreedores, tiene carácter subordinado. Sin embargo, entre los riesgos que conlleva este modelo de financiación está la variabilidad del coste, es decir, la empresa prestataria desconoce de antemano cuál será el coste real del préstamo participativo, pues dependerá de la propia evolución de los resultados de la empresa, es decir, si el tipo de interés variable se fija como un porcentaje sobre los beneficios obtenidos al final del ejercicio y la empresa experimenta un resultado negativo no tendrá que hacer frente a dicha retribución, pero, si finalmente alcanza un resultado positivo, generalmente deberá pagar un tipo de interés más alto comparado con otros métodos de financiación. Además, existe un límite a la libertad de amortización –justificado por la consideración, en ciertos supuestos, del préstamo participativo como parte de los fondos propios– y, por tanto, en caso de que se desee amortizar anticipadamente el préstamo participativo, el prestatario solo podrá hacerlo siempre y cuando dicha amortización se compense con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios.

A continuación, resumimos esquemáticamente las implicaciones fiscales de cada una de las fuentes de financiación descritas.

Figura 10. Comparativa entre fuentes de financiación



Fuente: Elaboración propia.

Figura 11. Tratamiento fiscal de las fuentes de financiación

Préstamo	Préstamo participativo	Ampliación de capital
<ul style="list-style-type: none"> • Con un tercero (p.ej. entidad bancaria) o con una empresa del grupo → deducibilidad de los intereses en el Impuesto sobre Sociedades (art. 16). El límite a la deducción de los gastos financieros netos será la <u>mayor</u> de las siguientes cantidades: <ul style="list-style-type: none"> • 30% del beneficio operativo del ejercicio • 1 millón de euros 	<ul style="list-style-type: none"> • Con un tercero (p.ej. entidad bancaria) → deducibilidad de los intereses en el Impuesto sobre Sociedades (art. 16). El límite a la deducción de los gastos financieros netos será la <u>mayor</u> de las siguientes cantidades: <ul style="list-style-type: none"> • 30% del beneficio operativo del ejercicio • 1 millón de euros • Con una empresa del grupo → NO deducibilidad de los intereses en el Impuesto sobre Sociedades (art. 15) 	<ul style="list-style-type: none"> • Se considera una operación societaria sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 19.1.1º)

Fuente: Elaboración propia.

3.2 Directivas promulgadas en el ámbito de la Unión Europea

Retomando la idea de “instrumentos financieros híbridos”, debemos analizar como paso previo el tratamiento diferenciado de los conceptos “capital” y “deuda” que ha sido adoptado por las legislaciones tributarias. Esta distinción se encuentra todavía presente en gran parte de los sistemas tributarios pero, desde una perspectiva económica, genera una serie de inconsistencias a nivel internacional.

Al respecto, es importante considerar que, en base a criterios establecidos por empresas clasificadores de riesgo como Standard & Poor's¹⁰ y Moody's¹¹, un “instrumento de capital” posee las siguientes características: i) no está sujeto a un plazo de vencimiento, ii) no implica la exigencia de pagos de los que se pueda derivar un incumplimiento y iii) conlleva para los tenedores la absorción de pérdidas en los supuestos de liquidación o quiebra de la empresa emisora. Por el contrario, es la ausencia de estas particularidades lo que configura un “instrumento de deuda”.

Esta distinción y el consecuente tratamiento tributario diferente abren la posibilidad de aprovecharse de importantes beneficios fiscales, especialmente cuando se trata de dos países distintos que han utilizado criterios diversos a la hora de calificar los rendimientos derivados de estos instrumentos financieros.

«En consecuencia, un determinado instrumento considerado como deuda en un país podrá ser considerado como capital en el otro, tanto desde una perspectiva legal como tributaria. Esta ambigüedad permite que los contribuyentes se encuentren en la aptitud de obtener una serie de beneficios fiscales a nivel internacional»¹².

¹⁰ Standard & Poor's, Corporate Rating Criteria 2006.

¹¹ Moody's Investors Service, Refinements to Moody's Tool Kit: Evolutionary not Revolutionary, February 2005.

¹² «As a consequence, a given instrument considered as a debt in a member state may be considered as equity in another member state, both from a legal and tax point of view. It may lead the taxpayers to use this ambiguity at the international level in order to get tax benefits». MICHIELSE, G. (Ed.) (1996) *Tax Treatment of Financial Instruments*, Kluwer Law International, p. 17.

Como regla general, los rendimientos originados por “instrumentos de deuda” (intereses) pueden ser deducibles para el pagador a efectos de la determinación del correspondiente impuesto sobre la renta, mientras que los rendimientos originados por “instrumentos de capital” (dividendos) no gozan de tal consideración en los impuestos sobre la renta y ello porque el pago de dividendos “*es realizado después de impuestos y, por consiguiente, no tiene la condición de deducible*”.¹³

En contrapartida, los intereses se califican como ingresos para el acreedor y, por tanto, serán gravados por su impuesto sobre la renta. Lo contrario sucede con los dividendos que, generalmente, gozarían del beneficio de la exención para el perceptor de los mismos.

No obstante, en un contexto internacional, es preciso advertir que no siempre se da esta correspondencia entre las dos partes. Así, es posible que los rendimientos derivados del capital, como es el caso de los dividendos, puedan estar sujetos también a imposición en el país de residencia del perceptor, lo que generaría una doble imposición económica frente a la cual se prevén diversos métodos para evitarla.

Todo lo anterior nos permite colegir que las diferencias entre “instrumentos de deuda” e “instrumentos de capital” pueden ser explotadas por medio de la configuración de ciertos instrumentos financieros, los cuales incluyen tanto cualidades de la deuda como del capital. En este caso, las características ambivalentes que presentan estos mecanismos posibilitan la obtención de un beneficio fiscal en una jurisdicción, mediante la deducción del gasto por intereses por ejemplo, mientras que, al mismo tiempo en la otra jurisdicción, no se produce una tributación efectiva debido a que el rendimiento se califica como dividendo y, como tal, no está sujeto a imposición. Este tipo de instrumentos se denominan “instrumentos financieros híbridos”.

Existe una gran variedad de instrumentos financieros híbridos en el mercado internacional, entre ellos, adquieren especial relevancia los conocidos como “*profit participation loans*” o préstamos participativos, los cuales, como se ha explicado precedentemente, son créditos en los que se pacta que la cuantía de intereses a pagar queda supeditada a la rentabilidad del negocio del deudor. En cierta medida, pese a formalizarse como una deuda, presentan una estructura que sería equiparable a un

¹³ “*are made out of after-tax profits and therefore are not tax deductible*”. HINNY, P. (2008) *General Report: New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 93b, Rotterdam: IBFD, p. 20.

instrumento de capital, por cuanto el pago de un interés se hace depender exclusivamente de la existencia de utilidades.

Como puede observarse, los instrumentos financieros híbridos pueden ser clasificados distintamente en el país de la fuente y en el país de residencia del perceptor de las rentas. El origen de este conflicto se produciría si, por un lado, el país de la fuente adopta el criterio de realidad económica y, en relación a la misma operación, el otro país aplica un criterio netamente legal o formalista. En este razonamiento, siguiendo el ejemplo antes apuntado, mientras el rendimiento de un instrumento financiero híbrido se califique como interés en el país de la fuente y como dividendo en el país de residencia del receptor, puede no generarse tributación en ninguno de los dos países.

Tal y como hemos apuntado esta problemática adquiere relevancia en un contexto internacional cuando hablamos de interacciones entre dos países que no aplican un tratamiento simétrico a una misma transacción.

A nivel europeo, la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, comúnmente conocida como «Directiva Matriz-Filial», responde a la necesidad de definir en el ámbito de la Unión Europea unas condiciones similares a las de un mercado interior para los grupos de sociedades que operan en diferentes Estados miembros, evitando con ello que las disposiciones fiscales particulares de los Estados miembros dificulten o restrinjan su buen funcionamiento.

Esta Directiva establece la neutralidad fiscal en relación al reparto de dividendos de la filial a la matriz. Así, el Estado de la sociedad matriz cuando ésta reciba los beneficios distribuidos por la filial deberá o bien abstenerse de gravar dichos beneficios o, en caso de gravarlos, autorizar a la sociedad matriz a deducir de su impuesto la parte del mismo relativa a los beneficios y satisfecha por la filial.

Si bien esta Directiva europea del año 2011 trata de evitar los hándicaps que pudieran derivarse de una doble imposición económica internacional, la misma fue reformada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 incluyendo una disposición anti-híbridos en la Directiva Matriz-Filial al objeto de ocuparse también de las inconsistencias derivadas de una doble no imposición internacional.

Al hilo de lo comentado anteriormente, se añade a lo contemplado en el artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2011/96/UE la siguiente modificación:

«(...) se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial».

En virtud de lo anterior se puntualiza que, cuando la sociedad matriz reciba beneficios distribuidos por su sociedad filial, estos gozarán de la bonificación fiscal de no ser gravados en el país de residencia de la sociedad matriz solo cuando no hubiesen sido deducibles por la sociedad filial en el país de la fuente. Por el contrario, en la medida en que los mismos hubiesen disfrutado de la deducción ofrecida en sede de la filial, han de tributar inexcusablemente en el Estado de residencia de la matriz a fin de evitar la no tributación por las dos vías.

Con posterioridad, la Unión Europea promulgó la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Esta Directiva Anti-Elusión, también conocida como ATAD («*Anti-Tax Avoidance Directive*», por sus siglas en inglés), compendia un conjunto de medidas tributarias diversas, entre ellas algunas de las recomendaciones emanadas del Plan BEPS en materia de híbridos. A diferencia de otras Directivas en materia de fiscalidad que establecen límites a la soberanía tributaria de los países miembros, al obligar a los Estados a abstenerse de gravar determinados hechos imponible –como ocurre con la Directiva Matriz-Filial–, la Directiva Anti-Elusión crea hechos imponible nuevos e insta a los Estados a gravar rentas que hasta el momento no eran gravadas. Se refiere a los casos en que el distinto tratamiento otorgado por dos Estados a un mismo instrumento híbrido ocasione la deducción de los mismos gastos, los cuales solamente serán deducibles donde se haya originado el pago correspondiente. En la misma línea, tratándose de la deducción de un gasto en el Estado de origen sin su inclusión en la base imponible del Estado de destino, no se permitirá la deducción fiscal del gasto en el Estado de origen.

La Directiva (UE) 2016/1164 fue modificada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. Así, esta nueva Directiva amplía el ámbito de aplicación de la anterior, incluyendo también a aquellas entidades que sean tratadas por un Estado miembro

como transparentes, es decir, como si no existieran a efectos fiscales, resultado de la utilización de mecanismos híbridos invertidos con los que se busca eludir la aplicación de las reglas generales previstas para los instrumentos financieros híbridos.

En otro orden de ideas, refiriéndonos en concreto al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, la Unión Europea aprobó la Directiva 2003/49/CE. Con carácter general, el tratamiento otorgado a dichos pagos sería la exención de los mismos de cualquier impuesto sobre estos en el Estado de origen, toda vez que su tributación se produciría por parte del beneficiario en el otro Estado miembro. A pesar de esta regla, ya el propio artículo 4 de la citada Directiva prevé la exclusión de determinados pagos:

«Artículo 4. Exclusión de pagos en concepto de intereses o cánones.

1. El Estado miembro de origen no estará obligado a garantizar las ventajas de la presente Directiva en los casos siguientes:

a) los pagos que se traten como distribución de beneficios o como reembolso del capital, con arreglo a la legislación del Estado de origen;

b) los pagos procedentes de créditos que comprendan un derecho a participar en los beneficios del deudor;

(...)).».

En atención al precepto descrito, y aplicándolo a nuestro supuesto de análisis, aquellos pagos de intereses procedentes de un préstamo participativo, por cuanto suponen un derecho a participar en los beneficios del deudor y reciben un tratamiento equiparable al dividendo en el Impuesto sobre Sociedades, quedan excluidos de la exención prevista en la Directiva 2003/49/CE. Por ello, en el Estado miembro de origen pueden no gozar de la deducción establecida con carácter general para los gastos financieros, quedando por tanto sujetos al gravamen sobre la renta correspondiente, en cuyo caso ya se beneficiarían de la no tributación por dicho concepto en el otro Estado miembro.

Centrándonos en los acuerdos alcanzados por España con otros países sobre fiscalidad, es menester aludir al Convenio ratificado entre el Reino de España y el Gran

Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y su Protocolo anexo. El artículo 11 de este documento se redacta en términos potestativos, posibilitando que los intereses procedentes de un Estado Contratante pagados a un residente del otro Estado Contratante puedan someterse a imposición en ese otro Estado. Sin embargo, precisa el apartado 2 del mencionado precepto que dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, teniendo en cuenta que si el perceptor de los intereses es el beneficiario efectivo el impuesto así exigido no podrá exceder del 10% del importe bruto de los intereses.

A este respecto, el apartado 4 del artículo 11 conceptúa el término «intereses», empleado en este precepto, al determinar que en él quedan incluidos «*los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecarias o cláusulas de participación en los beneficios del deudor (...)*». En dicha especificación, referente a la participación en los beneficios del deudor, podrían quedar, pues, subsumidos los préstamos participativos.

Si bien, en una interpretación del principio de subsidiariedad, fundamentada en la práctica, podríamos sostener que la armonización efectuada en este ámbito por la Unión Europea, de quien forman parte tanto España como Luxemburgo, ha de preceder a los convenios consensuados parcialmente entre los Estados.

4. Evaluación de la implementación de las medidas propuestas

4.1 Situación en España: principales consideraciones en la Ley 27/2014

Partiendo de la Directiva Matriz-Filial, esta tiene su reflejo en el ordenamiento interno español. De este modo, la distribución de beneficios de sociedades filiales con residencia en España a sus matrices con residencia en EEMM de la Unión Europea se recoge en el artículo 14.1.h) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes («IRNR») en el que, con algunas particularidades, se califican esas rentas como “exentas”. En cuanto a la percepción de beneficios por parte de sociedades matrices con residencia en España procedentes de sociedades filiales extranjeras, la normativa española regula la eliminación de la doble imposición internacional en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades. Concretamente, el artículo 32 de la LIS permite a la sociedad española deducir de su Impuesto sobre Sociedades el impuesto efectivamente pagado por la entidad no residente respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, siempre que la cuantía correspondiente a tales dividendos se incluya en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. Por otro lado, se regula un método alternativo al anterior en el artículo 21 de la propia Ley del Impuesto sobre Sociedades, el cual permite directamente la exención de los dividendos percibidos cumpliendo determinados requisitos.

La modificación propuesta *a posteriori* en la Directiva 2014/86/UE, que incluye una disposición anti-híbridos en la Directiva Matriz-Filial, en conformidad también con las recomendaciones contenidas en el informe de la OCDE, ha sido igualmente introducida en la normativa española. Precisamente, el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en España, relativo a la exención sobre dividendos o participaciones en

beneficios de entidades, responde a esta idea al establecer en su apartado 1 *in fine* la misma previsión anti-híbridos:

«No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora».

En cambio, el artículo 32 de la LIS, que hace referencia a la deducción sobre dividendos y participaciones en beneficios para evitar la doble imposición económica internacional, todavía no contiene la recomendación planteada en materia de híbridos.

Por el contrario, sí existe una modificación en el artículo 32.2.2º, que niega la deducción por doble imposición económica internacional al receptor de los dividendos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad en virtud de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden, registrando un gasto al efecto. En este caso, será esa otra entidad, beneficiaria económica del dividendo, quien en su caso podrá aplicar la deducción. Análoga solución se ha seguido en el régimen de exención y, por consiguiente, el artículo 21.2.3º de la LIS también reserva al titular económico de los dividendos la facultad de aplicar la exención sobre los mismos.

No obstante, si dichas recomendaciones no hubiesen sido suficientes para impedir el desajuste híbrido, la legislación española del Impuesto sobre Sociedades ha incluido, en todo caso, la regla del artículo 15, letra j) de la LIS –que se aplicará bien como “*primary rule*” o “*secondary rule*” según lo previsto en la Acción 2 de BEPS–, en la que se establece que no serán fiscalmente deducibles “*Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento*”. Esta redacción presenta ciertas variantes respecto de la propuesta por la OCDE, pues prevé que sea de aplicación únicamente a las operaciones vinculadas y establece un tipo de gravamen de corte del 10%.

4.2 Régimen aplicable en otros países

Desde los comienzos del Proyecto BEPS la OCDE ha insistido en la conveniencia de una oportuna coordinación entre los Estados y, en la medida de lo posible, una adopción uniforme de las recomendaciones contenidas en las distintas acciones.

En lo referente a la Acción 2 en particular, España no ha sido la única jurisdicción que ha ido incorporando en su legislación medidas encaminadas a combatir el efecto fiscal de los híbridos. De modo que esta dinámica también se ha seguido en algunos de los países con más relevancia en nuestro entorno.

Para empezar, ya en el año 2012, Alemania incluye en su normativa el denominado “principio de correspondencia”, que se manifiesta en la no aplicación de la exención a los dividendos que fueran deducibles fiscalmente en sede del pagador. También cuenta desde hace tiempo con normas que restringen el doble aprovechamiento de gastos y que se pretenden incorporar a la norma anti-híbridos en la que se trabaja, cuya estructura y alcance sería similar al artículo 15, letra j) de la LIS.

Por su parte, Francia incorporó en el año 2013 una norma para limitar la deducibilidad de intereses cuando el prestamista vinculado no estuviese sujeto, como mínimo, a un tributación equivalente al 25% de la que correspondería según la legislación francesa, si bien en sentido estricto no se trata de una regla anti-híbridos propiamente. Igualmente, Francia no permite la exención de los dividendos recibidos cuando hayan sido deducibles para el pagador.

En Reino Unido, el gobierno también propuso una detallada legislación anti-híbridos en cumplimiento de las recomendaciones de la Acción 2. Finalmente fue implementada en el año 2017 y su aprobación supuso la derogación de la normativa *anti-arbitrage* que se venía aplicando desde el año 2010.

En el caso de Italia, su normativa requiere para aplicar la exención sobre dividendos que estos hubieran sido no deducibles en su totalidad.

Fuera de Europa, en Japón existe un régimen de *participation exemption* parecido al de muchos países europeos, de modo que el 95% de los dividendos procedentes de filiales extranjeras estaría exento de tributación siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos de tenencia de la participación. Tras una modificación del año 2015, esta exención deja de ser aplicable a los dividendos recibidos toda vez que hubieran sido deducibles fiscalmente en sede del pagador. De forma similar a lo que sucede en

Alemania o España, esta nueva regla se aplica proporcionalmente en los supuestos en que el dividendo es en origen no deducible parcialmente.

Por último, refiriéndonos a un caso diferente, Australia modificó en el año 2014 el régimen de *participation exemption* vigente para incluir reglas precisas con las que clasificar a efectos fiscales los instrumentos financieros emitidos por los contribuyentes australianos como deuda o capital, y así determinar la deducibilidad de los rendimientos. A raíz de las reglas presentadas en materia de híbridos por la OCDE/G20, la propuesta normativa del gobierno australiano –inspirada en la británica– implementa prácticamente la totalidad de las recomendaciones marcadas en la Acción 2 de BEPS, incorporando normas concretas para no permitir la exención de aquellos pagos que fuesen considerados como gastos deducibles en origen.

5. Análisis crítico de los resultados

5.1 El marco Post-BEPS: el futuro de la fiscalidad internacional

A raíz de la gran crisis económica y financiera de 2008 a nivel global se constató la certeza de que existía cierta disyunción entre el lugar donde las empresas multinacionales llevaban a cabo su actividad y aquel en el que efectivamente declaraban los beneficios obtenidos a efectos fiscales.

Para abordar esta problemática, reconocida como «erosión de la base imponible y traslado de beneficios», el G20 y la OCDE trabajaron en conjunto sobre la base de dos objetivos fundamentales: el primero consistía en soslayar la doble no imposición sobre la renta y el segundo, en proporcionar los instrumentos internos e internacionales necesarios para conjugar la potestad tributaria de los Estados con la existencia de actividad económica real. En este sentido, los principios que inspiraron el proceso se concretaban en: i) superar la competición fiscal y abogar por la cooperación entre los Estados, ii) optar por un plan de acción integral aplicable a escala global en lugar de soluciones ad-hoc a problemas concretos, y iii) la búsqueda de propuestas innovadoras sin renunciar al pragmatismo.

A pesar de promoverse con estos propósitos, lo cierto es que finalmente el Plan de Acción no supuso un cambio sustancial de la normativa sobre fiscalidad internacional. Ejemplo de ello es, entre otras, la propia Acción 2 de BEPS que, en gran medida, se dedica a recopilar informes ya publicados con anterioridad¹⁴.

¹⁴ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD Publishing, Paris, 1999; OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris, 2012.

Se perdió, por tanto, la oportunidad de liderar una verdadera revisión de los principios que informan las normas de fiscalidad internacional y el Plan de Acción de la OCDE no profundizó en algunos de los interrogantes que sí se han ido planteado en debates alternativos en múltiples foros académicos y en el seno de otras instituciones internacionales.

En este sentido, una pregunta fundamental que conviene plantearse es si resulta adecuado mantener el gravamen sobre la renta de las sociedades tal y como está configurado hoy en día. Hasta el momento, la tendencia es gravar a cada sociedad como sujeto pasivo del impuesto (principio de entidad separada), avanzando a lo sumo hacia un sistema de consolidación que considera a cada grupo multinacional como un único sujeto gravable, permitiendo la consolidación de sus beneficios y su reparto conforme a una fórmula preestablecida. El fundamento de la consolidación radica en la propia razón de ser de los grupos multinacionales, pues en la práctica actúan como una única unidad económica bajo un control común, por lo que tratar de forma conjunta los beneficios obtenidos en definitiva concuerda mejor con la realidad operativa del grupo.

Bien es cierto que muchos países cuentan con sus propios regímenes de consolidación en sus respectivas legislaciones internas, pero salvo contadas excepciones su ámbito de aplicación se acota a las sociedades residentes del grupo y, en todo caso, a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes.

Así pues, raramente se han cruzado las fronteras entre países en lo que respecta a la búsqueda de un tratamiento uniforme del Impuesto sobre Sociedades, lo cual sería lo más oportuno teniendo en cuenta el marco global en el que hoy operan las empresas. A este respecto sí se han mantenido ya algunos debates en el seno de la Unión Europea acerca del futuro de la imposición sobre la renta de las sociedades, y, sobre esta disyuntiva tratan las respectivas propuestas de Directivas relativas a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS) y a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS). Este plan tiene como finalidad la consecución de un sistema de imposición eficaz y justo, a través del cual la tributación empresarial tenga lugar en la jurisdicción donde se crea realmente el valor.

Recientemente, en el año 2018, tanto Francia como Alemania han manifestado su apoyo a la propuesta de la Unión Europea, comprometiéndose a adoptar la BICIS y aportando sus consideraciones para completar o modificar determinados aspectos de la

Directiva respecto a los incentivos fiscales, la deducibilidad de gastos o la compensación de pérdidas.

La necesidad de una modificación estructural del Impuesto está, pues, sobre la mesa. Se trata, indudablemente, de una medida controvertida, que posiblemente despierte el rechazo de aquellos países con tipos de gravamen más bajos (como es el caso de Irlanda), pero que es imprescindible para superar la competencia fiscal perniciosa entre Estados.

Conclusiones

La globalización económica, fruto de la creciente interdependencia entre el conjunto de países del mundo, se ha visto enormemente reforzada en los últimos tiempos como consecuencia de la irrupción tecnológica y digital en las transacciones internacionales. Las grandes empresas multinacionales son, sin atisbo de duda, los agentes fundamentales de este proceso, contribuyendo al aumento de los flujos comerciales y de capitales a consecuencia de su implantación en un gran número de países y, por ende, posibilitando una mayor integración y globalización de los mercados. No obstante, en el desarrollo de este modelo también han jugado un papel importante los distintos Gobiernos a la hora de adoptar los cambios normativos necesarios, impulsados incluso desde organismos internacionales. Y, más recientemente, el impacto de la digitalización en la economía, lo cual ha impulsado aún más la conectividad global.

Como no puede ser de otro modo, la regulación fiscal no es ajena a este contexto. La globalización influye de manera decisiva en los sistemas tributarios en todos los países, con especial relevancia en el régimen fiscal del impuesto sobre sociedades. Hasta el momento, ya se reconocía que la interacción entre los sistemas fiscales nacionales podía ocasionar una doble imposición al tributar en distintos países por un mismo hecho imponible. Sin embargo, el debate actual contempla otras posibilidades de conflicto entre las legislaciones nacionales: nos referimos ahora a las lagunas existentes en las normas tributarias que permiten que la renta obtenida por las sociedades no se vea gravada.

El hecho de que, debido a la aplicación de diferentes normas impositivas, se produzca una doble exención o una tributación inferior a la que debiera corresponder se conoce como «erosión de la base imponible y traslado de beneficios». Sobre esta problemática, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) promovió el Plan de Acción BEPS («*Base Erosion and Profit Shifting*») que engloba un conjunto de medidas destinadas a evitar el uso de mecanismos legales para reducir de

manera artificiosa los beneficios obtenidos por las empresas. Este Plan se concretó finalmente en 15 recomendaciones para los Estados, que estos debieran implementar para lograr una aplicación consistente del mismo.

En concreto, es en la Acción 2 del Plan BEPS donde se exponen las propuestas dirigidas a neutralizar los efectos ocasionados mediante la utilización de entidades e instrumentos híbridos. A través de este documento se pretende buscar una solución al quebranto de la simetría en el Impuesto de Sociedades, pues inevitablemente la utilización de un híbrido implica una asimetría en la tributación.

Se produce una situación híbrida cuando a determinadas entidades o instrumentos se le otorga una calificación fiscal distinta en dos jurisdicciones, produciendo así una disparidad en la tributación que ocasiona finalmente una doble no imposición. Por tanto, al hablar de una situación híbrida nos estamos refiriendo: i) a una operación internacional que implique a más de una jurisdicción, y ii) que el mecanismo híbrido goce de un tratamiento fiscal dispar en las jurisdicciones intervinientes.

Las asimetrías o desajustes producidos en la tributación a consecuencia del uso de un instrumento híbrido son reconducibles a tres categorías según el efecto fiscal que comportan. El primer tipo se refiere a la deducibilidad de un gasto en una jurisdicción y, al mismo tiempo, la no tributación por el ingreso en la otra jurisdicción (efecto deducción/no inclusión); en segundo lugar, también es posible que el pago se deduzca simultáneamente en dos jurisdicciones (efecto doble deducción) y, por último, pueden exportarse a una tercera jurisdicción los efectos anteriores (efecto deducción/ no inclusión indirecta).

Tras exponer diferentes supuestos de análisis, se plantean una serie de recomendaciones que vendrían a modificar la normativa del Impuesto de Sociedades de cada país para prevenir las situaciones descritas anteriormente. Si con ello no se evitase el desajuste híbrido, la solución sería aplicar o bien una “*primary rule*” o regla primaria o bien una “*secondary rule*” o regla secundaria. Estas reglas quedan descritas en el propio texto de la Acción 2 y se aplicarían de forma jerárquica, es decir, que la regla secundaria solo entraría en juego como mecanismo de defensa de una jurisdicción cuando en la otra no se hubiese introducido la regla primaria que permitiría corregir el efecto del híbrido.

El caso práctico de un contrato de préstamo participativo entre dos sociedades con residencia fiscal en distinto país nos permite ejemplificar uno de los supuestos de análisis de la Acción 2 de BEPS. Lo característico de los préstamos participativos es que la remuneración pactada queda –al menos en parte– vinculada a la evolución de la actividad de la empresa que los recibe, lo que *de facto* implica un reparto de beneficios. Así pues, el tratamiento otorgado a efectos fiscales por la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades se asimila al que corresponde a los dividendos, de tal modo que cuando el préstamo participativo se concede entre entidades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades los intereses devengados por la empresa prestataria en España se consideran no deducibles fiscalmente. De forma análoga, cuando es la sociedad prestamista quien se sitúa en España, los intereses recibidos quedarían exentos de tributación toda vez que hayan sido gravados en sede de la entidad pagadora de los mismos.

Asimismo, la Unión Europea se ha preocupado también por regular estos supuestos en los que puede haber discrepancias en el tratamiento dado a una misma transacción en una y otra jurisdicción. En este sentido, la Directiva 2014/86/UE incluye una disposición antihíbridos que modifica la Directiva 2011/96/UE («Directiva Matriz-Filial») en consonancia con lo previsto en la Acción 2. Por otro lado, la Directiva posterior (UE) 2016/1164 («Directiva Anti-Elusión») recogió parte de las recomendaciones del Plan BEPS en materia de híbridos, instando a los Estados a gravar determinadas rentas cuando del distinto tratamiento otorgado a un mismo instrumento híbrido se derive una doble deducción de los gastos, o a no permitir la deducción del gasto cuando la misma no se corresponda con su inclusión en la base imponible en el otro Estado. El ámbito de aplicación de la «Directiva Anti-Elusión» se amplió por la Directiva (UE) 2017/952, incluyendo además las asimetrías híbridas con terceros países.

En particular, el régimen fiscal aplicable a nivel europeo al pago de intereses y cánones entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros se recoge en la Directiva 2003/49/CE, excluyendo de la exención prevista con carácter general a los intereses derivados de un préstamo participativo y equiparándolos, como comentamos anteriormente, al pago de dividendos.

A este respecto es importante considerar, por otra parte, los acuerdos alcanzados entre países en los convenios para evitar la doble imposición y para prevenir el fraude y

la evasión fiscal, pues también resultarán de aplicación en las transacciones efectuadas entre los Estados firmantes.

Por último, debemos recordar que la efectividad de las medidas anti-híbridos depende en su mayor parte de su adopción por parte de todos los Estados implicados, por ello resulta vital la implicación de los Gobiernos en su puesta en marcha. Lo cierto es que muchos países ya incluyen en sus legislaciones internas disposiciones en este sentido y lo previsible es que progresivamente se logre una adecuación cada vez mayor en el tratamiento tributario otorgado a una misma transacción internacional. Indudablemente, el futuro de la fiscalidad internacional pasa por una interpretación más homogénea, que es la que requiere una economía globalizada. En esta línea han avanzado algunos debates en el seno de la Unión Europea y en estos momentos se discute la adecuación de efectuar el gravamen sobre la renta de las sociedades tomando en consideración una base imponible común que aglutine los beneficios en su totalidad y se tribute, entonces, en aquella jurisdicción en la que efectivamente se crea valor. Ciertamente, ya hay países que se muestran abiertamente favorables a tal medida en pro de una imposición más justa, sin embargo el reto que se presenta es tratar de aglutinar el consenso necesario para llevarlo a la práctica. Como puede colegirse de la complejidad del tema, la solución ha de ser global o, en otro caso, probablemente no sea.

Bibliografía

- Almudí Cid, J.M., Ferreras Gutiérrez, J.A. y Hernández González-Barreda, P.A. (2017). *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- Amorós Viñals, A. (2013). “*La planificación fiscal agresiva*”. CEF Revista de Contabilidad y Tributación, número 362.
- Banco de España. (2019). *Tipos de interés y tipos de cambio*. Recuperado de <<https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tipos/tipos.html>>.
- Brauner, Y. (2014). “*What the BEPS*”. Florida Tax Review, Volume 16, No. 2.
- Calderón Carrero, J.M. (2016). *La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016*. Aranzadi Quincena Fiscal, número 16.
- Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A. (2019). *Derecho Tributario de la Unión Europea*. Valencia: Editorial CISS.
- Calderón Carrero, J.M. y Quintás Seara, A. (2016). “*Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva” utilizado en los trabajos de la OCDE*”. CEF Revista de Contabilidad y Tributación, número 394.
- Calvo Vérguez, J. (2016). “*Alcance de la acción 2 del plan BEPS*”. Forum Fiscal, número 217.
- Carbajo Vasco, D. (2014). “*El Informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional*”. Carta Tributaria. Monografías, número 5.

- Carmona Fernández, N. (2017). *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: CISS.
- Ciallella Núñez, F. (2010). *Instrumentos financieros híbridos*. Revista 49.
- Clausing, K.; Avi-Yonah R. (2007). *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*. Discussion Paper 2007/2008. The Hamilton Project, Washington, D.C.
- Colino Mediavilla, J.L. (2010). *Créditos participativos y concurso de acreedores*. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, monografía n.º 12, Madrid.
- Cyrille, D. (1996). *The Tax Treatment of Financial Instruments*. Kluwer Law International.
- De Boer, R.; Marres, O. (2015). “*BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*”. Intertax, Volume 43, No. 1.
- De Juan Casadevall, J. (2017). “*La neutralización de los híbridos en la Directiva ATAD*”. Quincena Fiscal, número 15.
- Dourado, A. P. (2015). “*The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis*”. Intertax, Volume 43, No. 1.
- Dourado, A. P. (2016). “*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, Volume 43, No. 1.
- Escribano, E. (2017). “*Is the OECD/G20 BEPS Initiative Heading in the Right Direction? Some Forgotten (and Uncomfortable) Questions*”. Bulletin for International Taxation, Volume 71, No. 5.
- Fundación Impuestos y Competitividad. (2016). *La Acción 2 de BEPS: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos*. Madrid. Recuperado de <<http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/09/ACCI%C3%93N-2-PWC.pdf>>.
- Helleputte, C. y Bouvy, S. (2017). “*Hybrid Mismatches: Game Over?*”. Tax Notes International.

- Helminen, M. (2015). *“EU Law compatibility of BEPS action 2: Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements”*. British Tax Review, No. 3.
- Hermosín Álvarez, M. (2017). *Beps Action 2: Domestic Law Recommendations with Particular Reference to Spain*. Boletín mexicano de derecho comparado. Volume 50. No 148.
- Hinny, P. (2008). *General Report: New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*. Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 93b, Rotterdam: IBFD.
- Kahlenberg, C. y Kopec, A. (2016). *“Hybrid Mismatch Arrangements”*. World Tax Journal, Volume 8, No. 1.
- López Rivas, S. (2014). *“Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos”*. Carta Tributaria, número 11.
- López Tello, J. (2016). *“Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal”*. Revista "Actualidad Jurídica Uría Menéndez", número 43. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5092/documento/art02.pdf?id=6753>.
- Marín Benítez, G. (2013). *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*. Lex Nova – Thomson Reuters, Valladolid.
- Martín Jiménez, A. (2019). *The external tax strategy of the EU in a post-BEPS environment*. Amsterdam: IBFD.
- Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M. (2014). *El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿El final, el principio del final o el final del principio?* Aranzadi Quincena Fiscal, números 1 y 2.
- Merks, P. (2006). *“Tax Avoidance and Tax Planning”*. Intertax, Volume 34, No. 5.
- OECD. (1987). *Report on Thin Capitalisation*. OECD, Paris.

- OECD. (1998). *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (1999). *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2003). *Restricting the Entitlement to Treaty Benefits*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2011). *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2011). *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2012). *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2013). *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. Éditions OCDE.
- OECD. (2014). *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2015). *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015. Resúmenes*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>>.
- OECD. (2019). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. OECD Publishing, Paris.
- Pistone Micomi, P. (2016). “La planificación fiscal agresiva y las categorías conceptuales del Derecho tributario global”. Aranzadi Quincena Fiscal, número 170.

Quintás Seara, A.; Calderón Carrero, J.M. (2016). *“The Concept of «Aggressive Tax Planning» Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning”*. Intertax, Volume 44, No. 3.

Russo, R.; Saint-Amans, P. (2013). *“What the BEPS are we talking about?”*. Tax Notes International, Volume 70, No. 4.

Russo, R.; Saint-Amans, P. (2016). *“The BEPS Package: Promise Kept”*. Bulletin for International Taxation, Volume 70, No. 4.

Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (2019). *La erosión de las bases imponibles societarias*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Sanz Gadea, E. (2014). *“Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos”*. Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad, número 4.

Sanz Gadea, E. (2017). *“La Directiva Antiabuso. Asimetrías Híbridas”*. Revista de Contabilidad y Tributación CEF, número 415.

Serrano Antón, F. (2015). *“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”*. CEF Revista de Contabilidad y Tributación, número 391.

Thuronyi, V. (2001). *Taxation of new financial instruments*. Organización de las Naciones Unidas.

Legislación

Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros; «DOUE» núm. 157, de 26 de junio de 2003, páginas 49 a 54.

Directiva 2004/76/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE en lo que respecta a la posibilidad ofrecida a determinados Estados miembros de disfrutar de un periodo transitorio para la aplicación de un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados

entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros; «DOUE» núm. 157, de 30 de abril de 2004, páginas 106 a 113.

Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; «DOUE» núm. 345, de 29 de diciembre de 2011, páginas 8 a 16.

Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; «DOUE» núm. 219, de 25 de julio de 2014, páginas 40 a 41.

Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior; «DOUE» núm. 193, de 19 de julio de 2016, páginas 1 a 14.

Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países; «DOUE» núm. 144, de 7 de junio de 2017, páginas 1 a 11.

Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986; «BOE» núm. 185, de 4 de agosto de 1987, páginas 23799 a 23805.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades; «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, hecho en Bruselas el 10 de noviembre de 2009; «BOE» núm. 132, de 31 de mayo de 2010, páginas 46889 a 46892.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio; «BOE» núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes; «BOE» núm. 62, de 12 de marzo de 2004.

Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; «BOE» núm. 139, de 8 de junio de 1996, páginas 18977 a 18988.

Resoluciones

Resolución del ICAC de 20 de diciembre de 1996 por la que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil; «BOE» núm. 54, de 4 de marzo de 1997, páginas 7063 a 7065.