

Linking rules en el impuesto sobre utilidades costarricense

(Un análisis de la acción 2 del Plan BEPS de OCDE)

Jorge Daniel Vargas Gámez (*)

(Recibido 14/10/21 • Aceptado 30/11/21)

(*) Doctorando por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid, España. Máster en Asesoría Fiscal por el Centro de Estudios Financieros y la Universidad a Distancia de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho.

E-mail: jorge.vargas.gamez@gmail.com /jvg@sferalegal.com Teléfono: (+506) 60172480

Resumen: Este trabajo tiene por objeto analizar la nueva regulación contenida en la Ley del Impuesto sobre la Renta N.º 7092 en materia de asimetrías híbridas, así como sus reglas de coordinación, en relación con la acción 2 del plan BEPS de la OCDE. Se exponen los antecedentes internacionales que dan origen al nuevo artículo 9 inciso m) de Ley del Impuesto sobre la Renta N.º 7092 y cuáles son sus beneficios fiscales, para concluir con una breve reflexión sobre su individualizada aplicación.

Palabras clave: Acción 2 del plan BEPS, doble no imposición, asimetrías híbridas, reglas de coordinación, instrumentos financieros híbridos, entidades híbridas, mecanismos financieros híbridos, gastos no deducibles.

Abstract: This paper aims at analyzing hybrid mismatch regulation and its linking rules within Income Tax Law N° 7092 in relation to BEPS Action 2 of the OECD. It describes the international background of new Section 9 paragraph m) of Income Tax Law N° 7092 and its tax benefits, followed by a brief reflection on its individualized application.

Keywords: BEPS Action 2, double non-taxation, hybrid mismatches, linking rules, hybrid financial instruments, hybrid entities, hybrid financial mechanisms, and non-deductible expenses.

ÍNDICE:

Introducción.

1. Antecedentes.

1.1. Reivindicación de la financiación híbrida y su difícil delimitación conceptual.

2. Repaso cronológico del estudio de los mecanismos financieros híbridos a nivel internacional

2.1. La acción 2 del plan beps y su incidencia en el escenario internacional.

3. Linking rules como normas antielusivas; anulación de divergencias tributarias.

3.1. Mecanismos híbridos subyacentes que generan divergencias fiscales.

3.2. Retos para la administración tributaria en aplicación de linking rules.

3.3. Divergencias tributarias híbridas.

3.4. Alcance de las linking rules.

Conclusiones.

Bibliografía.

Introducción

Los mecanismos de financiación y estructuras híbridas transfronterizas han ocupado para la fiscalidad internacional un lugar importante dentro de la lucha contra la erosión y desplazamiento de bases imponibles donde la riqueza se crea. Producto de este debate se han emitido por organismos internacionales iniciativas de carácter vinculante y no vinculante, cuyas propuestas y medidas han sido incorporadas a diferentes ordenamientos tributarios con el fin de evitar determinados resultados de doble no imposición.¹

Desde el año 2017² la OCDE acentuaba la necesidad de que la legislación costarricense tomara como una de sus prioridades la implementación del proyecto de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (“BEPS”, por sus siglas en inglés), de manera tal que se escudaran las bases imponibles nacionales frente a la elusión y evasión de impuestos a escala internacional, generadas por Contribuyentes del Impuesto sobre las Utilidades, que ante las insuficiencias del sistema tributario, logran trasladar los beneficios obtenidos en Costa Rica fuera de nuestro territorio, en situaciones de doble no imposición.

El plan de acción BEPS en comentario se refiere a una serie de estándares mínimos, por eje temático, que buscan anular estrategias de planificación fiscal agresiva, que afectan la recaudación del Impuesto sobre la Renta. Por otro lado, brindan a las empresas certeza y seguridad de cómo cumplir con sus obligaciones fiscales de una forma estandarizada.

¹ Martínez Laguna, Felix Daniel (2021). *Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: el nuevo artículo 15 bis de la LIS*. Revista Quincena Fiscal num.10/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U.

² OECD (2017). *Análisis de políticas fiscales de la OCDE: Costa Rica 2017*. OECD Publishing, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264278608-es>

La República de Costa Rica de previo a su incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, “OCDE”) ya formaba parte del marco inclusivo BEPS, obligándose a implementar al menos cuatro de las quince acciones del paquete integral del proyecto BEPS, descartando la acción número 2 para neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos.

En este sentido, la nueva Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas N.º 9635 (en adelante, “LFFP”) del 3 de diciembre de 2018, como consecuencia de esta nueva influencia fiscal internacional, adicionó un inciso m) al artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre la Renta N.º de 21 de abril de 1988 (en adelante, “LISR”) que obliga a un Contribuyente del Impuesto Sobre las Utilidades a ajustar positivamente su base imponible cuando este quisiera deducirse gastos contables asociados a asimetrías híbridas en los siguientes términos:

“Artículo 9- Gastos no deducible.

No son deducibles de la renta bruta:

(...)

*m) Los gastos asociados con asimetrías híbridas que efectúe el Contribuyente a partes vinculadas en el extranjero, **cuando tales gastos no generen un ingreso gravable o generen un ingreso exento para dicha parte vinculada, o cuando estos gastos también sean deducibles para la parte vinculada domiciliada en el extranjero.** El término “asimetrías híbridas” se refiere a aquellas divergencias existentes en cuanto a la clasificación o el tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo al ordenamiento jurídico costarricense y al de las demás jurisdicciones involucradas, a partir de las cuales se generan situaciones de doble no imposición.” (Resaltado no es del original)*

Ciertamente la anterior norma tiene el carácter de *anti-elusiva* y constituye un importante avance para Costa Rica, al adaptar su legislación tributaria a las recomendaciones de la OCDE, consolidándonos como un país aliado en la lucha internacional contra la elusión fiscal y erosión de las bases imponibles.

La presente contribución tiene por objeto ilustrar la implementación de la acción 2 del plan BEPS en nuestra legislación tributaria. Para ello se partirá de un desarrollo histórico de los principales antecedentes internacional que hacen necesaria su implementación en el derecho nacional, se expondrá teóricamente el concepto de *asimetrías híbridas* y la aplicación práctica de las reglas de coordinación que contempla la LISR para neutralizar las situaciones de doble no imposición fiscal que surgen a causa de los mecanismos híbridos. Finalmente, se concluirá con una breve reflexión con relación a los recientes pronunciamientos de la Dirección General de Tributación en esta materia.

1. Antecedentes

1.1. Reivindicación de la financiación híbrida y su difícil delimitación conceptual.

Las empresas normalmente financian sus actividades económicas recurriendo a fuentes ajenas (deuda) o propias (inversión de capital), inclinándose la balanza más a la primera que a la segunda. En este sentido todo ordenamiento jurídico que tiene un Impuesto sobre la Renta, Impuesto sobre Sociedades o Utilidades trata tributariamente de manera diferenciada los rendimientos que se generan a causa de estos instrumentos de *deuda* y *capital* que se emplean en la financiación de las empresas.

Podemos comprender por rendimiento de *deuda* aquel derivado de una serie de derechos contractuales que esencialmente implican una cesión de capital a terceros, por ejemplo, los rendimientos por intereses, cesión de activos financieros con pacto de recompra, entre otros. Por otro lado, los rendimientos de *capital* corresponden a aquellos rendimientos generados por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, por ejemplo, rendimientos derivados de la distribución de dividendos, las participaciones o distribución de prima de emisión de acciones, entre otros.

A estos rendimientos de *deuda* y *capital*, se según el contexto histórico, económico o político de un Estado se les otorgan ciertos beneficios, restricciones o prohibiciones en materia fiscal. No obstante, tras la crisis económica que se desencadenó en el año 2008-

2009 en Estados Unidos, el lograr una equiparación en el tratamiento tributario de las rentas derivadas de instrumentos de *deuda y capital* se convirtió en un objetivo esencial para la mayoría de los ordenamientos tributarios a escala global.

La crisis inmobiliaria que estalló a finales del año 2007 e inicios del 2008 en Estados Unidos, generada a causa de la desmedida expansión del crédito hipotecario en esa nación, con tipos de interés reducidos en términos nominales, pero negativos en términos reales, devino en problemas de liquidez para la economía a escala mundial, afectando a Costa Rica inclusive.³ Con lo cual, las figuras del intermediario financiero y el Banco como fuente de financiamiento indirecto decayó, se empezaron a restringieron sus préstamos.

Por lo tanto, frente a la necesidad de liquidez en el sector productivo, empezaron a tomar aún mayor relevancia los intermediarios financieros no Bancarios, conocidos como inversores institucionales, entre ellos fondos de pensiones y fondos de mutualidad, así como compañías de seguros.⁴ El anterior contexto económico les planteó a las empresas la interrogante de ¿cómo obtener financiación para sus actividades económicas primero, en un contexto de desaceleración económica e inflación y acto seguido, sin generar un riesgo y coste financiero excesivo?³

De manera reaccionaria y en respuesta a la crisis desencadenada en el año 2008 a escala global, empezaron a reivindicar los *instrumentos financieros híbridos*, como mecanismos de financiamiento innovadores, consolidándose en los mercados financieros como una “tercera categoría” y opción de financiación para las empresas, golpeando aquellas formas tradicionales de captar fondos financieros y saciando de forma flexible las necesidades de liquidez en el mercado.

³ Torrero Mañas Antonio (2008): “*La crisis financiera internacional y económica española*”. Madrid: Ediciones Encuentro (Cuadernos de frontera). Disponible en: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=3210663> [Consulta: junio 2020].

⁴ Valdez, S. & Molyneux, P. (2015). *An introduction to global financial markets*. 8va ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan. p 235.

¿Qué son los instrumentos financieros híbridos? El autor Bart Peeters & Lars Vanneste (2020), al respecto, indica lo siguiente:

“(…) El "Instrumento financiero híbrido" no está definido de manera inherente, solo se prevén efectos reductores de impuestos, y la mera obtención de un beneficio no necesariamente refleja la intención del Contribuyente en cuestión de evitar activamente el pago de impuestos (...) Aunque existen definiciones para un "Instrumento financiero", un "Instrumento financiero híbrido" no se define uniformemente. Se trata de un instrumento que se clasifica de manera diferente en la legislación interna de varios países.”⁵ (p.16)

Por su parte, el autor Timo Köffer (2014) considera que el capital híbrido se usa como un término para varios *instrumentos financieros* que no pueden atribuirse directamente al patrimonio o la deuda, están subordinados unos a los otros. Es decir, que los *instrumentos financieros híbridos* son una mezcla de instrumentos financieros de *deuda* y *capital*.

El autor Bärsch Sven- Eric (2012) por su parte, exponiendo y analizando en detalle la doctrina pre y post crisis financiera del 2008, no encuentra aún uniformidad de criterio para definir a los *instrumentos financieros*, pero afirma que incluyen o mezclan una serie de obligaciones y derechos que legalmente corresponde a una u otra forma de financiación tradicional y que puede según el período de madurez en que se encuentre el instrumento o bien, el hecho futuro e incierto que acontezca, puede considerarse como generador de rendimientos de *deuda* o *capital*.⁶

De una forma ilustrativa las empresas calificadoras de riesgo precisan con base a ciertos criterios los conceptos *deuda* y *capital*, siendo para ellos un *instrumento de capital* aquel que: (i) No tiene plazo de vencimiento, (ii) no conlleva la exigencia de pagos que puedan derivar en incumplimiento - *default risk*- y (iii) implica absorción de pérdidas por

⁵ Peeters, B. and Vanneste, L. (2020). *The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD*. Intertax, número 48(1). p.16.

⁶ Bärsch Sven-Eric (2012). *Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context: issues and options for reform (dissertation)*. Heidelberg: Springer. p.15.

parte de los tenedores del capital en caso de quiebra o liquidación de la empresa emisora. Por otro lado, el *instrumento de deuda* será aquel que particularmente adolece de las anteriores características mencionadas⁷

Observamos de esta forma que no existe por parte de la doctrina económica un alcance preciso o uniforme de lo que los *instrumentos financieros* representan, lo que supone un problema para el jurista y el legislador, que debe en muchas ocasiones de apoyarse en conceptos ajenos los de su especialización para una correcta técnica legislativa y defensa de los derechos de sus representados.

No obstante, los instrumentos financieros híbridos sí que los podemos diferenciar de una forma clara según se comercialicen en mercados al contado (*spot market*) o bien en mercado de futuros (*future markets*). En el primero encontramos instrumentos de *deuda* y *capital*, que incluyen por ejemplo “*bonos de deuda*” o “*acciones comunes*”, en el segundo mercado encontramos instrumentos financieros derivados, tales como los “*forwards*”, “*futures*”, “*swaps*” y “*options*”, los cuales obtienen su propio valor basados en el valor subyacente de otro activo (*acciones, bonos, moneda, bienes, índices de mercado e intereses*).⁸

En la literatura jurídica, los *instrumentos financieros híbridos* anteriormente enunciados se han introducido, en gran medida, como valores complejos y de difícil comprensión, con los que tienen que lidiar los abogados a la hora de redactar contratos, exigir su pago al vencimiento y ahora, declarar y pagar impuestos.⁹ Si se quisiera estudiar con mayor profundidad el concepto de *instrumento financiero híbrido* debemos remitir al

⁷ Núñez Ciallella, F. (2010). *Instrumentos Financieros Híbridos - Aspectos tributarios derivados de la distinción entre “instrumentos de deuda” e “instrumentos de capital” y criterios de clasificación aplicables a este tipo de instrumentos*. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, número 49, pp. 161-180. Disponible en: https://ipdt.org/uploads/docs/05_Rev49_FNC.pdf [Consulta: abril 2020]

⁸ Bärsch Sven-Eric (2012). *op. cit.*, p.10.

⁹ Brunnermeier, Markus K. & Martin Oehmke (2009). *Complexity in Financial Markets*. Princeton University. Disponible en: <https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/moehmke/papers/Complexity.pdf> [Consulta: abril 2020].

lector a aquellos papeles internacionales de trabajo, principalmente desarrollados por la OCDE en relación a la acción 2 del plan BEPS.

Lo anterior puesto que, dentro de los principales convenios internacionales en materia de intercambio de información tributaria, así como aquellos propuestos para anular situaciones de doble imposición internacional, padecen de una consideración detallada y sistemática de lo que es un *Instrumento financiero híbrido*, remitiéndonos siempre a los tradicionales conceptos de *deuda o capital* para catalogar a los rendimientos fruto de *financiación híbrida*, con lo cual, no son de mucha ayuda a la hora de determinar cómo deben tributar los rendimientos que se produzcan a través de estos instrumentos de financiamiento.

La legislación tributaria costarricense en su nuevo artículo 9 inciso m) de LISR da una importante conceptualización de lo que debemos entender por “asimetrías híbridas” entendiéndolas como “aquellas divergencias existentes en cuanto a la clasificación o el tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo al ordenamiento jurídico costarricense y al de las demás jurisdicciones involucradas, a partir de las cuales se generan situaciones de doble no imposición”.

2. Repaso cronológico del estudio de los mecanismos financieros híbridos a nivel internacional

Algunas de las principales consecuencias en la utilización de *instrumentos financieros híbridos* fueron analizados a inicios de la década anterior. El informe “*Addressing tax risks involving bank losses*”¹⁰ de la OCDE abordó la problemática de doble no imposición internacional a causa de instrumentos financieros híbridos en un contexto de banca internacional.

¹⁰ OCDE (2010). *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*”. OECD Publishing, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264088689-en>. [Consulta: mayo 2020]

Este informe le recomendó a los Estados miembros de la OCDE indicarles a los órganos de gestión y aplicación de tributos de sus respectivas jurisdicciones prestar atención a aquellas situaciones en las que se aprovecha la misma pérdida fiscal en más de un país, como resultado de las diferencias en el tratamiento fiscal a un mismo rendimiento entre jurisdicciones.

Bajo esta misma línea de pensamiento, el informe “*Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*”¹¹ del año 2011, recomienda a los países miembros de la OCDE, que para este momento eran 17, el considerar introducir en su legislación doméstica restricciones a situaciones donde se utiliza la misma pérdida fiscal, para diferir la tributación en dos jurisdicciones.

El anterior reporte evidencia y concluye con que, la falta de uniformidad en las reglas que califican los rendimientos representa una fuente de riesgo fiscal, ya que se generan potenciales oportunidades para los Contribuyentes de explotar a través de la planificación fiscal agresiva escenarios de doble no tributación. Adicionalmente la OCDE a través del informe “*Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*”¹², destacó la importancia y relevancia de la obtención de información pertinente y comprensiva para combatir las planificaciones fiscales agresivas.

Un análisis técnico del fenómeno de las asimetrías híbridas se realizó con el informe “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*”¹³ No obstante, de una forma más intensa, la OCDE con su plan de acción BEPS, concretamente en su acción

¹¹ OCDE (2011). *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*. OECD Publishing, Paris, Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264119222-en>. [Consulta: mayo 2020]

¹² OCDE (2011). *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. OECD Publishing, Paris. Disponible en <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf> [Consulta: mayo 2020]

¹³ OCDE. (2012). *Hybrid mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*. OECD Publishing, Paris. Disponible en: http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf. [Consulta: mayo 2020]

segunda¹⁴, ha tratado de erradicar los desajustes fiscales producto de *acuerdos e instrumentos financieros híbridos* utilizados en planificaciones fiscales agresivas por empresas situadas en más de una jurisdicción.

El análisis que se realiza, dentro de la acción 2 del plan BEPS en cuanto al fenómeno de la doble no imposición a través de asimetrías híbridas, es exhaustivo. Esta acción 2 del plan BEPS pretende en última instancia que las economías miembro de la OCDE adopten una serie de recomendaciones normativas de cómo interpretar y aplicar las *linking rules*.

2.1. La acción 2 del plan BEPS y su incidencia en el escenario internacional.

La acción 2 del Plan BEPS, contiene una serie de recomendaciones dirigidas hacia las economías miembros de la OCDE para que promulguen disposiciones normativas en el ámbito doméstico que ataquen las asimetrías híbridas. Tales recomendaciones influyeron en el seno de la Comisión Europea, siendo que a partir de ellas se generaron planes de acción concretos en materia fiscal internacional, lo cual se reflejó en un primer momento dentro del “*Anti Tax Avoidance Package*” del año 2016¹⁵.

Posteriormente y de especial importancia, se emitió la Directiva Anti-Elusión EU 2016/1164 “ATAD I”¹⁶. Esta directiva fue considerada por el Consejo de Asuntos

¹⁴ OCDE (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en> [Consulta: mayo 2020]

¹⁵ Ver en este sentido (i) Comisión Europea (2016). *Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE*. Bruselas, 28 de enero del 2016. COM. 23 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0023&from=EN> [Consulta: mayo 2020] y; (ii) Comisión Europea. (2016). *Próximos pasos para lograr una fiscalidad efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE*. Bruselas, 28 de enero del 2016. COM. 23 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0006&from=EN>. [Consulta: mayo 2020]

¹⁶ Consejo UE. (2016). *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*

Económicos y Financieros de la Unión Europea (ECOFIN) como incompleta, porque sólo contemplaba los *desajustes fiscales híbridos* que se generan dentro de la Unión Europea, dejando por fuera los desajustes fiscales cuando participan terceros países. De esta forma Comisión Europea atendió el requerimiento de ECOFIN y alineándose con la Acción 2 del Plan BEPS consolidó la Directiva EU 2017/952, “ATAD II”¹⁷

Adicionalmente, la acción 2 del plan BEPS incidió en Estados Unidos con la misma fuerza que en Europa, puesto que el pasado 20 de diciembre del 2018, a través del "*Tax Cuts and Jobs Act*", el Departamento del Tesoro de esta nación, publicó bajo la sección 267A del *U.S. Internal Revenue Code* una serie de propuestas concretas que combaten la planificación fiscal agresiva bajo *instrumentos financieros híbridos*, adoptando las principales recomendaciones de la OCDE.

Como vemos la acción 2 del plan BEPS tiene eco a nivel global y nuestra LISR, tras la reciente promulgación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en respuesta a esta influencia por parte de la comunidad internacional, adopto unas reglas de coordinación (Linking Rules) para combatir las situaciones de doble no tributación internacional a causa de asimetrías híbridas.

3. Linking Rules como normas antielusivas: anulación de divergencias tributarias.

Las reglas de vinculación o *linking rules* son la reacción jurídica que plantean los Estados miembros de la OCDE en el contexto internacional para anular las planificaciones

mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea. Bruselas, 12 de julio 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L1164> [Consulta: Marzo 2020].

¹⁷ Consejo UE. (2017). *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*. Diario Oficial de la Unión Europea. Bruselas, 7 de junio del 2017. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=ES> [Consulta: Marzo 2020].

fiscales agresivas, que abusan del uso de *instrumentos financieros*, erosionando cada vez con mayor impacto las bases imponibles de los Estados donde la riqueza se genera; en este sentido las *linking rules* pivotan sobre las siguientes dos normas:

- (I) Una *primaria* que anula la deducción fiscal de un pago ordenado desde un Estado que, teniendo como elemento subyacente un *mecanismo financiero híbrido* genera una doble deducción en el Estado beneficiario del pago.
- (II) Una norma *defensiva*, que ante la falta de anulación de deducción en un Estado ordenante del pago, teniendo como elemento subyacente un *mecanismo financiero híbrido*, anula el doble diferimiento fiscal en sede del beneficiario del pago, lo cual implica ajuste positivo de la base imponible en la entidad beneficiario del pago.

En este sentido las *linking rules* determinan a qué jurisdicción le corresponde obligar a su Contribuyente a la realización de un ajuste positivo en su base imponible, pretendiendo anular los dobles diferimientos fiscales que no se deban, objetivamente, a políticas fiscales concretas de un Estado.

Lo anterior puesto que, de conformidad con la acción 2 del plan BEPS, cuando hay un doble diferimiento en la tributación, a causa única y exclusivamente de políticas de Estatales, como puede ser, por ejemplo, la existencia de un régimen de Zona Franca, no deberían ser inaplicables las *linking rules* a estas asimetrías, puesto que no media un ánimo de defraudación por el Contribuyente. ¿Qué anulan exactamente las *linking rules*?

Las *linking rules* atacan las disimilitudes técnicas con que las jurisdicciones gravan los pagos realizados al amparo de *los instrumentos y entidades financieras híbridas*, veamos como el artículo 18 inciso 5) del nuevo reglamento a LISR expone que los tratamientos tributarios divergentes podrán producirse en los dos casos siguientes;

“a) Divergencia en la clasificación o el tratamiento tributario de una entidad: Se entenderá que existe una divergencia en la clasificación o el tratamiento tributario de una entidad, cuando la empresa vinculada no es Contribuyente del

impuesto sobre las utilidades o su equivalente en la otra jurisdicción involucrada, o bien la renta correspondiente sea exenta o no sujeta en la jurisdicción del exterior.

b) Divergencia en la clasificación o tratamiento tributario de un instrumento financiero: Se entenderá que existe divergencia en la clasificación de un instrumento financiero, cuando estos posean características distintas en ambas jurisdicciones que implique una tributación diferente. Asimismo, se considerará que los pagos realizados están asociados a asimetrías híbridas cuando estos no sean gravables o estén exentos en la otra jurisdicción involucrada en la operación, o cuando el pago en cuestión también sea deducible para la parte vinculada domiciliada en el extranjero.

El término "partes vinculadas" utilizado en el párrafo anterior deberá entenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de este Reglamento”

De esta manera las *linking rules* son simplemente normas *anti-elusivas* que no entran a considerar elementos accidentales del negocio, tales como su tiempo de maduración, el determinar si son instrumentos que cubren pérdidas o se utilizan para la especulación (*hedging* “o” *speculation*), su plazo de vencimiento, riesgos de un eventual incumplimiento, el determinar quién absorbe pérdidas financieras, entre otros, es una norma que busca atacar los efectos de la doble no imposición.

No quiero decir con lo anterior que los elementos accidentales del negocio sean irrelevantes, evidentemente tiene incidencia sobre el devengo, la distribución de responsabilidades, formas de declaración y documentación a nivel fiscal, simplemente quisiera hacer énfasis en que el cometido de las *linking rules* es evitar planificaciones fiscales agresivas que generen situaciones de *doble no imposición* o *deducciones sin inclusión*, respetando los ordenamientos jurídicos internos y coadyuvando a que se recaude

el impuesto donde efectivamente se genere la riqueza, que será principalmente en la jurisdicción ordenante del *pago híbrido*.

3.1 Mecanismos híbridos subyacentes que generan divergencias fiscales.

Las *entidades, acuerdos e instrumentos financieros* se ven permeados “negocialmente” de una serie de disposiciones financieramente complejas, adoptando diversas formas, sin embargo, frecuentemente se basan en *mecanismos* subyacentes similares con efectos fiscales asimilables. De esta manera tenemos que los principales *mecanismos híbridos* que generan desajustes divergencias tributarias dentro de la acción 2 del plan BEPS y las Directivas anti-elusión de la Unión Europea, son los siguientes:

- *Instrumentos financieros híbridos*: Instrumentos que tratan de manera diferente a efectos fiscales los rendimientos involucrados y circulantes en una o más jurisdicciones, proveniente de instrumentos de financiamiento ajeno o propio, considerando la renta proveniente de ella como *interés o dividendo*.
- *Entidades híbridas*: Son entidades que se tratan como transparentes a efectos fiscales en un país y como no transparentes en otro país, corresponde a toda entidad o mecanismo que sea considerado entidad sujeta de imposición en virtud de la legislación de una jurisdicción, cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación fiscal de otra jurisdicción.¹⁸ La consideración de una entidad como híbrida requiere por lo tanto la presencia física en dos jurisdicciones fiscales. En una es considerada como un Contribuyente pleno, en tanto que en la segunda jurisdicción los ingresos o gastos se imputan a otros Contribuyentes, que van a tener que ser socios o partícipes de la sociedad.

¹⁸ Ver la letra i) del párrafo tercero del artículo 2.9 en: Consejo UE. (2017): “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”. *op. cit.*

- *Entidades con doble residencia fiscal:* Entidades que residen en dos países diferentes para efectos fiscales. Una asimetría de sociedades con doble residencia podría dar lugar a una doble deducción si un pago efectuado por un Contribuyente con doble residencia se dedujera con arreglo a las legislaciones de ambas jurisdicciones en las que reside el Contribuyente.
- *Transferencias híbridas:* Acuerdos que se tratan como transferencia de propiedad de un activo para fines fiscales de un país, pero no para fines fiscales de otro país, que generalmente ve un préstamo garantizado. Se da en supuestos en que, es el *instrumento financiero híbrido* el que es objeto de transacción, teniendo efectos fiscales disimiles por ser considerado el *pago* que medie por él, como gasto en dos jurisdicciones distintas o ingresos no computable en alguna jurisdicción.
- *Establecimientos permanentes híbridos:* Corresponde a las diferencias entre las normas en la jurisdicción del establecimiento permanente y la jurisdicción de residencia para la atribución de las rentas y los gastos entre las distintas partes de la misma entidad dan lugar a una asimetría en resultados fiscales e incluyen aquellos casos en los que existe una asimetría en resultados debido a que no se tiene en cuenta un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la jurisdicción de la sucursal. Esas asimetrías en resultados pueden dar lugar a una *doble deducción* o una *deducción sin inclusión*, de forma más ilustrativa, tenemos una entidad que es considerada como opaca en el país de constitución extranjero y ella realiza un pago deducible a su accionista dominante cuyo país de residencia trata a la empresa extranjera pagadora como una entidad transparente, como pleno Contribuyente, sin tener en cuenta el pago para efectos fiscales, esto puede suceder a la inversa, de modo que los pagos de casa matriz a su filial no se incluyen en la segunda jurisdicción, pero si se deducen en la pagadora.

Estos son los cinco *mecanismos híbridos* subyacentes que pueden generar divergencias en las calificaciones fiscales de jurisdicciones ordenantes de pagos o beneficiaras de pagos con base a *mecanismos híbridos subyacentes*, lo cuales pueden entrelazarse y modelarse con gran complejidad e ingenio.

De esta forma la única manera de atacar estas asimetrías híbridas, de una manera razonable, es anulando los efectos fiscales, independientemente del mecanismo híbrido empleado. En este sentido el artículo 9 inciso m) de la LISR y el artículo 18 de su respectivo reglamento de una forma muy atinada no le permiten al Contribuyente deducirse todo gasto asociado a asimetrías híbridas con partes vinculadas en el extranjero, cuando tales gastos no generen un ingreso gravable o generen un ingreso exento para dicha parte vinculada, o cuando estos gastos también sean deducibles para la parte vinculada domiciliada en el extranjero.

Adicionalmente el artículo 18 del reglamento a la LISR precisa que, dentro del Impuesto sobre las Utilidades se rechazan los gastos que originan asimetrías híbridas frente a divergencias tributarias causadas por diferentes calificaciones del tratamiento de (i) entidades y (ii) instrumentos financieros, ajustándose a las recomendaciones de la acción 2 del plan BEPS.

La forma en que se han redactado estas normas y siendo que atacan estrictamente los efectos de la doble no imposición, de alguna manera le facilitan a la Administración Tributaria, dentro de sus procesos de Control, el tener que descifrar toda la ingeniería fiscal que existe tras el doble diferimiento fiscal, puesto que, acreditada su existencia, a causa de una asimetría híbrida, se rechaza el gasto.

3.2 Retos para la administración tributaria en la aplicación de Linking Rules

La Administración Tributaria se enfrenta fundamentalmente a dos problemas tributarios cuando de *mecanismos híbridos financieros* se trata, que son puntalmente los siguientes¹⁹:

(I) Se encontrará con pagos que dan lugar a un gasto deducible en la legislación del país pagador de la renta, no incluyéndose en la base imponible del país que percibe esta renta.

(II) Se encontrará con pagos que den lugar a una *doble deducción* en dos jurisdicciones diferentes por pagos deducibles realizados por una entidad híbrida o con doble residencia.

Las anteriores dos situaciones han venido generando en las economías miembro de la OCDE una huida de rendimientos a terceros países o paraísos fiscales, con tipos impositivos nominales mucho menores respecto a los vigentes a las economías miembro. Podemos sumarle a lo anterior el problema, el hecho de que algunas jurisdicciones cuentan con las laxas normas para el reconocimiento del beneficiario final de las operaciones, poca transparencia fiscal y en algunos casos no existen acuerdos de intercambio de información tributaria con ciertas jurisdicciones, con lo cual, se puede dificultar el determinar si efectivamente ha existido una doble no imposición tributaria.

Es importante en este aspecto considerar que los Estados en general - Costa Rica no se abstrae de ello- con base en un principio de soberanía y autodeterminación, pueden, partiendo de sus particulares objetivos sociales y económicos, configurar el sistema impositivo de una forma no homogénea con sus pares, ello resulta lógico, pues cada uno, sin detrimento de sus ingresos públicos, busca ser una jurisdicción atractiva para las inversiones directas, ser fértil para todo emprendimiento y proceso productivo, pretenden ser una zona

¹⁹ Ortube Lopez, J. (2018). *Proyecto contra la erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios de la OCDE*. Forum Fiscal, número 247, noviembre 2018. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-library/result-list?searchText=h%C3%ADbridos> [Consulta: Mayo 2020]; ver en mismo sentido a Rodríguez Ramos Ladaria, L. (2017). Hacienda Pública / Posible impacto del proyecto BEPS en la industria del capital-riesgo. *Actualidad Administrativa*, número 3, marzo 2017. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-library/result-list?searchText=híbridos> [Consulta: marzo 2020].

propicia para las exportaciones de bienes y servicios, entre otros supuestos que, generan una economía saludable.

Sin embargo, es dentro de esta búsqueda descoordinada de inversión por parte de los Estados, que las Empresas Multinacionales (en adelante, “EMNs”) han encontrado relevantes asimetrías normativas y de calificación de rendimientos, las cuales se les presentan como una oportunidad para obtener mayores beneficios financieros abusando del derecho.

Paralelamente, la Administración Tributaria se enfrenta a una serie de problemas prácticos a la hora de aplicar las *linking rules* puesto que, esencialmente existen jurisdicciones no cooperantes que, conscientes de los beneficios que puede traer para ellos la competencia fiscal desleal, se han encargado de promover prácticas que erosionen bases imponibles.

Estos países no cooperantes, siendo conscientes de que la interferencia en su soberanía siempre ha sido su escudo, representan un reto práctico para la Administración Tributaria, en cuanto a que le compartan información previsiblemente pertinente en materia tributaria. Adicionalmente surge para la Administración Tributaria de inmediato otros retos, que considero son los siguientes:

- (i) El conocimiento del sistema impositivo de los terceros países que generan desajuste fiscal y no contemplan *linking rules*.
- (ii) El concomitamiento de las normas contables vigentes en la jurisdicción relacionada.
- (iii) El conocimiento de idiomas no oficiales.
- (iv) Desconocimiento del sistema fiscal extranjero, el cómo interactúa el Impuesto sobre la Renta con otros impuestos, que evidencien mediante controles cruzados acuerdos estructurados que tengan como único móvil el generar un doble beneficio fiscal.
- (v) El desconocimiento de la política fiscal de otra jurisdicción.
- (vi) El desconocimiento del procedimiento tributario general y de aplicación del impuesto de sociedades o utilidades, así como el sistema de tribunales extranjeros, en vista de que un procedimiento administrativo o judicial pueden recalificar la renta

del *mecanismo financiero híbrido*.

Los anteriores retos prácticos a los que se puede enfrentar la Administración Tributaria serán disminuidos en la medida en que cada vez más Estados adopten las *linking rules*, generando mayor neutralidad fiscal en la locación de las inversiones directas e indirectas, no dando margen de huida a los rendimientos del lugar donde se hayan gestado.

De una forma abusiva la Dirección General de Tributación a través de los oficios DGT-875-2021 y DGT-1079-2021, ha entendido, quizás para facilitarle el trabajo a la Administración Tributaria, que es un deber del Contribuyente realizar una verificación respecto de los pagos que haya realizado a las entidades relacionadas que se encuentran domiciliadas en el extranjero y determinar así si dichos pagos están gravados en el Estado donde reside la parte vinculada, o si por el contrario lo que genera es una doble no imposición que beneficie a ambas entidades, no siendo un gasto fiscal.

3.3 Divergencias tributarias híbridas.

Hasta ahora hemos observado qué son las *linking rules*, frente a cuales supuestos de divergencia tributaria opera, cuáles son los principales *mecanismos híbridos* que utilizan las EMNs para el doble diferimiento fiscal y el reto que suponen para los Estados su eficaz adopción, todo lo anterior de una forma quizás abstracta, sin embargo, merece ahora especial atención observar los efectos reales y directos en las bases imponibles que conlleva el utilizar *mecanismos híbridos* para financiar actividades económicas.

En este sentido, los esquemas híbridos que se pueden utilizar para trasladar beneficios a otra jurisdicción burlando el control tributario de un Estado y generan como principales *desajustes fiscales* o *divergencias tributarias* son buscar generar (i) la *deducción* y *no inclusión* (D/NI) de un rendimiento, (ii) la *doble deducción* (DD) del mismo rendimiento y

(iii) *deducción y no inclusión importada* (D/NI importada), las cuales de seguido se exponen conceptualmente.

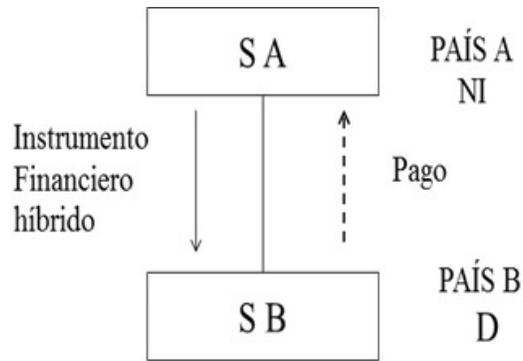
(I) Deducción y no inclusión

Los pagos realizados a través instrumentos financieros híbridos, así como por entidades híbridas, pueden generar *deducciones sin inclusión*. Ello implica que el pago (o presumible pago) entre una sede de dirección *-casa matriz-* y establecimiento permanente *entidad participada-*, o entre establecimientos permanentes, generan una deducción en la base imponible de la jurisdicción ordenante del pago y ese mismo importe, no se incluye en los ingresos ordinarios de la entidad beneficiaria del pago, a causa de la normativa de esta segunda jurisdicción, generándose de esta manera un doble diferimiento en la tributación.

A modo de ejemplo, tenemos pagos cuyo rendimiento es considerado como *interés* <<generados a partir instrumentos de deuda como mecanismo de financiamiento>> y por lo tanto, deducibles con o sin límite en la jurisdicción ordenante del pago, pero a su vez, el rendimiento es considerado como *dividendo* en sede de la entidad beneficiaria del pago <<rendimientos generados a partir de instrumentos de financiamiento de capital >> y por lo tanto, esto hace que no se incluyan en la base imponible de esta última parte que recibe el pago, puesto que se presume que dicha renta ha tributado ya en la jurisdicción ordenante del pago.

Ilustración ejemplificativa²⁰:

²⁰ López Ribas, S. (2014). *Plan BEPS, Acción 2: recomendaciones sobre híbridos*. Carta Tributaria, monografía diciembre 2014. Disponible en: <https://www.smarteca.es/my-library/result-list?searchText=Plan%20BEPS,%20acci%C3%B3n%202:%20recomendaciones%20sobre%20h%C3%ADbridos> [Consulta: Junio 2020]; El supuesto de hecho de la ilustración corresponde al de una empresa filial residente en el país B, es constituida por una empresa matriz en el país A, empleando un Instrumento financiero que es considerado como “capital” en el país A, pero al mismo tiempo considerado como Instrumento financiero generador de rendimientos de “deuda” en el país B. De manera tal que los pagos realizados a través de este instrumento se consideraran intereses deducibles en el país B. Los ingresos en sede del país A se tratan como dividendos exentos conforme su legislación.



Estos resultados de *D/NI* se pueden replicar a través del (i) uso de *entidades híbridas*, (ii) *establecimientos permanentes híbridos*, así como en (iii) *transferencias híbridas*.

En *entidades híbridas* la *D/NI* se daría cuando una entidad participada realiza un pago a una entidad dominante, pero el ingreso no tributa en sede de la entidad beneficiaria (se imputa a sus socios), la entidad pagadora es transparente en jurisdicción del beneficiario, la cual soporta el ingreso vía imputación.

La *deducción sin inclusión* de entidad híbridas puede darse también a la inversa, en el supuesto que una entidad es considerada transparente en la jurisdicción donde está establecida –*filial*– pero no es transparente en la jurisdicción de su entidad dominante –*matriz*–, de esta forma el ingreso percibido no tributa en ella, siendo deducible el gasto en sede de la entidad pagadora y no se incluye en la base imponible en sede de residencia.

Por su parte sobre *los establecimientos permanentes híbridos* el *D/NI* ocurriría cuando, a causa de considerar un establecimiento permanente como opaco en jurisdicción (B) este ordena un pago considerando como gasto deducible en su jurisdicción, cuyo mismo monto no se incluye en la jurisdicción beneficiaria (A), a pesar de considerarse (B) como pleno Contribuyente para la jurisdicción (A), es decir, para la jurisdicción (A) hay un dividendo que ha tributado en (B), a pesar de no ser así, con lo cual, al quererse anular una posible doble imposición internacional, realmente se generó un doble diferimiento.

Las *transferencias híbridas* por su parte, podrían dar lugar a una doble no imposición, cuando como resultado de un acuerdo para transferir un *instrumento financiero*, el rendimiento subyacente correspondiente a tal instrumento se tratara como si

fuese obtenido por más de una de las partes en el acuerdo. Aquí el *instrumento financiero* es objeto de transferencia, utilizado como medio de pago.

En estos casos, el pago realizado *mediante transferencia híbrida* podría dar lugar a una deducción para el ordenante del pago, mientras que el beneficiario lo consideraría como rendimiento subyacente del instrumento transferido. Esta diferencia de trato fiscal podría dar lugar a una *deducción sin inclusión* o a la generación de un crédito fiscal excesivo respecto de la retención en la fuente sobre el instrumento subyacente.

A manera de ejemplo, tenemos dos empresas que entran en un acuerdo de venta y recompra de acciones de vehículos de propósito especial (SPV), tratando una jurisdicción la transacción como venta y recompra de SPV mientras que otra jurisdicción trata la transacción como un préstamo, asegurado a través de acciones de SPV.

(II) Doble deducción.

Los desajustes fiscales de *doble deducción* responden a acuerdos, donde las deducciones relacionadas con la misma obligación contractual, son aplicadas en la base imponible de entidades relacionadas en dos o más jurisdicciones. Son dos deducciones derivadas de una misma orden de pago, en relación con una entidad o establecimiento permanente, no con un *Instrumento financieros híbrido*.

También se da cuando un Contribuyente realiza un pago a través de un *acuerdo estructurado* que *importa el desajuste fiscal* de otra jurisdicción, *dobles residencias*, *entidades híbridas* o *establecimientos permanentes híbridos*, ese pago puede desencadenar un resultado de *DD* cuando el gasto debe tenerse en cuenta al calcular el ingreso neto del Contribuyente según las leyes de dos o más jurisdicciones.

(III) Deducción sin inclusión importadas.

Son pagos que son deducibles bajo las normas del Estado ordenante del pago y son compensadas por la entidad beneficiaria del pago, en relación con la deducción realizada bajo el *desajuste híbrido*. Tenemos dos Contribuyentes que han entrado en *acuerdos híbridos* que generan desajustes fiscales, participando desde dos jurisdicciones que no cuentan con *linking rules* para abordar los desajustes, en consecuencia y nocivamente, se trasladada el desajuste a una tercera jurisdicción, que puede ser la costarricense, con un instrumento financiero de cobertura que no muestra indicios de doble diferimiento fiscal, con lo cual, una *deducción sin inclusión* indirecta corresponde a una importación del *desajuste fiscal*.

3.4 Alcance de las Linking Rules.

La regla *primaria o defensiva* resulta aplicable a aquellos *mecanismos financieros híbridos*, cuyos pagos son realizados entre personas o *entidades vinculadas*, así como pagos realizados bajo un *acuerdo estructurado*, donde el Contribuyente tenga participación del beneficio económico.²¹

(I) Las relaciones de asociación dentro de la acción 2, plan BEPS.

Para los propósitos de las recomendaciones emitidas por la acción 2 del plan BEPS anteriormente señaladas, para el caso de *instrumentos financieros*, debemos de asimilar que dos entidades serán consideradas como *relacionadas* si forman parte del mismo grupo de control, verbigracia, ser parte del mismo grupo consolidado para efectos fiscales²²

²¹ OECD (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*. *op. cit*, p. 154.

²² La consolidación contable utiliza como principio las normas internacionales de información financiera (NIIF) o los principios contables locales generalmente aceptados (PCGA) aplicables. Por ejemplo, los Estados financieros consolidados de la NIIF 10 tratarán a dos o más personas como relacionadas si se requiere que la subsidiaria se consolide línea por línea en los estados financieros consolidados de la controladora; la OCDE precisa que dos personas forman parte del mismo grupo de control si, (i) se consolidan a efectos contables; (ii) la primera persona tiene una inversión que le proporciona a esa persona un control efectivo de la segunda persona o hay una tercera persona que posee inversiones que le proporciona a esa persona un control efectivo

(II) Acuerdos Estructurados dentro de la acción 2, plan BEPS.

Las *linking rules* también se aplican a los *desajustes híbridos* resultantes de un acuerdo estructurado que involucre a un Contribuyente, no haciendo falta relación de asociación. De acuerdo con el informe final de la Acción 2 del Plan BEPS, la OCDE define un “*acuerdo estructurado*” como aquel en donde el desajuste híbrido tiene un precio previamente pactado y determinado en el acuerdo y que del mismo acuerdo se pueda desprender la voluntad de generar el desajuste financiero, sin embargo, un Contribuyente no será tratado como una parte de un acuerdo estructurado si ni el Contribuyente ni ningún miembro del mismo grupo de control hubieran esperado razonablemente tener conocimiento del desajuste híbrido y no compartieran el valor del beneficio fiscal resultante de desajuste híbrido.²³

La Acción 2 en comentario nos da una serie de hechos y circunstancias que indican al menos de forma indiciaria que un acuerdo ha sido diseñado dolosamente para producir desajustes fiscales, entre ellos;

- Un acuerdo que está diseñado, o es parte de un plan, para crear un desajuste híbrido.
- Un acuerdo que incorpora un término, paso o transacción utilizada para crear un desajuste híbrido.
- Un acuerdo que se comercializa, en su totalidad o en parte, como un producto con ventajas impositivas en el que parte o la totalidad de la ventaja impositiva deriva del desajuste híbrido.

sobre ambas personas; (iii) la primera persona tiene una inversión del 50% o más en la segunda persona o hay una tercera persona que posee una inversión del 50% o más en ambas; o (iv) pueden considerarse empresas asociadas de conformidad con el Artículo 9 del modelo de convenio para evitar doble imposición internacional de la OCDE.

²³ OECD (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report. op. cit*, p 105.

- Un acuerdo que se comercializa principalmente a los Contribuyentes en una jurisdicción donde surge el desajuste híbrido.
- Un acuerdo que contiene características que alteran los términos del acuerdo, incluido el retorno, en el caso de que el desajuste híbrido ya no esté disponible, o un acuerdo que produciría un rendimiento negativo en ausencia del desajuste híbrido.

Un importante aspecto a resaltar es que, a pesar del intento por ilustrar tentativamente supuestos de dolo en la constitución del acuerdo, no nos da la acción 2 del plan BEPS certeza de cuando un operador jurídico puede entender coordinadamente que un desajuste fiscal se ha estructurado dolosamente, es decir, como las jurisdicciones – ordenante del pago y beneficiaria- pueden evitar calificar de forma diferente los instrumentos de *deuda y capital*.

Existe la posibilidad de que una jurisdicción considere que hay acuerdo estructurado con base en alguna cláusula que otra jurisdicción podría interpretar de manera distinta, por lo tanto, será la jurisprudencia administrativa y judicial de una y otra jurisdicción las llamadas a ir moldeando estos conceptos jurídicos indeterminados, partiendo siempre de las recomendaciones de la OCDE.

Lo que deviene en indudable es que los *acuerdos estructurados* corresponden a un negocio jurídico que tiene como cometido provocar *doble no tributación*; las *linking rules* alcanzarían, de conformidad con la acción 2 del plan BEPS a los acuerdos estructurados, inclusive si las partes no son relacionadas o empresas asociadas.

La acción 2 del plan BEPS contempla como única forma de evitar una regularización y sanción por asimetrías híbridas en acuerdos estructurados, es que (i) el Contribuyente no hubiese logrado esperar de manera razonable el *desajuste fiscal híbrido* y (ii) no haber participado en los beneficios del desajuste.

Lo anterior deviene en una combinación de dos filtros de transparencia en las operaciones del Contribuyente, que parten primero de un juicio de conocimiento, que le corresponderá realizar a los órganos de inspección y acto seguido de una prueba de beneficio fiscal, que se corroborará por los órganos de control tributarios y constará en la contabilidad y documentos justificativos.

El juicio de conocimiento pretende capturar aquellas situaciones en donde el Contribuyente tiene un efectivo conocimiento o al menos se espera que tenga ese efectivo conocimiento, de que su conducta entra en conflicto con los propósitos del sistema tributario, sin importar que la persona haya obtenido o no una ventaja fiscal del acuerdo; es hacer juicio de lo que una persona prudente y razonable en la misma posición y en las mismas circunstancias debía de saber.²⁴

No es necesario que el Contribuyente tome diligencias adicionales, en el tanto que el examen de conocimiento se realiza con base en la información disponible para el Contribuyente.²⁵ Dentro de este juicio de conocimiento la carga de la prueba le incumbe al Estado, ya que el determinar si un acuerdo es estructurado en los términos de la acción 2 del plan BEPS tiene una connotación objetiva, se realiza con base en juicios o exámenes razonables y proporcionales, admitiendo siempre prueba en contrario por parte del Contribuyente.

En este sentido, los diferentes actores (Contribuyente, Inspector de Hacienda, Juez) deben examinar los términos y condiciones de un *acuerdo estructurado* (y no solo la transacción que crea el desajuste en los resultados fiscales) para determinar si los hechos y circunstancias apuntan a que el acuerdo ha sido premeditadamente ordenado para fabricar un *desajuste fiscal*.

²⁴ Pistone, P., Weber, D. M. and International Bureau of Fiscal Documentation. (2018). *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study. A Comprehensive Study*. Amsterdam: IBFD. Disponible en: <https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Implementation-Anti-BEPS-Rules-EU-Comprehensive-Study> [Consulta: Junio 2020]

²⁵ OCDE (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report. op. cit.*, pp. 105 a 112.

Nuestra LISR y su respectivo reglamento dejando de lado este tipo de operaciones, toda vez que rechaza los gastos asociados a asimetrías híbridas que efectuó el Contribuyente únicamente con partes vinculada en el extranjero, por lo que existe actualmente un vacío normativo al respecto.

(iii) Exclusión de los operadores financieros de las linking rules

La regla de instrumentos financieros híbridos no alcanza a los pagos realizados por operadores financieros, dentro de un mercado de *transferencias híbridas*. Estas son las operaciones realizadas por toda persona o entidad que se dedica a la actividad de comprar y vender con regularidad *instrumentos financieros* por cuenta propia a los efectos de obtener un beneficio.

La exclusión en comentario se encuentra supeditada al cumplimiento de las siguientes cuatro condiciones, en la jurisdicción ordenante del pago: (1) que el pago lo realice un operador financiero en el curso normal de los negocios, (2) que se de bajo una transferencia híbrida,(3)que no se de como parte de un acuerdo estructurado, y (4) que el operador financiero ordenante incluirá como ingreso todos los montos recibidos en relación con el *Instrumento financiero* transferido.

Esta exclusión es afín se a las recomendaciones dictadas por la acción 2 del plan BEPS, de que la regla del *Instrumento financiero híbrido* no debe afectar la capacidad de un operador financiero. Un operador que compra y vende valores tratará la ganancia o pérdida neta en cada operación como incluida en la renta imponible (o deducible para fines fiscales, según sea el caso) independientemente del tratamiento fiscal de la rentabilidad subyacente de la transacción.²⁶

Conclusiones

²⁶ OECD (2015). Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report. op. cit, p.33.

Hemos podido comprobar que la legislación tributaria costarricense de una forma acertada aborda la doble no tributación a causa de *mecanismos financieros híbridos* por sus efectos, es decir, define el concepto de *asimetrías híbridas* y no precisa, por no ser necesario, acepciones que ni siquiera la doctrina económica aún encuentra definición unívoca, lo que se puede considerar como una correcta técnica legislativa, toda vez que lo realmente importante es que se tribute donde la riqueza se genera, negándose el gasto en el supuesto contemplado por el inciso m) del artículo 9 de LISR, si a causa de una asimetría híbrida hay una doble no tributación.

Queda asentada la idea de que las *linking rules* son normas que anulan los dobles diferimientos fiscales cuyos efectos son (i) *deducción y no inclusión* y (ii) *doble deducción*, efectos que se manifiestan en las bases imponibles de un Contribuyente o varios Contribuyentes en dos jurisdicciones relacionadas. Los dobles diferimientos fiscales mencionados se originan a causa de un pago que tenga como elemento subyacente un *mecanismo financiero híbrido*.

De esta forma, las *linking rules* anulan en consecuencia la práctica fiscal abusiva de forma *primaria* cuando niegan la deducción realizada en la jurisdicción ordenante del pago o bien, de una forma *defensiva* realizando un ajuste positivo en la base imponible de un Contribuyente cuando, el pago que genera la divergencia tributaria, no sea negado en la jurisdicción ordenante del pago.

Es importante mencionar que no se encuentra de una lectura integral de la LISR y su respectivo reglamento una norma *defensiva* relativa a *Asimetrías Híbridas*, por lo que recomendamos, esto sea abordado prontamente por el Poder Legislativo.

Contamos así, actualmente, con un sistema tributario eficiente en anular primariamente el *desajuste fiscal* y ello es sano para nuestras finanzas públicas, no obstante podemos mejorar de manera defensiva, buscando ser recíprocos con la comunidad internacional y no favorecer la locación de rendimientos en nuestro territorio por EMNs a costa de erosionar otras bases imponibles.

Por otro lado, es importante y necesario que los Juristas se apoyen en la acción 2 del plan BEPS para una diligente asesoría fiscal o bien, una oportuna defensa y fiscalización de los tributos por parte de la Administración Tributaria, en relación a la aplicación del inciso m) del artículo 9 de LISR.

Por último, resultaría conveniente que el Estado costarricense fortalezca los instrumentos internacionales para la cooperación e intercambio de información con relevancia fiscal, ellos deben destacar en esta lucha contra las planificaciones fiscales agresivas y erosiones de bases imponibles, los cuales deben seguir siendo objeto mejora y revisión entre ellos, destacamos (a) Convenios de Doble Imposición Internacional (CDIs) bien sea por medio del artículo 26 del modelo de convenio de OCDE, modelo de convenio de la ONU o bien modelo de convenio de Estados Unidos, (b) Acuerdos sobre Intercambios de Información Fiscal, bien sean bilaterales o multilaterales (AIIFs) (c) Convenios sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia tributaria (d) implementando y siguiendo el modelo de Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras Norteamericano (FATCA).

El mejorar y consolidar instrumentos internacionales de cooperación e intercambio de información tributaria darán mayor eficacia y eficiencia a las reformas introducidas al artículo 9 de LISR, de modo tal, que se podrían anular las cargas tributarias que actualmente la Dirección General de Tributación a través de los oficios DGT-875-2021 y DGT-1079-2021, ha entendido pesan sobre el Contribuyente.

Bibliografía:

- Bärsch Sven-Eric (2012). Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context: issues and options for reform (dissertation). Heidelberg: Springer.
- Brunnermeier, Markus K. & Martin Oehmke (2009). Complexity in Financial Markets. Papel de Trabajo. Princeton University. Princeton.

- Comisión Europea (2012). Un plan de acción para fortalecer la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal. Bruselas, 6 de diciembre del 2012. COM. 722 final.
- Comisión Europea (2012). Sobre planificación fiscal agresiva. Bruselas, 6 de diciembre del 2012. COM. 8806 final.
- Comisión Europea. (2016). Comunicación de la Comisión al Consejo Directivo, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Bruselas, 28 de enero del 2016. COM. 26 final.
- Comisión Europea (2016). Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE. Bruselas, 28 de enero del 2016. COM. 23 final.
- Comisión Europea. (2016). Próximos pasos para lograr una fiscalidad efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE. Bruselas, 28 de enero del 2016. COM. 23 final.
- Consejo UE. (2014). Directiva 2014/86/UE de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Diario Oficial de la Unión Europea. Bruselas, 8 de julio del 2014.
- Consejo UE. (2016). 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. Diario Oficial de la Unión Europea. Bruselas, 12 de julio 2016.
- Consejo UE. (2017). 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. Diario Oficial de la Unión Europea. Bruselas, 7 de junio del 2017.
- Köffer, Timo. (2014). Basel III, implications for banks' capital structure: What happens with hybrid capital instruments?. Hamburg, Germany: Anchor Academic Publishing.
- Martínez Laguna, F. (2019). Hybrid financial instruments, double non-taxation and linking rules. dissertation. Kluwer Law International B.V.
- Núñez Ciallella, F. (2010). Instrumentos Financieros Híbridos - Aspectos tributarios derivados de la distinción entre “instrumentos de deuda” e “instrumentos de capital”

- y criterios de clasificación aplicables a este tipo de instrumentos. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, número 49.
- OCDE (2010). Addressing Tax Risks Involving Bank Losses. OECD Publishing, Paris.
- OCDE (2011). Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning. OECD Publishing, Paris.
- OCDE (2011). Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure. OECD Publishing, Paris.
- OCDE. (2012). Hybrid mismatch arrangements: tax policy and compliance issues. OECD Publishing, Paris.
- OECD (2013). Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing, Paris.
- OECD (2013). Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing, Paris.
- OECD (2015). Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- Ortubé López, J. (2018). Proyecto contra la erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios de la OCDE. Fórum Fiscal, número 247, noviembre 2018.
- Pistone, P., Weber, D. M. and International Bureau of Fiscal Documentation. (2018). The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study. A Comprehensive Study. Amsterdam: IBFD.
- Peeters, B. and Vanneste, L. (2020). The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD. Intertax, número 48(1). Rodríguez Ramos Ladaria, L. (2017). Hacienda Pública / Posible impacto del proyecto BEPS en la industria del capital-riesgo. Actualidad Administrativa, número 3, marzo 2017.
- Storck A. (2011). The Financing of multinational companies and taxes: an overview of the issues and suggestions for solutions and improvements. Bulletin for International Taxation, volumen 65, número 1.
- Torrero Mañas Antonio (2008). La crisis financiera internacional y económica española. Madrid: Ediciones Encuentro (Cuadernos de frontera).
- Valdez, S. & Molyneux, P. (2015). An introduction to global financial markets. 8va ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan