



Asimetrías híbridas: Real Decreto-Ley 4/2021

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

En un número anterior de esta revista (núm. 415 –octubre 2017–) se publicó el artículo «La Directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridas», relativo a la Directiva (UE) 2017/952 o Directiva anti híbridos, por la que se modificó la Directiva (UE) 2016/1164 o Directiva antiabuso, en lo concerniente a las denominadas asimetrías híbridas. Tomando como referencia ese trabajo, la presente colaboración analiza la transposición efectuada por el Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, al tiempo que propone ciertas observaciones respecto de su idoneidad para alcanzar la finalidad de evitar el desplazamiento de beneficios entre jurisdicciones fiscales.

Palabras clave: asimetría híbrida; deducción sin inclusión; doble deducción; mecanismo estructurado; antiabuso; anti híbridos.

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2021). Asimetrías híbridas: Real Decreto-Ley 4/2021. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 460, 51-96.



Hybrid mismatches: Royal Decree-Law 4/2021

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

In a previous issue of this journal (num. 415 –October 2017–) was published the article titled «La Directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridadas», based on the Council Directive (EU) 2017/953 (Anti-hybrid Directive) amending Directive (EU) 2016/1164 (ATAD Directive) as regards hybrid mismatches with third countries.

Taking this publication as a reference point, this paper analyzes the Spanish transposition (Royal Decree-Law 4/2021, of 9th March) with some observations on its suitability to avoid profit shifting between jurisdictions.

Keywords: hybrid mismatches; deduction without inclusion; double deduction; structured arrangement; anti-abuse; anti-hybrid.

Citation: Sanz Gadea, E. (2021). Asimetrías híbridadas: Real Decreto-Ley 4/2021. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 460, 51-96.

Sumario

1. Antecedentes
2. Descripción y clasificación de las asimetrías híbridas
 - 2.1. Descripción en la Directiva antiabuso
 - 2.2. Clasificación en el Real Decreto-Ley 4/2021
3. Definiciones y conceptos relativos a los efectos, medios y circunstancias o condiciones
 - 3.1. Definiciones y conceptos relativos a los efectos. La renta de doble inclusión
 - 3.2. Definiciones y conceptos relativos a los medios
 - 3.2.1. La entidad híbrida
 - 3.2.2. El establecimiento permanente híbrido
 - 3.2.3. El instrumento financiero híbrido
 - 3.2.4. La transferencia híbrida
 - 3.3. Definiciones y conceptos relativos a las circunstancias o condiciones
 - 3.3.1. La relación de asociación
 - 3.3.2. El mecanismo estructurado
 - 3.4. Las diferencias de imputación temporal y de valoración
4. El mandato
 - 4.1. Asimetría de instrumento financiero híbrido
 - 4.2. Asimetría de entidad híbrida
 - 4.2.1. Asimetría de entidad híbrida que da lugar a deducción sin inclusión
 - 4.2.2. Asimetría de entidad híbrida que da lugar a doble deducción
 - 4.3. Asimetría de establecimiento permanente
 - 4.3.1. Asimetría de establecimiento permanente que da lugar a deducción sin inclusión
 - 4.3.2. Asimetría de establecimiento permanente que da lugar a doble deducción
 - 4.4. Asimetrías híbridas especiales
 - 4.4.1. Asimetrías híbridas importadas
 - 4.4.2. Asimetría de residencia fiscal
 - 4.4.3. Asimetría de transferencia híbrida
 - 4.4.4. Asimetría de rentas de establecimiento permanente no reconocido
 - 4.5. Asimetría híbrida invertida



5. Excepciones a la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas
 - 5.1. Beneficiario exento
 - 5.2. Instrumento o contrato financiero sujeto a régimen tributario especial
 - 5.3. Operaciones vinculadas. Otras diferencias de valoración
 6. Modificación de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros
 7. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y la Directiva antiabuso
 - 7.1. La relación entre los convenios y el Derecho de la Unión Europea
 - 7.2. Los juros brasileños
 - 7.3. Establecimiento permanente no computado
 8. Gestión de las asimetrías híbridas
 9. Reflexión final
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.

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

Daniel Innerarity

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

1. Antecedentes

De entre las normas antiabuso contenidas en la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (Directiva 2016/1164 o Directiva antiabuso), la concerniente a las denominadas *asimetrías híbridas* es la más joven. En efecto, las asimetrías híbridas han cobrado popularidad en el campo fiscal a partir de la primera década del presente siglo, hallándose su descripción más completa en el informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS (erosión de la base imponible y traslado de beneficios) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (OECD, 2015, y López Ribas, 2014), posteriormente complementado con el informe sobre asimetrías híbridas mediante establecimiento permanente (OECD, 2017).

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

El artículo 2.1 de la Directiva 2017/952, o Directiva antihíbridos, fijó la fecha límite para su transposición en el 31 de diciembre de 2019, de manera tal que sus mandatos pudieran ser aplicables a partir del 1 de enero de 2020, excepto en relación con las asimetrías híbridas invertidas del artículo 9 bis, para las cuales las fechas respectivas son el 31 de diciembre de 2021 y el 1 de enero de 2022.

España ha efectuado la transposición mediante el 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 Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas –BOE de 10 de marzo de 2021– (Real Decreto-Ley 4/2021), cuya disposición final cuarta establece que:

[...] entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y tendrá efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a su entrada en vigor.

La transposición, excepto por lo que se refiere a las asimetrías híbridas invertidas, ha sido tardía. La fecha de transposición ha sido rebasada y la efectividad solo se cumplirá respecto de los periodos impositivos quebrados iniciados en 2020 y concluidos antes del 11 de marzo de 2021. Por el contrario, para los periodos impositivos coincidentes con el año natural, la primera aplicación se producirá respecto de los correspondientes a 2021.

Cabe apreciar en el Real Decreto-Ley 4/2021 un cierto efecto retroactivo, en la medida en que podrá aplicarse a operaciones concertadas antes de su entrada en vigor, pero se trata de una retroactividad atenuada, ya que esas operaciones estarán comprendidas en un periodo impositivo todavía vivo en el momento de dicha entrada en vigor.

La transposición de las normas comunitarias relativas a las asimetrías híbridas mediante real decreto-ley suscita preocupaciones de constitucionalidad a las que el apartado III de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021 ha dado cumplida respuesta, tanto en lo que concierne al caso de «extraordinaria urgencia y necesidad» del artículo 86 de la Constitución, ya que se trata de evitar la sanción inherente a la infracción derivada del incumplimiento de la transposición, como en lo relativo a la alteración de la esencia del deber constitucional de «contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» del artículo 31 de la Constitución, ya que la materia regulada no afecta a elementos estructurales del tributo. Los argumentos esgrimidos son convincentes.

Pertenece al campo del análisis político-administrativo desvelar las circunstancias que han perturbado la transposición más idónea, en tiempo y forma, de una norma comunitaria publicada el 7 de junio de 2017.

2. Descripción y clasificación de las asimetrías híbridas

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

El artículo 1 modifica la Directiva 2016/1164, o Directiva antiabuso, a cuyo efecto da nueva redacción al artículo 1, modifica el artículo 2.4, da nueva redacción al artículo 2.9, in-

incorpora los apartados 10 y 11 al artículo 2.9, da nueva redacción al artículo 9, incorpora los artículos 9 bis y 9 ter y, en fin, añade un nuevo párrafo al artículo 10.1 y otro nuevo apartado 5 bis al artículo 11. También modifica el artículo 4.5 y da nueva redacción al artículo 4.8.

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

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

El Real Decreto-Ley 4/2021, por lo que se refiere al impuesto sobre sociedades, ha amalgamado en un solo precepto el nuevo artículo 15 bis de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014), esos bloques, facilitando la comprensión de una materia de por sí compleja. Y lo propio ha hecho, en relación con el impuesto sobre la renta de no residentes, mediante la modificación del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo –TRLIRNR–).

2.1. Descripción en la Directiva antiabuso

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

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

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

- La deducción del mismo gasto, pago o pérdida en dos o más contribuyentes residentes en jurisdicciones fiscales distintas (art. 2.9, primer párrafo g). Se trata, bien se ve, de un supuesto de doble deducción.
- La deducción de un mismo gasto, pago o pérdida en un contribuyente sin la inclusión del correspondiente ingreso en otro contribuyente, cuando residan en jurisdicciones fiscales distintas (art. 2.9, primer párrafo a), b), c), d), e), f). Se trata, por tanto, de un supuesto de deducción sin inclusión.
- La deducción del mismo gasto, pago o pérdida en el mismo contribuyente, ante dos o más jurisdicciones fiscales (art. 9 ter). Se trata, igualmente, de un supuesto de deducción sin inclusión.

- El aprovechamiento del mismo crédito fiscal por dos o más contribuyentes (art. 9.6).
- La no tributación de una renta ante ninguna jurisdicción fiscal (arts. 9.5 y 9 bis).

Son medios para conseguir los efectos precitados:

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

Son circunstancias o condiciones en las cuales operan tales medios:

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

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

Así pues, la confluencia de efectos, medios y circunstancias es lo que determina la presencia de la asimetría híbrida. Si los efectos reputados perniciosos no se obtienen a través de los medios tipificados, no habrá asimetría híbrida. Del mismo modo, aun cuando se presenten los efectos obtenidos a través de los medios tipificados, tampoco habrá asimetría híbrida si estos no se despliegan en el marco de las circunstancias enunciadas (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, p. 390).

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

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

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

Por tanto, las operaciones que determinan en el mismo contribuyente la presencia de un ingreso que no tributa, o que lo hace débilmente, asociado con un gasto plenamente deducible, no determina la concurrencia de una asimetría híbrida.

2.2. Clasificación en el Real Decreto-Ley 4/2021

El Real Decreto-Ley 4/2021 ha enlazado en un solo texto efectos, medios, circunstancias y mandato. A tal efecto, ha incorporado un nuevo artículo, 15 bis, a la Ley 27/2014, y ha añadido dos nuevos apartados, 6 y 7, al artículo 18 del TRLIRNR.

Esa técnica sugiere la utilidad de poner en relación los preceptos de la Directiva antiabuso con aquellos a través de los que se ha ejecutado la transposición.

Considerando los efectos y los medios empleados, las asimetrías híbridas pueden dividirse en tres grupos.

El primer grupo comprende las asimetrías híbridas que dan lugar a una deducción sin inclusión:

- Asimetría de instrumento financiero híbrido. Artículo 2.9, primer párrafo, a), de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014.
- Asimetría de entidad híbrida. Artículo 2.9, primer párrafo, e) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.2 de la Ley 27/2014.
- Asimetría de entidad híbrida inversa. Artículo 2.9, primer párrafo, b) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.3 de la Ley 27/2014.

- Asimetría de establecimiento permanente híbrido. Artículo 2.9, primer párrafo, c) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.5 a) de la Ley 27/2014. Artículo 18.6 a) del TRLIRNR.
- Asimetría de establecimiento permanente no computado. Artículo 2.9, primer párrafo, d) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.5 b) de la Ley 27/2014. Artículo 18.6 d) del TRLIRNR.
- Asimetría de establecimiento permanente híbrido por pago presumible. Artículo 2.9, primer párrafo, f) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.5 c) de la Ley 27/2014. Artículo 18.6 b) del TRLIRNR.

El segundo grupo comprende las asimetrías híbridas que dan lugar a una doble deducción:

- Asimetría de establecimiento permanente con la casa central o entre dos establecimientos permanentes. Artículo 2.9, primer párrafo, g) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.5 d) de la Ley 27/2014. Artículo 18.6 c) del TRLIRNR.
- Asimetría de entidad híbrida. Artículo 2.9, primer párrafo, g) de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.4 de la Ley 27/2014.

El tercer grupo comprende las que implican una especialidad:

- Asimetrías híbridas importadas. Artículo 9.3 de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.7 de la Ley 27/2014.
- Asimetría de residencia fiscal. Artículo 9 ter de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.10 de la Ley 27/2014.
- Asimetría de transferencia híbrida. Artículo 9.6 de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.8 de la Ley 27/2014.
- Asimetría de rentas imputables a establecimiento permanente no computado. Artículo 9.5 de la Directiva antiabuso. Artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014.

El artículo 15 bis de la Ley 27/2014 ha transpuesto los preceptos de la Directiva antiabuso mediante la utilización de los términos propios del impuesto sobre sociedades, en una labor de orfebrería fiscal plenamente concordante con el sentido de la transposición, esto es, cristalizar el resultado práctico pretendido por las normas comunitarias en el seno de un sistema jurídico nacional.

El mandato del artículo 9.2 b) de la Directiva antiabuso ya estaba reflejado en el penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la Ley 27/2014. El mandato del artículo 9 bis no ha sido transpuesto porque el supuesto de hecho subyacente al mismo no puede darse en el contexto de la legislación española.

3. Definiciones y conceptos relativos a los efectos, medios y circunstancias o condiciones

Como se ha indicado, la existencia de la asimetría híbrida implica la producción de unos efectos, a partir de la utilización de unos medios y la concurrencia de unas circunstancias.

3.1. Definiciones y conceptos relativos a los efectos. La renta de doble inclusión

El tercer párrafo del artículo 2.9 de la Directiva antiabuso establece un conjunto de definiciones concernientes a los conceptos que el párrafo primero de ese precepto utiliza para configurar la tipología de las asimetrías híbridas. Las contenidas en las siete primeras letras hacen referencia a los efectos. Las cinco primeras letras abordan las definiciones básicas, todas ellas de carácter intuitivo.

Seguramente por ese carácter intuitivo el Real Decreto-Ley 4/2021 no ha entrado en esas definiciones, lo cual no resta rigor al contenido de sus mandatos, en cuanto aquellas se hallan reflejadas en los mismos.

No obstante, el artículo 2.9, tercer párrafo, g) de la Directiva antiabuso se refiere a un aspecto de los efectos cuya descripción rebasa lo puramente intuitivo. Se trata de la denominada *renta de doble inclusión*. Habida cuenta de ello, el artículo 15 bis.11 de la Ley 27/2014 contiene una definición.

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

Se notará que en este precepto hay dos componentes:

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

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

Los apartados 2, 3, 5 y 10 del artículo 15 bis de la Ley 27/2014 establecen que el mandato de no deducción del gasto generado por las operaciones descritas en los mismos se aplicará «en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión» y el apartado 11 de ese artículo precisa que «se considera que un ingreso genera renta de doble inclusión cuando esté sometido a tributación con arreglo a esta ley y a la legislación del otro país o territorio».

En el mismo sentido, el artículo 18.7 a) del TRLRNR dispone que «se considera que un ingreso genera renta de doble inclusión cuando esté sometido a tributación con arreglo a este texto refundido y a la legislación del otro país o territorio».

La inclusión del ingreso con el que se ha compensado el gasto, pago o pérdida en los impuestos de las dos jurisdicciones fiscales concernidas neutraliza, por sí misma, los efectos propios de la asimetría híbrida. En consecuencia, el gasto asociado a tal ingreso será fiscalmente deducible.

3.2. Definiciones y conceptos relativos a los medios

Para que exista la asimetría híbrida es preciso que los efectos propios de la misma se pretendan obtener mediante una entidad híbrida, un establecimiento permanente híbrido, un instrumento financiero híbrido o una transferencia híbrida. Con la palabra «híbrido/a» se quiere significar que el medio utilizado para conseguir el efecto de asimetría híbrida recibe una calificación diferente en las jurisdicciones fiscales involucradas.

Lo relevante es, pues, la calificación distinta en las dos jurisdicciones fiscales concernidas. De aquí la importancia del concepto de calificación. Sin embargo, ni la Directiva antiabuso ni el artículo 15 bis de la Ley 27/2014 se adentran en el mismo, tal vez por entender que pertenece a la teoría general del Derecho.

La doctrina entiende que la calificación implica «verificar la naturaleza del hecho, acto o negocio jurídico realizado por los sujetos pasivos y aplicarle las normas tributarias correspondientes» (Calvo Ortega, 2004, p. 51). En el contexto de la asimetría híbrida, esa verificación ha de proyectarse a la vista de dos ordenamientos jurídicos diferentes. Una vez realizada, ha de examinarse si arroja una naturaleza diferente y si el efecto de deducción sin inclusión o de doble deducción trae su causa de esa diferencia.

La calificación adopta distintas modalidades, según sea el medio utilizado para configurar la asimetría híbrida.

3.2.1. La entidad híbrida

La letra i) del párrafo tercero del artículo 2.9 de la Directiva antiabuso define a la entidad híbrida como:

Toda entidad o mecanismo que sean considerados entidades imposables en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación fiscal de otra jurisdicción.

La consideración como híbrida de una entidad requiere, bien se ve, la presencia de dos jurisdicciones fiscales. En una de ellas la entidad es considerada contribuyente pleno, en tanto que en la otra sus ingresos o gastos se imputan a otro u otros contribuyentes, los cuales, por lo común, serán sus socios o partícipes.

La definición que de entidad híbrida establece la Directiva antiabuso no ha sido objeto de transposición específica, si bien se halla reproducida en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021. Se debe ello a que los mandatos relativos a las asimetrías correspondientes, contenidos en el artículo 15 bis.4 de la Ley 27/2014, incorporan los elementos definitorios de la entidad híbrida, mediante la alusión a que el efecto propio de la asimetría híbrida es consecuencia de la «calificación fiscal diferente del contribuyente» o de las «personas o entidades vinculadas» en la otra jurisdicción fiscal.

Esa calificación fiscal diferente podría venir por la vía de la configuración de los grupos fiscales, por cuanto en la jurisdicción fiscal de la residencia la entidad concernida sería contribuyente pleno, en tanto que sus gastos surtirían también efecto en relación con el grupo fiscal radicado en otra jurisdicción fiscal.

La legislación española, al circunscribir el perímetro del grupo fiscal a las entidades residentes y a los establecimientos permanentes ubicados en territorio español, no da pie a la aparición de esta asimetría híbrida. Sin embargo, podría presentarse al amparo de la legislación de una jurisdicción fiscal extranjera que admitiera la integración en el grupo fiscal a una entidad residente en territorio español.

3.2.2. El establecimiento permanente híbrido

Tanto el artículo 2.9 de la Directiva antiabuso como el artículo 15 bis de la Ley 27/2014 sitúan la nota que confiere la calificación híbrida en la divergencia de las reglas de atribución de ingresos y gastos entre la casa central y el establecimiento permanente, establecidas en las jurisdicciones fiscales afectadas. Así, surgirá la asimetría híbrida cuando un mismo gasto sea computable de acuerdo con las legislaciones fiscales de la casa central y del establecimiento permanente o cuando el gasto de una operación entre ellos no se reconozca como ingreso, también de acuerdo con las legislaciones fiscales afectadas.

También esta asimetría híbrida podría venir por la vía de la configuración de los grupos fiscales, debiendo advertirse que la legislación española puede ser propicia a ello, en cuanto admite que formen parte de los mismos los establecimientos permanentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 27/2014.

Por otra parte, la letra n) del párrafo tercero del artículo 2.9 de la Directiva antiabuso se refiere al «establecimiento permanente no computado», considerando como tal a aquel que es reconocido por la jurisdicción fiscal de la «sede de dirección», pero que «no se considere que dé lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción». En similar línea, el artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014 se refiere al establecimiento permanente no computado como aquel que «no es reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación», al efecto de negar a las rentas imputables al mismo la exención el artículo 22 de la Ley 27/2014.

3.2.3. El instrumento financiero híbrido

Para definir y regular ciertas asimetrías híbridas, los artículos 2.9 y 9 de la Directiva antiabuso se refieren al *instrumento financiero*. La letra j) del párrafo tercero del artículo 2.9 de la Directiva antiabuso define el instrumento financiero a través de la naturaleza del rendimiento que produce, que debe ser «financiero o de capital sujeto a imposición con arreglo a la imposición de la deuda el capital o los derivados de acuerdo con la legislación de la jurisdicción del destinatario o del ordenante, e incluya una transferencia híbrida».

Esa definición comprende la totalidad de los activos financieros, sean representativos de deuda o de la participación en los fondos propios de toda clase de entidades, si bien serán los contablemente conocidos como híbridos o compuestos los más proclives a ser vehículo del efecto propio de las asimetrías híbridas. Mas no todo instrumento financiero híbrido o contrato híbrido, en el sentido de la norma internacional de información financiera, dará lugar a asimetría híbrida porque, como se ha indicado anteriormente, es necesario que las jurisdicciones fiscales afectadas lo califiquen de manera diferente en el ámbito fiscal. Así, el artículo 2.9, primer párrafo a) de la Directiva antiabuso, relativo a la asimetría híbrida de instrumento financiero, indica que el efecto de deducción sin inclusión ha de ser «atribuible a diferencias en la calificación del instrumento o del pago realizado en virtud del mismo».

Bien se comprende que la difusión de reglas contables ampliamente compartidas milita en contra de las calificaciones divergentes y que el influjo de dichas reglas en el ámbito fiscal estrecha el campo de las divergencias.

El artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 transpone la asimetría de instrumento financiero híbrido a que se refiere la letra a) del primer párrafo del artículo 2.9 de la Directiva antiabuso. En su texto no se menciona al instrumento financiero sino a todo tipo de *operaciones*, entre ellas, ciertamente, las canalizadas a través de un instrumento financiero y, lo que es más relevante, se precisa que el efecto de la asimetría híbrida ha de ser «consecuencia de una calificación fiscal diferente» en las jurisdicciones fiscales concernidas «del gasto o de la operación».

El artículo 15 bis de la Ley 27/2014 no contiene una definición de instrumento financiero, si bien lo utiliza en el apartado 8, en relación con la definición de *transferencia híbrida*, y

también en el apartado 13, a los efectos de exceptuar de los mandatos relativos a las asimetrías híbridas que se produzcan «en el marco de una operación o transacción que se base en un instrumento o contrato financiero sujeto a un régimen tributario especial».

3.2.4. La transferencia híbrida

La asimetría híbrida no solo puede producirse a causa de una calificación diferente del instrumento financiero o de los pagos derivados del mismo por parte de las jurisdicciones fiscales concernidas, sino también debido a la propia transmisión del instrumento financiero. En este sentido, el instrumento financiero incluye una *transferencia híbrida*, la cual se define en la letra l) del párrafo tercero del artículo 2.9 de la Directiva antiabuso 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». En términos similares se produce el artículo 15 bis.8 de la ley.

3.3. Definiciones y conceptos relativos a las circunstancias o condiciones

La letra c) del segundo párrafo del artículo 2.9 de la Directiva establece que:

[...] una asimetría en resultados no se considerará híbrida a menos que exista entre empresas asociadas, entre un contribuyente y una empresa asociada, entre la sede de dirección y el establecimiento permanente, entre dos o más establecimientos permanentes de la misma entidad o en virtud de un mecanismo estructurado.

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

3.3.1. La relación de asociación

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

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

Por otra parte, la Directiva antihíbridos ha incorporado dos supuestos de asociación, basados en la pertenencia a un grupo de consolidación a efectos contables, y en el ejercicio de una «influencia significativa».

El artículo 15 bis.12 de la Ley 27/2014 establece como supuestos de asociación, además de los previstos en el artículo 18 de la Ley 27/2014, el construido sobre la participación, directa o indirecta, del 25 % en beneficios o en derechos de voto y el basado en la «influencia significativa», entendiéndose por tal «el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de otra entidad», de manera tal que quedan cubiertos todos los supuestos previstos en la Directiva antiabuso, habida cuenta de que el artículo 18 de la Ley 27/2014 convoca al caso de consolidación contable, mediante la mención al artículo 42 del Código de Comercio.

3.3.2. El mecanismo estructurado

Aun cuando no concurra una relación de asociación, podrá apreciarse la existencia de una asimetría híbrida si lo hace un *mecanismo estructurado*, entendiéndose por tal aquel que «implique una asimetría híbrida en la que la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo o está diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida», de acuerdo con lo previsto en el punto 11 del artículo 2 de la Directiva antiabuso.

El artículo 15 bis.9 de la Ley 27/2014 considera mecanismo estructurado «todo acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación en el que la ventaja fiscal derivada de las asimetrías híbridas... esté cuantificada o considerada en sus condiciones o contraprestaciones o bien que haya sido diseñado para producir los resultados de tales asimetrías».

Se trata, por tanto, de un acto o negocio jurídico cuya causa es provocar la asimetría híbrida, en cuanto resultado práctico perseguido. Ese acto o negocio jurídico adoptará una forma determinada, tal como préstamo, compraventa o arrendamiento, entre otros, o incorporará elementos de varios negocios jurídicos. Mas como quiera que el efecto práctico no es otro que la asimetría híbrida, se produce una disonancia entre la causa manifestada y la causa verdadera, lo que podría teñir al mecanismo estructurado del reproche de la simulación, en el sentido del artículo 16 o merecedor del análisis propio del conflicto del artículo 15, ambos de la Ley General Tributaria (LGT). Sin embargo, no parece que para apreciar la concurrencia del mecanismo estructurado deba acudir a un procedimiento específico sino que bastará el procedimiento ordinario de aplicación de los tributos, por cuanto se trata de un concepto específicamente establecido en la norma comunitaria, debidamente trans-

puesta, de manera tal que se pueden trasladar a este campo las consideraciones vertidas por la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 31 de marzo de 2021 (rec. núm. 5886/2019 –NFJ081732–), relativas a la norma antiabuso del régimen fiscal especial de las fusiones y operaciones asimiladas.

La búsqueda deliberada de la ventaja fiscal inherente a la asimetría híbrida es lo decisivo en orden a apreciar la concurrencia del mecanismo estructurado (Calderón Carrero, 2013). Por esta razón, tanto la Directiva antihíbridos como el artículo 15 bis.9 de la Ley 27/2014 establecen que el mecanismo estructurado no se tomará en consideración cuando «el contribuyente o una empresa asociada no pudieran haber esperado, razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal».

Por tanto, la ignorancia sobre los efectos fiscales derivados del acto o negocio jurídico unida a no compartirlos determina que la asimetría híbrida no sea tomada en consideración, a pesar de que, objetivamente, exista el mecanismo estructurado.

Para identificar el denominado *mecanismo estructurado*, la OCDE ha explicitado un conjunto de indicios cuyo común denominador es la voluntad de diseñar o participar en un negocio jurídico determinante de la asimetría híbrida y comercializar o aprovechar la ventaja fiscal resultante¹. Estos indicios tienen valor interpretativo ya que, como certeramente indica el apartado I de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021, las disposiciones «para neutralizar las asimetrías híbridas que contiene la citada Directiva [antihíbridos] son coherentes con las normas recomendadas en el informe de la Acción 2, “Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos”, del proyecto contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (“BEPS” por sus siglas en inglés) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico».

Se notará, por consiguiente, que cuando la asimetría híbrida pivote sobre la concurrencia del mecanismo estructurado, surgirán dificultades de aplicación similares a las propias de las normas antiabuso de carácter general.

El mecanismo estructurado guarda relación, pero no debe confundirse con los «mecanismos transfronterizos de planificación fiscal objeto de declaración», en el sentido del artículo 45 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (Reglamento General de Aplicación de los Tributos). Se definen tales mecanismos en función de la concurrencia de las denominadas *señas distintivas* establecidas en el anexo IV de la Directiva 2011/16/UE, del Consejo, de 15 de febrero, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE, incorporado a la misma por la

¹ Informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS, capítulo X.

Directiva (UE) 2018/822, del Consejo, de 25 de mayo. Pues bien, las señas distintivas de la letra C contemplan pagos transfronterizos que implican un efecto propio de la deducción sin inclusión, ya sea porque el destinatario «no reside a efectos fiscales en ninguna jurisdicción fiscal» o porque la jurisdicción fiscal «no aplica ningún impuesto de sociedades o aplica el impuesto de sociedades al tipo cero o casi cero» o bien «el pago se beneficia de una exención total del impuesto o de un régimen fiscal preferente». Sin embargo, el concurso de la calificación diferente es irrelevante.

3.4. Las diferencias de imputación temporal y de valoración

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

El punto (22) de la exposición de motivos de la Directiva antihíbridos entiende, como principio, que «no debe considerarse que estas diferencias temporales den lugar a asimetrías en los resultados fiscales» pero, seguidamente, matiza que:

[...] procede considerar que los pagos deducibles en virtud de un instrumento cuya inclusión en la renta no pueda esperarse razonablemente en un plazo razonable de tiempo dan lugar a una asimetría híbrida si la deducción sin resultado de inclusión es atribuible a las diferencias en la calificación del instrumento financiero o los pagos realizados en virtud del mismo.

Por tanto, junto a la deducción sin inclusión absoluta, puede existir la deducción sin inclusión dentro de un plazo razonable pero, obsérvese bien, las dos han de tener su fuente en «diferencias de calificación del instrumento o del pago realizado en virtud del mismo» (art. 2.9, primer párrafo, a) de la Directiva antiabuso). Este precepto establece los criterios determinantes de la inclusión en un «plazo razonable».

El segundo párrafo del artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 efectúa la pertinente transposición estableciendo que:

[...] en caso de que el ingreso se genere en un periodo impositivo que se inicie dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del periodo impositivo en el que se haya devengado el gasto para el contribuyente, dicho gasto será fiscalmente deducible en el periodo impositivo en el que el mencionado ingreso se integre en la base imponible del beneficiario.

El artículo 2.9, primer párrafo, a) de la Directiva antiabuso excluye la existencia de la asimetría híbrida cuando la inclusión del ingreso se produce dentro de un plazo razonable, en tanto que

el artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 admite la deducción del gasto, previamente rechazada, cuando tal inclusión se verifica pero, en todo caso, si la calificación ante las dos jurisdicciones fiscales es homogénea, las diferencias de imputación temporal serán irrelevantes, a efectos de la configuración de la asimetría híbrida, aunque el efecto práctico fiscal sea el mismo.

Del mismo modo, el punto (22) de la exposición de motivos de la Directiva antihíbridos excluye del ámbito de las asimetrías híbridas a las que sean consecuencia de las «diferencias del valor imputado a un pago, también mediante la aplicación de la transferencia de precios».

A diferencia del caso de la divergencia de imputación temporal, la divergencia de valoración no tiene reflejo en el articulado de la Directiva antiabuso. Sin embargo, el artículo 15 bis.13, que más adelante se comenta, excluye la transferencia híbrida cuando el efecto de la misma «se deba a diferencias de valoración, incluidas las derivadas de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas».

4. El mandato

El mandato, tal y como lo configura la Directiva antiabuso en los artículos 9, 9 bis y 9 ter, es una respuesta a los efectos derivados de la asimetría híbrida. El objeto y finalidad del mandato es, precisamente, frustrar tales efectos. Mas como quiera que los efectos se producen ante dos jurisdicciones fiscales, el mandato designa, además, a aquella que debe ejercitar la regularización.

A estos efectos, distingue entre la jurisdicción fiscal del ordenante y la del inversor.

El mandato versa sobre la obligación tributaria del contribuyente que, en el caso español, lo ha de ser por el impuesto sobre sociedades o por el impuesto sobre la renta de no residentes, en atención a lo previsto en el artículo 1 de la Directiva antiabuso.

La Directiva antiabuso no establece la forma en cómo ha de cumplirse el mandato. Corresponde a los legisladores nacionales elegir la más acorde a sus estructuras de tributación sobre los beneficios de las entidades jurídicas. Así, aunque es concebible la forma propia de las normas antiabuso a activar administrativamente, la más adecuada es la de una norma determinante de la configuración de la base imponible.

La segunda forma ha sido la escogida por el legislador español. En efecto, el artículo 15 bis de la Ley 27/2014 no establece una norma antiabuso sino un conjunto de reglas que tipifican gastos fiscalmente no deducibles y un ingreso computable. Este precepto aglutina los medios, efectos y circunstancias que configuran las asimetrías híbridas estableciendo el oportuno mandato, concretado en la no deducción del gasto, el cómputo de un ingreso o la limitación en la imputación de una retención. Lo propio cabe decir de los nuevos apartados del artículo 18 del TRLIRNR.

El mandato no puede ser combatido alegando que la operación se realiza por motivos económicos válidos, a diferencia de lo que acontece en el caso de los gastos financieros del artículo 15 h) de la Ley 27/2014. De esta manera, gastos económicamente insertados en la actividad económica desarrollada por la empresa y ajenos a toda práctica irregular podrán ser no deducibles, en clara oposición al núcleo del hecho imponible, esto es, la obtención de renta. Este es el aspecto más criticable de la regulación de las asimetrías híbridas, al que el legislador fiscal no ha podido sustraerse por imperativo de la fidelidad en la transposición de la Directiva antiabuso.

La literatura legal no es amistosa, por más que sea justo reconocer el esfuerzo técnico desplegado por el legislador fiscal con el propósito de ofrecer unas normas acordes con la terminología tradicional del impuesto sobre sociedades.

4.1. Asimetría de instrumento financiero híbrido

El artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 regula este tipo de asimetría estableciendo que:

[...] no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación, no generen un ingreso, generen un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica.

El texto precedente aglutina todos los elementos que caracterizan a la asimetría de instrumento financiero híbrido, en el sentido del artículo 2.9, primer párrafo, a) de la Directiva antiabuso, a saber, el efecto pretendido, consistente en la deducción sin inclusión, y la concurrencia de una diferencia de calificación así como de una relación de asociación. A esos hechos y circunstancias se anuda el mandato de la denegación de la deducción del gasto, en el sentido del artículo 9.2 a) de la Directiva antiabuso.

La asimetría híbrida del artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 es más amplia que la del artículo 2.9, primer párrafo, a) de la Directiva antiabuso por cuanto, de una parte, la primera se puede realizar a través de todo tipo de operación, en tanto que la segunda está constreñida al *instrumento financiero* y, de otra, la primera se presenta no solo cuando el ingreso correlativo al gasto no es objeto de inclusión, sino también cuando hay inclusión sujeta a reducción del tipo de gravamen o a cualquier clase de reducción de la tributación.

El principio de proporcionalidad reclama que el importe del gasto no deducible se pondere en atención al contenido cuantitativo de la correlativa no inclusión, por más que la literalidad de la norma preste escaso apoyo a tal requerimiento.

A este tipo de asimetría híbrida también se refería el artículo 15 j) de la Ley 27/2014, ahora derogado, el cual rechazaba la deducción de «los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento».

La nueva regulación contempla un espectro de efectos más amplio que la precedente, pero ambas descansan en la concurrencia de una *calificación fiscal diferente*. Por tanto, si la ausencia de tributación del ingreso correlativo al gasto no deriva de una diferencia de calificación, este último será fiscalmente deducible.

El ejemplo más socorrido es el del gasto financiero incurrido por el contribuyente que, en sede del perceptor extranjero vinculado, determina un ingreso calificado como dividendo que tiene derecho a disfrutar de exención. Ese gasto financiero no será fiscalmente deducible. Y, en sentido opuesto, el de un gasto por utilización de tecnología que, en sede del perceptor extranjero vinculado, disfruta de una tributación privilegiada propia del denominado *patent box*. Este gasto sí será fiscalmente deducible, por cuanto no media una calificación diferente. En este punto, conviene recordar la modificación de la Directiva de intereses y cánones, propuesta por la Comisión, para supeditar la exención de la retención sobre tales conceptos a la efectiva sujeción de los mismos en la imposición de la entidad perceptora².

Tampoco será rechazada la deducción de los gastos financieros derivados de las operaciones financieras concertadas con entidades extranjeras del mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, aun cuando los intereses tributasen en sede de las mismas a un tipo de gravamen reducido o lo hicieren mediando un acuerdo administrativo determinante de una ventaja fiscal, por cuanto, en ambos casos, no media una diferencia de calificación.

La llave de entrada para la aplicación del artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 es la existencia de una *calificación fiscal diferente*. Esa calificación podrá estar sustentada por normas distintas a las fiscales, pero no es necesario que así sea. Basta la calificación distinta derivada de una norma fiscal. Así, un gasto financiero calificado como tal desde las perspectivas mercantil o contable no será deducible si, a efectos de la imposición sobre los beneficios, el correlativo ingreso, calificado de la misma forma, recibe en la jurisdicción fiscal extranjera el tratamiento de exención propio de los dividendos. En este sentido, el efecto práctico del mandato puede ser contrario al significado jurídico y económico de la transacción financiera. En efecto, lo pertinente sería computar el ingreso.

La situación inversa a la regulada en el artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014 es aquella en la que el perceptor del ingreso reside en territorio español, habiendo sido deducido el gasto en sede de la entidad vinculada extranjera.

² COM(2011) 714 final.

En este caso, el artículo 9.2 b) de la Directiva antiabuso prevé la tributación del ingreso para el caso en el que «la deducción no se deniegue en la jurisdicción del ordenante». A esa tributación del ingreso se viene denominando ajuste secundario, por oposición a la no deducción del gasto o ajuste primario prevista en la letra a) del mismo precepto.

Este mandato ya estaba cumplimentado por el penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la Ley 27/2014, según el cual la exención que en el mismo se establece no se aplica respecto «del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora».

Tratándose de operaciones cuyos beneficios estén sujetos a la Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva 2011/96), el artículo 4.1 a) de la misma, según redacción de la Directiva 2014/86/UE, del Consejo, de 8 de julio, prevé que los Estados miembros «gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial», precisándose en el punto (30) de los considerandos de la Directiva antihíbridos que «cuando las disposiciones de otra Directiva, como las de la Directiva 2011/96/UE, lleven a la neutralización de la asimetría en resultados fiscales no debe quedar espacio para la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas contempladas en la presente Directiva».

Consecuentemente, en el caso de operaciones intracomunitarias insertas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/96, la asimetría híbrida se neutralizará mediante la denegación de la exención en los términos del penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la Ley 27/2014. El Estado miembro de la entidad pagadora de la renta podrá mantener el gasto fiscalmente deducible, en tanto que el Estado miembro de la entidad perceptora deberá denegar la exención. Se trata, bien se ve, de la solución inversa a la establecida en la Directiva antiabuso.

El artículo 15 a) de la Ley 27/2014 declara no deducibles los gastos inherentes a la remuneración de los créditos participativos concertados entre entidades del mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. Cuando la entidad perceptora resida en el extranjero y el correlativo ingreso no estuviere sujeto a inclusión el referido artículo surte el efecto práctico del ajuste primario. Mas cuando ese ingreso estuviere sujeto a tributación, se produce la doble imposición.

El artículo 21.2.2.º de la Ley 27/2014 concede la exención a los ingresos procedentes de los créditos participativos concertados entre entidades del mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, excepto si el correlativo gasto hubiere sido «fiscalmente deducible en la entidad pagadora». La tributación del ingreso produce el efecto práctico del ajuste secundario.

La asimetría de instrumento financiero híbrido de la Directiva antiabuso se corresponde con el caso *Hybrid Financial Instrument* del informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS, de octubre de 2015.

4.2. Asimetría de entidad híbrida

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

4.2.1. Asimetría de entidad híbrida que da lugar a deducción sin inclusión

El artículo 15 bis.2 de la Ley 27/2014 regula este tipo de asimetría híbrida, estableciendo, en su primer párrafo, que:

[...] no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente del contribuyente en dicho país o territorio, no generen un ingreso, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión,

y en el párrafo tercero que:

[...] se integrará en la base imponible el importe correspondiente a las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una diferente calificación fiscal de estas, haya tenido la consideración de gasto fiscalmente deducible en ese otro país o territorio, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión.

Los dos mandatos responden a la asimetría híbrida tipificada en el artículo 2.9, primer párrafo, e) de la Directiva antiabuso e integran, respectivamente, los ajustes primario y secundario del artículo 9.2 de dicha Directiva.

En el caso del párrafo primero, la deducción sin inclusión se produce porque la entidad residente en territorio español realiza un pago a la entidad extranjera vinculada, pero el correlativo ingreso no tributa, por cuanto la entidad residente en territorio español es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside la entidad extranjera vinculada, la cual soporta la imputación del gasto vía imputación por transparencia, de manera tal que el correlativo ingreso queda neutralizado.

En el caso del párrafo segundo, la deducción sin inclusión se produce porque la entidad extranjera vinculada que realiza el pago es considerada transparente de acuerdo con la legislación fiscal española, de manera tal que la entidad residente en territorio español soporta la imputación del gasto vía transparencia, quedando así sin tributación el ingreso.

En los dos casos, la distinta calificación determina el cómputo del gasto sin la inclusión del ingreso. Las dos reglas transcritas procuran la neutralización de ese efecto. La primera, mediante la no deducción del gasto y la segunda, mediante la tributación del ingreso.

La Resolución de la Dirección General de Tributos de 6 de febrero de 2020, sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero, enumera, entre otras, como característica básicas que debe reunir una entidad constituida en el extranjero para ser considerada en España como una entidad en atribución de rentas, «que la entidad no sea contribuyente de un impuesto personal sobre la renta en el Estado de constitución». En sentido contrario, la sujeción al impuesto personal sobre la renta extranjero, aun cuando sea puramente simbólica, excluye la calificación en atribución. Este criterio impide la aparición de la diferencia de calificación, por cuanto implica que la jurisdicción fiscal española acepta la calificación de la jurisdicción fiscal extranjera, de manera tal que el supuesto del tercer párrafo del artículo 15 bis.2 deviene de imposible realización.

Ello no obstante, las exigencias de la transposición habrán aconsejado la regulación de este supuesto de asimetría híbrida.

El artículo 15 bis.3 de la Ley 27/2014 regula este tipo de asimetría híbrida, en su modalidad de carácter inverso, estableciendo que:

[...] no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente de estas en dicho país o territorio y en el de su partícipe o inversor, no generen un ingreso.

Se refiere a este tipo de asimetría el artículo 2.9, primer párrafo, b) de la Directiva antiabusos. El mandato correspondiente está previsto en el artículo 9.2 de la Directiva antiabusos.

El artículo 15 bis.3 contempla solamente el ajuste primario, esto es, la no deducción del gasto, por cuanto es el único que, habida cuenta de la contextura de la operación, está al alcance de la jurisdicción fiscal española.

La deducción sin inclusión se produce porque la entidad vinculada perceptora del ingreso es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside pero no transparente en la jurisdicción fiscal de la entidad vinculada que ha soportado el correspondiente gasto, de manera tal que el ingreso percibido no tributa. Para evitar este pernicioso efecto se ordena la no deducción del gasto.

La Resolución de la Dirección General de Tributos de 6 de febrero de 2020 impedirá la aparición de este supuesto, en la medida en que conduzca a calificar como transparente a la entidad vinculada no residente.

La asimetría de entidad híbrida que da lugar a deducción sin inclusión se corresponde con el caso *Disregarded Payments Made by a Hybrid Entity to a Related Party*, del informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS.

4.2.2. Asimetría de entidad híbrida que da lugar a doble deducción

El artículo 15 bis.4 de la Ley 27/2014 regula este tipo de asimetría híbrida estableciendo que:

[...] no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con o por personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de la diferente calificación fiscal de estas, sean, asimismo, gastos fiscalmente deducibles en dichas personas o entidades vinculadas, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión

y que tampoco

[...] serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas por el contribuyente cuando tengan, asimismo, la consideración de fiscalmente deducibles en el país o territorio de una persona o entidad vinculada como consecuencia de una diferente calificación fiscal del contribuyente, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión.

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 2.9, primer párrafo, g) de la Directiva antiabuso, a la cual se da respuesta mediante el mandato del artículo 9.1 de la misma.

La doble deducción se produce porque una entidad, que soporta un gasto, es considerada como contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de su residencia y transparente ante la jurisdicción fiscal donde reside la entidad vinculada, la cual, consecuentemente, también soporta el referido gasto vía imputación por transparencia. La calificación diferente puede versar sobre la entidad vinculada no residente o sobre el propio contribuyente.

La Resolución de la Dirección General de Tributos de 6 de febrero de 2020 podrá impedir la aparición del supuesto con origen en la calificación diferente de la entidad no residente.

Este supuesto se corresponde con el caso *Basic Double Deduction Structure*, del informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS.

4.3. Asimetría de establecimiento permanente

La disparidad en las reglas de la atribución de ingresos y gastos en las dos jurisdicciones fiscales concernidas da lugar a asimetrías híbridas de deducción sin inclusión o de doble deducción.

4.3.1. Asimetría de establecimiento permanente que da lugar a deducción sin inclusión

El artículo 15 bis.5 a) de la Ley 27/2014 regula la asimetría de establecimiento permanente híbrido rechazando la deducción de

[...] los gastos correspondientes a operaciones realizadas con un establecimiento permanente del contribuyente o de una entidad vinculada, o con una entidad vinculada que tenga establecimientos permanentes, cuando como consecuencia de una diferencia fiscal en su atribución entre el establecimiento permanente y su casa central, o entre dos o más establecimientos permanentes, no generen un ingreso.

El artículo 18.6 a) del TRLIRNR reproduce este precepto en relación con la tributación de los no residentes que operan mediante establecimiento permanente.

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 2.9, primer párrafo, c) de la Directiva antiabuso, a la cual se da respuesta mediante el mandato de su artículo 9.2.

Se presenta este tipo de asimetría híbrida porque la jurisdicción fiscal del establecimiento permanente no atribuye al mismo el ingreso correspondiente a la operación que ha generado el gasto en sede de la entidad residente en territorio español. Hay, por tanto, una divergencia en las reglas de atribución de ingresos y gastos.

El artículo 15 bis.5 c) de la Ley 27/2014 regula la asimetría de establecimiento permanente híbrido por pago presumible, estableciendo que no serán deducibles

[...] los gastos estimados en operaciones internas realizadas con un establecimiento permanente del contribuyente, en aquellos supuestos en que así estén reconocidos en un convenio para evitar la doble imposición internacional que resulte de aplicación, cuando, debido a la legislación del país o territorio del establecimiento permanente, no generen un ingreso, en la parte que no se compense con ingresos del establecimiento permanente que generen renta de doble inclusión.

El artículo 18.6 b) del TRLIRNR reproduce este precepto, aun cuando sin hacer mención al convenio para evitar la doble imposición internacional, en relación con la tributación de los no residentes que operan mediante establecimiento permanente.

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 2.9, primer párrafo, f) de la Directiva antiabuso, a la cual, igualmente, se da respuesta mediante el mandato de su artículo 9.2.

Esta asimetría híbrida es una modalidad de la anterior, en la que el gasto, de naturaleza estimada, está reconocido en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El artículo 15 bis.5 b) de la Ley 27/2014 regula la asimetría de establecimiento permanente no computado, estableciendo que no serán deducibles

[...] los gastos correspondientes a operaciones realizadas con un establecimiento permanente del contribuyente o de una persona o entidad vinculada que, como consecuencia de que dicho establecimiento no es reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación, no generen un ingreso.

El artículo 18.6 d) del TRLIRNR reproduce este precepto en relación con las entidades no residentes que operan mediante establecimiento permanente.

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 2.9, primer párrafo, d) de la Directiva antiabuso, a la cual, nuevamente, da respuesta el mandato de su artículo 9.2.

Se observará que las tres reglas precedentes responden al ajuste primario de la letra a) del artículo 9.2 de la Directiva antiabuso. El ajuste secundario de la letra b) de ese precepto no ha sido objeto de transposición, en uso de la opción establecida en el artículo 9.4 de la Directiva antiabuso.

No es un caso de deducción sin inclusión aquel en el que la jurisdicción de la casa central considera que existe un establecimiento permanente cuyas rentas deja exentas, en tanto que la otra jurisdicción fiscal concernida no reconoce la existencia de un establecimiento permanente, sin que se produzca un supuesto de no deducción sin inclusión, valga la redundancia, por no mediar pagos entre el establecimiento permanente y la casa central. El mandato respecto de este supuesto, que se podría calificar como de doble no inclusión, se halla en el artículo 9.5 de la Directiva antiabuso, debidamente transpuesto en el artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014.

4.3.2. Asimetría de establecimiento permanente que da lugar a doble deducción

El artículo 15 bis.5 d) de la Ley 27/2014 regula la asimetría de establecimiento permanente híbrido, rechazando la deducción de

[...] los gastos correspondientes a operaciones realizadas con o por un establecimiento permanente del contribuyente que sean, asimismo, fiscalmente deducibles en dicho establecimiento permanente o en una entidad vinculada con él, en la parte que no se compense con ingresos de dicho establecimiento permanente o entidad vinculada que generen renta de doble inclusión.

El artículo 18.6 c) del TRLIRNR reproduce este precepto en relación con las entidades no residentes que operan mediante establecimiento permanente.

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 2.9, primer párrafo, g) de la Directiva antiabuso, a la que da respuesta su artículo 9.1.

Se presenta este tipo de asimetría debido a que el gasto derivado de una operación realizada por el establecimiento permanente recae también en sede de la casa central.

Este supuesto se ha podido venir produciendo en nuestra legislación a raíz de la inclusión de los establecimientos permanentes en el grupo fiscal, actualmente reconocida en el artículo 58 de la Ley 27/2014. Así, el gasto del establecimiento permanente habría podido computarse doblemente, esto es, en sede de la base imponible del grupo fiscal y en sede de la propia casa central. Pues bien, esta asimetría híbrida será neutralizada por el mandato del artículo 18.6 c) del TRLIRNR, a cuyo tenor no serán deducibles «los gastos correspondientes a operaciones del establecimiento permanente que sean asimismo fiscalmente deducibles en la casa central, en la parte que no se compense con ingresos de dicho establecimiento permanente o entidad vinculada que generen renta de doble inclusión».

4.4. Asimetrías híbridas especiales

Se trata de un conjunto de supuestos que encierran alguna especialidad respecto del esquema de deducción sin inclusión o doble deducción.

4.4.1. Asimetrías híbridas importadas

El artículo 15 bis.7 de la Ley 27/2014 regula este tipo de asimetría híbrida estableciendo que:

[...] no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a una transacción o serie de transacciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio, cuando financien, directa o indirectamente, gastos deducibles realizados en el marco de operaciones que generen los efectos derivados de las asimetrías híbridas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, excepto cuando uno de los países o territorios afectados haya realizado un ajuste para evitar la deducción del gasto o someter el ingreso a tributación, en los términos expuestos en dichos apartados.

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 9.3 de la Directiva antiabuso. También el punto (25) de la exposición de motivos de la Directiva antihíbridos.

Esta asimetría híbrida es consecuencia de otra asimetría híbrida habida entre entidades terceras que, mediante la utilización de un instrumento no híbrido, surte efecto en una entidad residente en territorio español.

Este supuesto se corresponde con el caso *Importing Mismatch from Hybrid Financial Instrument* del informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS.

4.4.2. Asimetría de residencia fiscal

El artículo 15 bis.10 de la Ley 27/2014 regula este tipo de asimetría estableciendo que:

[...] no serán fiscalmente deducibles los gastos o pérdidas que resulten fiscalmente deducibles en otro país o territorio en el que el contribuyente sea, asimismo, residente fiscal, en la parte que se compense con ingresos que no generen renta de doble inclusión.

No obstante, la regla precedente no se aplicará «cuando el otro país sea un Estado miembro de la Unión Europea con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional en virtud del cual el contribuyente sea considerado residente fiscal en territorio español».

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 9 ter de la Directiva antiabuso.

Este supuesto de asimetría híbrida podría desaparecer mediante la aplicación de las normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, destinadas a dirimir los conflictos de doble imposición (art. 4.3 Modelo de Convenio de la OCDE), máxime a raíz de la aplicación al efecto del procedimiento amistoso, en el sentido de la Convención Multilateral. A este criterio responde el segundo párrafo del artículo 15 bis.10.

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

La composición del perímetro de los grupos fiscales es tierra abonada para la aparición de este supuesto. Así, las jurisdicciones fiscales que establecen el perímetro mundial pueden dar lugar al mismo.

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

A este supuesto no da respuesta la Directiva antiabuso. En ciertos casos, podría ser neutralizado mediante la transparencia fiscal internacional.

4.4.3. Asimetría de transferencia híbrida

El artículo 15 bis.8 de la Ley 27/2014 describe la transferencia híbrida como:

[...] cualquier operación relativa a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere, a efectos fiscales, como obtenido simultáneamente por más de una de las partes que intervienen en la operación.

En tal caso, cuando en la transferencia híbrida participe una entidad vinculada no residente en territorio español o medie un mecanismo estructurado, la retención que, en su caso, se hubiere practicado «será deducible en la proporción que se corresponda con la renta integrada en la base imponible de la entidad residente en territorio español».

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 9.6 de la Directiva antiabuso.

La transferencia de un instrumento financiero híbrido puede determinar que la retención practicada sea aprovechada por más de una de las partes implicadas, debido a la discrepancia de las jurisdicciones fiscales concernidas respecto de la entidad con derecho a aplicar el correlativo crédito de impuesto. Así, en una transferencia de instrumentos de patrimonio para ejecutar un préstamo de valores, tal discrepancia puede surgir si la jurisdicción fiscal del prestatario admite la deducción de la retención sobre el dividendo y la jurisdicción fiscal del prestamista hace lo propio. Lo pertinente es distribuir la deducción de la retención entre las dos partes contratantes en proporción a la parte de renta que cada una disfruta derivada del dividendo.

Algunas sentencias de la Audiencia Nacional (AN) han abordado supuestos similares.

La Sentencia de la AN de 9 de diciembre de 2010 (rec. núm. 54/2007 –NFJ041396–) resolvió sobre un caso cuyos elementos esenciales consistieron en la transmisión de la participación sobre una entidad residente en territorio español a otra entidad, también residente en dicho territorio, por parte de una entidad no residente en territorio español, con posterior retrocesión de la operación, en virtud de opciones cruzadas de compra y venta, por un precio minorado en el importe del dividendo. La retención, a cuenta del impuesto sobre sociedades, se practicó sobre la entidad residente en territorio español. Esta entidad obtuvo una renta neta casi nula, pero pretendió la deducción de la retención. La sentencia hizo suyos los razonamientos de las resoluciones del TEAC, de 23 de noviembre de 2006 y 19 de enero de 2007, que apreciaron «simulación relativa, pues se simula una compraventa y que subyace y disimula, lo realmente querido, es la prestación de un servicio», añadiendo la sentencia que «estamos ante una simulación relativa –*nomen iuris* que, de suyo y a los efectos fiscales que nos ocupan, sería conciliable con la calificación basada en la figura del negocio fiduciario–, lo que no impide en modo alguno, antes al contrario, efectuar el gravamen tomando como base el negocio jurídico verdaderamente querido y

ejecutado por los simulantes», de manera tal que se consideró improcedente que la entidad adquirente de la participación aplicase la retención soportada a cuenta del impuesto sobre sociedades.

La Sentencia de la AN de 23 de julio de 2020 (rec. núm. 213/2017 –NFJ079620–) resolvió sobre unas operaciones reiteradas de préstamo de valores, siendo no residentes los prestamistas. La entidad prestataria, residente en territorio español, percibía los dividendos, sufriendo la retención correspondiente, que aplicaba en su declaración por el impuesto sobre sociedades. Esta operación generaba una renta muy exigua para la entidad prestataria, ya que la misma transfería el dividendo íntegro a las entidades no residentes, sin que tal transferencia supusiera tributación por el impuesto sobre la renta de los no residentes. La sentencia apreció que:

[...] nos encontramos ante «una operativa sistemática, de decenas y centenas de operaciones, para que unos "no residentes" consigan percibir dividendos de empresas cotizadas españolas por decenas de millones de euros sin someterlos a retención y, por ende, a tributación», es decir, nos encontramos ante «una auténtica operativa de "lavado de cupones"..., lo realmente querido por las partes, como antes hemos dicho, mediante el uso de la figura del préstamo de valores negociados, no era otra «que trasladar el cobro del dividendo a un no residente». Añadiendo, la Inspección y lo compartimos, que lo «disimulado» es un «mandato retribuido para la gestión de cobro en el que el mandatario (xxx) actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena (xxx)...

El campo de las asimetrías híbridas provocadas por la transmisión de un instrumento financiero no se agota en el supuesto descrito en el artículo 15 bis.8. Así lo indica la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021.

La transferencia de un instrumento financiero puede determinar una asimetría híbrida, que provoca la deducción sin inclusión, a causa de una calificación distinta de la renta implicada en la transmisión. Así sucederá en una operación de transmisión con pacto de recompra de un instrumento de patrimonio, cuando la diferencia de precios sea calificada como plusvalía exenta en una jurisdicción fiscal y como gasto financiero en la otra.

En virtud del artículo 13 de la LGT, la operación se calificaría como préstamo con garantía de instrumento financiero. Por tanto, en sede de la entidad residente en territorio español, no existiría una plusvalía sino un ingreso financiero, quedando así la asimetría híbrida neutralizada. Al tiempo, el gasto financiero en sede de la entidad residente en territorio español sería no deducible por aplicación de lo previsto en el artículo 15 bis.1 de la Ley 27/2014.

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

4.4.4. Asimetría de rentas de establecimiento permanente no reconocido

El artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014 excluye la aplicación de la exención prevista en su artículo 22 cuando el establecimiento permanente «no sea reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación».

Se refiere a este tipo de asimetría híbrida el artículo 9.5 de la Directiva antiabuso.

El artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014 seguramente es superfluo, por cuanto es claro que la exención del artículo 22 solo procede cuando la renta afectada haya sido gravada en sede de un establecimiento permanente. Si tal gravamen no se ha producido, la exención no será procedente. En efecto, el apartado 1 del referido precepto predica la exención respecto de «las rentas positivas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español cuando el mismo haya estado sujeto y no exento a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto con un tipo nominal de, al menos, un 10 por ciento, en los términos del apartado 1» del artículo 21. Si el país de la fuente no reconoce la existencia de un establecimiento permanente malamente gravará la renta bajo tal concepto y, por ende, no habrá lugar a la exención.

En este sentido el artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014 habría venido a resolver un problema inexistente, pero no por ello no ha de cargarse en la cuenta del error, sino abonarse en la de la más fiel transposición.

El artículo 9.5 de la Directiva antiabuso exceptúa el mandato de tributación de la renta en sede de la entidad perceptora cuando «el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país».

Esta excepción no está recogida en el artículo 15 bis.6 de la Ley 27/2014. No obstante, será aplicable por virtud de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 27/2014, por más que se trate de un supuesto esotérico.

4.5. Asimetría híbrida invertida

Bajo esta denominación, el artículo 9 bis de la Directiva antiabuso se refiere al caso en el que una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside y contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de la entidad que la controla. Por tanto, las rentas inherentes a las actividades económicas realizadas por la entidad transparente escapan a toda tributación.

Es un supuesto colindante con el previsto en el artículo 2.9, primer párrafo, b) de la Directiva antiabuso, pero con la diferencia de que no se trata de evitar una deducción sin inclusión sino, sencillamente, la no tributación de una renta o, de otra manera, una doble no inclusión.

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

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

El mandato del artículo 9 bis de la Directiva antiabuso no se aplica a las instituciones de inversión colectiva. De esta manera, las rentas de las instituciones de inversión colectiva podrán sustraerse a tributación en sede de las jurisdicciones fiscales en las que están constituidas y también en sede de las jurisdicciones fiscales en las que residen sus socios o partícipes. Sin embargo, lo habitual será, en estos casos, que la ventaja fiscal se limite al puro diferimiento, por cuanto la renta derivada del reembolso de la participación normalmente tributará en sede del socio o partícipe. La ventaja fiscal del diferimiento es importante, en particular, como acontece en el caso de la inversión colectiva, cuando es el propio partícipe el que controla el momento de la tributación, mediante el ejercicio del derecho de reembolso.

Mas no toda institución de inversión colectiva o fondo de inversión escapa al mandato, sino tan solo aquel «de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujeto a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que esté establecido». Se notará que esta norma no se remite a la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, sino que acota un grupo de instituciones de inversión colectiva, sobre la base de la nota relevante, pero jurídicamente indeterminada, de la amplia titularidad.

El Real Decreto-Ley 4/2021 no ha transpuesto el artículo 9 bis de la Directiva antiabuso. Esta abstención se debe a que la legislación española no alberga entidades híbridas del tipo de las afectadas por dicho precepto, por más que existan ciertos regímenes fiscales que pudieran suscitar al respecto algunas dudas, cual es el caso de las entidades en atribución, las uniones temporales, las agrupaciones de interés económico, la SOCIMI y ciertas instituciones de inversión colectiva.

Las rentas de las entidades en atribución tributan en sede de sus socios, miembros o partícipes, sea por el impuesto sobre sociedades (art. 6 Ley 27/2014) o por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (art. 86 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... –Ley 35/2006–) o por el impuesto sobre la

renta de no residentes (arts. 35 y 36 TRLIRNR). Por tanto, las entidades en régimen de atribución no son entidades híbridas en el sentido del artículo 9 bis de la Directiva antiabuso.

Las rentas de las agrupaciones de interés económico españolas tributan en sede de la propia entidad, de acuerdo con las reglas generales del impuesto sobre sociedades, por la parte de base imponible correspondiente a los socios no residentes en territorio español, en tanto que la correspondiente a los socios residentes lo hará, mediante imputación a los mismos, sea por el impuesto sobre sociedades o por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (art. 43 Ley 27/2014). Este mismo régimen se aplica a las uniones temporales de empresas (art. 45 Ley 27/2014). Por tanto, las agrupaciones de interés económico españolas y las uniones temporales de empresas tampoco son entidades híbridas, en el sentido artículo 9 bis de la Directiva antiabuso. Otro tanto cabe decir respecto de las agrupaciones de interés económico europeas, en la medida en que la actividad realizada por los socios no residentes en territorio español a través de la agrupación sea determinante de la existencia de un establecimiento permanente, lo cual será el supuesto normal, habida cuenta del objeto de estas entidades (art. 44 Ley 27/2014).

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

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

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

La SOCIMI tributa por el impuesto sobre sociedades, si bien al tipo de gravamen cero³. Sin embargo, debe distribuir obligatoriamente parte de sus rentas, tributando a 19% res-

³ El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude establece el tipo del 15% sobre el beneficio no distribuido.

pecto de los dividendos pagados a los socios no residentes que participen, al menos, en el 5 % y que tributen a un tipo de gravamen inferior al 10 %, en tanto que los pagados a los socios residentes tributan en sede de los mismos, sin que sea aplicable la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014. En consecuencia, la SOCIMI no tiene la consideración de entidad híbrida en el sentido del artículo 9 bis de la Directiva antiabuso.

Las instituciones de inversión colectiva son contribuyentes plenos del impuesto sobre sociedades, por más que tributen al 1 %. La tributación efectiva de las rentas que afluyan a las mismas se producirá en sede de sus socios o partícipes, ya sea por el impuesto sobre sociedades o por el impuesto sobre la renta de las personas físicas o, en fin, por el impuesto sobre la renta de no residentes, excepto cuando el perceptor sea residente en un Estado «que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información», en cuyo caso se aplicará la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR. Dejando a salvo este último caso, las rentas de las instituciones de inversión colectiva se hallan efectivamente gravadas. En consecuencia, no parece que incidan en el supuesto de hecho del artículo 9 bis de la Directiva antiabuso.

Por otra parte, las instituciones de inversión colectiva, en todo caso, estarían amparadas por la excepción contenida en el artículo 9 bis.2, con tal de que reunieran las notas de amplia titularidad, cartera diversificada, y protección de los inversores, lo que parece que está garantizado, al menos en las dos últimas notas, por la legislación sobre instituciones de inversión colectiva. Por lo que se refiere a la nota de amplia titularidad, un indicio son los 500 socios exigidos por el artículo 94 de la Ley 35/2006, concerniente a la reinversión. Con todo, se reitera que las instituciones de inversión colectiva son contribuyentes plenos del impuesto sobre sociedades.

Todo lo anterior justifica que no haya sido transpuesto al ordenamiento interno el artículo 9 bis de la Directiva antiabuso.

5. Excepciones a la aplicación de las normas sobre asimetrías híbridas

El artículo 15 bis.13 de la Ley 27/2014 establece que no serán aplicables los mandatos relativos a la neutralización de los efectos de la asimetría híbrida cuando la misma

[...] se deba a que 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.

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021, tan generosa en otras materias, se refiere marginalmente a este artículo, limitándose a indicar que las normas sobre asime-

trías híbridas no deben aplicarse «en aquellos casos que se refieren en otros considerandos de la citada Directiva y que se recogen en el presente texto (artículo 15 bis.13)».

Recoge este precepto las explicaciones desplegadas en los puntos (16), (18) y (22) de la exposición de motivos de la Directiva anti-híbridos. Sin embargo, en el articulado de la Directiva antiabuso no se regula esta materia. Esta circunstancia puede dar lugar a una incertidumbre respecto de la función del artículo 15 bis.13, esto es, si la misma es aclaratoria o también sustantiva. La ausencia de regulación expresa en el articulado de la Directiva antiabuso apunta hacia la función aclaratoria, pero la función sustantiva casa mejor con la vocación de las normas jurídicas.

5.1. Beneficiario exento

El artículo 15 bis.13 de la Ley 27/2014 excluye la aplicación de los mandatos contenidos en el mismo «cuando la asimetría híbrida se deba a que el beneficiario esté exento del Impuesto».

El punto (16) de la exposición de motivos de la Directiva antiabuso, en el contexto de la asimetría de instrumento financiero híbrido, indica que «no procede considerar que los pagos en virtud de un instrumento financiero dan lugar a una asimetría híbrida cuando la compensación fiscal otorgada en la jurisdicción del destinatario se deba únicamente al estatuto fiscal del destinatario» y el punto (18), en el contexto de la asimetría de entidad o de establecimiento permanente híbridos, que «un pago no debe dar lugar a una asimetría híbrida que habría existido en cualquier caso debido al estatuto exento de impuestos del destinatario con arreglo a la legislación de cualquier jurisdicción del mismo».

Como se ha indicado, estos textos de la exposición de motivos, a diferencia de lo previsto en otros puntos de la misma, no han tenido reflejo en el articulado. Dos alcances pueden espigarse.

El más restringido, de carácter aclaratorio, consiste en entender que tienen por finalidad recalcar que la asimetría híbrida requiere la presencia de una calificación diferente en las jurisdicciones fiscales concernidas. El más amplio, de carácter sustantivo, consiste en entender que excluyen la aplicación de los mandatos neutralizadores de una asimetría híbrida totalmente perfeccionada, en cuanto concurren todos los elementos que la configuran, cuando el perceptor del ingreso disfrute de exención subjetiva.

El segundo alcance es el que mejor se adecua a la literalidad del punto (18), en cuanto se refiere a la asimetría híbrida que habría existido *en cualquier caso* debido a la exención del perceptor del ingreso. Sin embargo, el primero está en mejor sintonía con el punto (16), en cuanto se refiere a la no inclusión del ingreso debida *únicamente* al estatuto fiscal del destinatario, de manera tal que si la no inclusión fuere también debida a la diferencia de calificación no operaría la inaplicación del mandato neutralizador.

Esas dos interpretaciones también son posibles respecto del artículo 15 bis.13 de la Ley 27/2014. La puramente aclaratoria enlaza mejor con la ausencia de regulación en el articulado de la Directiva antiabuso. Sin embargo, no parece que pueda descartarse la de carácter sustantivo. En efecto, de una parte, el lugar apropiado para la función aclaratoria es la exposición de motivos y, de otra, la propia literalidad de la norma, puesta en relación con los apartados precedentes, sintoniza mejor con la interpretación amplia.

Bajo esta interpretación, en el caso de asimetría de instrumento financiero híbrido, procederá denegar la deducción del gasto en sede de la entidad residente en territorio español, excepto si la entidad perceptora del correlativo ingreso disfruta de exención subjetiva. Y lo propio acontecerá en caso de asimetría de entidad híbrida. De esta manera, la exención subjetiva vendría a obturar el mandato concerniente a una asimetría híbrida absolutamente perfeccionada.

De acuerdo con la interpretación precedente, los intereses pagados a una entidad vinculada extranjera que sean calificados como dividendos en sede de la misma no motivarían la no deducción prevista en el artículo 15 bis.1, aun cuando no estuvieren sujetos a inclusión de acuerdo con las normas generales de la imposición sobre los beneficios, si tal entidad disfrutase de exención subjetiva.

Con todo, la digresión precedente es más teórica que práctica, por cuanto el efecto de deducción sin inclusión puede alcanzarse mediante un instrumento financiero que sea calificado en igual forma por las dos jurisdicciones fiscales concernidas. En tal caso no se presenta la asimetría híbrida y, por tanto, huelga toda consideración relativa al alcance del artículo 15 bis.13 de la Ley 27/2014.

5.2. Instrumento o contrato financiero sujeto a régimen tributario especial

De acuerdo con el artículo 15 bis.13 de la Ley 27/2014, el mandato relativo a la asimetría de instrumento financiero híbrido no será de aplicación cuando el mismo esté «sujeto a un régimen tributario especial». En términos similares se pronuncia el punto (16) de la exposición de motivos de la Directiva antiabuso.

Al igual que en el supuesto de la exención subjetiva, caben dos interpretaciones, sin que pueda descartarse aquella que concede al precepto una función sustantiva y no puramente aclaratoria.

Para que la asimetría híbrida se configure es necesario que el instrumento financiero genere un gasto deducible en el impuesto sobre sociedades o en el impuesto sobre la renta de no residentes y que el correlativo ingreso no se incluya en sede de la entidad vinculada

extranjera, mediando una calificación diferente. Pues bien, el apartado 13 del artículo 15 bis impedirá la no deducción del gasto correlativo en sede de la entidad residente en territorio español, aun cuando concurrieren todos los elementos determinantes de la asimetría de instrumento financiero híbrido, en los términos del apartado 1 del artículo 15 bis. Obviamente, si no concurrieren todos esos elementos no habría lugar al mandato neutralizador de la asimetría híbrida del apartado 1 del artículo 15 bis y, por ende, tampoco habría lugar al mandato del apartado 13 del artículo 15 bis. ¿A qué instrumento o instrumentos financieros se está refiriendo el artículo 15 bis.13?

El punto (28) de la Directiva antihíbridos indica que «los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y los ejemplos aplicables al informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación».

El apartado 100 del informe final de la acción 2 del Proyecto BEPS establece una excepción al mandato de la asimetría híbrida cuando el objetivo de la deducción del gasto sea preservar la neutralidad en sede del pagador y del beneficiario, y añade que las entidades autorizadas a deducir el importe de los dividendos pagados no están afectadas por tal mandato. El apartado 101 propone, como ejemplo, el caso de las instituciones de inversión colectiva en las que los dividendos que distribuyen sean tratados como gastos deducibles con la finalidad de que la interposición de las mismas entre el inversor final y las entidades operativas participadas no genere un exceso de imposición, en tanto que el apartado 102 propone el ejemplo de los fondos de inversión en infraestructuras cuyas rentas son transferidas a los inversores finales bajo la forma de pago de intereses. Sea como dividendo deducible o como interés, en los dos casos se está ante una técnica para evitar el exceso de imposición. En consecuencia, esos gastos no deben dar pie a la configuración de una asimetría híbrida.

Los casos precedentes no se presentan en la legislación fiscal española. Tal vez pudiera hallarse una cierta resonancia en la disposición adicional primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, a cuyo tenor las remuneraciones de las participaciones preferentes, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, tienen la consideración de gastos fiscalmente deducibles en sede de la entidad emisora y de intereses computables en sede de los inversores finales. Sin embargo, esta regulación no constituye una técnica para evitar el exceso de imposición. Simplemente, establece un régimen fiscal acorde con la naturaleza de pasivo financiero de las participaciones preferentes, evitando así que la consideración como capital de nivel 1 adicional, a los efectos previstos en el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio (sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito), pudiera llevar a una calificación fiscal impropia.

Si la jurisdicción fiscal de la entidad perceptora de los rendimientos de las participaciones preferentes los calificara como procedentes de la participación en fondos propios y por tal motivo los declarara exentos, el artículo 15 bis.13 no debería impedir la aplicación del

mandato del artículo 15 bis.1, máxime considerando que esos rendimientos disfrutaban de la exención prevista en el artículo 14 f) del TRLIRNR. La misma reflexión cabría en el caso de que la participación preferente fuese emitida por la entidad residente en territorio español, bajo el amparo de una legislación extranjera.

Así las cosas, se hace difícil identificar qué instrumento financiero, determinante de un gasto en sede de una entidad sujeta al impuesto sobre sociedades, pueda entenderse mencionado en el artículo 15 bis.13.

5.3. Operaciones vinculadas. Otras diferencias de valoración

Toda diferencia de valoración de una operación vinculada en sede de las dos jurisdicciones fiscales concernidas puede dar lugar a un exceso o, en sentido contrario, a un déficit de imposición, bajo la forma de una deducción sin inclusión de carácter parcial. El exceso de imposición podrá corregirse a través de los procedimientos establecidos al efecto en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición o en el Convenio Europeo de Arbitraje. El déficit de imposición no se corregirá.

Pudiera parecer absurdo que la jurisdicción fiscal perjudicada por la valoración asimétrica la tolere. Sin embargo, ciertas jurisdicciones fiscales han venido utilizando esta técnica para atraer la constitución de sociedades instrumentales.

Así, en los denominados *centros de coordinación*, se valoraban los ingresos derivados de la prestación de servicios financieros internos a través de un porcentaje sobre saldos financieros, a veces fijado mediante un acuerdo administrativo de valoración, mientras que las entidades prestatarias computaban el gasto financiero efectivamente devengado. Estas prácticas están en franco retroceso, bajo el impulso de los foros internacionales que combaten la competencia fiscal perjudicial. La legislación española, fuertemente enraizada en el principio de libre competencia, nunca ha sido palanca para la realización de las mismas, aunque sí ha podido padecer sus efectos indirectos.

Aun cuando objetivamente la diferencia de valoración en una operación vinculada pueda dar lugar a una deducción sin inclusión, es lo cierto que su origen no está en una calificación dispar, de manera tal que no concurre este ingrediente de la asimetría híbrida. Por ello, en el punto (22) de la exposición de motivos de la Directiva anti-híbridos se precisa que «las diferencias de resultados fiscales que sean únicamente atribuibles a diferencia de valor imputado a un pago, también mediante la aplicación de la transferencia de precios, no deben entrar dentro del ámbito de aplicación de las asimetrías híbridas».

Este texto tiene valor puramente aclaratorio. En efecto, las diferencias de valor imputables a las reglas relativas a la determinación de los precios de transferencia no determinan una asimetría híbrida, por cuanto no concurre la calificación diferente. En este sentido, a

diferencia de lo comentado en los epígrafes precedentes, parece pertinente sostener que el apartado 13 del artículo 15 bis tenga exclusivamente un valor puramente aclaratorio.

Sin embargo, una diferencia en la valoración realizada en las jurisdicciones fiscales afectadas puede dar lugar, en el contexto de la relación socio-sociedad, a una asimetría híbrida, precisamente porque podrá producirse por tal causa un efecto de deducción sin inclusión asociado a la calificación diferente de la renta subyacente. Así, si la jurisdicción fiscal de la entidad que recibe un servicio de su filial extranjera por precio inferior al de mercado computa un gasto (diferencia entre el valor de mercado y el valor pactado) y un correlativo ingreso (diferencia entre el valor de mercado y el valor pactado) que reputa exento en cuanto calificado como dividendo, en tanto que la jurisdicción de la filial no computa el correlativo ingreso, se produce una asimetría híbrida bajo una forma análoga a la deducción sin inclusión derivada de que la jurisdicción fiscal de la entidad matriz califica la diferencia de valor como ingreso asimilable al dividendo en tanto que la de la entidad filial no reconoce esa diferencia como renta obtenida y distribuida.

En el caso propuesto, el artículo 18 de la Ley 27/2014 habilitaría la práctica de un ajuste positivo en sede de la entidad filial residente en territorio español, de manera que, por esta vía, quedaría neutralizado el efecto de deducción sin inclusión. Del mismo modo, ese artículo habilitaría el reconocimiento de un gasto en sede de la entidad matriz residente en territorio español balanceado por un ingreso conceptuado como dividendo exento, en los términos del artículo 21.1 de la Ley 27/2014. Si, en el segundo caso, la jurisdicción fiscal de la entidad filial rehúsa el ajuste positivo, se producirá una asimetría híbrida. España podría neutralizarla gravando plenamente el ingreso. No es claro si el artículo 15 bis.13 lo impediría.

La asimetría en resultados también puede derivarse de cualesquiera otras normas de valoración. Tampoco estas asimetrías caen bajo el campo de aplicación de la Directiva anti-abuso y, por tanto, tampoco bajo las previsiones del artículo 15 bis.

Bien se comprende que, en ciertos casos, podrá ser complejo distinguir si el efecto asimétrico deriva de una calificación o de una valoración.

6. Modificación de la limitación en la deducibilidad de gastos financieros

El apartado dos del artículo primero del Real Decreto-Ley 4/2021 ha dado nueva redacción al artículo 16.1 de la Ley 27/2014, al objeto de excluir de la consideración de gastos financieros a aquellos que resulten ser fiscalmente no deducibles en virtud de lo previsto en el artículo 15 bis. De esta manera, estos gastos financieros no serán tomados en consideración a los efectos de calcular la limitación en la deducibilidad de gastos financieros.

7. Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y la Directiva antiabuso

7.1. La relación entre los convenios y el Derecho de la Unión Europea

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Derecho de la Unión prevalece sobre los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, incluso los celebrados con Estados terceros.

En la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (asunto C-307/97 –NFJ008298–), Saint-Gobain, el Gobierno alemán alegó que «la celebración de convenios bilaterales con un país tercero no forma parte del ámbito de competencia comunitario» (párrafo 55), pero el tribunal de justicia replicó que si bien «los Estados miembros son libres, en el marco de los convenios bilaterales celebrados para evitar la doble imposición, para fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal» (párrafo 57) «... no pueden, sin embargo, dejar de cumplir las normas comunitarias», puesto que «si bien es cierto que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no lo es menos que estos últimos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario» (párrafo 58).

Así pues, los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, tanto los celebrados con Estados miembros como con Estados terceros, cederán ante las normas de derecho comunitario, sea originario o derivado. Consecuentemente, también ante las normas internas que sean transposición de normas comunitarias.

No obstante, debe recordarse que el artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 307 Tratado Constitutivo de la Unión Europea) establece que «las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra», sin perjuicio de que, en caso de incompatibilidad, el Estado miembro afectado deba recurrir a los medios apropiados para eliminarla (Falcón y Tella, 2016, capítulo 3, p. 112).

En virtud de este precepto, los convenios existentes en el momento de la adhesión de España, 12 de junio de 1985 con efectos de 1 de enero de 1986, no quedan afectados por la regla general de preferencia del Derecho de la Unión Europea.

El punto (11) de la exposición de motivos de la Directiva antihíbridos afirma que «cualquier ajuste que sea necesario efectuar con arreglo a la presente Directiva no debe en principio afectar a la atribución de los derechos de imposición entre jurisdicciones establecidos en virtud de un tratado de doble imposición».

La Directiva antiabuso no tiene por objeto distribuir los derechos de imposición entre los Estados miembros o entre estos y los Estados terceros, de manera tal que, en principio, no incide sobre la materia propia de los convenios. Este es el sentido que debe darse al punto (11) de la exposición de motivos de la Directiva antihíbridos.

¿Puede interpretarse aquel párrafo en el sentido de que las previsiones de la Directiva no se aplicarán cuando un convenio para evitar la doble imposición contribuya a la configuración de una asimetría híbrida? Por ejemplo, cuando un convenio establezca la exención de un dividendo sin excluirla aun cuando, precisamente, ese dividendo hubiere motivado una deducción, mediando una calificación diferente.

No parece que esa interpretación sea apropiada por cuanto implica burlar un objetivo de la Directiva antiabuso, esto es, neutralizar el efecto de la asimetría híbrida de deducción sin ingreso.

7.2. Los juros brasileños

En este punto, vendrá a la mente el caso de las rentas derivadas de los *juros brasileños*.

Según las Sentencias del TS de 16 de marzo (rec. núm. 1130/2014 –NFJ062303–) y de 15 de diciembre (rec. núm. 3949/2015 –NFJ065187–) de 2016, tales rentas «proceden de la existencia de beneficios de la filial brasileña y el título que da derecho a su percepción es la participación de socio en el capital social mediante la tenencia de acciones», de manera tal que «resultan incluíbles en el concepto de dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el mencionado artículo 21 TRLIS», aun cuando, de acuerdo con la legislación fiscal brasileña, su importe era, a la sazón, fiscalmente deducible para determinar la base imponible de la imposición sobre el beneficio de la entidad pagadora.

Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2014, las Consultas de la Dirección General de Tributos V2960/2016 (NFC060774) y V2962/2016 (NFC060665), ambas de 27 de junio, llegaron a la conclusión de que:

[...] la remuneración percibida de los JSCP no tendrá derecho a la exención prevista en el artículo 21 de la LIS, por cuanto su distribución genera un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora, debiendo, por tanto, integrarse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

¿Procedería la exención con fundamento en el artículo 23.3 del convenio hispano-brasileño para eliminar la doble imposición, a cuyo tenor «cuando un residente de España obtenga dividendos que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en Brasil, España eximirá del impuesto estos dividendos?».

Puesto que el citado artículo regula los «métodos para eliminar la doble imposición», ha de entenderse que el presupuesto de la exención es la tributación del beneficio del que el dividendo procede, lo que no ocurre en el caso de los *juros*, habida cuenta de que su importe minora la base imponible.

Sin embargo, para rechazar la exención, no sería válido el argumento de la preferencia del Derecho de la Unión Europea respecto de los convenios, en cuya virtud habría de aplicarse la exclusión de la exención para evitar la deducción sin inclusión en los términos del penúltimo párrafo el artículo 21.1 de la Ley 27/2014, puesto que el convenio hispano-brasileño es anterior a la adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas.

7.3. Establecimiento permanente no computado

Tratándose de la asimetría híbrida relativa a las rentas de un establecimiento permanente no computado, el artículo 9.5 de la Directiva antiabuso establece que el ajuste no se aplicará cuando «el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado con un tercer país».

El ajuste no se practicará porque así lo prevé la propia Directiva antiabuso, pero no porque el convenio prevalezca sobre la misma.

Como se ha comentado anteriormente, esta regla no ha sido transpuesta. No obstante, si acaso existiera un convenio con un Estado tercero que obligara a la exención de una renta relativa a un establecimiento permanente no computado, la misma sería aplicable en virtud de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 27/2014.

Sin embargo tal supuesto no es fácil que acontezca. En efecto, la exención de rentas que no han sido gravadas en la fuente implica una desimposición adversa al espíritu y finalidad de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. En este sentido se pronuncia el artículo 6.1 de la Convención Multilateral, recogiendo el criterio del informe final de la acción 6 del Proyecto BEPS, a cuyo tenor los convenios bilaterales están concebidos para eliminar la doble imposición, «sin crear oportunidades para la no imposición o la imposición reducida mediante evasión o elusión».

8. Gestión de las asimetrías híbridas

Recae sobre el contribuyente la obligación de identificar las asimetrías híbridas y aplicar el mandato correspondiente, concretado, salvo ciertas especialidades, en la no deducción de un gasto contable o en la no aplicación de la exención de los artículos 21 y 22 de la Ley 27/2014.

Las asimetrías híbridas asociadas a un mecanismo estructurado, en cuanto inapelablemente buscadas, son perfectamente conocidas por el contribuyente. Respecto de las

asimetrías híbridas que se producen en el contexto de operaciones entre entidades vinculadas, la documentación relativa a esas operaciones, en el sentido del artículo 18.3 de la Ley 27/2014, desarrollado por los artículos 15 y siguientes del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, permitirá una primera información.

A partir de ahí habrá de examinarse si alguna o algunas de las operaciones vinculadas provocan el efecto de las asimetrías híbridas, esto es, la deducción sin inclusión, la doble deducción o la generación de un crédito fiscal múltiple. Las más delicadas serán las de carácter financiero seguidas de las relativas a la prestación de servicios.

En este punto, el contribuyente habrá de acceder a la documentación contable y fiscal de la entidad vinculada. Cuando el contribuyente sea la entidad matriz del grupo, esa documentación estará a su disposición, en el contexto de la formulación de las cuentas anuales consolidadas. En otro caso, habrá de solicitarla expresamente a la entidad matriz del grupo.

Constatado el efecto propio de la asimetría híbrida, procederá analizar si el mismo deriva de una calificación diferente, esto es, de un tratamiento dispar en las dos jurisdicciones fiscales concernidas en los supuestos y términos previstos en el artículo 15 bis de la Ley 27/2014. Seguramente este sea el aspecto más complejo, por cuanto para su correcta ejecución se requiere el conocimiento de la legislación fiscal extranjera.

Corresponde al contribuyente realizar un análisis similar al precedente y a la Administración tributaria efectuar la comprobación pertinente, generalmente en el seno del procedimiento de inspección tributaria.

La Administración tributaria deberá denegar la deducción del gasto, o la exención del ingreso, bajo la prueba de la existencia de los elementos determinantes de la asimetría híbrida, en particular, la calificación diferente, a cuyo efecto podrá examinar «los documentos, justificantes, informes, antecedentes y cualquier otro documento con trascendencia tributaria», los cuales deberán ser facilitados por el contribuyente en los términos previstos en el artículo 171 del Reglamento General de Aplicación de los Tributos.

No existe ninguna obligación de información específica, a diferencia de lo que acontece en relación con las operaciones vinculadas, ni de presentar documentación adicional relativa a la entidad extranjera, a diferencia de lo establecido en la regulación sobre la transparencia fiscal internacional. Es fácil intuir que la colaboración de la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad vinculada concernida revestirá gran importancia.

9. Reflexión final

Las asimetrías híbridas constituyen una técnica sofisticada de la denominada *planificación fiscal agresiva*, en particular cuando discurren a través del mecanismo estructurado, si bien en ciertos casos aparecen inopinadamente.

Algunas asimetrías híbridas ya estaban neutralizadas previamente a la transposición de la Directiva antiabuso, en razón a lo previsto en los artículos 21.1 y 15 j) de la Ley 27/2014, o bien fueron combatidas, con mayor o menor fundamento a tenor de las sentencias de los tribunales de justicia, mediante las normas antiabuso de carácter general.

La transposición operada por el Real Decreto-Ley 4/2021, técnicamente muy estimable habida cuenta de la contextura de la materia regulada, abre un nuevo panorama. La lectura de sus preceptos deja un sabor agríndice.

Es muy lamentable la explotación de las divergencias de calificación con fines fiscales, por cuanto reduce injustificadamente la tributación de las entidades que se libran a ella, generalmente pertenecientes a grupos con proyección multinacional. Frustrar esa explotación es un valor positivo, no desdeñable. Si embargo, algunos de sus mandatos tal vez puedan determinar aumentos de tributación que, aunque neutrales en el conjunto del grupo de empresas, infrinjan la capacidad económica de las entidades afectadas. La Directiva antiabuso no ha dejado resquicio para evitar este efecto.

La tipificación de las asimetrías híbridas, aun cuando pueda generar ciertas dudas interpretativas derivadas de la complejidad de la materia, traerá mayor seguridad jurídica, en cuanto delimita el campo de la desimposición que trae causa de la calificación fiscal diferente. Sin embargo, podría generar la impresión, errónea, de que más allá de sus límites, se abre un espacio inmune a las normas antiabuso de carácter general.

Referencias bibliográficas

- Calderón Carrero, J. M. (2013). La estrategia europea de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 363, 5-40.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2019). *Derecho Tributario de la Unión Europea*. Wolters Kluwer.
- Calvo Ortega, R. (2004). *La Nueva Ley General Tributaria*. Civitas.
- Falcón y Tella, R. (2016). El derecho fiscal europeo. En Ignacio Corral Guadaño, *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 3, p. 112). Escuela de Hacienda Pública. Volumen I.
- López Ribas, Silvia. (2014). Plan BEPS, acción 2: recomendaciones sobre híbridos. *Carta tributaria*, 11, 3-17.
- OECD. (2015). Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 -2015 Final Report. OECD/G20 Base



Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris.

OECD. (2017). Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action

2: Inclusive Framework on BEPS. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris.