



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Economía y Empresa

Trabajo de  
fin de grado

La problemática de  
los mecanismos  
híbridos y las  
medidas para  
neutralizar sus  
efectos

Santiago Veciño Lema

Tutores: Ignacio Fernández  
Fernández; María Milagros  
Sieiro Constenla

**Doble Grado en ADE y Derecho**

Año 2021

# Resumen

La globalización de la economía ha convertido a las multinacionales en el gran actor de la economía mundial. Algunas de estas entidades utilizan la planificación fiscal agresiva para reducir sus bases imponibles y pagar menos impuestos. Un ejemplo serían los mecanismos híbridos que se aprovechan de la diferente calificación que le otorga a una misma renta dos jurisdicciones para reducir su carga impositiva. El objeto de este trabajo es definir claramente estos instrumentos y analizar las medidas llevadas a cabo a nivel internacional para contrarrestar sus efectos. En concreto, se comentará la Acción 2 del Plan BEPS, las Directivas en materia de híbridos de la Unión Europea y la normativa española.

*Palabras clave:* Planificación fiscal agresiva; Fiscalidad Internacional; BEPS; Mecanismos Híbridos; Unión Europea; Doble no Imposición.

# Abstract

The globalization of the economy has made multinationals the major player in the world economy. Some of these entities use aggressive tax planning to reduce their tax bases and pay less taxes. One of the most widely used instruments in this area is hybrid mismatch, through which multinationals take advantage of the different qualifications given to the same income in two jurisdictions to reduce their tax burden. The purpose of this paper is to clearly define these instruments and to analyze the measures taken at the international level to counteract their effects. Specifically, Action 2 of the BEPS Plan, the European Union Hybrid Directives and Spanish regulations will be discussed.

*Keywords:* Aggressive tax planning; International Tax; BEPS; Hybrid Mismatch; European Union; Double non Taxation.

# Índice

<b>Introducción .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Contextualización de los híbridos en el marco de la OCDE.....</b>	<b>8</b>
1.1 Conceptualización de la planificación fiscal agresiva .....	8
1.2 El Plan BEPS en respuesta a la planificación fiscal agresiva .....	10
<b>2. Consideraciones generales de las asimetrías híbridas .....</b>	<b>13</b>
2.1 Concepto de asimetría híbrida .....	13
2.2 Efectos producidos por los mecanismos híbridos sobre la base imponible .....	14
2.3 Tipos de asimetrías híbridas.....	16
2.3.1 Instrumento Financiero Híbrido .....	16
2.3.2 Transferencia Híbrida .....	17
2.3.3 Asimetría de Entidad Híbrida (D/NI) .....	18
2.3.4 Asimetría de Entidad Híbrida Inversa .....	20
2.3.5 Asimetría de Entidad Híbrida (D/D) .....	21
2.3.6 Asimetría de Entidad con Doble Residencia .....	23
2.3.7 Híbridos Importados .....	24
2.4 Consecuencias de los mecanismos híbridos en la economía .....	25
<b>3. Las medidas anti-híbridos .....</b>	<b>27</b>
3.1 La Acción 2 del Plan BEPS.....	27
3.2 Regulación de los mecanismos híbridos en la normativa europea .....	28
3.2.1 La Directiva anti-abuso de la Unión Europea .....	29
3.2.2 Reforma de la normativa europea en materia de híbridos .....	31
3.3 La normativa española en materia de híbridos .....	37
3.3.1 Normas anti-híbridos en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades..	37
3.3.2 Trasposición de la normativa europea anti-híbridos .....	39
<b>4. Análisis crítico del Plan BEPS y de las medidas anti-híbridos.....</b>	<b>42</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>46</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>49</b>
<b>Apéndice Legislativo .....</b>	<b>54</b>
<b>Apéndice Jurídico .....</b>	<b>55</b>

# Índice de figuras

Figura 1: Caso 1 sobre Instrumento financieros. ....	16
Figura 2: Caso 2 sobre Tranferencias híbridas. ....	18
Figura 3: Caso 3 sobre pagos ignorados realizados por un pagador híbrido. ....	19
Figura 4: Caso 4 sobre pagos realizados por una entidad híbrida inversa. ....	21
Figura 5: Caso 5 sobre pagos deducibles realizados por un pagador híbrido. ....	22
Figura 6: Caso 6 sobre pagos deducibles realizados por una entidad de doble residencia. ....	23
Figura 7: Caso 7 sobre desajustes importados. ....	25

# Índice de abreviaturas

<b>BEPS</b>	Base Erosion and Profit Shifting
<b>CDI</b>	Convenio de Doble Imposición
<b>CFC</b>	Controlled Foreign Company
<b>D/D</b>	Doble Deducción
<b>D/ NI</b>	Deducción/ No Inclusión
<b>EP</b>	Establecimiento Permanente
<b>IDI</b>	Ingreso de Doble Inclusión
<b>IRNR</b>	Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
<b>IRPF</b>	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
<b>IS</b>	Impuesto de Sociedades
<b>MNEs</b>	Empresas multinacionales
<b>OCDE</b>	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
<b>UE</b>	Unión Europea

# Introducción

La globalización y la digitalización han modificado el entorno económico de manera sustantiva y han afectado considerablemente a la fiscalidad internacional. La forma de llevar a cabo los negocios y las estructuras empresariales actuales son totalmente diferentes a las de hace 20 años. A grandes rasgos, existe un mercado global en el que las empresas actúan desde varios países para poder satisfacer las demandas de los consumidores. Esta situación, y gracias a los Convenios de Doble Imposición (CDI), provocó que las empresas comenzasen a desarrollar una planificación fiscal con el objetivo de reducir su base imponible y su tributación efectiva.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) lleva tiempo luchando contra la doble imposición que recae sobre el comercio y los negocios transfronterizos con la finalidad de potenciar el crecimiento económico y generar empleo. No obstante, las multinacionales se venían aprovechando de la normativa vigente en materia tributaria para llevar a cabo una planificación fiscal agresiva que les permitía reducir en gran medida sus tasas impositivas. Ante la gravedad que albergaba la situación, se decide poner fin a estas actuaciones a través del Plan BEPS (*Base Erosion and Profits Shifting*), proyecto basado en distintos principios como el de coherencia y transparencia para poner fin a la pérdida de tributación que experimentaban los países.

Este trabajo se centrará en una de las operaciones más habituales en la planificación fiscal agresiva. En concreto, el objetivo perseguido es conocer cómo se lleva a cabo la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a través de las asimetrías híbridas y qué soluciones se han propuesto, tanto a nivel internacional por la OCDE y la UE como por la legislación española, para resolver la pérdida fiscal derivada de los mecanismos híbridos.

De este modo, en primer lugar, se realizará una contextualización sobre la problemática que alberga la planificación fiscal agresiva y sobre las soluciones que se

plantean para hacer frente a la misma en el Plan BEPS. A continuación, se desarrollará una descripción sobre las asimetrías híbridas ya que es fundamental explicar el concepto y en qué consisten dichas asimetrías, conocer los diversos efectos que pueden producir y distinguir los distintos tipos en los que se pueden clasificar en función de sus características.

Una vez planteadas dichas cuestiones, se analizarán las soluciones propuestas para combatir los efectos producidos por los mecanismos híbridos. Se profundizará en las recomendaciones previstas por la OCDE en la Acción 2 del Plan BEPS para su neutralización, así como en la regulación prevista a nivel europeo. A estos efectos, cabe destacar que la necesidad de que estas recomendaciones se integrasen de manera similar en todos los Estados derivó en la aprobación de la Directiva (UE) 2016/1164<sup>1</sup> (o también llamada ATAD I). Sin embargo, en esta Directiva existían lagunas importantes en materia de híbridos, lo que llevó a la Comisión Europea a elaborar una segunda Directiva (Directiva (UE) 952/2017<sup>2</sup>, conocida como ATAD II) que incorporase todas las carencias que se habían identificado en esta materia. Finalmente, también se tratará la regulación prevista por la normativa española en materia de híbridos y los últimos cambios más significativos, derivados de los inconvenientes que presentaba la vigente Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades e introducidos en el Real Decreto-Ley aprobado en marzo de este año.

Por último, se expondrá una reflexión crítica que versará sobre la consecución de los objetivos planteados por la OCDE con respecto al Plan BEPS y sobre las diferentes medidas anti-híbridos que se han llevado a cabo. A modo de recopilación, el trabajo finalizará con la exposición de las conclusiones más relevantes a las que se ha llegado a partir del análisis expuesto.

---

<sup>1</sup> 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.*

<sup>2</sup> Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, *por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países.*

# 1. Contextualización de los híbridos en el marco de la OCDE

## 1.1 Conceptualización de la planificación fiscal agresiva

El concepto de planificación fiscal agresiva fue utilizado por primera vez en Estados Unidos para hacer referencia a un tipo de planificación fiscal basado en “*esquemas o estructuras que van en contra del espíritu o finalidad de la norma*” (Calderón Carrero y Quintas Seara, 2016, p.50). Cabe destacar que la conceptualización de la planificación agresiva es muy complicada, ya que es muy difícil diferenciarla de la planificación fiscal o de la economía de opción.

La planificación fiscal ha sido tratada por numerosos autores tales como Ramón Falcón y Tella (2019, p. 122), quien la define como “*la actividad encaminada a minimizar o diferir en el tiempo la carga fiscal de una operación concreta o de un conjunto de operaciones*”. Por su parte, la planificación fiscal internacional se aprovecha “*de las ventajas de la utilización conjunta de diversos sistemas jurídicos y las derivadas de los convenios de doble imposición para canalizar adecuadamente tanto las inversiones en el exterior de los residentes como las inversiones extranjeras. Las técnicas utilizadas o esquemas utilizables son prácticamente infinitos, pero normalmente se basan en la utilización de sociedades situadas en países con un régimen fiscal atractivo y con una red de convenios que permita operar en otros Estados. Puede tratarse de una sociedad holding, de una sociedad financiera que actúa como intermediaria en la captación de recursos, de una sociedad de inversión o de una sociedad de prestación de servicios*”. De esta definición podemos extraer una conclusión muy importante, y es que se trata

de una actividad perfectamente “lícita”, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 2000<sup>3</sup>.

Por tanto, vemos que la planificación fiscal nacional e internacional se caracteriza por permitir la valoración del impacto de los impuestos en las empresas; elegir la alternativa que maximice los resultados de la actividad después de impuestos; y escoger el momento más oportuno para realizar el pago del impuesto. De este modo, ante un mismo supuesto de hecho sobre el que existen varias alternativas tributarias legales, la planificación fiscal va a permitir a la empresa escoger la alternativa más eficiente fiscalmente y, por tanto, la que permite “*minimizar la carga tributaria mediante la elección de la vía de acción más eficiente entre todas las alternativas posibles*” (Rodríguez Santos, 2001, p.340).

Sin embargo, el problema surge cuando las grandes empresas se ven tentadas a utilizar estructuras ilícitas para mejorar su eficiencia y evitar las altas cargas impositivas que tienen que soportar. Una posible solución sería “*alcanzar consensos internacionales acerca de los tipos impositivos máximos aplicables en el IS*” (Lago Montero, 2015, p. 58-60).

Mientras eso no suceda, las empresas multinacionales adoptarán estrategias para reducir en lo máximo posible sus cargas fiscales, ya que su principal objetivo es conseguir el mayor resultado consolidado posible a través de la reducción de sus costes (Ramos Ángeles, 2015, p. 376). En definitiva, los impuestos son tratados por estas empresas como un coste más que es necesario optimizar, por lo que tienen grandes incentivos para localizar a sus filiales en Estados que ofrecen regímenes fiscales opacos y de nula transparencia. Estas jurisdicciones se aprovechan de la ausencia de reglas fiscales internacionales para atraer rentas, inversiones y transacciones de residentes en otros Estados (Carbajo Vasco, 2015, p.51). Sin embargo, estas deslocalizaciones son consideradas por las Administraciones tributarias nacionales como operaciones artificiosas que responden a estrategias de planificación fiscal agresiva.

Esta situación derivó en el perfeccionamiento de las estructuras de las transacciones transfronterizas desarrolladas por las empresas y, al mismo tiempo, en

---

<sup>3</sup> En la sentencia se define la planificación fiscal como “*la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras de alguna ventaja adicional respecto a otras*”

una mayor dificultad para el rastreo de las operaciones ilícitas por parte de las autoridades de los países. En este contexto, es clave disponer de información adecuada y completa para permitir que los gobiernos identifiquen las áreas de riesgo de forma rápida y eficaz, proporcionando así una mayor certeza a los contribuyentes.

En definitiva, la planificación fiscal de las empresas multinacionales (MNEs) es un instrumento indispensable para conseguir la maximización de sus beneficios, necesaria para lograr ser líderes en su sector. El problema surge cuando, para conseguirlo, utilizan instrumentos artificiales para lograr reducir sus cargas impositivas.

## 1.2 El Plan BEPS en respuesta a la planificación fiscal agresiva

La OCDE calculó de manera aproximada que en el año 2014 se produjo una pérdida a nivel mundial de entre el 4% y el 10% de lo que se debería haber recaudado en impuestos<sup>4</sup>. El G-20 comenzó a mostrar su preocupación por estos hechos en 2012 y solicitó a la OCDE la elaboración de un proyecto para mejorar las normas tributarias que se habían quedado obsoletas ante la nueva realidad del comercio mundial (Ramos Ángeles, 2015, p.376).

En febrero de 2013, la OCDE da el primer paso con la publicación de “*Adressing BEPS*”, un informe donde habla de los riesgos que suponen la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a nivel internacional. Este análisis desveló la necesidad de dar una coherencia global a las diferentes normativas internas y a los tratados internacionales, ya que el objetivo de la OCDE no sólo es evitar la doble imposición sino también acabar con la elusión fiscal de las MNEs que perjudica a los Estados.

Para conseguirlo, la OCDE diseñó un plan de actuación denominado “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, en el que se recogían los plazos que se debían cumplir en la elaboración de las acciones que combatirían los riesgos BEPS, así como las herramientas necesarias y la forma de llevarlo a cabo.

---

<sup>4</sup> Lo que supone una pérdida de entre 100 y 240 mil millones de dólares.

Como resultado, en el año 2015 la OCDE publicó finalmente el Plan BEPS —*Base Erosion and Profit Shifting*—, un proyecto integrado por 15 acciones a través de las cuales se proponían los cambios necesarios a los que se debían someter los distintos sistemas fiscales nacionales para luchar contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, marcando los plazos y los recursos necesarios para integrar en sus ordenamientos jurídicos las recomendaciones que en él se incorporaban (Calvo Vérguez, 2018, p.35).

La OCDE identificó tres principios básicos sobre los cuales se elaboró el mencionado Plan. El primero de ellos, se basa en el diseño de nuevos estándares internacionales, con los que poder alcanzar la coherencia internacional del Impuesto sobre Sociedades (IS). Estos nuevos instrumentos serán comunes a todos los países y suplirán las fricciones existentes en el impuesto derivadas de la incompatibilidad de la norma. El segundo, por su parte, busca alinear la tributación a los nuevos modelos de negocios y a la evolución tecnológica, así como adaptarla a los nuevos estándares internacionales que se concreten. Por último, el tercer principio recalca la importancia de obtener una mayor transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad de las acciones, ya que uno de los grandes problemas que se debe resolver es la dificultad de acceder a información actualizada para identificar nuevas situaciones de riesgo.

Por tanto, bajo estos tres principios se desarrollaron las acciones y todas las herramientas ofrecidas por la OCDE para luchar contra la planificación fiscal agresiva. En concreto, cada una de las 15 acciones intenta dar respuesta a un problema identificado en este contexto y a uno de los objetivos básicos formulados por la OCDE: adaptar la tributación a la creciente digitalización, reforzar la coherencia internacional del IS, mejorar la efectividad de los estándares normativos y conseguir una mayor transparencia en el ámbito fiscal.

En el primero de los objetivos destaca la Acción 1, la cual intenta abordar los retos que plantea la economía digital incorporando normas destinadas a garantizar que se graven todas las rentas que provengan de actividades económicas sin presencia física en el Estado fuente. En términos de coherencia internacional, la Acción 2 está destinada a evitar la no imposición a través de las normas anti-híbridos, la Acción 3 incorpora la normativa referente a las *Controlled Foreign Company* — CFC—, la Acción 4 limita la deducción de intereses y otros gastos financieros y la Acción 5 refuerza el objetivo de combatir las prácticas fiscales perniciosas. Por su parte, de la Acción 6 a la

10 se persigue la efectividad de los estándares normativos incorporando normas para evitar la utilización abusiva del convenio, redefiniendo la figura del establecimiento permanente y revisando el sistema de precios de transferencia. Por último, las restantes acciones pretenden conseguir una mayor transparencia fiscal proponiendo medidas para realizar un seguimiento de las recomendaciones descritas en el Plan —Acción 11— así como sistemas de revelación de estructuras de planificación fiscal agresiva —Acción 12—, promoviendo el intercambio de información *country by country* —Acción 13— y planteando posibles mecanismos de resolución de controversias —Acción 14— además de un instrumento multilateral que ayude a integrar todas las medidas BEPS propuestas —Acción 15— (López, 2016, p. 211).

En consecuencia, la OCDE recomienda “*al conjunto de los Estados que actúen de manera conjunta y eficaz adoptando medidas tendentes a la inclusión de una cláusula en los Convenios de Doble Imposición, resolviéndose así las situaciones de doble no imposición existentes*” (Calvo Vérguez, 2016, p.77). Vemos entonces, que el objetivo principal es terminar con la doble no imposición que se aprovecha de los diferentes tratamientos fiscales otorgados a las rentas en las distintas jurisdicciones en las que actúan a través de los esquemas de planificación fiscal agresiva.

En definitiva, todos los países integrantes de la OCDE y el G-20, así como diversas organizaciones regionales, comenzaron con los cambios normativos que requerían para adaptarse al Plan BEPS. De esta forma, la mayor o menor eficacia del mismo depende, en gran medida, de la correcta implementación que lleve a cabo cada uno de los Estados, ya que las recomendaciones son adoptadas en contextos jurídicos muy diferentes y con intereses individuales distintos. Las consecuencias derivadas de los cambios que prevé el Plan se traducen en “*un aumento exponencial de la complejidad de la gestión del cumplimiento tributario y una intensificación de los riesgos, inseguridad jurídica y controversias fiscales internacionales*” (Calderón Carrero, 2020, p. 15). Para los propios Estados, pueden generarse efectos negativos sobre el comercio, la inversión y su desarrollo económico en general, en la medida en la que se implementen normas muy restrictivas, mientras que para las empresas multinacionales aumentarán los costes de cumplimiento de las nuevas normas fiscales.

## 2. Consideraciones generales de las asimetrías híbridas

### 2.1 Concepto de asimetría híbrida

Como punto de partida para tratar la problemática de los mecanismos híbridos, es fundamental conocer bajo qué condiciones se puede dar una asimetría híbrida y las consecuencias que esto conlleva.

En líneas generales, *“las asimetrías híbridas se deben a diferencias de calificación jurídica de pagos (instrumentos financieros) o entidades que surgen en el contexto de la interacción entre los ordenamientos jurídicos de dos jurisdicciones. Estas asimetrías tienen a menudo por efecto una doble deducción o una deducción de la renta en un Estado sin su inclusión en la base imponible del otro Estado. Para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos asimétricos es necesario establecer normas por las cuáles una de las dos jurisdicciones de una asimetría tenga que denegar la deducción de un pago que conduzca a ese resultado”* (Armentia Basterra, 2018, p.141).

Si bien puede haber varios niveles de complejidad, los mecanismos que generan diferentes tratamientos fiscales de instrumentos, entidades o transferencias entre dos o más países, a menudo se basan en elementos subyacentes similares, que tienen como objetivo lograr efectos parecidos. Algunos de los elementos más utilizados en los mecanismos híbridos son (OCDE, 2012, p. 7):

- Entidades híbridas; aquellas que tienen la consideración de transparentes en un país y no transparentes en el otro.
- Instrumentos híbridos; aquellos mecanismos que tienen un tratamiento fiscal diferente en los distintos países involucrados.
- Transferencias híbridas; aquellos acuerdos con diferente consideración en cada uno de los países.

En esencia, el instrumento híbrido conlleva “*adoptar posiciones incompatibles desde la perspectiva fiscal en sus respectivas jurisdicciones fiscales*”, frente a la entidad híbrida que “*recibe un tratamiento distinto, en cuanto sujeto fiscal, ante dos o más jurisdicciones fiscales distintas*”. En definitiva, la diferencia entre ambas figuras son los efectos que conlleva cada uno y no la esencia de los mismos. En este contexto fiscal, los instrumentos financieros complejos son los que mejor se adaptan al concepto de instrumento híbrido, mientras que, a la de entidad híbrida, son las sociedades de personas o de tenencia de activos (Sanz Gadea, 2014, p. 35).

La relevancia que adquirieron las asimetrías híbridas y la necesidad de encontrar una solución común y uniforme, propició que la pérdida de recaudación tributaria derivada de estas prácticas pasase a ser una de las principales preocupaciones de la OCDE en materia fiscal —tal y como se ha explicado en el epígrafe anterior—.

## 2.2 Efectos producidos por los mecanismos híbridos sobre la base imponible

Antes de entrar en los efectos generados por la utilización de mecanismos híbridos, se debe resaltar uno de los rasgos fundamentales del IS: la simetría. Se dice que este tributo es simétrico porque una transacción debe ser tratada de la misma manera en las diferentes jurisdicciones implicadas. Para comprender mejor lo anterior, a continuación se muestra un ejemplo:

La empresa A concede un préstamo a la Empresa B. La primera va a recibir la devolución del préstamo más unos intereses, los cuales tendrán la consideración de ingresos financieros. En el caso de la empresa B, esta devolverá el importe del préstamo más unos intereses que tendrán la consideración de gastos deducibles. Por tanto, vemos que, sobre la misma transacción, una entidad tiene un ingreso (mayor carga fiscal) y la otra un gasto deducible (menor carga fiscal), quedando la operación simétrica.

Por consiguiente, la finalidad de los acuerdos híbridos es romper esta simetría, provocando, sobre la base imponible, alguno de los siguientes efectos.

El primer efecto se da cuando el pago realizado por una entidad residente en España a otra residente en un país extranjero, es considerado como pago por la primera jurisdicción y por tanto, gasto deducible; mientras que en la otra jurisdicción no es

considerado como un ingreso con lo que no incrementaría la base imponible en este país. Esto se conoce como el efecto de Deducción/ No Inclusión (D/ NI).

El segundo efecto híbrido se produce como consecuencia de un pago que es deducible en más de un país al mismo tiempo. A este resultado híbrido se le conoce como Doble Deducción (D/D).

El último efecto comentado en el Informe final de la Acción 2 del plan BEPS se refiere a las “*situaciones en las que un pago no híbrido desde una jurisdicción tercera se compensa con una deducción generada por un mecanismo híbrido, de forma tal que no se llega a producir una tributación en sede del receptor*” (Concha Carballido, 2017, p. 46). Se conoce como “*híbrido importado*” ya que el efecto producido es Deducción/ No Inclusión indirecta (D/ NI indirecta).

El método escogido para contrarrestar los efectos perniciosos de los mecanismos híbridos ha sido a través de unas *linking rules* (reglas vinculadas) ya que, de esta manera, se puede evitar que una operación sea sometida a una doble imposición al aplicarle la misma regla en dos jurisdicciones diferentes. Por tanto, se va a partir de una *primary rule* (norma primaria), encaminada a corregir la asimetría generada por el mecanismo híbrido y una *defensive rule* (norma secundaria) que será de aplicación en aquella jurisdicción en la que no exista una norma primaria o que no se aplique. Entonces, habrá una primera jurisdicción que deberá hacer frente a la asimetría y una segunda jurisdicción que deberá responder en caso de que la primera no lo haga (Hermosín Álvarez, 2017, p.155-156).

Estas reglas anti-híbridos sólo serán aplicables cuando, como resultado de una operación, se genere el denominado “*efecto BEPS*”, para el cual deberá existir “*una misma transacción con diferentes tratamientos fiscales en dos jurisdicciones de forma que se reduzca su tributación conjunta de una manera no pretendida por las normas tributarias de ambos países*” (López Ribas, 2014, p. 4).

## 2.3 Tipos de asimetrías híbridas

A continuación, se van a explicar los diferentes tipos de asimetrías híbridas en base a lo expuesto por la OCDE en la Acción 2 del plan BEPS, donde aparte de definir los diferentes tipos de asimetrías híbridas, se establecen las medidas que deberían adoptar los Estados para contrarrestar los efectos perniciosos que provocan.

### 2.3.1 Instrumento Financiero Híbrido

En este supuesto se plantea la posibilidad de utilizar un instrumento financiero como mecanismo para conseguir la deducción de un pago en un país sin incluirlo como renta fiscal en el otro. A estos efectos, “se entiende por instrumento financiero cualquier acuerdo que tribute de acuerdo a las reglas establecidas para la deuda, dividendos o derivados, al menos en alguna de las jurisdicciones implicadas” (Blasco Marzal, 2017, p.280). Por su parte, es importante señalar que, para que exista un híbrido financiero, se requiere necesariamente la existencia de un pago, siendo uno de sus ejemplos clásicos, el instrumento deuda-capital como el que se desarrolla en el Caso 1 aquí planteado.

Caso 1: Una matriz situada en el Estado A recibe una renta de una de sus filiales, la cual está ubicada en el Estado B. La matriz calificará esta renta como un dividendo exento, ya que la considera como fondos propios, mientras que la filial califica la renta como gasto deducible, ya que la considera como deuda o gasto financiero (Armentia Basterra, 2018, p. 153).

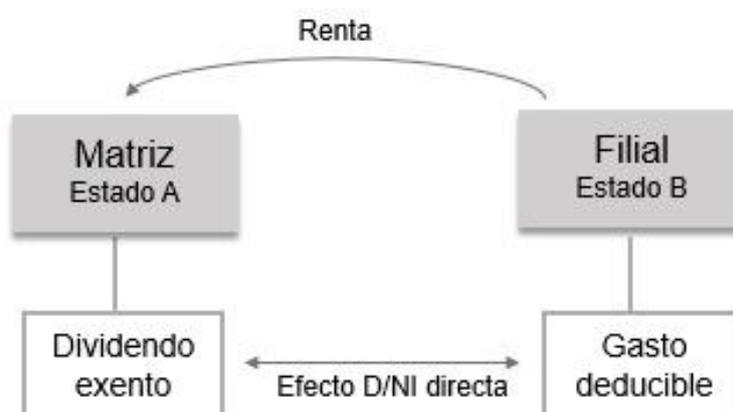


Figura 1: Caso 1 sobre Instrumento financiero.

Elaboración propia.

En este caso, estamos ante un instrumento híbrido porque se dan todas las características necesarias para su existencia; nos encontramos ante una operación internacional en la que están implicados dos Estados y estos tratan, al mismo instrumento híbrido, de manera diferente desde un punto de vista fiscal.

En consecuencia, se podrán aplicar las reglas anti-híbridos recogidas en la recomendación 1 y 2 de la OCDE. En el informe se propone una *primary rule* que consiste en negar la deducibilidad del gasto financiero y una *defensive rule* que consiste en introducir el ingreso en la base imponible del IS de la entidad que recibe la renta.

Aplicando estas reglas al caso en cuestión, la regla primaria supondría que el Estado B negase la deducibilidad del gasto de la filial, mientras que la regla defensiva exigiría a la matriz que incorporase la renta recibida en la base imponible del Estado A.

### 2.3.2 Transferencia Híbrida

Se entiende por transferencia híbrida “*aquellos contratos que, según el Derecho de un país, tienen efectos traslaticios del derecho de propiedad; y según el Derecho del otro, no tienen este efecto, al ser considerados de forma general como préstamos con garantía*” (Malherbe, Tello y Grau Ruiz, 2015, p.167).

Una de las operaciones más habituales por las que se llevan a cabo estos contratos conlleva la transmisión, entre dos entidades, de una cartera de valores en forma de préstamo con un pacto de recompra. La diferencia económica que resulta, una vez ejecutada la recompra, es la cantidad correspondiente a los intereses devengados por el préstamo. Esta operación es denominada por la OCDE como *Collateralised Loan Repo* y será la base sobre la que se planteará el Caso 2 que se desarrolla a continuación.

Caso 2: La entidad 1 (residente en el Estado 1) adquiere de la entidad 2 (residente del Estado 2) una cartera de valores, la cual será recomprada por esta última en algún momento posterior. El tratamiento que recibe la diferencia generada entre el valor de adquisición y el valor de recompra será diferente en ambos estados; en el Estado 1 dicha diferencia se tratará como una plusvalía exenta, mientras que, en el

Estado 2, como intereses que generarán un gasto deducible en su tributación, generando, como consecuencia, un efecto D/NI.

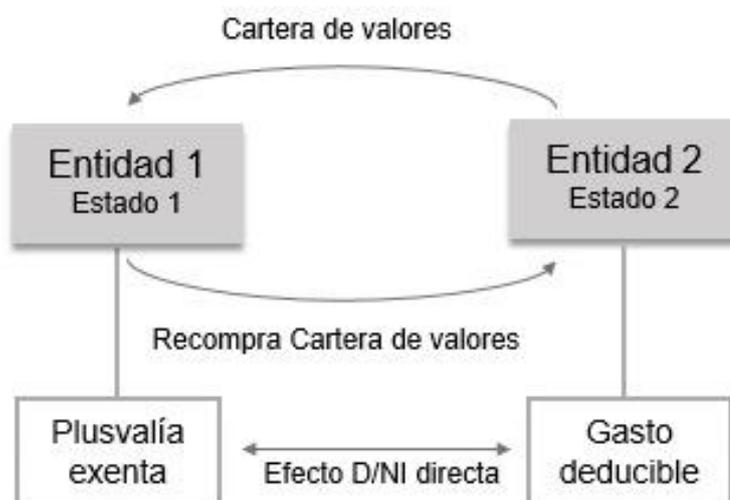


Figura 2: Caso 2 sobre Transferencias híbridas.

Elaboración propia.

En definitiva, como consecuencia de esta operación, la entidad que recibe el préstamo deducirá los intereses pagados, mientras que la otra entidad considerará a esa renta como una plusvalía de cartera a la que se le aplica el método de exención para eliminar la doble imposición.

Como solución, al igual que en el caso anterior, el Estado 1 deberá denegar el gasto deducible como *primary rule* o, en su defecto, el Estado 2 deberá obligar a la entidad 2 a incorporar la plusvalía en su base imponible como *defensive rule*.

### 2.3.3 Asimetría de Entidad Híbrida (D/NI)

En este supuesto, denominado por la OCDE como *disregarded payments made by a hybrid entity to a related party* (pago ignorado realizado por pagador híbrido), nos encontraremos ante una entidad híbrida que posee una calificación diferente en dos jurisdicciones distintas. Esta entidad realizará un pago, el cual tendrá un efecto en su jurisdicción como gasto deducible, mientras que en la jurisdicción del beneficiario esta renta estará exenta. Por tanto, puede apreciarse que en este caso la asimetría híbrida no se debe a una diferente calificación del instrumento o negocio jurídico, sino que

“viene provocada por el régimen tributario aplicable a la entidad que es diferente en las jurisdicciones implicadas” (Hermosín Álvarez, 2016, p. 261).

Caso 3: La empresa A, matriz del grupo, es residente en el Estado 1, en el cual se aplica el régimen de transparencia fiscal internacional. Por su parte, la empresa B es residente del Estado 2 donde no se aplica el régimen en cuestión. La empresa A realiza un préstamo a la empresa B, la cual deducirá los gastos financieros derivados de esa deuda como contribuyente particular, ya que en su país no se aplica el régimen de transparencia fiscal.

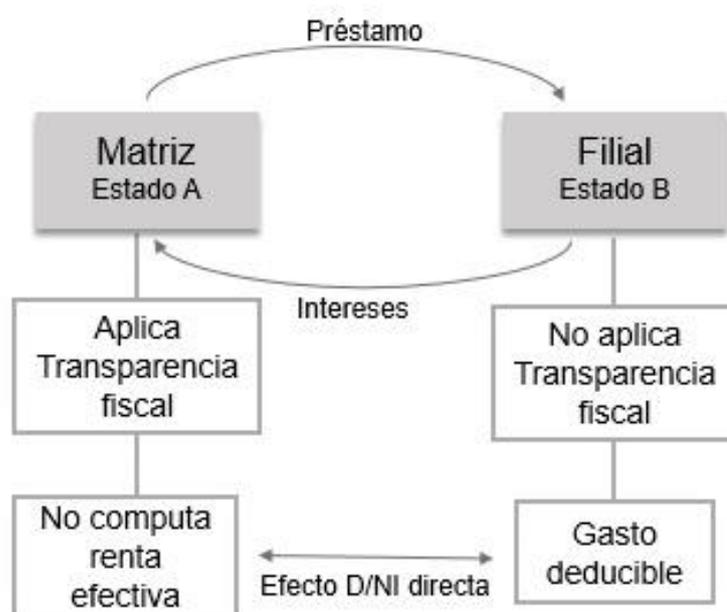


Figura 3: Caso 3 sobre pagos ignorados realizados por un pagador híbrido.

Elaboración propia.

Por tanto, en este caso se cumplen todos los requisitos necesarios para aplicar la recomendación de la OCDE. Estos requisitos son:

- Que nos encontremos ante un pago ignorado, siendo este un pago deducido por el pagador que, al mismo tiempo, no es imputado como ingreso para el receptor.
- Que se trate de una entidad híbrida.
- Que las partes involucradas en la operación formen parte del mismo grupo o que la operación sea consecuencia de un *structured arrangement*.

En consecuencia, como *primary rule*, la OCDE recomienda que los intereses no sean deducibles en la jurisdicción de la empresa B y, como *defensive rule*, que esos intereses se graven en la jurisdicción de la empresa A. Sin embargo, la regla primaria conlleva una gran dificultad, y es que “*la jurisdicción afectada debe tener conocimiento de si la entidad filial es considerada como entidad transparente o como entidad independiente en el país de la matriz*” (Hermosín Álvarez, 2017, p. 171).

### 2.3.4 Asimetría de Entidad Híbrida Inversa

En este caso estamos ante un *Payment to a foreign reverse hybrid* (pago realizado a una entidad híbrida inversa). En primer lugar, se entiende que una entidad híbrida inversa es aquella que tiene diferente consideración en su jurisdicción de residencia (transparente) y en la jurisdicción del inversor (opaca). Normalmente esta asimetría híbrida se produce en operaciones intragrupo o estructuradas.

Caso 4: La empresa A, residente fiscal en el Estado 1, es la matriz de un grupo de empresas en el que la empresa B es filial y residente en el Estado 2. Esta filial recibe la consideración de entidad híbrida porque, según la jurisdicción de su Estado, se considera como una entidad transparente, mientras que, según la jurisdicción del Estado 1, se considera sujeto pasivo independiente en el IS. Por su parte, la sociedad C, subfilial de B y residente en el Estado 3, recibe un préstamo de B y deduce los intereses que paga por dicha deuda. El problema que se genera en esta estructura es que la filial B no imputa ninguna renta por los intereses de ese préstamo porque, según su jurisdicción, es transparente, ni tampoco lo hace la matriz (o empresa A) porque, según su jurisdicción, B es un sujeto pasivo independiente y debe ser él el que impute esa renta.

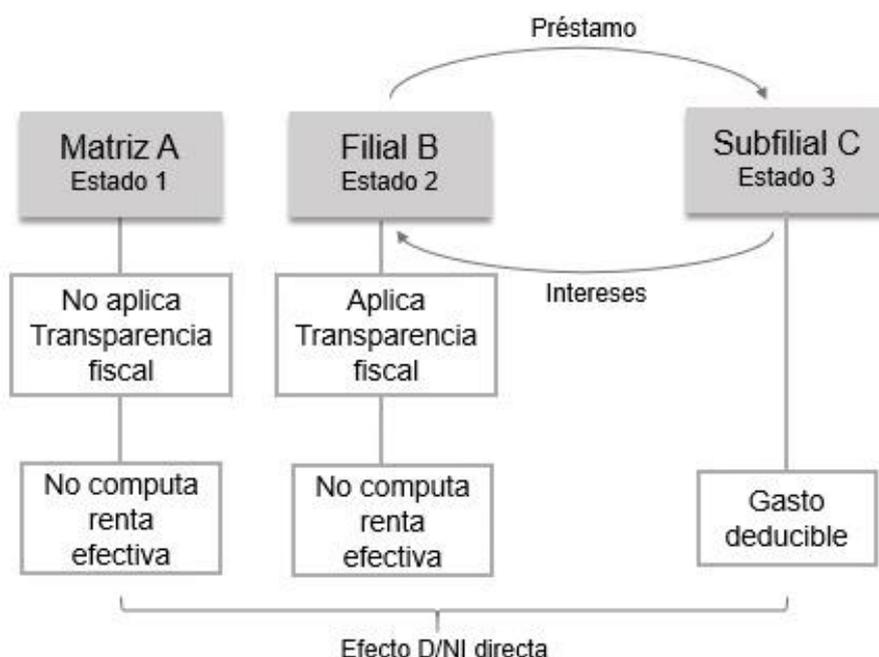


Figura 4: Caso 4 sobre pagos realizados por una entidad híbrida inversa.

Elaboración propia.

Como *primary rule*, en la recomendación 4 del Informe, se establece la negación de la deducibilidad de los gastos financieros en el Estado 3. Sin embargo, en este supuesto, el Informe no establece ninguna regla defensiva sino que, en su recomendación 5, se limita a proponer posibles mejoras en la normativa interna de los Estados para evitar situaciones de D/NI generadas por un híbrido invertido, tales como las mejoras en las normas CFC, la limitación de la transparencia fiscal de híbridos invertidos cuando realicen operaciones con entidades residentes en terceros países y aumentar las obligaciones de suministro de información de este tipo de sociedades.

### 2.3.5 Asimetría de Entidad Híbrida (D/D)

La asimetría híbrida del presente caso va a estar generada por los pagos realizados por una entidad híbrida, los cuales van ser deducibles en la jurisdicción del pagador y la del beneficiario generando un efecto D/D.

Caso 5: La empresa B es filial de un grupo de empresas cuya matriz es la empresa A. Esta filial es una entidad híbrida porque, según la jurisdicción del estado

donde reside, tiene la consideración de sociedad independiente desde un punto de vista fiscal, mientras que, según la jurisdicción del estado donde reside la matriz, se trata de una entidad transparente. A efectos fiscales, la filial B consolida sus resultados con la subfilial B2, residente en el mismo estado que la filial. La filial B deduce los gastos financieros que se han generado de un préstamo concertado con banco (entidad externa al grupo) ya que su jurisdicción la considera como entidad independiente, al igual que la matriz A, que deduce estos gastos porque, según su jurisdicción, la filial B es transparente. Sin embargo, la filial B no tiene ingresos, por lo que los gastos son deducidos con los ingresos de la subfilial B2 cuando se practique la consolidación fiscal.

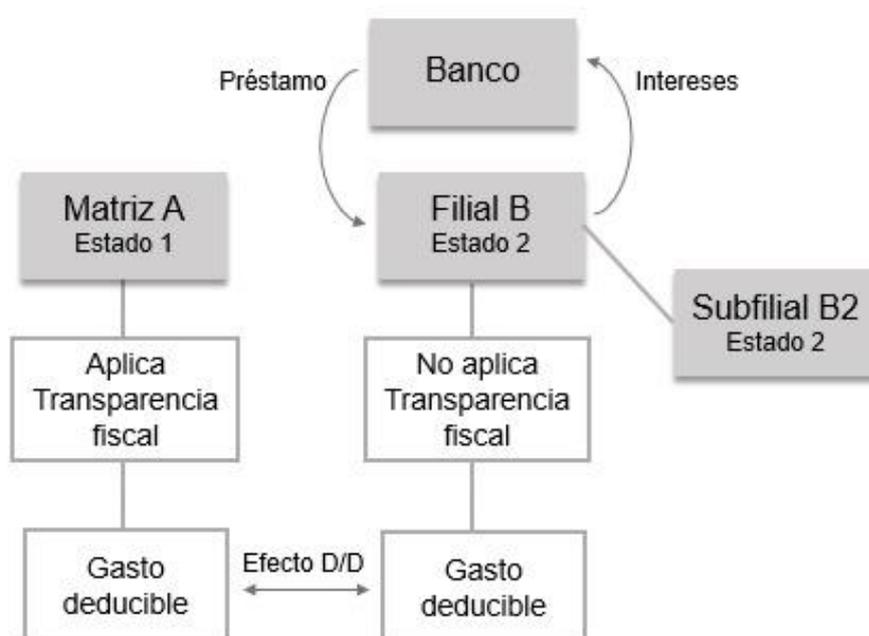


Figura 5: Caso 5 sobre pagos deducibles realizados por un pagador híbrido.

Elaboración propia.

La propuesta de la OCDE para combatir esta situación es una *primary rule*, que consiste en la negación de la deducción de la matriz del grupo en su jurisdicción de residencia y una *defensive rule*, que consiste en negar a la filial la deducción en su jurisdicción de residencia. Para poder aplicar la regla defensiva se exige que las entidades formen parte del mismo grupo o de una organización estructurada.

### 2.3.6 Asimetría de Entidad con Doble Residencia

En este supuesto de hecho la asimetría híbrida es consecuencia de la doble residencia de una misma entidad. Las entidades con doble residencia son sociedades que tienen la consideración de residente en más de una jurisdicción debido a las diferencias en la legislación tributaria de estos países.

Caso 6: En el Estado 1 reside la matriz de un grupo de sociedades denominada entidad A, la cual tiene una filial denominada entidad B que se ha creado en el Estado 2, aunque a efectos fiscales tiene doble residencia en ambos estados. De igual forma, en el Estado 2 reside la subfilial de la entidad B, denominada entidad B2. La entidad B solicita un préstamo a una entidad bancaria y, los gastos financieros que se derivan de esa deuda, pueden ser compensados tanto con la entidad A como con la entidad B2 gracias a su condición de doble residencia. En consecuencia, a efectos de la consolidación fiscal, se llevará a cabo la doble deducción de un mismo pago.

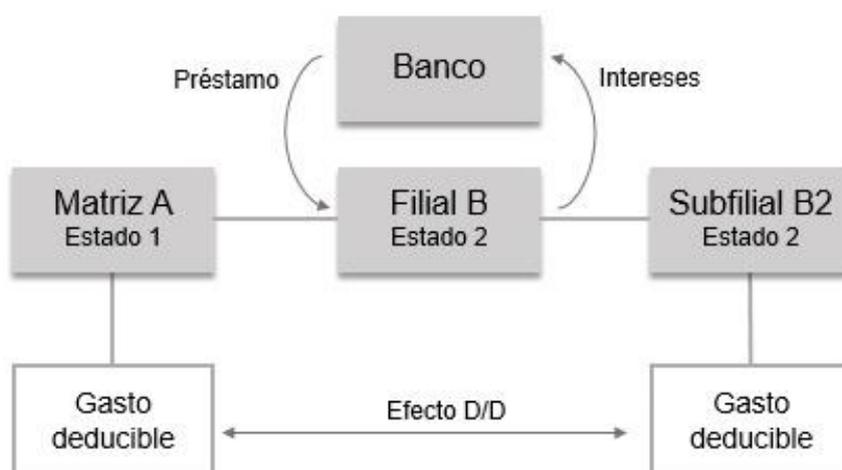


Figura 6: Caso 6 sobre pagos deducibles realizados por una entidad de doble residencia.

Elaboración propia.

La recomendación de la OCDE para combatir esta asimetría híbrida se basa solamente en una *primary rule*, que consiste en la negación de la deducibilidad del pago en el país de residencia. Esto se debe a que ante esta tipología de híbridos no resulta necesaria una regla defensiva. Además, siguiendo a Sanz Gadea (2014, p.41), este tipo de asimetría híbrida “debería quedar confinado a las parejas de países que no tienen

*concretado un convenio bilateral para eliminar la doble imposición*”, ya que los que cuentan con un CDI deberían solventar este problema.

### 2.3.7 Híbridos Importados

La complejidad que engloba a los híbridos importados consiste en que los efectos que producen en su país de origen no son neutralizados y al mismo tiempo son exportados a un tercer país utilizando negocios jurídicos distintos de los híbridos. La existencia de tres jurisdicciones ha sido lo que ha llevado a diversos autores a calificar el efecto producido por esta asimetría híbrida como D/NI indirecta.

Caso 7: Un grupo de empresas se compone de la entidad A (residente en Estado 1 y matriz del grupo), la entidad B, residente del Estado 2, y la entidad C, residente en el Estado 3; siendo estas dos últimas, filiales del grupo. La entidad A realiza un préstamo a la entidad B a través de un instrumento financiero híbrido, aunque cabe destacar que ninguna de las dos jurisdicciones cuenta con normas anti-híbridos. Al mismo tiempo, la entidad B presta esos recursos a la entidad C, donde se genera la asimetría. Los ingresos que recibe la entidad B por el préstamo concedido a la entidad C se compensan con los pagos que la entidad B debe realizar a la entidad A por el primer préstamo. Sin embargo, esta última entidad no incluye tales ingresos en su base imponible.

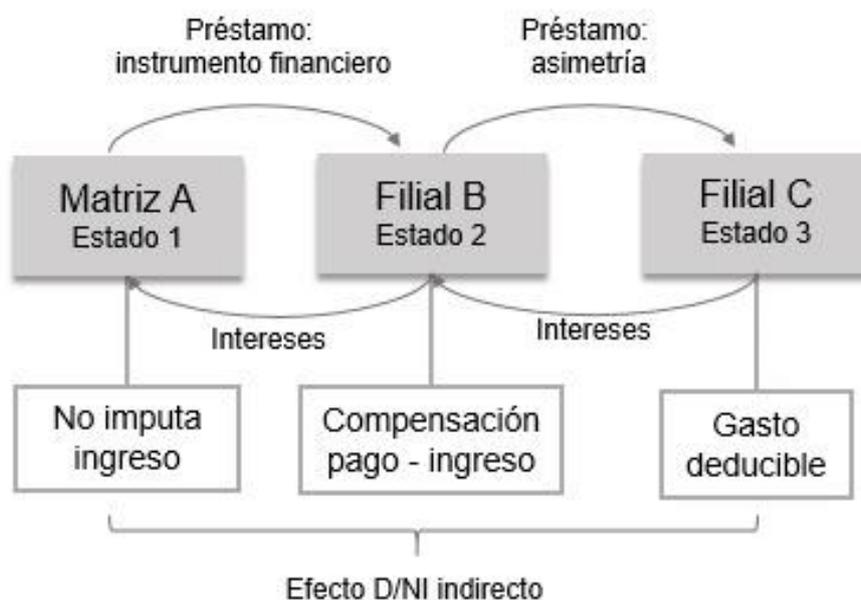


Figura 7: Caso 7 sobre desajustes importados.

Elaboración propia.

Para hacer frente a esta asimetría, la OCDE ha reiterado la importancia de introducir en las regulaciones de las naciones las normas anti-híbridos explicadas anteriormente. En concreto, en su recomendación 8 establece como *primary rule* la negación de la deducción del gasto deducible de la filial C en su jurisdicción. Aquí, de nuevo, el Informe no establece ninguna recomendación específica como *defensive rule*, sino que vuelve a sugerir a los Estados la aplicación de *CFC rules* si se utilizan entidades híbridas, siempre que estas se encuentren dentro de un grupo o una estructura organizada.

## 2.4 Consecuencias de los mecanismos híbridos en la economía

Una vez analizados los diferentes tipos de híbridos y los efectos que producen, es hora de examinar las consecuencias que genera para los Estados la utilización de estas herramientas por parte de las MNEs.

Tal y como se ha explicado en la planificación fiscal agresiva, la consecuencia más notoria en la utilización de estos mecanismos es la reducción de los ingresos fiscales percibidos por las Administraciones Tributarias de los Estados. Aunque a

menudo es difícil determinar qué país ha sufrido la pérdida del ingreso fiscal en este tipo de operaciones, las asimetrías híbridas generan una clara reducción de la carga impositiva soportada globalmente por las partes implicadas en la operación.

Además de las pérdidas monetarias, los Estados también soportan un descenso de su eficiencia económica. Esto se debe a que la ventaja fiscal que supone la utilización de los mecanismos híbridos implica un claro incentivo para las MNEs a realizar inversiones transfronterizas en defecto de inversiones locales.

Indirectamente, también existen consecuencias graves a tener en cuenta. La ventaja fiscal obtenida por las empresas que utilizan los mecanismos híbridos no está al alcance de todos, en especial, de aquellas personas físicas cuya principal fuente de ingresos proviene de rentas del trabajo. Con respecto a otras empresas, también existen MNEs o PYMES que no pueden disfrutar de dichas ventajas fiscales porque su actividad económica no les permite realizar operaciones transfronterizas de tal envergadura. Esto repercute directamente sobre la competitividad de las empresas ya que las MNEs que sí puedan llevar a cabo estas prácticas disfrutan de una gran ventaja competitiva derivada de los ahorros fiscales que se generan.

La desigualdad de oportunidades que aflora de esta situación, puede derivar en el desagrado y, en el peor de los casos, en la pérdida de confianza de los contribuyentes con respecto al sistema fiscal del país.

En definitiva, es imprescindible para los Estados elaborar medidas antielusión que combatan las prácticas abusivas llevadas a cabo por algunas empresas. Estas medidas deberán contrarrestar los efectos de los actos o negocios utilizados por las MNEs para obtener las ventajas fiscales y así hacer frente a las consecuencias que estas conllevan.

## 3. Las medidas anti-híbridos

### 3.1 La Acción 2 del Plan BEPS

Dentro del Plan BEPS, la OCDE destinó una de las Acciones al problema que suponían los mecanismos híbridos dentro del contexto de la planificación fiscal agresiva. En concreto, en la Acción 2 no se explica cómo se debe abordar el problema de los híbridos, sino que sus recomendaciones están orientadas a marcar las pautas para identificar estos mecanismos y clasificarlos en una serie de categorías. Esto, que puede parecer un hecho sin relevancia, es fundamental ya que, como se ha dicho, el principal problema de los mecanismos híbridos radica en la diferente calificación sobre un mismo hecho realizado por países distintos.

En líneas generales, el Informe Final de la Acción 2 destaca por su complejidad debido a su extensión<sup>5</sup> y a la dificultad inherente del propio tema. En su estructura se pueden diferenciar tres partes.

En la primera parte, la OCDE estipula una serie de recomendaciones destinadas a los países sobre cómo deben diseñar sus normas anti-híbridos en sus respectivas normativas. Estas recomendaciones se clasifican dentro de tres categorías de efectos causados por los mecanismos híbridos —D/NI, D/D, D/NI indirecta—. A mayores, dentro de estos tres efectos, se reconocen los diferentes tipos de asimetrías híbridas —comentados en el epígrafe anterior—. Para finalizar esta primera parte, se establecen una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados para facilitar la adecuación de estas normas a sus ordenamientos.

En la segunda parte, se proponen una serie de recomendaciones orientadas a *“evitar que los instrumentos y las entidades híbridas sean utilizados para obtener, de*

---

<sup>5</sup> El mismo consta de 459 páginas.

*forma inapropiada, los beneficios previstos en convenios de doble imposición*” (Concha Carballido, 2017, p. 52).

La tercera parte es la más extensa del informe ya que incorpora varios ejemplos de mecanismos híbridos y su posible solución a través de una regla primaria y otra secundaria.

En definitiva, la Acción 2 del Plan BEPS es la base de las posteriores medidas anti-híbridos. A pesar de no ser un informe novedoso, ya que recoge gran parte de los trabajos desarrollados anteriormente en materia de híbridos<sup>6</sup>, es el primero que identifica a los diferentes tipos de asimetrías híbridas y propone una solución concreta para cada una de ellas. Además, establece recomendaciones para cambiar el modelo de convenio de la OCDE y reconoce la necesidad de garantizar la coordinación de las recomendaciones de la parte I del Informe y el Modelo de Convenio Tributario.

## 3.2 Regulación de los mecanismos híbridos en la normativa europea

La primera regulación europea en materia de híbridos fue la propuesta desarrollada por la Comisión Europea para modificar la Directiva Matriz-Filial para combatir la evasión fiscal, la cual se sintetizó en la Directiva 2014/86/UE aprobada por el Consejo el 8 de julio de 2014. Esta reforma buscaba avanzar en la lucha contra la planificación fiscal agresiva y el uso de los mecanismos híbridos (Jiménez-Valladolid De L'Hotelleire-Fallos, 2015, p.143).

Una vez presentado el *Final Report*<sup>7</sup>, el organismo europeo desarrolló la Directiva ATAD I, ya que la Directiva de 2014 no abarcaba toda la temática abordada en la Acción 2, por lo que la Comisión desarrolló una nueva norma.

El gran inconveniente de la Directiva, es que el artículo destinado a la regulación de los mecanismos híbridos (el artículo 9) “*contenía una regla primaria de neutralización*”

---

<sup>6</sup> Tales como, *Hybrid Mismatch Arrangements* (OCDE, 2012); *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships* (OCDE, 1999).

<sup>7</sup> OCDE, 2015, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report*

*de asimetrías*” que sólo producía efectos frente a los instrumentos y entidades híbridas producidos entre Estados miembros de la UE. Ante esta situación, el Consejo ordenó a la Comisión una ampliación de la Directiva para que extendiese el ámbito de aplicación de la normativa anti-híbridos a terceros países. Como resultado de dicha reforma, se aprobó la conocida como Directiva ATAD II (De Juan Casadevall, 2017, p. 161).

Por último, antes de entrar en el análisis de las Directivas, se debe reflejar la principal diferencia que existe entre los informes llevados a cabo por la OCDE y las Directivas. Las propuestas de la OCDE no tienen carácter vinculante<sup>8</sup>, mientras la Directiva sí lo tiene<sup>9</sup> con respecto a todos los Estados miembros de la Unión Europea, los cuales deberán trasponer a su legislación los preceptos de dicha norma.

### 3.2.1 La Directiva anti-abuso de la Unión Europea

El objetivo principal de la Directiva ATAD I es “*garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor*”, lo que requiere reestablecer la confianza en los sistemas impositivos de los distintos países y conceder a sus gobiernos las herramientas necesarias para ejercer su potestad en materia fiscal con mayor eficacia. También se pretende conseguir un marco común que evite la división del mercado, consecuencia directa de todas las asimetrías existentes a día de hoy.

La Comisión Europea consideró que la mejor solución para conseguir estos objetivos y poner freno a la planificación fiscal agresiva era desarrollar normas de carácter general que luego serían concretadas por los propios Estados, en el ejercicio de su soberanía, al incorporarlas en sus ordenamientos jurídicos. De esta forma, los países podrían adaptar estas normas a las circunstancias específicas que requería cada uno de ellos. Sin embargo, algunos autores no estaban de acuerdo en que esta fuese la solución al problema de la planificación fiscal internacional. Entre estos autores destaca Dennis Weber (2016), quien afirmaba que, para conseguir la tributación efectiva dentro de la UE, lo ideal sería crear una Base Imponible Común Consolidada que

---

<sup>8</sup> Es una norma *soft law*, es decir, recoge diferentes recomendaciones sobre híbridos sin carácter vinculante para los Estados.

<sup>9</sup> Se configuró como norma *hard law*. Los Estados tienen un plazo para trasponer la normativa comunitaria a su legislación nacional.

permitiese aplicar un tipo impositivo común a todos los países de la UE a través de un sistema fiscal único.

En líneas generales, la regulación en materia de híbridos está prevista en el artículo 2 (donde se incorpora la definición de asimetría híbrida) y en el artículo 9 (donde se desarrollan las soluciones propuestas a las asimetrías híbridas). En lo que respecta al concepto de asimetría híbrida, la Comisión Europea adaptó la definición ofrecida por la OCDE al ámbito de la UE. De esta forma, el artículo 2 de la Directiva limitó la existencia de la asimetría híbrida a *“la situación existente entre el contribuyente de un Estado miembro y una empresa asociada de otro Estado miembro”*, excluyendo las asimetrías que se pueden derivar de terceros países. Por su parte, en comparación con todas las medidas anti-híbridos que ofrecía la Acción 2 del Plan BEPS, en el artículo 9 sólo se recogió que *“(1) Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que haya originado el pago correspondiente. (2) Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente”*.

En definitiva, las normas generales desarrolladas en materia de híbridos tenían el inconveniente de ser normas demasiado básicas. La Directiva sólo regulaba la desimposición global derivada de las diferencias en la calificación de rentas o de la entidad, las cláusulas incorporadas eran demasiado abiertas en comparación con la Acción 2 del Plan BEPS y, además, las asimetrías que se pretendían resolver se limitaban al ámbito europeo, dejando sin regular las generadas en terceros países. En definitiva, el alcance de las normas en materia de híbridos era muy limitado ya que, por ejemplo, los pagos efectuados desde fuera de la UE o hacia terceros países podían generar desajustes híbridos que afectaban al ámbito de la UE. Por esa razón, en el propio Considerando 13 de la Directiva, se destacó la necesidad de seguir trabajando en la regulación de las asimetrías híbridas tanto entre Estados miembros como con terceros países y las que se podían generar a través de establecimientos permanentes.

Como respuesta a las dudas planteadas por la limitación de la ATAD I, la Comisión Europea presentó una Propuesta para la modificación de esta Directiva. Su finalidad era *“establecer un marco comprehensivo para luchar contra el abuso en materia de híbridos y solucionar los problemas no abordados por la ATAD I, tales como las asimetrías híbridas de establecimientos permanentes híbridos, las transferencias*

*híbridas, las asimetrías importadas y las asimetrías de sociedades con doble residencia”* (Barreiro Carril, 2017, p. 13). Finalmente, esta propuesta derivó en la aprobación de una segunda Directiva conocida como la Directiva ATAD II.

### 3.2.2 Reforma de la normativa europea en materia de híbridos

Las modificaciones necesarias para ampliar el ámbito de aplicación de las normas anti-híbridos recogidas en la ATAD I, que se han formulado en la Propuesta de la Comisión Europea -desde la extensión a terceros países y otras categorías de asimetrías híbridas-, fueron incorporadas en la Directiva ATAD II.

La estructura de las disposiciones de la Directiva se resume en el desarrollo de dos artículos. En el primero de ellos se incorporan todas las modificaciones requeridas de la ATAD I<sup>10</sup>, mientras que, en el artículo 2, se concretó el ámbito temporal en el que los países deberían incorporar estas modificaciones. Como norma general, el plazo límite concretado para la trasposición fue el 1 de enero de 2020, excepto las normas en materia de asimetrías híbridas inversas, que se amplió el plazo hasta el 1 de enero de 2022.

En efecto, es en el artículo 1 donde se desarrolló la ampliación de las normas sobre híbridos. Entre los cambios más relevantes efectuados en las definiciones del artículo 2.9 de la ATAD I, destaca la extensión del concepto de asimetría híbrida a *“cualquier posible problema de desimposición producido por la falta de coordinación de dos o más sistemas tributarios susceptible de generar un tratamiento fiscal asimétrico. Por ende, cuando concurra una tributación efectiva, aunque sea mínima, resurgirá el problema de aplicación de la cláusula anti-híbridos<sup>11”</sup>* (De Juan Casadevall, 2017, p. 163).

La definición de asimetría híbrida del artículo 2.9 tras los cambios propuestos en la Directiva ATAD II se basaría en tres componentes (Sanz Gadea, 2017, p.49):

---

<sup>10</sup> Se han modificado tanto el artículo 2.9 como el artículo 9, incorporando el apartado *bis* referente a las asimetrías híbridas inversas, y el apartado *ter*, que regula la relación entre las asimetrías y la residencia fiscal.

<sup>11</sup> El posible problema que plantea el hecho de considerar la existencia de la asimetría híbrida cuando exista una mínima tributación será tratado posteriormente en el análisis crítico.

- Los efectos fiscales buscados intencionadamente por el contribuyente. Entre ellos, se destaca la deducción del gasto, pérdida o pago que puede ser de dos o más contribuyentes residentes en jurisdicciones distintas (art. 2.9 g)), de un contribuyente sin inclusión del ingreso en otro contribuyente que reside en otra jurisdicción (art. 2.9 a),b),c),d),e) y f)) o del mismo contribuyente pero en dos o más jurisdicciones (art. 9 ter)), así como el aprovechamiento por dos o más contribuyentes del mismo crédito fiscal (art. 9.6) o la no tributación de la renta en ninguna jurisdicción.
- Los medios utilizados por el contribuyente para alcanzar la asimetría. Pueden ser una entidad híbrida (aquella considerada contribuyente por una jurisdicción y transparente por otra, por lo que sus ingresos o gastos son imputables a otros), un instrumento financiero (cuyas rentas son calificadas de forma distinta por varias jurisdicciones), un establecimiento permanente o la residencia fiscal doble.
- Las circunstancias en las cuales tienen lugar estos mecanismos, como la relación de asociación entre contribuyentes afectados, la relación entre casa central y establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes y la existencia de un acuerdo estructurado.

En definitiva, para que se de una asimetría híbrida debe haber una interacción de efectos, medidas y circunstancias. Si los efectos reputados perniciosos no se obtienen a través de los medios tipificados, no habrá una asimetría híbrida. Del mismo modo, aun cuando se presenten los efectos obtenidos a través de los medios tipificados, no habrá asimetría híbrida si estos no se despliegan en el marco de las circunstancias enunciadas.

Otro concepto que ha sido objeto de modificación fue el de empresa asociada, el cual se ha precisado y se ha resaltado la necesidad de la influencia ejercida por el contribuyente en la gestión del grupo y viceversa. Se modificó el porcentaje exigible para el control efectivo de una participación sobre una empresa asociada, aumentando del 25% al 50%. También se incorporaron los nuevos conceptos referentes al grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera y al mecanismo estructurado (Calvo Vérguez, 2019, p. 39).

Por acuerdo estructurado se entiende aquel que está enfocado a producir un efecto híbrido. Se trata entonces de un negocio jurídico que adoptará una determinada

forma (préstamo, compraventa de acciones o participaciones). Sin embargo, cuando el contribuyente o una entidad asociada no conociesen o no se aprovecharan de la ventaja generada por el mecanismo estructurado, este no se tendrá en consideración.

A continuación, se analizarán los diferentes mecanismos anti-híbridos recogidos en esta Directiva. Se desarrollarán, de forma individual, cada uno de los diferentes tipos de híbridos, indicando los efectos producidos y el mandato incorporado para combatirlos.

Cabe destacar que este mandato consiste en la herramienta que creó la Directiva para frustrar los efectos que se pretende corregir y designar la jurisdicción encargada de llevar a cabo su neutralización. Por tanto, se compone de dos elementos fundamentales, el sustantivo y el competencial; el primero está destinado a la frustración de los efectos<sup>12</sup> y el segundo, a identificar qué jurisdicción fiscal será competente para regularizarlos. Para la aplicación del mandato, es necesario que el contribuyente sea residente de un Estado miembro de la UE, sin embargo, no es necesario que este se beneficie de la ventaja fiscal que provoca la asimetría híbrida, ya que basta con que intervenga en la formación de la misma.

En definitiva, cuando sea necesario aplicar las normas que se comentarán a continuación, es recomendable recurrir a la Acción 2 del Plan BEPS como fuente de interpretación y aplicación de las medidas.

- Asimetría de Entidad Híbrida.

De acuerdo con el artículo 1 de la Directiva, se entiende por entidad híbrida “*toda entidad o mecanismo que sean considerados entidades imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuya rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de otra jurisdicción*”. En otras palabras, la entidad híbrida se caracteriza por tener una calificación distinta en diferentes jurisdicciones, lo que puede provocar o bien un efecto D/D (tal y como se ha explicado en el Caso 5) o bien un efecto D/NI (explicado en el Caso 3). Para evitar ambos efectos, la Directiva ha

---

<sup>12</sup> Referidos a la no deducción de un gasto o la inclusión de un ingreso, al cómputo de una renta o rechazo de un crédito fiscal y a la influencia de la doble residencia.

incorporado las mismas reglas primarias y secundarias previstas en la Acción 2 para cada uno de ellos.

- Asimetría de Instrumento Financiero Híbrido.

Como se ha comentado, esta asimetría surge debido a la diferente calificación de un instrumento financiero que genera un tratamiento fiscal diferente en dos jurisdicciones distintas. Su regulación en la Directiva no presenta discrepancias con la prevista en la Acción 2. En concreto, esta situación se refiere al Caso 1 planteado y su mandato se corresponde con las reglas que en él se explicaron. En caso de que la asimetría afectase a dos Estados miembros, se denegará la deducción en el Estado pagador, mientras que si el pagador es residente en un tercer país, el Estado miembro exigirá la inclusión proporcional en la base imponible.

- Asimetría de Transferencia Híbrida.

Teniendo en cuenta que esta asimetría se corresponde con el Caso 2, el artículo 2.9.1) de la Directiva define la transferencia híbrida como *“cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere a efectos fiscales como derivado simultáneamente de más de una de las partes del mecanismo”*.

Como solución, la Directiva prevé la denegación de la deducción en el Estado miembro pagador. Si en la operación interviene un tercer país, será necesario diferenciar si el pagador es residente en un Estado miembro (en cuyo caso se deniega la deducción) o si es residente en un tercer Estado (por lo que el Estado miembro requerirá al contribuyente que incluya el pago en la base imponible).

De esta forma, vemos cómo las normas referentes al instrumento financiero y a la transferencia híbrida están perfectamente alineadas con las recomendaciones de la Acción 2.

- Asimetría de Establecimiento Permanente.

La regulación de este mecanismo fue incorporada por primera vez en esta Directiva, ya que ni la Directiva ATAD I ni la propia Acción 2 recogían normas al respecto.

La asimetría de EP se produce cuando una jurisdicción considera que una entidad no residente ha desarrollado su actividad económica a través de un EP, mientras que la otra jurisdicción niega la existencia de ese EP. En concreto, el concepto previsto en la Directiva para calificar esta situación es “*establecimiento permanente no computado*” y su diferente tratamiento fiscal puede generar un efecto de no imposición sin inclusión, doble deducción o deducción sin inclusión.

Cuando se produzca el primer efecto, el Estado miembro no puede aplicar la exención de la renta imputable al EP, a no ser que esté amparada por un CDI (art. 9.5). Si el efecto es la doble deducción, no se permite la deducción en el Estado miembro del inversor o, en su caso, del ordenante del pago (art. 9.1). En cambio, si el efecto es deducción sin inclusión, o bien se deniega la deducción en el Estado miembro del pagador, o bien se imputa la renta al beneficiario. Las reglas destinadas a evitar este último efecto cubren diferentes situaciones: “*pagos del EP a su casa central, pago a una entidad con varios EPs, pagos a un EP no reconocido en una jurisdicción y pagos no reconocidos por una jurisdicción entre la casa central y un EP o varios EPs entre sí*” (De Juan Casadevall, 2017, p.180).

- Asimetrías importadas.

Esta asimetría es una de las más complejas porque, a pesar de originarse en un tercer Estado, termina afectado a la Unión Europea a través de un instrumento no híbrido que produce efectos sobre algún Estado miembro. Por tanto, para la regulación de esta asimetría, la Directiva ha adaptado el Caso 7 al ámbito europeo y ha determinado que “*es necesario incluir normas que denieguen la deducción de un pago si las rentas correspondientes a dicho pago son compensadas por una deducción que se derive en una asimetría híbrida que da lugar a una D/D o una D/NI indirecta*” (Considerando 25 de la Directiva ATAD II)

- Asimetrías de doble residencia fiscal.

De acuerdo con el Caso 6, esta asimetría se produce cuando en dos jurisdicciones distintas se le otorga a un mismo contribuyente la condición de residente.

Para evitar la doble deducción que se pueda derivar de esta situación, el art. 9 ter de la Directiva ATAD II dispone que *“el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción cuando la otra jurisdicción permita que la deducción duplicada se compense con rentas que no son de doble inclusión. Si ambas jurisdicciones son Estados miembros, el Estado miembro en el que el contribuyente no sea considerado residente en virtud de un tratado de doble imposición entre los dos Estados miembros interesados denegará la deducción”*.

Por tanto, cabe destacar que la solución propuesta por la Directiva es diferente a la recomendada en la Acción 2, ya que en la misma se proponía denegar la deducción en los dos Estados y, en este caso, se prevé denegar la deducción sólo en un Estado miembro.

- Asimetría de Entidad Híbrida Inversa.

El efecto deducción sin inclusión también puede producirse cuando una entidad se considera transparente por el Estado miembro donde reside pero, también, no transparente por el tercer Estado en el que reside su dominante. Esto conlleva que el ingreso percibido no es imputado a pesar de que sí fue deducido el gasto soportado por la entidad pagadora, de acuerdo con el Caso 4 expuesto.

Para evitarlo, el artículo 9 bis.1 de la Directiva ATAD II dispone que *“la entidad híbrida será considerada como residente de ese Estado miembro y tributará por esa renta en la medida en que esta renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes del Estado miembro ni de ninguna otra jurisdicción”*.

En definitiva, la directiva anti-híbridos (ATAD II) supera a la directiva anti-abuso (ATAD I) no sólo en la inclusión de los mecanismos híbridos que faltaban, sino también en la concreción de la relación que tiene la UE con terceros países en materia de híbridos y de su correlativa solución. Para ello, adaptó la mayor parte de las recomendaciones expuestas por la OCDE en la Acción 2, apoyando el objetivo internacional de dar una solución coordinada ante los mecanismos híbridos a través de

un marco normativo común que fuese vinculante para todos los Estados miembros en esta materia.

### 3.3 La normativa española en materia de híbridos

#### 3.3.1 Normas anti-híbridos en la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades

España es considerada como uno de los países pioneros en incorporar normas anti-híbridos, ya que la vigente ley<sup>13</sup> que recoge estas normas fue aprobada antes que el propio Plan BEPS. Sin embargo, la insistencia de la OCDE en la importancia de adoptar de forma coordinada y uniforme sus recomendaciones, derivó en la necesidad de adaptar las normas existentes en materia de híbridos en nuestro país a la normativa ATAD II, teniendo como plazo límite temporal el 1 de enero de 2020, excepto en el caso de las asimetrías híbridas inversas que se extendió al 1 de enero de 2022.

Las normas anti-híbridos que se incorporaron en esta Ley nacieron como una de las herramientas fundamentales para combatir el fraude fiscal internacional, tal y como se desarrolla en la Exposición de Motivos de la Ley. En concreto, una de estas normas se recoge en el artículo 15.j) LIS, donde se niega la deducibilidad de los gastos *“correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento”*.

De la redacción de este precepto podemos concluir que en España se han incorporado parcialmente las recomendaciones expuestas en la Acción 2, en concreto, sólo se prevén las recomendaciones referidas a determinadas situaciones de D/NI<sup>14</sup>. Otro inconveniente a destacar de la norma es que tampoco deja claro qué situaciones

---

<sup>13</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>14</sup> En concreto, sólo contempla el instrumento financiero híbrido, por lo que sólo se le podrían aplicar estas normas a las entidades híbridas si se realizase una interpretación extensiva del precepto, lo cual sería jurídicamente reprochable, desde el punto de vista constitucional, al vulnerarse el principio de legalidad. Algunos autores como Sanz Gadea apoyan la interpretación extensiva de este precepto.

de D/NI puede alcanzar su regulación. En definitiva, este artículo simplemente recoge una norma primaria que intenta abordar el efecto D/NI centrándose en las operaciones entre personas o entidades vinculadas. Esta regulación resulta insuficiente si atendemos a las reglas incorporadas a la ATAD II ya que, entre otras apreciaciones, se excluye de la regla primaria la negación de la deducción obtenida gracias a un mecanismo estructurado, no se incorporan ninguna de las reglas defensivas previstas para hacer frente a la D/D y tampoco se incluyen mecanismos de reacción a los híbridos importados.

Por último, existe otro matiz importante en la incompatibilidad del artículo 15.j LIS con la Acción 2. A diferencia de la Acción que recomienda reconocer la asimetría híbrida cuando una renta no soporta tributación en otra jurisdicción implicada, la norma española amplía su reconocimiento a cuando una renta es gravada por otra jurisdicción implicada a un tipo de gravamen inferior al 10% (Jiménez-Valladolid de L'Hotelleire-Fallos, 2017, p.32).

Otra norma anti-híbridos se recoge en el artículo 21 LIS, el cual trata sobre la eliminación de la doble imposición económica, denegando la exención de los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos por un residente cuando su distribución generó un gasto deducible a la entidad pagadora. Por tanto, en esta regulación sí que se recoge una norma defensiva en materia de híbridos, siguiendo una de las recomendaciones de la Acción 2. Este precepto consiguió neutralizar la asimetría híbrida derivada de operaciones como la desarrollada a través de los juros brasileños, donde las filiales residentes en Brasil distribuían a la matriz española dividendos a través de los juros<sup>15</sup>.

También se prevé la aplicación de una regla defensiva en el caso de que las retribuciones derivadas de préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades sean objeto de conflicto de calificación. Teniendo en cuenta que en España ya no tienen la consideración de híbrido, puede ocurrir que en otra jurisdicción se trate a estas retribuciones como fiscalmente deducibles frente a la calificación española de retribución de fondos propios fiscalmente no deducible, de acuerdo con el artículo 15.1. En este caso se aplicará la solución otorgada por el artículo

---

<sup>15</sup> Sobre esta situación se pronunció la Audiencia Nacional en su Sentencia 712/2014, de 27 de febrero de 2014 y se publicó la consulta de la Dirección General de Tributos de 27 de junio de 2016, en la que se limitó la exención de las rentas procedentes de juros brasileños hasta el 1 de enero de 2015.

21.2.2º, que considera a estas retribuciones como dividendos o participaciones de beneficios exentos.

En lo que respecta a las transferencias híbridas, el artículo 32.2.2º LIS prevé la posible deducción, para evitar la doble imposición económica internacional, de los dividendos percibidos a la entidad receptora cuando, mediante un contrato, se le transfieran a esta los valores de los que proceden esos dividendos. Lo mismo ocurre en el régimen de exención, donde el artículo 21.2.3º LIS también prevé la posible exención al titular de estos dividendos. El inconveniente de esta regulación es que no abarca la asimetría D/Ni prevista por la OCDE en materia de transferencias híbridas porque se limita a neutralizar la exención del dividendo y no la de la plusvalía de cartera.

En definitiva, la normativa española en materia de híbridos necesitaba ser modificada y ampliada para adaptarse a las novedades que supusieron la publicación de la Acción 2 y la aprobación de la Directiva ATAD II, tales como la segregación entre regla primaria y regla secundaria y la incorporación de nuevos supuestos como el establecimiento permanente o los híbridos importados. Sin embargo, esta adaptación requería de una *“técnica legislativa muy depurada, con normas claras y precisas, que combinase cláusulas generales y supuestos específicos, operando no solo en el IS sino también en el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (IRNR)”*. (De Juan Casadevall, 2017, p. 186)

### 3.3.2 Trasposición de la normativa europea anti-híbridos

Teniendo en cuenta que España debería haber traspuesto la Directiva ATAD I a finales de 2018 y la ATAD II a finales de 2019, la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra nuestro país por incumplimiento del plazo. Como consecuencia, se utilizó un Real Decreto-Ley para incorporar estas normas, ya que se necesitaba su trasposición con carácter inmediato y la aprobación de este instrumento jurídico requiere de menos requisitos. Finalmente, la modificación de las normas anti-híbridos llegó a España a través del Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo<sup>16</sup> (PwC, 2021, p.1).

---

<sup>16</sup> Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre

Su principal objetivo es dar respuesta a los tres efectos producidos por los híbridos (D/NI directo, D/D y D/NI indirecto), identificando las diferentes tipologías de asimetrías híbridas (instrumento financiero, asimetría de establecimiento permanente, entre otras) y la solución a cada una de ellas, en función de sus características, a través de una estructura común basada en la regla primaria y la regla secundaria. Como excepción, cabe destacar que la asimetría híbrida invertida (art. 9 *bis* de la Directiva ATAD II) no fue incorporada en este Real Decreto-Ley porque, según el legislador español, la norma vigente ya permite la neutralización de este tipo de asimetrías. Por el contrario, sí que prevé la existencia de un ingreso de doble inclusión (IDI) que permitiría la neutralización del efecto híbrido y, en consecuencia, la deducción del gasto en España. Para llevar a cabo la compensación del IDI con el gasto híbrido se establece un plazo máximo de tres años, lo que obliga a las empresas a crear una cuenta de deducciones híbridas pendiente de compensar, similar a la de las bases imponibles negativas o gastos financieros.

En líneas generales, la modificación que el Real Decreto-Ley supuso frente a la vigente LIS fue la eliminación del apartado j) de su artículo 15 y la inclusión del 15 *bis*. A su vez, este cambio derivó en la adaptación de otros preceptos como el 16.1 LIS que incorporaba una referencia al 15.j), cambiando dicha referencia por el 15 *bis* (Deloitte, 2021, p.1).

La mayoría de las “*cláusulas anti-híbridos recogidas en el Real Decreto-Ley están alineadas con las disposiciones de la Directiva ATAD II, de hecho, podría considerarse que estamos ante una transposición textualista*”. (EY, 2021, p. 2) Las asimetrías tratadas en él son las derivadas de instrumentos financieros híbridos (art. 15 *bis*.1 LIS), las derivadas de entidades híbridas (art. 15 *bis*.2 LIS), las referidas a EPs, tanto por su condición de híbridos (art. 15 *bis*.5 letras a, b, c LIS) como de no computados (art. 15 *bis*.6 LIS), las que tienen un resultado de doble deducción (art. 15 *bis*.4 y 5 letra d LIS), las entidades inversas (art. 15 *bis*.3 LIS), los mecanismos estructurados (art. 15 *bis*.7 LIS), las derivadas de situaciones de doble residencia fiscal (art. 15 *bis*.10 LIS) y las asimetría de transferencias híbridas (art. 15 *bis*.8 LIS).

Al igual que en la Directiva, el legislador español, en el art. 15 *bis*.13 LIS, excluye la aplicación de estas normas en los casos en que la asimetría híbrida “*se deba a que*

---

la Renta de No Residentes, aprobado mediante Real decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas.

*el beneficiario esté exento del impuesto, se produzca en el marco de una operación o transacción que se base en un instrumento o contrato financiero, sujeto a un régimen tributario especial, ni cuando la diferencia en el valor imputado se deba a diferencias de valoración, incluidas las derivadas de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas*". En este contexto, cabe destacar que algunos países europeos como los Países Bajos no siguen los criterios marcados por la Directiva ATAD II, ya que estos sí han desarrollado una regulación específica sobre las asimetrías generadas por la aplicación de la normativa de los precios de transferencia.

Otra incorporación relevante en la normativa española a efectos de las normas anti-híbridos fue la ampliación del concepto de entidad vinculada, recogida en el art. 15 bis.12 LIS. Se establece que serán consideradas personas o entidades vinculadas las que cumplan los requisitos del artículo 18; aquellas entidades que ostenten, de manera directa o indirecta, una participación de al menos un 25% de los derechos a voto; aquella entidad en cuya gestión el contribuyente tenga una influencia significativa, entendida esta como el poder para intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la otra entidad.

A pesar de que, como hemos visto, la normativa española ha traspuesto casi de forma literal las normas desarrolladas en la Directiva ATAD II, cabe destacar que existen conceptos que no siguen esta literalidad. El concepto de mecanismo estructurado ha sido redactado alejándose de la literalidad de la Directiva ya que esta resultaba muy compleja por la trasposición literal de la cláusula, logrando, de esta forma, aclarar qué supuestos abarca el concepto. Lo mismo ocurre con la transferencia híbrida, donde el legislador ha optado por introducir un concepto menos extenso que el recogido en la Directiva.

En términos generales, el contenido de este Real Decreto-Ley puede calificarse como muy técnico, por lo que la aplicación de sus disposiciones resultará bastante compleja tanto para las entidades como para las autoridades tributarias. Sin embargo, todos los cambios que se han recogido en él son valorados muy positivamente ya que, además de alcanzar el esperado nivel de coherencia de la normativa española con la Directiva ATAD, proporcionan una mayor claridad y seguridad jurídica a nivel nacional.

## 4. Análisis crítico del Plan BEPS y de las medidas anti-híbridos

Antes de entrar a valorar las medidas llevadas a cabo en materia de híbridos, resulta interesante comentar las consecuencias del Plan BEPS, analizando si se han cumplido sus objetivos y cómo han influido en el marco fiscal internacional.

La coordinación multilateral planteada por el informe BEPS modifica el sistema de fiscalidad internacional, creando “*nuevos estándares, más equilibrados en términos geopolíticos y menos permisivos con determinadas fórmulas de planificación fiscal agresiva*”. Este proyecto instauró las líneas a seguir por los Estados Miembros para hacer frente a los esquemas de planificación fiscal agresiva utilizados por las MNEs que se dedicaban a explotar “*los agujeros del sistema y las oportunidades que brindaban las distintas jurisdicciones en competencia fiscal abierta y prácticamente ilimitada*”. (Calderón Carrero, 2020, p.2). Sin embargo, el gran inconveniente del Plan es que su eficacia está condicionada a que los Estados lleven a cabo de manera efectiva la implementación de sus normas. Teniendo en cuenta que las mismas fueron creadas con el afán de cohesionar las normas del IS a nivel internacional, si los Estados no incorporan las recomendaciones descritas en el Plan y no siguen las directrices establecidas, este dejaría de tener efecto. Por tanto, su eficacia va a depender eminentemente de la velocidad y la intensidad de la implementación de los estándares consensuados en el marco internacional.

Ante esta situación, es necesario analizar a grandes rasgos las diferentes posiciones adoptadas por los Estados en relación a los estándares marcados. Por un lado, están los países que han seguido la línea marcada por BEPS, llevando a cabo

medidas más restrictivas en algunos aspectos<sup>17</sup>. Otros países, sin embargo, no han llevado a cabo ninguna medida, ya que consideran que sus ordenamientos están alineados con BEPS —Estados Unidos— o han adoptado una posición intermedia a la espera de la evolución de sus aliados para garantizar su posición de *level playing field* —como Luxemburgo, Países Bajos, Irlanda y Suiza—. Por otro lado, hay países que sólo están de acuerdo con los objetivos marcados por BEPS pero no casan con los estándares internacionales de la fiscalidad —como Brasil y Argentina— y aquellos que han rechazado participar en el Plan y que están en contra de su implementación —como Emiratos Árabes—. (Calderón Carrero, 2020, p.5) Se puede apreciar que a nivel internacional existe una gran disparidad de actuaciones generando una coordinación bastante débil.

En definitiva, se puede apreciar que el Plan BEPS no terminó con la publicación del Informe Final en 2015, sino que sigue vivo a día de hoy a la espera de que los Estados lleven a cabo las medidas. Esto no parece que vaya a llegar pronto, ya que los países llevan a cabo las modificaciones en sus ordenamientos a velocidades diferentes teniendo en cuenta sus situaciones particulares. Todo este proceso hace que aumente la complejidad del tratamiento de las operaciones internacionales en materia fiscal, generando una gran inseguridad jurídica para las MNEs y un incremento de sus costes debido a la continua modificación de sus estructuras internacionales a medida que los Estados se van adaptando a las nuevas medidas fiscales.

En lo que respecta a las medidas anti-híbridos, cabe destacar que su principal función es acabar con la doble no imposición de la que se aprovechan las MNEs gracias a la utilización de instrumentos híbridos. Debido a los graves efectos fiscales que se generaban, era necesario que todos los Estados implantasen una normativa que les permitiese luchar contra estas prácticas y poner fin a las pérdidas fiscales que soportaban. Las primeras medidas desarrolladas a estos efectos, son las recogidas en la Acción 2 del Plan BEPS.

El único inconveniente de las medidas anti-híbridos recogidas en la Acción 2 es que su eficacia y, por ende, su éxito depende de que se lleve a cabo su incorporación por parte de todos los Estados miembros, ya que se trata de una norma de *soft law* y, por tanto, sin efecto vinculante para los Estados. En sí mismas, las reglas planteadas

---

<sup>17</sup> Algunos países son Canadá, Japón, Reino Unido, Alemania, Francia, España y Australia.

por la OCDE son suficientes para hacer frente al riesgo fiscal que supone la utilización de los instrumentos híbridos ya que abordan todos los tipos de asimetrías híbridas y desarrollan medidas concretas para eliminar sus efectos, así como un amplio abanico de ejemplos con la aplicación de las normas a cada caso<sup>18</sup>. Por esa razón, impedir que las MNEs se aprovechen de estas estructuras para erosionar su base imponible sólo dependerá de que los países cumplan con su deber y las incorporen en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Por parte de la Unión Europea, en apoyo a la incorporación de estas reglas en cada uno de los ordenamientos jurídicos, aprovechó su capacidad para crear normas vinculantes a los Estados miembros y elaboró normas anti-híbridos —tomando como referencia las recomendaciones de la OCDE— que debían ser traspuestas por dichos Estados dentro de un plazo determinado.

En este contexto de reformulación de las normas referentes al IS, parte de la doctrina opinó que era el momento de buscar la imposición de una base imponible común a nivel europeo y tratar de crear un IS global. Sin embargo, esto habría sido un error en el momento actual, ya que *“pese a la relevante transformación operada en el mundo económico, cada Estado continúa manifestándose soberano en materia fiscal (consecuencia de lo cual cada país permanece libre para configurar con plena autonomía e independencia su sistema tributario) y cuando existe una conexión mínima entre ellos, resulta un marco donde el poder tributario de los diferentes Estados se superpone descoordinadamente”* (Calderón Carrero, 1996, p. 27).

En un mundo que tiende constantemente a la globalización, parece lógico pensar que el camino a seguir sea la creación de un IS global. Sin embargo, a día de hoy, esto parece difícil de conseguir debido a que cada país cuenta con su propia normativa y unas circunstancias socio-económicas particulares. Por esa razón, mientras tanto, la creación de una regulación mínima y común aplicable a todos los Estados europeos parece la opción más acertada.

En cuanto a la normativa española, tal y como se ha visto, las reglas anti-híbridos han sido reformadas recientemente a través del RD Ley 4/2021. El procedimiento correcto para la trasposición de la normativa europea a la legislación española habría

---

<sup>18</sup> Esta descripción exhaustiva es de vital importancia ya que le permite ser la norma de referencia en materia de híbridos.

sido a través de RD, sin embargo, se ha tenido que optar por el RD-Ley ya que la UE había comenzado el proceso sancionador contra España por no haber traspuesto la normativa europea en el plazo marcado. Esto demuestra una clara dejadez por parte del gobierno, ya que desde 2017 se conocía la fecha límite para la trasposición de dicha normativa —el año 2020—.

El contenido de la reforma llevada a cabo en la legislación nacional es correcto, ya que se adapta completamente a lo dispuesto por la Directiva ATAD II en materia de híbridos. De hecho, se considera una trasposición prácticamente literal de la norma. Uno de los cambios más acertados en el nuevo artículo 15 *bis* de la LIS es la eliminación de la exigencia de una tributación mínima del 10% para permitir la exención del pago en España, tal y como se recogía en el precepto anterior. Esta norma iba en contra de lo dispuesto en la normativa europea ya que en ella no se exige una tributación mínima para poder aplicar la exención en el país de residencia.

A pesar de ser un avance en la lucha contra los híbridos, hay que destacar que la norma española después de la trasposición se ha convertido en una norma compleja. Esto se debe a que, para suplir las dudas que se puedan generar en su aplicación, remite a la Acción 2 del Plan BEPS y a que en su desarrollo llama la atención la falta de una regla de conflicto que evite el surgimiento de la doble imposición debido a una aplicación descoordinada de la norma.

## Conclusiones

La esencia de los mecanismos híbridos está en las diferencias existentes en el tratamiento fiscal de un instrumento financiero o una entidad híbrida en dos jurisdicciones distintas, a través de las cuales se genera una situación de desimposición o de diferimiento a largo plazo de los tributos. Las MNEs aprovechan estas oportunidades para reducir su carga impositiva, provocando una reducción de su base imponible en el país afectado por la asimetría híbrida. Por tanto, estas prácticas forman parte de la planificación fiscal agresiva que llevan a cabo las empresas y que generan efectos perniciosos para los Estados, atentando directamente contra la eficiencia, la transparencia, la justicia y la competencia de los mismos.

Los posibles efectos que provocan estas prácticas son la D/NI, caracterizado por la deducción de un gasto en una jurisdicción sin la respectiva imputación del ingreso en la otra jurisdicción implicada en la transacción; la D/D, el cual representa la deducción de un mismo gasto en varias jurisdicciones; y la D/NI indirecta, cuando un pago no tributa en el país receptor porque, aunque dicho pago no sea híbrido, este es compensado con otro mecanismo que sí es híbrido. Debido a que estos efectos son consecuencia de los diferentes tratamientos que reciben las rentas, la solución planteada para combatir dicha desimposición se basó en la creación de unas reglas denominadas *linking rules*, las cuales se aplicarían de forma común a todos los Estados. En ellas, se incorporó una *primary rule*, cuyo objetivo es corregir la asimetría híbrida, y una *defensive rule*, que será de aplicación en aquellos supuesto en los que las jurisdicción que deba aplicar la *primary rule* no haya incorporado en su normativa las medidas anti-híbridos.

Estas medidas han sido cuestionadas por vulnerar el principio de no discriminación de los Convenios para evitar la doble imposición. Si bien es cierto que las medidas anti-híbridos tienen una mayor repercusión fiscal sobre los pagos realizados entre entidades no residentes que entre las residentes, esto está totalmente justificado, ya que los pagos realizados entre entidades residentes del mismo Estado no pueden generar los efectos perniciosos provocados por los híbridos, ya que no se va a calificar

de forma diferente un mismo pago. Por tanto, las *linking rules* no rompen el principio de no discriminación porque están tratando de forma diferente situaciones distintas.

De esta forma, se ofrece una solución concreta para contrarrestar los efectos perniciosos de los mecanismos híbridos, siendo la Acción 2 del Plan BEPS el primer documento en desarrollar estas normas pormenorizadamente. De hecho, es considerado como el informe más elaborado y concreto en materia anti-híbridos ya que, además de identificar todos los tipos de asimetrías híbridas y ofrecer una solución para cada una de ellas, incorpora recomendaciones respecto al cambio del Modelo del Convenio Tributario. En consecuencia, este informe se toma como referencia para la integración de estas normas en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

El único inconveniente resaltable de las recomendaciones de la Acción 2 es que, para obtener los resultados esperados, es necesario que todos los Estados tomen la iniciativa de incorporarlas en sus ordenamientos jurídicos. Al tratarse de operaciones transfronterizas en las que están implicados dos o más países, las normas sólo tendrán efectos si la inmensa mayoría incorporan normas que permitan combatirlas, lo cual depende de la propia iniciativa de cada Estado ya que, como se ha reiterado, dicho informe no tiene carácter vinculante.

Para contribuir a su inclusión en los Estados europeos, la UE incorporó las recomendaciones anti-híbridos de la OCDE, en un primer momento, a través del artículo 9 de la Directiva ATAD I. Sin embargo, esta norma tenía un importante inconveniente. La limitación de la aplicación de estas normas a las asimetrías derivadas de los países europeos traía consigo que un gran número de operaciones que implicaban a terceros países quedasen desprovistas de control fiscal. En consecuencia, se aprobó la Directiva ATAD II, destinada íntegramente a reforzar las normas incorporadas en la Directiva ATAD I y a suplir las carencias identificadas en la misma. Entre algunos de los cambios, destaca la ampliación del concepto de asimetría híbrida, la extensión del límite temporal para incorporar las normas anti-híbridos y la regulación de las asimetrías híbridas derivadas de la interacción de la Unión Europea con terceros países.

En lo que respecta a la normativa española, ha ocurrido algo similar. El artículo 15.j) LIS, donde fundamentalmente se incorporaron las primeras medidas anti-híbridos, sólo hacía referencia a situaciones de D/NI, por lo que aquellos mecanismos híbridos que tenían un efecto D/D o D/NI indirecto estaban desprovistos de regulación. Este y otros aspectos relevantes como la falta de trasposición de las normativas europeas

vinculantes, derivaron en la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, a través del cual se incorporaron en el ordenamiento jurídico español todas las recomendaciones de la OCDE y ambas Directivas europeas en materia de híbridos.

Con respecto al contenido de dicho Real Decreto-Ley no existen críticas destacables ya que prácticamente se ha llevado a cabo una trasposición literal de las normas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que como consecuencia del gran cambio, la normativa española se ha vuelto mucho más compleja, lo que seguramente conlleve grandes dificultades de adaptación para las empresas, así como dudas interpretativas que deberán ser solventadas por los tribunales españoles.

Al tratarse de una normativa muy reciente –teniendo en cuenta que aún se ha aprobado este año-, todavía no existen pronunciamientos al respecto de las dudas o inconvenientes que se pueden apreciar en la misma. No obstante, no cabe duda de que con posterioridad a la publicación de este trabajo, aflorarán numerosas críticas o dificultades que conlleva la aplicación de este Real Decreto-Ley.

## Bibliografía

- Armentia Basterra, J. (2018). Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Acción 2: neutralización de los efectos de los mecanismos híbridos. En Merino Jara, I. (dir.), Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (dir.). *Concierto económico y BEPS* (pp. 140-174). European Inklings.
- Barreiro Carril, M.C. (2017). El tratamiento fiscal de las asimetrías de los instrumentos financieros híbridos en la Propuesta de Directiva de 25 de octubre de 2016 por la que se modifica la Directiva anti-BEPS. *Documentos - Instituto de Estudios Financieros*, 14, 9-18.  
[https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2017\\_1\\_4.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_1_4.pdf)
- Blasco Marzal, A. (2017). Capítulo 12. Desajustes en el equilibrio de las bases imponibles por instrumentos híbridos (Acción 2). En Almudí Cid, J. M.(dir.), Ferreras Gutiérrez, J. A.(dir.), Hernández González – Barreda, P. A(dir.). *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)* (pp. 277-295). Aranzadi Thomson Reuters.
- Calderón Carrero, J. M. (1996). *La doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el patrimonio y las medidas y métodos para su eliminación*. Tesis doctoral. Universidad de A Coruña. <http://hdl.handle.net/2183/1087>
- Calderón Carrero, J.M. (2020). La transformación del marco fiscal internacional como consecuencia del Proyecto OCDE/G20 BEPS Transferencia. *Aranzadi digital*, 1, 1-16.

- Calderón Carrero, J.M. y Quintas Seara, A. (2016). Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva” utilizado en los trabajos de la OCDE. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 394, 41-92.
- Calvo Vérguez, J. (2016). Alcance de la acción 2 del plan BEPS: recomendaciones relativas al diseño de las medidas nacionales y los tratados fiscales para neutralizar los efectos de los acuerdos híbridos. *Forum Fiscal*, 217, 75-88.
- Calvo Vérguez, J. (2018). *Pasado, presente y futuro de BEPS*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Calvo Vérguez, J. (2019). La aprobación de la Directiva (UE) 2017/952, por la que se modifica la Directiva antielusión fiscal, y su proyección sobre los llamados mecanismos híbridos. *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2.
- Carbajo Vasco, D. (2015). El plan de acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial. *Crónica Tributaria*, 154, 49-67.
- Concha Carballido, C. (2017). Capítulo II. Acción 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. En: Garrigues. *Plan de acción BEPS: una reflexión obligada* (pp. 41-65). Fundación Impuestos y Competitividad. <https://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2017/06/LIBRO-PLAN-DE-ACCION-BEPS.pdf>
- De Juan Casadevall, J. (2017). La neutralización de híbridos en la Directiva ATAD 2. *Quincena fiscal*, 15, 159-186.
- Deloitte. (12 de marzo de 2021). *Trasposición de ATAD en materia de asimetrías híbridas fiscales*. Tax Alert, Deloitte Legal. <https://www.deloitte.es/docs/fl/Trasposicion%20de%20ATAD.pdf>
- EY. (10 de diciembre de 2021). *La Implementación española de la Directiva ATAD 2*. Alerta informativa, Ernest & Young Abogados. [https://www.ey.com/es\\_es/alertas-fiscal-legal/la-implementacion-espanola-de-la-directiva-atad-2](https://www.ey.com/es_es/alertas-fiscal-legal/la-implementacion-espanola-de-la-directiva-atad-2)

Falcón y Tella, R. (2019). *Fiscalidad internacional*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Hermosín Álvarez, M. (2016). La neutralización de los mecanismos híbridos: Recomendaciones en legislación nacional. En Herrero de la Escosura, P. (coord.) *Cuaderno Jean Monet: Medidas contra el fraude fiscal internacional* (pp. 233-274). Universidad de Oviedo. [http://www.uniovi.net/jeanmonnet/documentos/archivos/Cuaderno\\_Jean\\_Monnet\\_4.pdf](http://www.uniovi.net/jeanmonnet/documentos/archivos/Cuaderno_Jean_Monnet_4.pdf)

Hermosín Álvarez, M. (2017). Acción 2 del Plan BEPS: Recomendaciones en legislación doméstica con especial referencia a España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49, 145-183.

Jiménez-Valladolid de L'Hotelleire-Fallos, D.J. (2015). Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 10, 137-147. [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2015\\_1\\_0.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2015_1_0.pdf)

Jiménez-Valladolid de L'Hotelleire-Fallos, D.J. (2017). Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso. *Documentos - Instituto de Estudios Financieros*, 14, 19-33. [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2017\\_1\\_4.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_1_4.pdf)

Lago Montero, J. M. (2015). Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad. *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 3 (2), 55-73.

López, J. M. (2016). La acción internacional y europea contra la planificación fiscal agresiva: Incidencia en la normativa tributaria estatal... ¿y foral?. En Merino Jara, I. (dir.) *Fiscalidad internacional desde la perspectiva del País Vasco* (pp. 208-232). Instituto Vasco de Administración Pública.

- López Ribas, S. (2014). Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos. *Carta tributaria*, 11, 3-17.
- Malherbe, J., Tello, C.P. y Grau Ruiz, A. (2015). *La Revolución Fiscal de 2014: FATCA, BEPS, OVDP*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- OCDE. (1999). *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*. OCDE Publishing. <https://doi.org/10.1787/19900368>
- OCDE. (2012). *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. OCDE Publishing. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/hybridmismatcharrangementstaxpolicyandcomplianceissues.htm>
- OCDE. (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264201224-es>
- OCDE. (2014). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>
- OCDE. (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report*. OCDE Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>
- OCDE. (2015). *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. Informes Finales 2015. Resúmenes. OCDE Publishing. <https://doi.org/10.1787/24156108>
- PwC. (25 de marzo de 2021). *España aprueba la normativa sobre asimetrías híbridas*. Periscopio Fiscal y Legal. <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/espana-aprueba-la-normativa-sobre-asimetrías-híbridas/?sub=true>
- Ramos Ángeles, J.A. (2015). El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un enfoque crítico a propósito de los Final Reports 2015. *Revista Derecho & Sociedad*, 45, 375-396.
- Rodríguez Santos, L. (2001) *Manual de Fiscalidad Internacional*. Instituto de Estudios Fiscales.

Sanz Gadea, E. (2014). Recetas para neutralizar los efectos perniciosos de los híbridos. *Crónica tributaria*, 4, 35-48.

Sanz Gadea, E. (2017). La directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridadas. *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 415, 43-102.

Weber, D. (11 de febrero de 2016). EU BEPS/ Taxing Low-Taxed Non-EU. Think Twice. *Kluwer International Tax Blog*. <http://kluwertaxblog.com/2016/02/11/eu-beps-taxing-low-taxed-non-eu-income-think-twice/>

## Apéndice Legislativo

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.

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.

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.

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.

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.

Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residente, aprobado mediante Real decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas.

# Apéndice Jurídico

STC 46/2000, de 17 de febrero de 2000.

SAN 712/2014, de 27 de febrero de 2014.