



**DOCUMENTO SOMETIDO AL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA CON FECHA
29/3/2019**

CONSULTA PÚBLICA PREVIA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE 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.

De conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que, con el objetivo de mejorar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamento, prevé la realización de una consulta pública, a través del portal de la web de la Administración competente, en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias

En cumplimiento de lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, los ciudadanos, organizaciones y asociaciones que así lo consideren, pueden hacer llegar sus comentarios hasta el 24 de abril de 2019, a través del siguiente buzón de correo electrónico:

observaciones.proyectos@tributos.hacienda.gob.es

1.- Antecedentes

El Informe final de la Acción 2 del proyecto de la OCDE contra la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, conocido por su acrónimo en inglés –BEPS-, contiene recomendaciones para neutralizar los efectos fiscales causados por asimetrías híbridas consistentes en la doble deducción del mismo pago en dos jurisdicciones distintas (asimetría de doble deducción), la deducción de un pago en una jurisdicción sin que el correlativo ingreso esté sometido a tributación en la otra jurisdicción (asimetría de deducción sin inclusión) y el doble aprovechamiento de créditos fiscales mediante su utilización en dos jurisdicciones distintas. Las asimetrías híbridas se producen, de forma muy sucinta, por diferencias en la calificación fiscal en dos jurisdicciones de un pago o de una entidad.

Las reglas propuestas por la Acción 2 actúan de forma concatenada, con la finalidad de evitar que al neutralizar los efectos fiscales de la asimetría híbrida surjan situaciones de doble imposición internacional. Para ello, se estructuran en una regla primaria, cuya aplicación neutralizará el efecto



fiscal de la asimetría híbrida en la jurisdicción que deba aplicarla, y una regla secundaria que se aplicará en la otra jurisdicción en defecto de aplicación de la regla primaria.

La Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (conocida como ATAD 1), contenía en su artículo 9 dos reglas para neutralizar las asimetrías híbridas derivadas, exclusivamente, de la interacción entre los Impuestos sobre Sociedades de los Estados miembros. Con ella, se dio cumplimiento a las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2015 que instaron a *“una aplicación eficaz, rápida y coordinada de las medidas contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios que deben adoptarse a escala de la Unión Europea”*, considerando que el instrumento más adecuado para ello eran las Directivas.

La Directiva (UE) 2016/1164 ha sido modificada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países (conocida como ATAD 2). Las reglas que ha introducido la Directiva (UE) 2017/952 abordan un espectro mayor de asimetrías híbridas que busca, incorporando, asimismo, las habidas con terceros países, su neutralización *“de una forma lo más global posible”* a través de *“unas normas coherentes y no menos eficaces que las normas recomendadas por la acción 2 Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos asimétricos del Informe final de 2015 de la OCDE”* (Considerando 5 de la Directiva (UE) 2017/952).

En principio, se prevé que la transposición de los preceptos de la Directiva (UE) 2016/1164 sobre asimetrías híbridas, en la redacción dada por la Directiva (UE) 2017/952, (en lo sucesivo la Directiva) se efectuará a través de la modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y, en su caso, del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

2.- Problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa

La Directiva afronta la erosión de bases imponibles causada por asimetrías híbridas mediante un conjunto de reglas que permitirán neutralizar las generadas por instrumentos, entidades y establecimientos permanentes híbridos, tanto las que tienen su origen en la Unión Europea como las habidas con terceros países.

En concreto, las asimetrías híbridas para las que la Directiva contiene reglas de neutralización son las denominadas asimetrías de instrumentos financieros, las asimetrías de entidades híbridas, las asimetrías de establecimientos permanentes híbridos, las transferencias híbridas, las asimetrías importadas, las asimetrías relacionadas con la doble residencia fiscal y las asimetrías híbridas invertidas.

La transposición de los preceptos de la Directiva a la normativa interna española permitirá completar esta con reglas de protección de las bases imponibles contra las asimetrías híbridas más amplias que las existentes actualmente tanto en el Impuesto sobre Sociedades como, en su caso, en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

3.- Necesidad y oportunidad de su aprobación

Con este proyecto normativo se realiza la transposición de la Directiva que obliga a los Estados miembros a adoptar y publicar las disposiciones normativas internas de transposición antes del 31 de diciembre de 2019, con ciertas especialidades temporales, fundamentalmente:

- (i) la existencia de un mayor plazo para la transposición de las reglas relativas a las asimetrías híbridas invertidas, en concreto, hasta el 31 de diciembre de 2021 y,



- (ii) la potestad de excluir, con carácter permanente, la regla secundaria en determinadas asimetrías híbridas en las que intervenga una entidad híbrida o un establecimiento permanente y solo hasta el 31 de diciembre de 2022 en el caso de pagos de intereses en determinados instrumentos financieros híbridos.

Respondiendo a dicha necesidad, el Ministerio de Hacienda ha iniciado los trabajos de elaboración normativa dirigidos a dar completo cumplimiento al citado mandato de trasposición.

Por tanto, las normas respecto de las cuales se plantea la consulta pública pretenden afrontar el cumplimiento del mandato de trasposición, recogido en el artículo 2 de la Directiva (UE) 2017/952, antes de 31 de diciembre de 2019.

Dicho mandato evidencia la existencia de una clara necesidad de aprobación y publicación de la norma que ahora se somete a consulta pública.

4.- Objetivos de la norma

La norma pretende transponer los preceptos sobre asimetrías híbridas de la Directiva (UE) 2016/1164, en la redacción dada por la Directiva (UE) 2017/952.

Seguidamente se analizan las principales características de la normativa a transponer:

4.1 Definiciones

El primer párrafo del artículo 2.9) de la Directiva (relativo a definiciones) contiene los casos de asimetrías híbridas con efecto de doble deducción o de deducción sin inclusión cuya neutralización deberá abordarse en la normativa transpuesta por las normas que podrían denominarse “generales”, reguladas en los apartados 1 y 2 del artículo 9. Por contraposición, los apartados 3, 5 y 6 del artículo 9, así como los artículos 9 bis y 9 ter, se refieren a asimetrías híbridas específicas y contienen su regla de neutralización correspondiente.

Para las asimetrías de doble deducción, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 9.1 de la Directiva, la regla primaria consiste en la denegación del pago en el Estado miembro del inversor y la regla secundaria en la denegación de la deducción en el Estado miembro del ordenante, salvo que tal deducción vaya acompañada de una renta de doble inclusión (aquella que se computa en las dos jurisdicciones en las que se ha originado la asimetría híbrida).

Para la asimetría de deducción sin inclusión, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 9.2 de la Directiva, la regla primaria consiste en la denegación de la deducción en el Estado miembro del ordenante del pago y la regla secundaria en la inclusión del pago en concepto de renta en el Estado miembro del inversor.

Los casos a que se refiere el primer párrafo del artículo 2.9) deben ponerse en relación con lo señalado en el artículo 9.4.a) de la Directiva, que regula la opción de no transponer lo dispuesto en el artículo 9.2.b) (regla secundaria en asimetrías con efecto deducción sin inclusión) en los siguientes casos:

- i) asimetría híbrida por pagos realizados a entidades híbridas que se originan como consecuencia de diferencias en la atribución del pago en la jurisdicción en la que está situada la entidad híbrida y en la jurisdicción de residencia del inversor;
- ii) asimetría híbrida por pagos realizados a una entidad con establecimientos permanentes como consecuencia de las diferencias en la atribución de pagos entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes de la misma entidad;
- iii) asimetría híbrida por pagos realizados a un establecimiento permanente no computado;



- iv) asimetría híbrida por un pago presumible entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes debido a que en la jurisdicción del beneficiario el pago no se computa.

Por tanto, una cuestión muy relevante en la transposición de la Directiva será si se hace uso o no de la opción citada, esto es, de no regular para las asimetrías híbridas antes enunciadas la inclusión en la renta del contribuyente del pago cuya deducción se haya permitido en la jurisdicción ordenante por no haberse aplicado la regla primaria.

En el artículo 2, relativo a definiciones, de gran trascendencia porque contiene los conceptos y elementos cuya concurrencia configuran las asimetrías híbridas, puede tener cierta dificultad en su transposición el concepto de “mecanismo estructurado” (punto 11), definido en la Directiva como el que *“implique una asimetría híbrida en la que la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo o mecanismo diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida, a menos que el contribuyente o una empresa asociada no pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal resultante de la asimetría híbrida.”* Esta definición resulta de especial importancia debido a que la letra c) del segundo párrafo del artículo 2.9) de la Directiva dispone 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”*. De las relaciones que deben darse para que exista una asimetría híbrida que enumera el párrafo transcrito es la de mecanismo estructurado la que puede resultar más compleja de delimitar.

De igual dificultad participa la incorporación a la normativa interna del concepto de “transferencia híbrida introducida en el mercado”, definida en la Directiva como *“cualquier transferencia híbrida que haya sido introducida por el operador financiero en el curso ordinario de su actividad profesional, y no como parte de un mecanismo estructurado”*.

4.2 Asimetría híbrida importada

Un caso de especial complejidad entre las asimetrías híbridas específicas es el de las asimetrías híbridas importadas, regulado en el artículo 9.3 de la Directiva. En este tipo de asimetría, el Estado miembro debe denegar la deducción de los pagos en los que incurra el contribuyente cuando financien, directa o indirectamente, gastos deducibles en el marco de asimetrías híbridas en transacciones realizadas entre empresas asociadas o cuando las transacciones sean acordadas en el marco de un mecanismo estructurado, salvo que alguna de las jurisdicciones afectadas por tales asimetrías aplique normas que las neutralicen.

4.3 Asimetría híbrida de establecimiento permanente no computado

En este caso, regulado en el artículo 9.5 de la Directiva, la asimetría híbrida afecta a las rentas que no están sujetas a tributación en el Estado miembro de residencia del contribuyente y que se derivan de un establecimiento permanente no computado (no reconocido) en la otra jurisdicción. La forma de neutralizar esta asimetría, en la que una renta no resulta gravada en ninguna jurisdicción, será que el Estado miembro exija la inclusión de tales rentas en la base imponible de su contribuyente, a menos que esté obligado a considerarlas exentas en virtud de un tratado de doble imposición firmado con un tercer país.

4.4 Transferencia híbrida

Este tipo de asimetría híbrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.6 de la Directiva, *“está concebida para producir una compensación por el impuesto retenido en la fuente sobre un pago derivado de un instrumento financiero transferido a más de una de las partes implicadas”* y el mandato que contiene dicho artículo para neutralizarla es que el Estado miembro del



contribuyente limite el beneficio de tal compensación en proporción a la renta neta imponible en relación con dicho pago.

Adicionalmente a lo señalado en el precepto transcrito, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la letra l) del tercer párrafo del artículo 2.9 de la Directiva así como en su considerando 23. En este último, se distingue la posibilidad de que una transferencia híbrida de lugar tanto a una deducción sin resultado de inclusión como a la generación de un crédito fiscal excesivo respecto de la retención en la fuente sobre el instrumento subyacente.

En el caso de estas asimetrías se revisarán y, en su caso, se completarán las normas que ya contiene la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la medida que sea necesario para dar satisfacción a lo exigido por la Directiva.

4.5 Asimetrías relacionadas con la residencia fiscal

Las asimetrías de doble residencia fiscal dan lugar a la doble deducción de un mismo gasto o pérdidas en el mismo contribuyente debido a su residencia, a efectos fiscales, en dos o más jurisdicciones.

La solución que aporta la Directiva en su artículo 9 ter es que el Estado miembro del contribuyente niegue la deducción cuando la otra jurisdicción -no Estado miembro-, la permita (salvo que vaya acompañada de una renta de doble inclusión).

En el caso de que las dos jurisdicciones afectadas sean Estados miembros, aquel en el que en virtud de un tratado para evitar la doble imposición suscrito entre ambos no sea el de residencia deberá denegar la deducción.

En la transposición de este precepto deberá prestarse una atención especial a las reglas de desempate de dobles residencias de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España.

4.6 Opción de exclusión de las reglas para asimetrías híbridas con efecto deducción sin inclusión en el supuesto regulado en el artículo 9.4. letra b).

Se considera de especial relevancia en la transposición la potestad que la letra b) del artículo 9.4 de la Directiva otorga a los Estados miembros para exceptuar hasta el 31 de diciembre de 2022 la aplicación de las reglas primaria y secundaria en el caso de asimetrías híbridas con efecto de deducción sin inclusión en el caso de *“las asimetrías híbridas resultantes de un pago de intereses en virtud de un instrumento financiero a una empresa asociada cuando:*

i) el instrumento financiero tenga componentes de conversión, recapitalización interna o depreciación,

ii) el instrumento financiero haya sido emitido con el único propósito de satisfacer requisitos de capacidad de absorción de pérdidas aplicables al sector bancario y el instrumento financiero se reconozca como tal en los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas del contribuyente,

iii) se haya emitido el instrumento financiero:

— en relación con instrumentos financieros con componentes de conversión, recapitalización interna o de depreciación a nivel de la empresa matriz,

— a un nivel necesario para satisfacer los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas,

— no como parte de un mecanismo estructurado, y

iv) la deducción global neta para el grupo consolidado en el marco del acuerdo no supere el importe que habría sido si el contribuyente hubiera emitido tal instrumento financiero directamente al mercado.”.



Esta excepción también se menciona en el considerando 17 de la Directiva con el siguiente texto: *“Con el fin de evitar resultados imprevistos en la interacción entre la norma del instrumento financiero híbrido y los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas impuestos a los bancos, y sin perjuicio de las normas sobre ayudas estatales, los Estados miembros deben tener la capacidad de excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los instrumentos intragrupo que han sido emitidos con el único propósito de satisfacer los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas del emisor y no con el fin de eludir impuestos.”*

Una cuestión relevante en la transposición de la Directiva es si esta opción se incorpora a la normativa interna y, si así se hace, la forma en la que se recoge la limitación que señala el considerando 17 antes transcrito, esto es, que el instrumento financiero a que se refiere no se emita con la finalidad de eludir impuestos.

4.7 Relación con la Acción 2 del Proyecto BEPS de la OCDE

El considerando 28 de la Directiva (UE) 2017/952 señala que *“al aplicar la presente Directiva, 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 en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión.”*

Una de las cuestiones que habrá que decidir en la transposición de la Directiva es la forma en la que se abordará lo señalado en el considerando citado.

5.- Posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Como se ha señalado anteriormente, la normativa objeto de consulta previa responde al mandato de trasposición de la Directiva (UE) 2017/952, en la modificación que realiza de la Directiva (UE) 2016/1164, que establece reglas para neutralizar los efectos fiscales de las asimetrías híbridas, muchas de ellas no reguladas actualmente en el ámbito de la imposición directa en España.

Por tanto, desde esta óptica, el Reino de España no podía evaluar ninguna alternativa no regulatoria y, consecuentemente, se debe elaborar y aprobar una normativa de trasposición de la citada Directiva.