
Transpuesta la regulación europea sobre asimetrías híbridas

La adaptación de la normativa española a la Directiva (UE) 2017/952 se ha hecho por fin efectiva mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo.

Legal Flash del Área de Derecho Financiero y Tributario

17 de marzo de 2021



- > Se modifican la Ley del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de No Residentes para incluir una detallada regulación fiscal de las asimetrías híbridas, que son las que afloran esencialmente como consecuencia de la descoordinación entre los criterios de calificación de los Estados.
- > Estas normas resultan de aplicación tanto en situaciones dentro de la Unión Europea como relativas a terceros Estados.
- > La entrada en vigor de la modificación se establece para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2020, siempre que no hayan concluido antes del 11 de marzo de 2021.
- > El legislador justifica el recurso al Real Decreto-ley en la demora en la transposición de la Directiva y en la finalidad anti-elusiva de la materia.



La regulación de las asimetrías híbridas y su recepción en España

En términos generales, se entiende por asimetrías híbridas aquellas situaciones en las que una descoordinación entre los criterios de calificación de los Estados determina que una misma renta reciba un tratamiento fiscal diferente en cada Estado. La diferente calificación puede afectar al propio negocio realizado, a las entidades que lo llevan a cabo o al tratamiento fiscal de los establecimientos permanentes (EP), por ejemplo.

Estas asimetrías nacen, en esencia, de la libertad de los Estados para establecer su sistema tributario (y, muchas veces, de la existencia de tradiciones jurídicas distintas que se aproximan a la realidad con criterios diferentes). Sin embargo, son situaciones propicias para estrategias de planificación fiscal agresiva, motivo por el cual han recibido la atención de los organismos internacionales (la OCDE emitió su primer informe sobre la materia en 2012).

En concreto, el detallado análisis de estas asimetrías híbridas que recoge la Acción 2 del Plan BEPS de la OCDE se considera un referente en la materia, hasta el punto de que en 2016 el Consejo ECOFIN solicitó a la Comisión Europea el desarrollo de una propuesta de Derecho derivado que, sobre dicha base, permitiera armonizar el tratamiento de estas asimetrías en el ámbito de la Unión. Esta tarea se completó en dos fases, toda vez que en un primer estadio el artículo 9 de la Directiva (UE) 2016/1164 recogió un breve desarrollo de la materia, el cual fue complementado y desarrollado por la Directiva (UE) 2017/952 al modificar dicho precepto.

Puesto que, con la salvedad de un aspecto concreto, el plazo para transponer esta última Directiva expiró el pasado 31 de diciembre de 2019, la Comisión Europea había comunicado a España la infracción que suponía este retraso. La situación se subsana 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](#) (“**Real Decreto-ley 4/2021**”), cuya exposición de motivos se ocupa de aclarar que el recurso a este instrumento normativo de urgencia se justifica en el objetivo de evitar las consecuencias negativas del mencionado retraso, unida a la vinculación de la norma con el objetivo de eliminar o combatir la evasión fiscal.

En términos materiales las modificaciones normativas se introducen en dos cuerpos normativos. Por un lado, en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (IS) se introduce un nuevo artículo 15 bis donde se recoge la nueva regulación. Como ajustes técnicos se deroga la anterior regulación de estas asimetrías en la letra j) del artículo 15 y se adapta la redacción del artículo 16 de esta Ley. Por otro lado, se lleva a cabo la necesaria adaptación de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) con el objetivo de corregir las asimetrías híbridas en la base imponible de los EPs. Por su mayor desarrollo e incidencia material, a continuación se desarrolla el tratamiento en el ámbito del IS.



Por último, si bien el Real Decreto-ley 4/2021 entró en vigor el día 11 de marzo de 2021, esta nueva regulación resulta de aplicación para los periodos impositivos iniciados desde 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido en la anterior fecha. Por ello, un ejercicio iniciado el 1 de abril de 2020 y que finalice el 31 de marzo de 2021 se vería afectado por esta norma.

Contenido de la normativa aprobada en el IS

Tipología de situaciones y de normas

El objetivo principal de las modificaciones introducidas en la Ley del IS es atajar asimetrías híbridas de dos tipos: (i) doble deducción (un mismo gasto es deducido en sede de dos personas distintas – DD), y (ii) deducción y no inclusión (un gasto deducible no se acompaña de un ingreso que se integre en la base imponible – D/NI).

A su vez, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, las normas aprobadas son de dos tipos: (i) una norma sustantiva que niega la deducción del gasto y evita que la otra jurisdicción deba tomar medidas (norma primaria), y (ii) una norma que reacciona al hecho de que la otra jurisdicción no disponga de normas contra estas asimetrías (norma secundaria o defensiva).

Alcance de la normativa aprobada

El ámbito de aplicación de estas normas es limitado, pues solo afecta a dos supuestos. En primer lugar, a las operaciones entre partes vinculadas. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la norma amplía la definición contenida en el artículo 18 de la Ley del IS, incorporando la participación en beneficios o derechos de voto y los supuestos de actuación conjunta e influencia significativa en la gestión. En segundo lugar, resultan de aplicación a los mecanismos estructurados, que se definen como aquellos en los que la asimetría híbrida esté cuantificada o considerada en sus condiciones o contraprestaciones o bien que haya sido diseñado para producir dicho resultado, excepto que el contribuyente o una persona o entidad vinculada con él no hubiera podido conocerlo razonablemente y no compartiera la ventaja fiscal indicada.

Asimismo, se realizan tres exclusiones: (i) cuando la asimetría híbrida se deba a que el beneficiario esté exento del Impuesto, (ii) cuando 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, (iii) 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.

Reglas sustantivas

En términos materiales, los supuestos recogidos en este artículo 15 bis de la Ley del IS pueden clasificarse en los siguientes casos, en atención a la naturaleza de la descoordinación



de la calificación otorgada por España y por el otro Estado. Para facilitar su seguimiento se incluye una referencia a la tipología de la norma que se introduce, al apartado del precepto que lo regula y una breve explicación sobre el propósito perseguido en cada supuesto:

Diferencias en la calificación de la operación

- > D/NI (apartado 1): se niega la deducibilidad del gasto en España cuando, como consecuencia de una calificación fiscal diferente del gasto o de la operación, no tiene como contrapartida un ingreso gravado de forma adecuada en otra jurisdicción.

La norma precisa en qué condiciones se advierte un gravamen no adecuado:

- No se genera en la entidad extranjera un ingreso en un plazo razonable (como máximo, en un ejercicio iniciado dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en que se incurra en el gasto). Si se genera este ingreso en ese plazo, el gasto será deducible en el período impositivo en el que aquel se integre en la base imponible del beneficiario.
- Se genera un ingreso, pero está exento.
- Se genera un ingreso, pero se beneficia de una reducción del tipo impositivo, de una deducción o a una devolución de impuestos. No se toma en cuenta las deducciones para corregir la doble imposición jurídica.

Como puede advertirse, se trata de una norma que bajo una lógica simétrica niega la deducibilidad de un gasto cuando la entidad extranjera no es gravada de forma suficiente por el ingreso que representa la contrapartida de dicho gasto.

Diferencias en la calificación del contribuyente del IS o de su contraparte no residente

- > D/NI (apartado 2): no son fiscalmente deducibles los gastos realizados con personas o entidades residentes en otra jurisdicción y que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente de la entidad española en dicho país, no tienen un ingreso gravable como contrapartida. Se exceptúa el caso en que estos gastos se compensen con ingresos que generen doble inclusión (tanto en la entidad residente como en la no residente). Esta compensación se permite durante un plazo de los tres años siguientes desde la conclusión del período impositivo en el que se devengaron tales gastos.

En este caso la asimetría híbrida aflora, no como consecuencia de un diferente tratamiento de la operación, sino de la propia entidad española. Si, por ejemplo, dicha entidad es contribuyente del IS y recibe un servicio, incurrirá, en principio, en un gasto deducible; no obstante, si en el otro Estado se considera que tanto la entidad no residente que presta el servicio como la entidad española que lo recibe son la misma persona, no se generaría un ingreso tributable en dicha jurisdicción.



Bajo estas circunstancias se deniega la deducción del gasto en España, salvo en el caso de que sí termine gravándose dicho ingreso.

Como regla secundaria o defensiva se regula el caso inverso en que la entidad española presta el servicio a la entidad no residente y la diferencia de calificación afecta a la entidad no residente. En tal caso, si la jurisdicción de la entidad no residente confirma la deducción del gasto, la norma española asegura el gravamen del ingreso en España (admitiendo que, en caso de doble inclusión posterior de rentas, se minore el ingreso en los tres años posteriores).

- > D/NI indirecta (apartado 3): no son fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades residentes en otro territorio y que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente de estas en dicho territorio y en el territorio donde reside su partícipe o inversor, no tienen un ingreso gravable como contrapartida.

En este caso el componente indirecto se advierte por cuanto la deducibilidad del gasto en la sociedad española se deniega como consecuencia de la descoordinada calificación de la entidad no residente que presta el servicio en su jurisdicción y en la jurisdicción de su socio, y que determina que el ingreso de dicha entidad escape a gravamen.

- > DD (apartado 4): no son fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de la diferente calificación fiscal de la sociedad española o de la persona no residente, sean también gastos fiscalmente deducibles en dichas personas o entidades no residentes, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión.

Se trata en este supuesto de la existencia de un gasto en una sociedad española que también es computado en sede de otra sociedad no residente. Se anula esta duplicidad en la deducción del gasto, salvo que venga acompañada de una duplicidad en el tratamiento de los ingresos.

- > DD doble residencia (apartado 10): no son 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. Si el gasto se compensa con posterioridad en el otro país o territorio, en ese momento se integrará como ajuste positivo en España.

Se pretende evitar que un mismo contribuyente sea considerado residente en dos territorios pudiendo, de esta forma, deducir dos veces el mismo gasto, salvo que esta situación se produzca también respecto de los ingresos. Cabe indicar que si el otro país es miembro de la UE con el que exista un convenio para evitar la doble imposición no aplicará esta norma si el contribuyente se considera residente fiscal en territorio español (pues se asume que no existirá este doble aprovechamiento).



Supuestos relativos a EPs

- > D/NI por criterios de atribución (apartado 5.a): no son deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con un EP del contribuyente o de otra entidad, cuando como consecuencia de una diferencia fiscal en su atribución entre el EP y su casa central, o entre dos o más EPs, no generen un ingreso.

Es decir, la norma deniega la deducción del gasto como reacción ante la situación en que las distintas reglas para la atribución de beneficios en EPs de las jurisdicciones implicadas determinan la ausencia de gravamen del ingreso.

- > D/NI por EP no computado (apartado 5.b): no son deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con un EP del contribuyente o de otra persona o entidad vinculada o que, como consecuencia de que dicho EP no es reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación, no generen un ingreso.

En este caso el defecto de tributación ante la que reacciona la norma aflora por cuanto el ingreso se atribuye a un EP localizado en un país que no grava a dicho EP.

- > D/NI en operaciones internas (apartado 5.c): no son deducibles los gastos estimados en operaciones internas realizadas con un EP del contribuyente, admitidos por un convenio para evitar la doble imposición internacional, cuando, debido a la legislación del país o territorio del EP, no generen un ingreso, salvo por la parte que se compense con ingresos sometidos a doble inclusión.

En este caso, se permite deducir los gastos en los tres años siguientes, en la medida en que se integren en la base imponible del contribuyente ingresos del EP de manera que esta doble inclusión compense la doble deducibilidad del gasto.

- > DD (apartado 5.d): los gastos correspondientes a operaciones realizadas con o por un EP del contribuyente que sean, asimismo, fiscalmente deducibles en dicho EP o en una entidad vinculada con él, en la parte que no se compense con ingresos de dicho EP o entidad vinculada que generen renta de doble inclusión. También se prevé la norma que permite deducir los gastos posteriormente, en el plazo de tres años, si existen ingresos con doble inclusión.

- > No exención de la renta de un EP no computado (apartado 6): se niega la exención del artículo 22 de la Ley del IS para aquellas rentas obtenidas a través de un EP que no es reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación.

Procede recordar que en la Directiva (UE) 2017/952 se descarta la aplicación de esta regla para los convenios para evitar la doble imposición firmados con terceros Estados y que dispongan una obligación de dejar exentas las rentas obtenidas a través de un EP. La norma española omite una referencia a esta situación, por lo que, teniendo en cuenta la condición de la Directiva (UE) 2016/1164 como un mínimo de protección, cabría derivar la capacidad de esta norma para descartar la exención del convenio en un escenario comunitario, aunque no en situaciones que hagan referencia a terceros Estados.



Otras situaciones

- > **Híbridos importados (apartado 7):** no son 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 que hemos comentado, salvo que uno de los países o territorios afectado haya aplicado alguna de las normas comentadas.

Como puede advertirse, la “importación” de la asimetría híbrida se produce por cuanto, si bien el gasto en España presenta como contrapartida un ingreso tributable de una entidad extranjera, esta entidad compensa dicho ingreso con la deducibilidad de un gasto que sí está asociado a un mecanismo híbrido. Si la jurisdicción de esta entidad extranjera no neutraliza la situación, los efectos económicos de la asimetría híbrida se trasladarían a España, de ahí que el legislador niegue a la entidad española la deducción del gasto en estos casos.

- > **Aprovechamiento excesivo de retenciones (apartado 8):** es deducible en la cuota íntegra del IS el importe de la retención practicada a cuenta del mismo en la proporción que se corresponda con la renta integrada en la base imponible obtenida en una transferencia híbrida realizada con una persona o entidad vinculada no residente en territorio español. Con esta norma se pretende evitar un aprovechamiento excesivo de retenciones, de tal forma que el crédito fiscal a computar no exceda de la proporción de renta integrada.

A estos efectos se considera como transferencia híbrida 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.

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas

©2021 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en él no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas

