



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

MECANISMOS HÍBRIDOS: DESCRIPCIÓN, CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES

Autora

Cristina Perlines Fraile

Director

Julio López Laborda

Facultad de Economía/ Máster de Unión Europea
2017

RESUMEN

La integración de las economías y los mercados nacionales se ha intensificado de manera sustancial gracias al proceso de globalización en que actualmente estamos inmersos. Esto ha traído consigo muchas ventajas, pero también ha dado lugar a que grandes empresas se aprovechen de las lagunas e inconsistencias presentes hoy en día en las normas de fiscalidad internacional, originando oportunidades para la erosión de bases imponibles y traslados de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula tributación. De esto se nutren los mecanismos híbridos, los cuales se aprovechan de las asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones, dando lugar a situaciones de doble no imposición o deducción y no inclusión. El trabajo identifica los mecanismos híbridos más importantes, describe las consecuencias que acarrea su uso y presenta las diferentes iniciativas llevadas a cabo de manera internacional y nacional para erradicar dicha práctica abusiva.

ABSTRACT

The integration between economies and national markets has been substantially intensified due to the globalization progress in which we are immersed. This process has brought many benefits, but it has also left the door open for big companies to take advantage of gaps and present inconsistencies in the international taxation, originating opportunities for the erosion of tax bases and for a profit transfers towards low-tax or no tax jurisdictions. The aforementioned facts nourish hybrid arrangements, which make a profit from the existing asymmetries or divergences related to the tax treatment of an entity or financial instrument according to the ordinances of two or more jurisdictions, giving rise to situations of double non-imposition or deduction and non-inclusion. The current essay identifies the most important hybrid mechanisms; describing the consequences of its use and presenting the different international and national initiatives carried out to eradicate this abusive practice.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. DEFINICIÓN DE INSTRUMENTOS Y ENTIDADES HÍBRIDAS.....	6
3. EJEMPLOS DE LOS INSTRUMENTOS / ENTIDADES HÍBRIDAS..	10
3.1 Primer ejemplo. Deducción / No inclusión	
3.2 Segundo ejemplo. Doble deducción	
3.3 Tercer ejemplo. Doble deducción	
3.4 Cuarto ejemplo. Acuerdo REPO	
4. CONSECUENCIAS DE LOS INSTRUMENTOS Y DE LAS ENTIDADES HÍBRIDAS EN LA ECONOMÍA.....	18
5. SOLUCIONES. MEDIDAS ANTIELUSIÓN	20
5.1. OCDE: el proyecto BEPS. Un poco de historia	
5.2. ACCIÓN 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos	
5.3. UNIÓN EUROPEA. Paquete de lucha contra la elusión fiscal	
5.4. El caso español: el Impuesto sobre Sociedades	
6. CONCLUSIONES	32
7. BIBLIOGRAFÍA	34

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización en el que actualmente estamos inmersos ha traído consigo muchas ventajas, aunque en materia de fiscalidad internacional también ha desvelado importantes carencias. La integración de las economías y los mercados nacionales se ha intensificado de manera sustancial, dejando al descubierto lagunas e inconsistencias en las normas fiscales actuales, las cuales han originado oportunidades para la erosión de bases imponibles y traslados de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula tributación.

Cuando los Estados diseñan sus normas tributarias normalmente no tienen en cuenta sus efectos en otros países, aprovechándose de esto los grupos multinacionales. Si los ordenamientos tributarios estuvieran armonizados resulta obvio que no existirían dichas diferencias, pero esto no es casual. Los propios Estados lo provocan para atraer a inversores extranjeros, con el objetivo de obtener determinados efectos económicos en su política fiscal. Pero a su vez, los Estados incluyen en su ordenamiento normas antielusión para evitar que dicha planificación traspase los límites de lo que ese mismo Estado considera legalmente correcto.¹

La importancia creciente del sector servicios y de la economía digital dentro de la economía ha facilitado que las empresas localicen muchas actividades productivas en ubicaciones geográficas distintas de la ubicación física de sus clientes. Estas circunstancias han creado oportunidades para que las multinacionales minimicen su carga tributaria y ha motivado una cierta preocupación entre los ciudadanos, que han visto cómo estas empresas pagan menos impuestos comparativamente que los contribuyentes personas físicas. Esta situación se ha intensificado en los momentos de crisis económica, dando lugar a la movilización de los gobiernos de los distintos países para dar respuesta a estos menores ingresos (Serrano, 2015).

¹ Ver Delgado Pacheco (2005)

Por tanto, la armonización de las legislaciones domésticas no parece ser una solución viable ni posible si no es efectuada de forma coordinada entre todos los Estados. Corregir esta situación generada a nivel internacional es sumamente difícil, aunque se están tratando de paliar sus efectos con iniciativas planteadas desde organismos e instituciones internacionales. Vemos que es necesario un gran cambio para recobrar la confianza en el sistema y asegurar que los beneficios queden gravados allá donde tienen lugar las actividades económicas y se añade valor.

En 2013, los gobiernos de la OCDE y del G20 se embarcaron en la revisión de las normas de fiscalidad internacional más significativa de los últimos 50 años, sobretudo de aquellas estructuras de planificación fiscal, las cuales denominamos como mecanismos híbridos, que se aprovechan de lagunas o normas obsoletas para trasladar o hacer “desaparecer” beneficios fiscales hacia jurisdicciones con una débil imposición fiscal en el impuesto sobre sociedades, dando lugar a situaciones de doble no imposición o deducción y no inclusión.

El presente trabajo tiene por objeto profundizar en los mecanismos híbridos, y se estructura de la siguiente manera:

En primer lugar, se define, identifican y analizan los principales supuestos que generan asimetrías híbridas. Explicando qué son y cuando se provoca que un instrumento o entidad se considere híbrido y analizando cómo son utilizados para la planificación fiscal internacional por parte de las empresas con ejemplos concretos, en los cuales queda latente que las interacciones entre diversas legislaciones dan lugar a escenarios de deducción/no inclusión.

En segundo lugar, veremos cuáles son las principales consecuencias para el conjunto de la sociedad de dichas prácticas abusivas y la necesidad de una planificación conjunta por parte de los países para erradicarla.

En último lugar, se estudian cuáles son las iniciativas que se han planteado para acabar con el problema, desde el proyecto BEPS de la OCDE y G20 para la actualización de las normas de fiscalidad internacional, la directiva antielusión promulgada por la Unión Europea, hasta la adaptación del Impuesto sobre Sociedades en el caso español.

2. DEFINICIÓN DE INSTRUMENTOS Y ENTIDADES HÍBRIDAS

Los mecanismos híbridos se nutren de las asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones, lo que puede acabar generando una doble no imposición, o bien el diferimiento a largo plazo de los tributos. Este tipo de mecanismos y/o acuerdos, cuyo uso está ampliamente extendido, se traduce en una erosión significativa de las bases imponibles de los países afectados, provocando un impacto global negativo desde el punto de vista de la competencia, eficiencia, transparencia y justicia (OCDE, 2015).

Por tanto, podemos definir los instrumentos híbridos de la siguiente manera:

“una clase especial de instrumentos financieros que presentan características que son, total o parcialmente, inconsistentes con su forma legal. Estos instrumentos poseen características consistentes con más de una clasificación tributaria” (Núñez, 2009).

Algunos ejemplos de instrumentos híbridos utilizados en la actualidad serían los siguientes:

- ✓ Acciones preferentes
- ✓ Deuda perpetua

- ✓ Asociación silenciosa
- ✓ Préstamos con participación
- ✓ Bonos con participación
- ✓ Bonos convertibles
- ✓ Derechos de disfrute
- ✓ Deuda subordinada

El caso más común, el cual vemos representado en el siguiente gráfico, es el tratamiento distinto que se da a la deuda y al capital. En el marco internacional estos instrumentos se benefician de la citada doble caracterización, por lo que un Estado puede considerarlo como deuda y otro como capital dependiendo de su legislación interna, dando lugar a conflictos o diferencias en cuanto a la calificación del instrumento.



Gráfico1. Definición Instrumento Híbrido

Fuente: Elaboración propia

A nivel internacional, se vienen analizando diversos criterios para clasificar los rendimientos generados por un instrumento financiero híbrido. Evidentemente, este proceso de clasificación no es para nada sencillo por cuanto la estructura de este tipo de instrumentos se presta a diversas interpretaciones dependiendo del punto de vista que se asuma. Además, otro punto que perjudica el proceso de clasificación está dado por el hecho de que las legislaciones tributarias no suelen contener definiciones propias de los conceptos de “deuda” y “capital” (Núñez, 2010), pero este caso lo analizaremos más adelante.

En este sentido, el informe *“Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues”* (OCDE, 2012) ha supuesto un gran avance en la lucha contra las operaciones planificadas con el objetivo de lograr la doble no imposición o la doble deducción fiscal. Dicho informe describe e ilustra a través de diferentes ejemplos los elementos más comunes de los mecanismos híbridos y los efectos que los mismos generan.

En dichos ejemplos nos daremos cuenta que las pérdidas recaudatorias existentes por la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios es provocado por diferentes causas, desde estrategias de planificación fiscal agresivas seguidas por algunas empresas multinacionales, la interacción entre las normas fiscales internas o por las prácticas tributarias perniciosas.

Para una mejor comprensión del siguiente capítulo, veamos antes una serie de definiciones necesarias:

- **Entidades híbridas:** se dice del ente jurídico que es considerado, a efectos fiscales, como transparente en una jurisdicción, mientras que otra jurisdicción le da una calificación de entidad no transparente.

Se dice que una entidad es transparente, según la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y

países en desarrollo; *“Cuando un Estado no reconoce a una sociedad colectiva a efectos fiscales y la trata como fiscalmente transparente, gravando a los socios por su participación en los ingresos de la sociedad colectiva, esta no está sujeta propiamente a impuestos y, por consiguiente, no puede ser considerada como residente del Estado. “*

Vemos, por tanto, que una entidad no transparente es aquella que se reconoce como una auténtica corporación.

En este punto es necesario aclarar que calificar a una entidad como transparente no se asimila a que dicha entidad se encuentre llevando a cabo negocios dudosos o ilegítimos.

- **Transferencias híbridas:** transacciones que son vistas en una jurisdicción como un traspaso de activos mientras que en otra jurisdicción dicha transacción es calificada como un préstamo con garantía.
- **Entidades de doble residencia:** entidades que son residentes, para efectos fiscales, en dos Estados diferentes a consecuencia de su política fiscal. Estas entidades pueden ser utilizadas, como veremos a continuación, para aprovechar la doble deducción que pueden generar.
- **Empresa matriz y subordinadas:** Una empresa se considera matriz de otra cuando aquella ejerce el control económico, financiero y administrativo sobre ella directa o indirectamente; por ende, la subordinada es aquella que carece de autonomía por el hecho de ser dominada por una matriz.

Las sociedades subordinadas pueden ser de dos tipos:

- ✓ **Filiales:** Son aquellas entidades controladas y dirigidas económica y administrativamente por la matriz en forma directa.

✓ **Subsidiarias:** Son aquellas cuyo control y dirección lo ejerce la matriz de forma indirecta a través de una o varias filiales suyas, o por sociedades que tienen algún vínculo de dependencia de la matriz o las filiales de estas.

- **Principio de la fuente:** este principio somete a impuesto a aquellos ingresos generados dentro del territorio del Estado, con independencia de la nacionalidad, el domicilio o el lugar de residencia del contribuyente.
- **Principio de residencia:** cuando un país aplica el sistema de residencia, la totalidad de sus ingresos, sean nacionales o extranjeros, están potencialmente sujetos al impuesto.

3. EJEMPLOS DE LOS INSTRUMENTOS / ENTIDADES HÍBRIDAS

Como hemos dicho en el capítulo anterior, es el Informe de la OCDE “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*” (OCDE, 2012) el que nos expone diferentes ejemplos de mecanismos híbridos.

A través de dichos ejemplos vamos a analizar, en primer lugar, el supuesto más habitual, donde la diferente calificación de los términos deuda y capital dan lugar a situaciones de deducción / no inclusión. Después veremos dos ejemplos de doble deducción por la existencia de una entidad híbrida que distorsiona el resultado de las acciones llevadas a cabo por las empresas y terminaremos con un caso más complejo donde a través de un acuerdo “REPO” llegaremos a una situación de deducción / no inclusión.

Sin más dilación, comencemos a explicar cómo son utilizados dichos mecanismos por las empresas multinacionales:

3.1. Primer ejemplo. Deducción / No inclusión

Este primer supuesto analiza el efecto de deducción y no imposición derivado de la diferente calificación de un instrumento o negocio jurídico en las jurisdicciones afectadas.



Gráfico 2. Primer ejemplo. Deducción/No inclusión

Fuente: Elaboración propia con base en OCDE (2012)

Es el caso más frecuente. La empresa matriz ubicada en el Estado A tiene una empresa subsidiaria que reside en el Estado B, la cual necesita financiación. Esta entidad subsidiaria recibe recursos a través de operaciones financieras calificadas como deuda, en el Estado B, y que generan un gasto contable y fiscal en esa entidad, correspondiente al interés satisfecho. Por su lado el Estado A, donde la entidad matriz cede dichos recursos, califica la operación como aportación de fondos propios y, por tanto, la cantidad recibida se considera como dividendo exento a efectos fiscales (Serrano, 2015).

Por tanto, la deducción se da en el Estado B donde los intereses se consideran gastos deducibles para dicha entidad, mientras que en el Estado A se genera una no inclusión al considerar a los dividendos como un producto no gravable.

Vemos, a través de este ejemplo, que **las interacciones entre diversas legislaciones pueden dar lugar a un escenario de deducción / no inclusión.**

Adicionalmente, hay que decir, que el indudable atractivo de los híbridos se acrecienta en el marco de la planificación fiscal internacional en un escenario de bajos tipos de interés en los que el elemento fiscal pasa a desempeñar un rol fundamental en la determinación de la rentabilidad final del producto (Jiménez, 2015).

3.2. Segundo ejemplo. Doble deducción



Gráfico 3. Segundo ejemplo (I). Doble deducción

Fuente: Elaboración propia con base en OCDE (2012)

En este caso, entre la empresa matriz residente en el Estado A y su empresa subsidiaria residente en el Estado B existe una entidad híbrida, la cual es transparente para el Estado A y contribuyente para el Estado B.

La empresa matriz posee el 100% de las acciones de la entidad híbrida, además, la empresa B tiene problemas de financiación y necesita un préstamo para financiar sus operaciones. La entidad híbrida es la encargada de contratar dicho préstamo y pagar los intereses que genera. Finalmente, la entidad híbrida es la encargada de inyectar capital a la entidad subsidiaria. Debemos concretar que la entidad híbrida, aparte del préstamo y pago de intereses, no realiza ningún ingreso significativo.

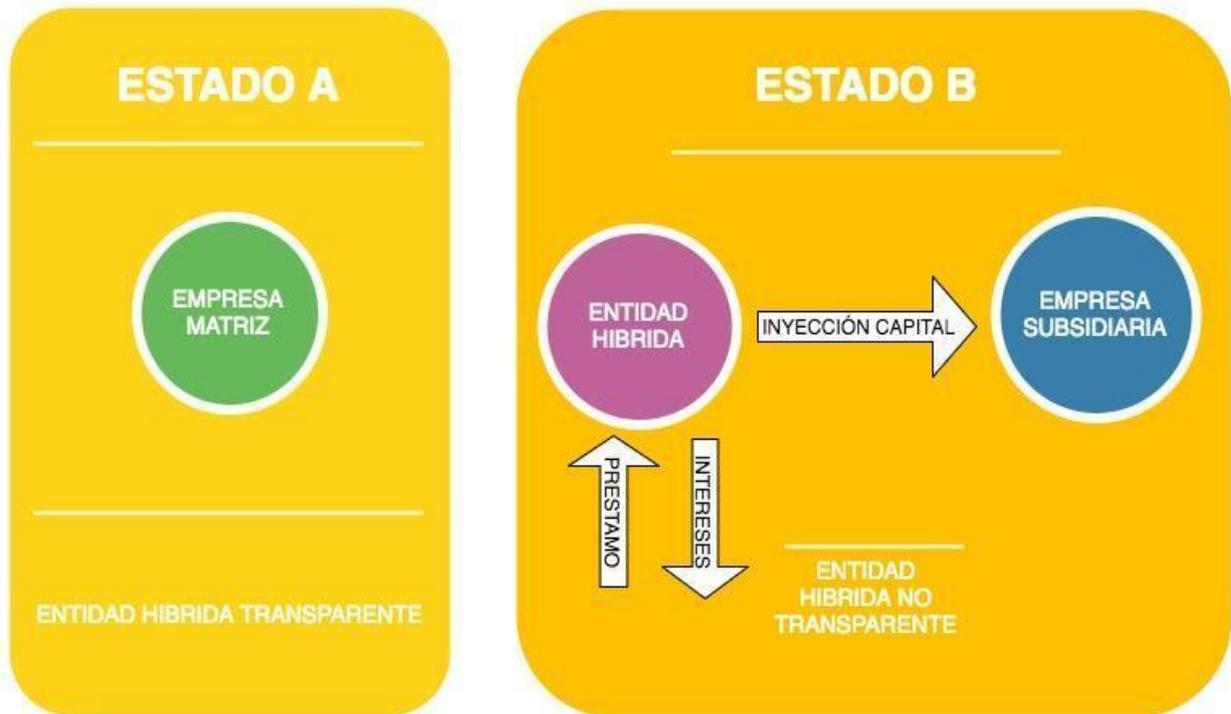


Gráfico 4. Segundo ejemplo (II). Doble deducción

Fuente: Elaboración propia con base en OCDE (2012)

La consecuencia es que, al no ser la entidad híbrida transparente para el Estado B, la entidad está sujeta al impuesto sobre sociedades de dicho Estado. La legislación interna de B permite consolidar las operaciones de la híbrida con las de la empresa subsidiaria, por tanto, el gasto de intereses podrá ser utilizado para deducir la base imponible del grupo.

Como hemos comentado antes, en el Estado A la entidad híbrida es transparente, dicha jurisdicción considerará que el préstamo contratado es de la empresa matriz y por tanto el Estado A aceptará ese gasto de la empresa matriz como deducible.

Mediante esta estructura se consigue el efecto de **doble deducción** a través de una entidad pagadora híbrida, pues el gasto de intereses se tomó como deducible tanto para la determinación de los impuestos en el Estado A como en el Estado B.

3.3. Tercer ejemplo. Doble deducción

En este tercer caso, la empresa matriz del Estado A del anterior ejemplo inyecta capital a la empresa híbrida que reside en el Estado B, está a su vez, concede un préstamo a la empresa subsidiaria en B. Dicha empresa híbrida es transparente para el Estado B y no transparente para el Estado A.



Gráfico 5. Tercer ejemplo. Doble deducción

Fuente: Elaboración propia con base en OCDE (2012)

Desde el punto de vista del Estado B, el interés que paga la empresa subsidiaria a la empresa híbrida está siendo pagado a la empresa matriz, ya que la híbrida es transparente para el estado B, este pago de intereses es un gasto deducible para la empresa subsidiaria.

Desde el punto de vista del Estado A la entidad híbrida no es transparente, por tanto, no gravará los intereses que la híbrida reciba de la empresa subsidiaria por el préstamo. De este modo, se obtiene un gasto deducible que no es gravado ni por el Estado A ni por el Estado B.

3.4. Cuarto ejemplo. Acuerdo REPO

En este último caso planteado en el informe de la OCDE (2012), el objetivo sería un contrato de venta y recompra de acciones.



Gráfico 6 Cuarto ejemplo. Acuerdo REPO

Fuente: Elaboración propia con base en OCDE (2012)

Por un lado, estaría la empresa matriz en el Estado A, la cual va a vender acciones de su empresa subsidiaria a la empresa B, la cual radica en el Estado B. El contrato es lo que se llama “REPO”. Un repo es un acuerdo por el que una parte compradora cede efectivo a plazo y recibe un activo financiero, en este caso acciones, con el compromiso de que la parte vendedora lo recompre en una fecha futura entregando el efectivo más unos intereses. En nuestro caso, el acuerdo estipula que las acciones pueden ser recompradas tanto por la sociedad matriz como por la subsidiaria.

Entre la compra y la recompra, la empresa subsidiaria distribuye dividendos a la sociedad B.



Gráfico 7. Cuarto ejemplo. Acuerdo REPO

Fuente: Elaboración propia con base en OCDE (2012)

Por un lado, el Estado A considera que lo que se está llevando a cabo es un préstamo garantizado, y, por tanto, los intereses pagados constituirán un gasto fiscalmente deducible.

En el Estado B, la operación se ve como una compra-venta de acciones, y por tanto la rentabilidad obtenida, los dividendos, se encontrarán exentos en el impuesto sobre sociedades.

Una vez más y al igual que en resto de los ejemplos vistos, las diferencias existentes entre las normas tributarias de los países dan como resultado un desajuste híbrido que se traduce en la deducción múltiple del mismo gasto en

diferentes países o en la deducción de un pago en un país sin la inclusión correspondiente en el otro. Aunque a menudo es difícil de determinar la cuantía, es evidente que en conjunto los países afectados pierden ingresos fiscales por estas prácticas y por ende los contribuyentes. Veamos a continuación las principales consecuencias generadas por estos instrumentos.

4. CONSECUENCIAS DE LOS INSTRUMENTOS Y DE LAS ENTIDADES HÍBRIDAS EN LA ECONOMÍA

Desde la perspectiva de los Gobiernos, Administraciones tributarias y Organizaciones e Instituciones se entiende que estrategias fiscales como las vistas en el capítulo anterior, son completamente perjudiciales y es necesario eliminarlas.

Conozcamos las principales consecuencias del uso y abuso que los instrumentos híbridos generan en la sociedad (OCDE, 2012):

✓ Reducción de los ingresos fiscales

Las situaciones anteriormente vistas socavan la integridad del sistema tributario y potencialmente dificultan aún más el objetivo de obtener ingresos fiscales. Son perjudiciales para los Estados y los gobiernos porque consiguen recaudar menos ingresos puesto que en muchas ocasiones las entidades multinacionales sí que recaudan sus ingresos en ese país, pero consiguen deslocalizar los beneficios arrastrándolos hacia otros países con tipos impositivos menores.

✓ **Competencia**

En referencia a la desventaja competitiva que puede ocasionar a las empresas que operan únicamente a nivel nacional o que se abstienen de recurrir a prácticas elusivas, viéndose abocadas a competir con empresas multinacionales capaces de eludir o minorar la presión fiscal al trasladar sus beneficios al extranjero.

✓ **Eficiencia económica**

A veces, la inversión local puede ser menos atractiva que una inversión equivalente transfronteriza, ya que estas últimas aprovechan las ventajas de estos mecanismos híbridos versus una inversión netamente local en la que dichas ventajas no están disponibles.

✓ **Transparencia**

Los individuos se ven perjudicados ya que en ocasiones tienen que soportar cargas fiscales extraordinarias por los impuestos que las multinacionales no pagan, o tal vez no aguantan cargas fiscales extras, pero a cambio los gobiernos se ven obligados a disminuir el gasto público ofreciendo menos servicios a la población.

✓ **Justicia**

La ventaja de las incongruencias de los híbridos no está al alcance de todos, especialmente de aquellos cuya generación de riqueza proviene de las rentas del trabajo. El contribuyente medio, el cual no tiene conocimiento de estas prácticas abusivas, no puede llegar a comprender las bajas tarifas impositivas que pagan los contribuyentes más sofisticados. La confianza de los ciudadanos en la justicia de su sistema fiscal está en juego, ya que existe la percepción de que algunos logran eludir legalmente sus obligaciones tributarias.

Vemos, por tanto, que por todo lo anterior nace la necesidad de elaborar medidas antielusión, las cuales tratarán de evitar que actos o negocios con trascendencia internacional obtengan un tratamiento o unas ventajas fiscales impropias, dada la verdadera naturaleza de esos negocios, la realidad de las operaciones efectuadas o el carácter abusivo de aquéllas.

En este momento ya estamos preparados para abordar las diferentes soluciones planteadas por los organismos internacionales respecto al tema que nos ocupa.

5. SOLUCIONES. MEDIDAS ANTIELUSIÓN

Como hemos visto hasta ahora, la planificación fiscal permite que las grandes empresas se aprovechen de las lagunas e inconsistencias presentes hoy en día en las normas de fiscalidad internacional, por ello **las medidas antielusión** tratan de evitar que dichos actos o negocios con trascendencia internacional obtengan un tratamiento o unas ventajas fiscales impropias o abusivas.

Partimos de la voluntad común de hacer frente a estos problemas, donde los gobiernos empiezan a tomar partido de manera conjunta sobre diferentes paquetes de medidas que exigen una implementación coordinada, mediante legislación interna y tratados internacionales.

5.1. OCDE: el proyecto BEPS. Un poco de historia

En 2013, los gobiernos de la OCDE² y del G20³ se embarcaron en la revisión de las normas de fiscalidad internacional más significativa de los últimos 50 años. El proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) despegó durante una de las crisis económicas y financieras más graves de nuestro tiempo con un ambicioso objetivo: actualizar las normas para alinearlas con el avance de la economía global, garantizando que los beneficios sean gravados allá donde se realizan las actividades económicas y en donde se esté creando valor (OCDE, 2015).

Tal y como explica la OCDE (2015), BEPS hace referencia a la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios propiciados por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las empresas multinacionales con el fin de hacer “desaparecer” beneficios a efectos fiscales o trasladar dichos beneficios hacia ubicaciones donde la empresa tenga escasa o nula actividad real, pero goce de una débil imposición fiscal.

El informe “*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*” (OCDE, 2013) muestra que el causante de las BEPS no es una única norma, sino una interacción de muchas y diferentes, debido a:

- ✓ Descoordinación de las normas internas de alcance transfronterizo
- ✓ Estándares internacionales no siempre próximos a la realidad empresarial
- ✓ Escaso número de datos y de información

² **Países OCDE:** Alemania, Australia, Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Eslovenia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía, Letonia y Luxemburgo.

³ **Países G20:** Alemania, Canadá, Estado Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido, Rusia, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica Y Turquía.

Además, debemos apuntar que la mayoría de las estrategias de planificación impositiva BEPS no son ilegales, sino que se benefician habitualmente de normas obsoletas y no actualizadas con la economía globalizada del siglo XXI.

El proyecto BEPS de la OCDE/G-20 publicado en octubre de 2015 contiene medidas para mejorar la coherencia de los estándares impositivos internacionales, reforzar su focalización en la sustancia económica y garantizar un entorno fiscal de mayor transparencia. Dicho proyecto está compuesto por un total de 15 acciones, las cuales nombramos en el siguiente cuadro:

ACCIONES BEPS
ACCIÓN 1. ABORDAR LOS RETOS DE LA ECONOMÍA DIGITAL PARA LA IMPOSICIÓN
ACCIÓN 2. NEUTRALIZAR DE LOS EFECTOS DE LOS MECANISMOS HÍBRIDOS
ACCIÓN 3. REFUERZO DE LA NORMATIVA SOBRE CFC
ACCIÓN 4. LIMITAR LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE POR VÍA DE DEDUCCIONES EN EL INTERÉS Y OTROS PAGOS FINANCIEROS
ACCIÓN 5. COMBATIR LAS PRÁCTICAS FISCALES PERNICIOSAS, TENIENDO EN CUENTA LA TRANSPARENCIA Y LA SUSTANCIA
ACCIÓN 6. IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE CONVENIOS FISCALES
ACCIÓN 7. IMPEDIR LA ELUSIÓN ARTIFICIOSA DEL ESTATUTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE (EP)
ACCIÓN 8-10. ASEGURAR QUE LOS RESULTADOS DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ESTÁN EN LÍNEA CON LA CREACIÓN DE VALOR
ACCIÓN 11. EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE BEPS
ACCIÓN 12. EXIGIR A LOS CONTRIBUYENTES QUE REVELEN SUS MECANISMOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA
ACCIÓN 13. REEXAMINAR LA DOCUMENTACIÓN SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA
ACCIÓN 14. HACER MÁS EFECTIVOS LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
ACCIÓN 15. DESARROLLAR UN INSTRUMENTO MULTILATERAL QUE MODIFIQUE LOS CONVENIOS FISCALES BILATERALES

Cuadro 1. Acciones BEPS
Fuente: Elaboración propia

Dentro de nuestro trabajo la que nos ocupa mayor atención es la **ACCIÓN 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos**, la cual estudiaremos a continuación.

5.2. ACCIÓN 2: Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos

Con objeto de intensificar la coherencia del impuesto sobre sociedades a nivel internacional, el Proyecto BEPS de la OCDE y G20 hizo un llamamiento a la formulación de recomendaciones encaminadas a neutralizar los efectos provocados por los mecanismos híbridos, los cuales están contemplados en la Acción 2 del informe BEPS.

Las recomendaciones del informe se dividen en dos partes que explicaremos más detalladamente a continuación: las incluidas en la Parte I giran en torno a la modificación de las normas de Derecho interno, mientras que las descritas en la Parte II se refieren a toda una serie de propuestas de modificación al texto del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE.

El objetivo es, por tanto, prevenir la doble no imposición, poner fin a las costosas deducciones múltiples por un único pago, a las deducciones en un país sin el correspondiente gravamen en el otro y a la generación de múltiples créditos fiscales por un único impuesto pagado en el extranjero. Es decir, evitar los cuatro ejemplos vistos en el capítulo 3. No se quiere provocar un impacto adverso sobre el comercio transfronterizo y la inversión, lo que se quiere es neutralizar los efectos fiscales negativos a través de diferentes normas, pero sin interferir en el uso de entidades e instrumentos híbridos.

PARTE I

En esta parte del informe se recogen las recomendaciones para la formulación y diseño de normas que den respuestas a las asimetrías registradas en el tratamiento fiscal de pagos efectuados en virtud de un instrumento financiero híbrido o aquellos otros satisfechos a favor o por parte de una entidad híbrida.

El método de funcionamiento de estas normas para neutralizar los mecanismos híbridos se ha diseñado a través de reglas vinculadas (*Linking rules*). De esta forma, se pretende evitar que una misma operación pueda soportar una doble imposición, o doble no imposición, por aplicación de la misma regla por varias jurisdicciones, eso sí, esta norma solo funcionará si las jurisdicciones implicadas están perfectamente coordinadas.

En su norma general, la **primary rule** hace referencia a que el Estado de la fuente debe denegar las deducciones cuando en el Estado de residencia no se hayan sometido a gravamen o no se hayan incluido en su base imponible.

Mientras que la **defensive rule** trata de ordenar al Estado de residencia que someta a tributación o incluya en su base imponible aquellas cuantías que han sido deducidas previamente en el Estado de la fuente (Pedrosa, 2014).

Recordemos, por ejemplo, el segundo ejemplo visto en el capítulo tres, donde existía una entidad híbrida la cual pedía un préstamo e inyectaba capital a la empresa subsidiaria que necesitaba financiación. En ese caso se producía una doble deducción, en el Estado B el pago de interés del préstamo se consideraba un gasto deducible y en el Estado A al ser considerada transparente la entidad híbrida también se lo deducía. Con estas *Linking rules* el gasto solo podrá ser deducido en uno de los dos Estados, ya que el otro deberá denegar la posibilidad de una doble deducción. Vemos por tanto que, para lograr su eficacia, hará falta una buena y coordinada aplicación de dichas normas.

PARTE II

En la segunda parte, se analizan las entidades de doble residencia, recordemos, aquellas con residencia fiscal en dos Estados diferentes. Estos casos se resolverán uno a uno con arreglo al convenio fiscal aplicable en cada circunstancia (el criterio anterior remitía a la sede de dirección efectiva). Como hemos comentado anteriormente, una modificación de la normativa interna será necesaria para intentar erradicar este problema, pero será la Acción 6 la encargada de profundizar en el tema.

En esta Parte II también se hace referencia a las entidades híbridas, de las que ya sabemos, son aquellas donde algunos de los Estados participantes las atribuyen la condición de contribuyentes. Se propone garantizar que no se apliquen las ventajas derivadas de los convenios en aquellos casos en que ningún Estado, de conformidad con su legislación interna, considere las rentas obtenidas por dicha entidad como ingresos de uno de sus residentes.

Para concluir, es necesario conocer que bajo la acción 15 del informe se exploraba la viabilidad técnica de un Convenio Multilateral cuyo objetivo primordial es utilizarlo de la mano con los tratados fiscales en vigor con el objeto de implementar las medidas BEPS sin necesidad de modificar cada uno de los tratados fiscales ya existentes, que ascienden a más de 2.000 a nivel internacional. En noviembre de 2016 vio la luz el **Modelo Convenio OCDE** donde más de 100 países participaron en la negociación del texto de este documento. El gran reto ahora es mantener la uniformidad y coherencia, respetando la soberanía de los países involucrados.

5.3. Unión Europea: Paquete de lucha contra la elusión fiscal

Como hemos visto en los capítulos anteriores, existe un acuerdo generalizado entre los países sobre las medidas necesarias para hacer frente a los BEPS. En este punto la UE no podía quedarse atrás y empezó a trabajar para la transposición de las conclusiones BEPS de la OCDE a la normativa comunitaria. Las directivas de la UE deben ser, por tanto, el medio para poner en práctica dichas conclusiones de la OCDE a escala de la UE.

El objetivo fundamental es mejorar la resistencia del mercado interior en su conjunto frente a las prácticas de elusión fiscal transfronteriza, ese objetivo no puede ser alcanzado suficientemente por los Estados miembros de forma individual, debido a que los sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades son dispares y una acción independiente no haría más que reproducir las ineficiencias de las distintas medidas nacionales.

De ahí que nazca la **Directiva UE 2016/1164** del Consejo de 12 de julio de 2016, publicada en el DOUE de 19 de julio de 2016, cuya finalidad es establecer una serie de medidas jurídicamente vinculantes contra **la planificación fiscal abusiva** en el mercado interior y lograr que la fiscalidad de las empresas de la UE sea más justa, sencilla y eficaz.

Los objetivos principales del paquete son los siguientes:

- prevenir la planificación fiscal abusiva
- aumentar la transparencia
- crear un entorno más justo para las empresas en la UE

Pretende abordar, por tanto, aquellas situaciones en las que los grupos empresariales aprovechan las disparidades entre los diferentes sistemas tributarios nacionales para reducir sus obligaciones fiscales globales. Concretamente, la **Directiva UE 2016/1164** del Consejo de 12 de julio de 2016, expone lo siguiente;

“Las prioridades políticas actuales en materia de fiscalidad internacional ponen de relieve la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor. Así pues, es imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria. Estos nuevos objetivos políticos se han traducido en recomendaciones de actuación concretas en el contexto de la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (en lo sucesivo, «BEPS», por sus siglas en inglés) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El Consejo Europeo acogió con satisfacción estos trabajos en sus Conclusiones de 13 y 14 de marzo de 2013 y de 19 y 20 de diciembre de 2013. En respuesta a la necesidad de lograr una imposición más equitativa, la Comisión, en su Comunicación de 17 de junio de 2015, estableció un Plan de Acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea.”

Entre las normas recogidas en la directiva, destacan las siguientes:

✓ **Normas sobre limitación de los intereses**

Lo que se quiere es desincentivar que grupos multinacionales financien mediante deuda a entidades del grupo situadas en jurisdicciones con tributación elevada. Los intereses que éstas últimas pagan son elevados, con la finalidad de reducir la base imponible del impuesto sobre sociedades, y van dirigidos a empresas del grupo que radican en jurisdicciones de baja tributación. El resultado es una deuda tributaria baja en su conjunto. La Directiva propone limitar el importe de los intereses que tienen derecho a deducirse en un determinado ejercicio fiscal.

✓ **Normas sobre imposición de salida**

Para evitar la erosión de la base imponible en aquellas situaciones que los contribuyentes del impuesto sobre sociedades intentan reducir su carga fiscal trasladando la residencia fiscal hacia jurisdicciones de baja tributación.

✓ **Norma contra las prácticas abusivas**

Se trata de una norma general con objeto de colmar las lagunas existentes en las normas específicas de un país, ya que las legislaciones tributarias no suelen evolucionar con la rapidez suficiente para incluir todas las protecciones necesarias.

✓ **Normas sobre sociedades extranjeras controladas (SEC)**

Muchos grupos multinacionales derivan gran cantidad de beneficios hacia filiales que radican en jurisdicciones de baja tributación, sobre todo de aquellos activos intangibles como la propiedad intelectual o los derechos de autor. Estas normas permiten reasignar la renta de una filial extranjera controlada por una matriz situada, normalmente, en jurisdicciones de alta tributación.

✓ **Normas sobre mecanismos híbridos asimétricos**

Los contribuyentes del impuesto sobre sociedades pueden aprovechar las disparidades entre los diferentes sistemas tributarios nacionales para reducir la deuda tributaria global. El **artículo 9** la Directiva UE 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, dice lo siguiente en relación a las *Asimetrías híbridas*:

1. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente.

2. Cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.

Como hemos visto en los ejemplos expuestos en el capítulo tres, con frecuencia estas asimetrías híbridas dan lugar a doble deducción o a la deducción en un país con la no inclusión en el otro. Este artículo 9 intenta poner fin a dichas prácticas donde los contribuyentes se aprovechan de las disparidades de los diferentes sistemas tributarios.

Respecto de dichas normas, los Estados miembros dispondrán hasta el 31 de diciembre de 2018 para incorporarlas a sus disposiciones legales y reglamentarias nacionales. En lo que respecta a la norma en materia de imposición de salida, tendrán hasta el 31 de diciembre de 2019.

Por último, decir que la directiva UE 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, supone un estándar mínimo, los Estados miembros pueden establecer normas más exigentes siempre que las mismas respeten las libertades fundamentales. En este sentido, la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades se convierte en una de las pioneras a nivel europeo en integrar en el sistema jurídico español gran parte de las acciones previstas en el Plan de Acción BEPS. Veámoslo en el siguiente capítulo.

5.4. El caso español: el Impuesto sobre Sociedades

La recaudación del impuesto sobre sociedades se efectúa a nivel nacional. En los casos de actividades económicas transnacionales, la interacción entre distintos sistemas impositivos nacionales puede derivar en la doble imposición, pero las actuales normas han facilitado todo lo contrario, la doble no imposición. La OCDE estima una pérdida anual que ronda el 4-10% de la recaudación global por el impuesto sobre sociedades, que supone alrededor de 100-240 mil millones de dólares estadounidenses anuales.

En el caso español, se han tomado como referencias algunas de las recomendaciones del Plan BEPS y se han ido incorporando al Impuesto sobre Sociedades, tal y como señala el preámbulo de la Ley 27/2014, del 27 de noviembre (LIS):

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

Más concretamente, en el artículo 15 de la LIS se dice que **serán gastos no deducibles**:

j) 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.

Dicho artículo incorpora un precepto antiabuso dirigido a aquellas operaciones en las que en una entidad residente en España genera un gasto fiscalmente deducible en la base imponible, mientras que, por el contrario, en la otra parte el ingreso generado no se computa a efectos fiscales, bien porque no se genera tal ingreso o porque el mismo está exento.

Es decir, se persiguen aquellas operaciones que vimos anteriormente en el primer ejemplo de instrumento híbrido, donde una jurisdicción lo calificaba como un instrumento de capital (dividendo) y la otra como un instrumento de deuda (interés), derivándose en consecuencia efectos jurídicos distintos. Si concurren los requisitos anteriores, la consecuencia inmediata será la no deducción del gasto.

Por otro lado, el artículo 21 de la LIS referente a la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, dice lo siguiente:

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

Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Vemos que la norma hace referencia en cierta medida a nuestro segundo y tercer ejemplo, donde dentro de un mismo grupo de empresas, situadas en diferentes jurisdicciones, una de ellas necesita financiación y pide un préstamo a la otra entidad. Con la modificación de este artículo, la renta percibida por la entidad prestamista no quedará exenta si en la otra jurisdicción el gasto ha sido deducido fiscalmente.

La aplicación de las reglas del artículo 21 de la LIS va a depender del efecto que produzca el instrumento híbrido en la otra jurisdicción. Por tanto, la efectividad de la medida dependerá del intercambio de información entre las jurisdicciones implicadas.

Tal y como señala Hermosín Álvarez (2017), se ha de tener en cuenta que los instrumentos híbridos van a ser considerados como tales dependiendo del efecto que genera su diferente calificación en las jurisprudencias implicadas, pero *a priori*

no se podrá determinar si se está en presencia de un instrumento híbrido, ya que no existen los instrumentos híbridos por naturaleza.

6. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar en este trabajo, la identificación de los mecanismos híbridos es tan compleja que puede generar distorsiones entre los países involucrados. El poder recaudatorio de las Administraciones tributarias de los Estados no puede verse mermado por el diseño de complejas operaciones transnacionales por parte de las entidades multinacionales. Por ello, es obligación de los Estados luchar desde la perspectiva normativa y jurídica contra este conjunto de operaciones agresivas.

El proyecto BEPS tiene un grado de relevancia considerable, sobre todo tras la gran crisis financiera y económica vivida en los últimos diez años. Por eso mismo, todas las actuaciones llevadas a cabo con el objetivo de luchar contra la erosión de bases imponibles y la elusión fiscal son absolutamente convenientes. El éxito de dichas actuaciones dependerá de la buena coordinación y transmisión de la información entre los países implicados.

Muchas de las medidas y recomendaciones planteadas tienen aún plazo para ser incorporadas al ordenamiento interno de cada país, por tanto, tendremos que esperar hasta entonces para conocer de qué manera han incluido dichas propuestas y hasta qué punto se consigue rebajar el número de conductas abusivas por parte de las grandes empresas. Aunque las estrategias abusivas de planificación fiscal van a seguir existiendo, debemos y es responsabilidad de todos acotar cada vez más el terreno para llevar a cabo este tipo de prácticas.

Finalmente, podemos concluir que, en términos generales, todas las iniciativas y medidas analizadas tanto desde la Unión Europea como desde la OCDE han

supuesto un gran avance en la identificación de los instrumentos híbridos y en la corrección de sus efectos. Ahora que existe un acuerdo generalizado entre los países sobre las medidas para hacer frente a BEPS, la implementación de dichas medidas resulta clave. Es el momento de seguir remando juntos y de abordar los problemas de fiscalidad internacional multilateralmente.

España en este caso ha sido considerada un Estado pionero a nivel europeo en la transposición de las recomendaciones BEPS a la legislación interna, como hemos podido comprobar en el trabajo, es por ello que ahora se debe seguir trabajando duro y no bajar la guardia en una buena implementación de dichas normas.

Como consideración final y desde el punto de vista del trabajo realizado, me ha parecido una experiencia muy gratificante el poder realizar este proyecto fin de máster, intentando recapitular de una manera didáctica los puntos más importantes de cómo funcionan los mecanismos híbridos y las medidas llevadas a cabo para evitar la erosión de las bases imponibles y traslado de beneficios por parte de las multinacionales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Millán, F. (2016): “Acuerdos híbridos en materia fiscal.”, *Fisco actualidades*, núm.19, pp.1-14
- Delgado Pacheco, A. (2005): “Las Medidas Antielusión en la Fiscalidad Internacional.”, *Nuevas Tendencias en la Economía y Fiscalidad Internacional*, núm. 825, pp. 97-118.
- Hermosín Álvarez, M. (2017): “Acción 2 del plan BEPS: recomendaciones en legislación doméstica con especial referencia a España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLX, núm. 148, pp.145-183.
- Núñez Ciallella, F. (2010): “Instrumentos financieros híbridos”, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, núm.49, pp.161-180.
- Naciones Unidas (2013): *Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*, Naciones Unidas, Nueva York.
- Pedrosa López, J.C. (2015): “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº2, pp.689-706.
- Rafael Reyes, J. (2014): “Las entidades e instrumentos híbridos en la Fiscalidad Internacional”, *III Congreso Internacional de Derecho Tributario*, Panamá, 9 - 11 de junio de 2014.
- Serrano Antón, F. (2015): “La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y

el papel de los tribunales”, *Centro de Estudios Financieros*, núm. 391, pp. 77-110.

- OCDE (2012): *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OCDE, París.
- OCDE (2014): “Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital: Identificación de riesgos de erosión de la base imponible y traslado de beneficios en el contexto de la economía digital”, *Proyecto OCDE/G20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios*, OCDE, París, capítulo 5, pp. 110-119.
- OCDE (2015): *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*, OCDE, París.