España aprueba la normativa sobre asimetrías híbridas

Marzo 2021

Ponte en contacto con PwC Tax & Legal:

Roberta Poza Cid
Socia responsable de Fiscalidad Internacional en PwC Tax & Legal
roberta.poza.cid@pwc.com

Carlos Concha Carballido
Socio especialista en Fiscalidad Internacional en PwC Tax & Legal
carlos.concha.carballido@pwc.com

Antes de que el proyecto BEPS diera sus primeros pasos, la OCDE ya había comenzado a prestar atención a determinadas herramientas de planificación fiscal que buscaban explotar el tratamiento fiscal diverso (de ahí el adjetivo híbrido) de un determinado pago o entidad bajo la legislación fiscal de dos (o más) jurisdicciones, dando lugar a la desimposición de rentas. Los informes publicados por la OCDE en 2015 y 2017 en el marco del Plan de Acción BEPS pretendían dar respuesta a la utilización por parte de algunos grupos multinacionales de estos mecanismos híbridos a través de una serie de recomendaciones para el diseño de disposiciones legales que permitieran poner coto a estas situaciones consideradas perniciosas.

La Unión Europea, buscando una adopción lo más armonizada posible de las distintas iniciativas surgidas de BEPS, recogió el guante y aprobó en 2016 la Directiva anti-elusión, también conocida como ATAD 1 (por sus siglas en inglés), incorporando al Derecho de la Unión, entre otras, normas en materia de deducibilidad de gastos financieros (Acción 4), de transparencia fiscal internacional (Acción 3) y, también, de asimetrías híbridas. A pesar de todo, la respuesta dada a estas últimas era solo parcial por lo que, al año siguiente, la Comisión impulsa la aprobación de ATAD 2 que, ya sí, incorpora de forma más completa las recomendaciones de la Acción 2.

Aunque los híbridos ya habían hecho una tímida entrada en la normativa española con la aprobación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, es ahora, con la aprobación del Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo y la incorporación del contenido de ATAD 2 a nuestro ordenamiento, cuando podemos hablar de la adopción plena por parte de España de las recomendaciones de la OCDE.

Cabe recordar que España, como el resto de países de la Unión Europea, debería haber traspuesto ATAD 2 antes de que acabara el año 2019. El Ministerio de Hacienda abrió, en marzo de 2019, un plazo de consulta previa y en noviembre de 2020 se publicaba un anteproyecto de ley sometido al trámite de audiencia pública. Mencionamos todo esto ya que no es fácil comprender por qué, transcurridos casi cuatro años desde la adopción de la Directiva, el gobierno ha acudido,

> Antes de que el proyecto BEPS diera sus primeros pasos, la OCDE ya había comenzado a prestar atención a determinadas herramientas de planificación fiscal que buscaban explotar el tratamiento fiscal diverso de un determinado pago o entidad bajo la legislación fiscal de dos jurisdicciones, dando lugar a la desimposición de rentas".

nuevamente, a la figura del Real Decreto-ley. Es cierto que la Comisión europea había abierto un procedimiento de infracción a España por haber incumplido la trasposición de la Directiva, pero no se puede olvidar que es la inacción legislativa la que ha llevado a generar esta situación de "extraordinaria y urgente necesidad" que supone que, nuevamente, se eviten los controles del proceso legislativo ordinario.

Para acabar de completar el panorama, tengamos presente que España también ha incumplido el plazo de trasposición de las disposiciones anti-abuso incluidas en ATAD 1, que venció el 31 de diciembre de 2018, circunstancia por la cual la Comisión Europea también ha iniciado un procedimiento de infracción.

Ocupándonos ya del contenido sustantivo del Real Decreto-ley, recordemos que ATAD 2, al igual que antes BEPS, busca dar respuesta a tres grandes categorías de asimetrías híbridas:

1) "Deducción sin inclusión", que tiene lugar cuando el pago hecho por el contribuyente genera un gasto deducible sin que la recepción de dicho pago genere un ingreso ordinario gravable en sede del receptor.
2) "Doble deducción", producida como consecuencia de que el pago realizado se considera fiscalmente deducible en más de una jurisdicción.
3) "Híbrido importado", que se pone de manifiesto cuando un pago no-híbrido se compensa por el receptor con un pago que dé lugar a una asimetría híbrida, de forma tal que el efecto híbrido se "importa" a través de una jurisdicción intermedia, sin que se llegue a producir una tributación efectiva en sede del receptor último.

Dentro de estas tres categorías, se identifican diversas tipologías de asimetrías híbridas (instrumento financiero híbrido, asimetrías de establecimiento permanente, entidad híbrida que da lugar a doble deducción, etc.) y la respuesta se modula atendiendo al perfil particular de cada mecanismo híbrido, pero siempre manteniendo una estructura común articulada en torno a una regla primaria y una regla secundaria o defensiva (que deberá ser aplicada por la otra jurisdicción en ausencia de respuesta primaria).

Todas estas situaciones, tanto de deducción sin inclusión como de doble deducción, previstas en la Directiva son objeto de regulación en la norma española. Se incluyen también reglas específicas para dar respuesta a las asimetrías importadas (art. 15bis.7), así como las relacionadas con la residencia fiscal (art. 15bis.10) y las transferencias híbridas (art. 15bis.8). No se traspone, sin embargo, la regla relativa a las asimetrías híbridas invertidas (artículo 9 bis de la Directiva) por cuanto, entiende el gobierno, la normativa española actual ya impide que surjan este tipo de asimetrías.

Cabe señalar también que la norma finalmente aprobada incluye una novedad relevante con relación al texto del anteproyecto. La Directiva contempla una serie de supuestos en los que la existencia de un ingreso de doble inclusión ("IDI")[1] neutralizaría el efecto híbrido, permitiendo, por tanto, mantener la deducibilidad del gasto en España. El anteproyecto solo contemplaba que esa compensación del IDI con el gasto híbrido tuviese lugar en el ejercicio corriente. El Real Decreto-ley 4/2021, sin embargo, permite que dicha compensación tenga lugar también en los ejercicios fiscales que concluyan dentro de los tres años siguientes. Entendemos que esta flexibilización, sin duda bienvenida, obligará a crear una cuenta de deducciones híbridas pendientes de compensar, de manera análoga a lo que sucede con las bases imponibles negativas o los gastos financieros. Ahora bien, llegados a este punto, el plazo de tres años se antoja injustificadamente corto.

Tampoco se ha ofrecido explicación o justificación de por qué el gobierno no ha hecho uso de la facultad, que le confería la Directiva, de excluir del ámbito de aplicación de la norma las asimetrías resultantes de determinados instrumentos financieros emitidos con el propósito de satisfacer requisitos de capacidad de

[1] La norma establece 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>>. Ha desaparecido, entendemos que acertadamente, la exigencia, confusa, contenida en el anteproyecto en el sentido de que dicho ingreso no podía estar sujeto a eliminación de la doble imposición.

absorción de pérdidas aplicables al sector bancario. Lo mismo cabe decir de los pagos realizados por operadores financieros en el marco de una transferencia híbrida introducida en el mercado, cuya deducibilidad estaba expresamente salvaguardada en el anteproyecto y han de contentarse ahora con una mención en la exposición de motivos.

Es, asimismo, de lamentar que, si bien la norma española incorpora la respuesta primaria a las distintas asimetrías híbridas y, allí donde lo considera necesario, también la respuesta secundaria, a diferencia de lo recomendado por la Acción 2 y lo previsto en ATAD, el nuevo artículo 15 bis carezca de reglas de coordinación y prelación. Es decir, no se prevé expresamente (como así ocurre, por ejemplo, en la norma británica) que la respuesta secundaria es una contramedida que solo debe entrar en juego cuando la otra jurisdicción no haya respondido de forma adecuada para neutralizar la asimetría híbrida. Es fácil imaginar que esto puede dar lugar a situaciones de doble imposición.

La necesidad de estas reglas de coordinación evidencia la gran complejidad de la normativa aprobada, no solo por las dificultades técnicas que planteará a contribuyentes y administración, que se verán obligados a interpretar legislación extranjera para poder aplicar correctamente la española, sino también, y muy particularmente, por la, en muchos casos, imposibilidad de contar con toda la información necesaria para dar adecuado cumplimiento a la norma. Nada ejemplifica mejor esta dificultad que la regla sobre híbridos importados, que obligará al contribuyente español a determinar la deducibilidad o no de pagos realizados a entidades del grupo en función del tratamiento fiscal otorgado en el extranjero a operaciones en las que España no es parte, ni directa ni indirectamente, y que, razonablemente, puede no conocer.

Señalar, por último, que el Real Decreto-ley 4/2021 entró en vigor el 11 de marzo y resulta de aplicación para todos los periodos impositivos no finalizados a esa fecha, incluyendo pagos realizados con anterioridad a la entrada en vigor (siempre que se hayan efectuado en un periodo impositivo en curso). Resulta, por tanto, ineludible llevar a cabo una revisión de estructuras, transacciones y pagos con el objeto de identificar posibles impactos de la nueva regulación.