



La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II

Pablo Benítez Clerie

Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas

Extracto

Las asimetrías híbridas son un importante foco de riesgo tributario definido en el marco de las acciones BEPS. Las normas para combatirlas deben dar una respuesta contundente y coordinada a los efectos perniciosos de estas figuras y, para ello, se aprobó en 2017 la Directiva ATAD II, que será objeto de transposición a nuestra norma interna en un plazo muy breve. Si bien afectará a distintas expresiones normativas de nuestro ordenamiento jurídico tributario, su influencia en el impuesto sobre sociedades será importante, pudiendo afectar a las normas ya existentes en el mismo y con toda seguridad provocando el nacimiento de otras nuevas.

Palabras clave: asimetrías híbridas; BEPS; impuesto sobre sociedades.

Fecha de entrada: 11-03-2020 / Fecha de aceptación: 17-04-2020

Cómo citar: Benítez Clerie, P. (2020). La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 451, 93-120.





Hybrid mismatches incorporation to Spanish corporate tax law. The ATAD II transposition

Pablo Benítez Clerie

Abstract

Hybrid mismatches, defined by BEPS actions, are a very important tax risk source. The legal rules should give a strong and coordinated answer to the harmful effects of these mismatches. For this purpose, the ATAD II Directive was approved in 2017. This Directive should be transposed in the short term to our domestic legislation. Although it is going to affect different laws, the influence in the corporate tax law will be huge, affecting current legislation, and causing the birth of new rules.

Keywords: hybrid mismatches; BEPS; corporate tax.

Citation: Benítez Clerie, P. (2020). La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 93-120.





Sumario

1. Introducción
2. Primeros pasos para entender el funcionamiento de las asimetrías híbridas
3. Algunas asimetrías híbridas con especial repercusión en el IS
 - 3.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación
 - 3.1.1. Definiciones
 - 3.1.2. Esquemas a analizar y reglas sugeridas
 - 3.1.2.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación en rentas
 - 3.1.2.2. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes
 - 3.1.3. Aplicación a la norma española
 - 3.1.3.1. El «desajuste temporal tolerable»
 - 3.1.3.2. El método de imputación como posible solución
 - 3.2. Asimetrías derivadas de diferencias en la asignación de pagos
 - 3.2.1. Definiciones
 - 3.2.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas
 - 3.2.3. Aplicación a la norma española
 - 3.3. Asimetrías derivadas del no cómputo de los pagos
 - 3.3.1. Definiciones
 - 3.3.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas
 - 3.3.3. Aplicación a la norma española
 - 3.4. Asimetrías derivadas de efectos de doble deducción
 - 3.4.1. Esquema a analizar y reglas sugeridas
 - 3.4.2. Aplicación a la norma española
4. Conclusiones: sugerencias de cambio en la norma española para la transposición de ATAD II

Referencias bibliográficas

Bibliografía

1. Introducción

La aprobación, en el año 2015, de los informes del proyecto BEPS (Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios)¹ en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), terminó con un paquete de 15 acciones que tuvieron como resultado una serie de normas internas e internacionales e instrumentos para combatir el fraude y la elusión fiscal², asegurando que los beneficios tributaban donde se desarrollaban las actividades que los generaban, así como donde el valor era creado³.

Uno de los temas a abordar era la existencia de asimetrías híbridas. Con la aprobación del informe definitivo de la acción 2 de BEPS, se concretaron los problemas que en el ámbito tributario amenazaban a las distintas jurisdicciones fiscales, derivados de distintas calificaciones de instrumentos, transferencias o entidades, dándose en algo más de 450 páginas diferentes propuestas de solución para abordarlos.

La necesidad de una actuación coordinada, junto con el carácter de *soft law* que es propio de los informes nacidos del seno de la OCDE, hicieron que en 2016 se aprobase por la Unión Europea (UE) la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, y un año más tarde se modificase la misma por la Directiva (UE) 2017/952, del Consejo. Eran las llamadas «Directivas antifraude» o «Directivas antielusión» (ATAD, por sus siglas en inglés)⁴ I y II, que constituyen el marco comunitario de derecho derivado en materia tributaria en cuanto a los efectos de las asimetrías híbridas. Dicho derecho derivado marcaba un plazo de transposición a la norma interna que, excepto para las asimetrías híbridas invertidas, venció el 31 de diciembre de 2019.

¹ *Base Erosion and Profit Shifting*, en inglés.

² Según De Juan Casadevall (2018), podemos afirmar que el análisis de compatibilidad de un comportamiento o situación fiscal controvertida a la legalidad tributaria admite una triple categorización: La evasión o fraude fiscal (*tax evasion*), la elusión fiscal (*tax avoidance*) y la planificación fiscal, conocida en nuestro país como economía de opción (*legitimate tax avoidance*).

³ <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>>.

⁴ *Anti Tax Avoidance Directive*.

Sin embargo, transponer normas que resumen y hacen un esfuerzo sistematizador de primer nivel de propuestas de solución a problemas tan consolidados como el de las asimetrías tributarias híbridas, se antoja complicado. El presente trabajo analiza las modificaciones que algunas de estas asimetrías podrían suponer para la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

2. Primeros pasos para entender el funcionamiento de las asimetrías híbridas

Según el texto del informe final de la acción 2, las asimetrías híbridas explotan las diferencias en el trato fiscal de una entidad o instrumento bajo las normas de dos o más jurisdicciones para alcanzar un efecto de doble no-imposición, incluyendo un diferimiento a largo plazo. Ello resulta en una importante erosión de las bases imponibles en los diferentes países implicados, lo que impacta negativamente en la competitividad, eficiencia, transparencia y justicia en la tributación.

De acuerdo con esta definición, podemos caracterizar las asimetrías híbridas con los siguientes rasgos:

1. Surgen de una diferencia de trato por parte de dos o más jurisdicciones. De hecho, podemos asumir que estamos ante un problema de calificación, un conflicto de calificación que produce un tratamiento fiscal asimétrico (De Juan Casadevall, 2017). En función de que la diferencia de trato lo sea de calificación de una entidad, un instrumento financiero o una transferencia, se producirán unos u otros efectos.
2. Efecto de doble no imposición, sea por un efecto de doble aprovechamiento de pérdida (deducción/deducción, D/D) o de deducción sin correlativa inclusión en la base imponible de la contraparte (deducción/no inclusión, D/NI).

Para las diferentes asimetrías (que se identifican con los medios utilizados –instrumento financiero, entidad, establecimiento permanente– para provocarlas), el artículo 9 de ATAD II da una solución de neutralización a los efectos que producen⁵: en los supuestos de D/D, cuando la asimetría se localiza entre dos Estados miembros, se deniega la deducción en el Estado del inversor (norma primaria) y si no se hiciese, en el del ordenante (norma secundaria), con especificaciones para el caso de intervenir terceros Estados.

⁵ Nos referiremos a las soluciones otorgadas para los efectos más relevantes: los ya vistos de deducción sin inclusión o doble deducción. En función del tipo de asimetría en el que estemos, podemos encontrar, además, la generación de un crédito fiscal excesivo o la no tributación ante ninguna jurisdicción.

En los supuestos de D/NI, por su parte, se denegará la deducción en el Estado del ordenante (norma primaria) y si no se hiciese, se incluirá en la renta del ordenante (norma secundaria), cuando ambos estén en Estados miembros.

Estas *linking rules*, clasificadas en *primary rule* y *secondary rule*⁶ están en línea con lo recomendado por la OCDE en el informe definitivo de la acción 2, que así las llama.

Por último, y en relación con el contexto en que operan las asimetrías híbridas, el artículo 2.9 de la directiva aclara que una asimetría en resultado no se considerará híbrida salvo que se dé entre entidades vinculadas, o en el marco de lo que se denomina un «mecanismo estructurado». Con todo, nos centraremos en los efectos de las asimetrías híbridas y en las posibilidades de implantación en el impuesto sobre sociedades (IS).

3. Algunas asimetrías híbridas con especial repercusión en el IS

Aunque la gran mayoría de artículos doctrinales existentes en la actualidad sobre la materia se refieren a una clasificación más o menos uniforme sobre diferentes tipos de asimetría híbridas que identifica hasta 10 categorías diferentes, optaremos por seguir la clasificación otorgada por la propia Directiva ATAD II, que en su considerando 15 localiza cuatro⁷. Pásemos a verlas, centrándonos en las que mayor repercusión tienen en el IS:

3.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación

3.1.1. Definiciones

Al hablar de las diferencias de calificación, nos estamos refiriendo, principalmente, a las surgidas de los llamados «instrumentos financieros», definidos en el artículo 9, tercer párrafo, letra j), de la directiva, como:

[...] todo instrumento en la medida **que produzca un rendimiento financiero o de capital** sujeto a imposición con arreglo a las normas para la imposición de la

⁶ También llamada «regla defensiva».

⁷ Nos referimos a las asimetrías híbridas resultantes de pagos en virtud de un instrumento financiero; las asimetrías híbridas que sean consecuencia de diferencias en la atribución de pagos realizados a una entidad híbrida o un establecimiento permanente; las asimetrías híbridas resultantes de los pagos realizados por una entidad híbrida a su propietario o los pagos considerados realizados entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes y, por último, las dobles deducciones resultantes de pagos realizados por una entidad híbrida o un establecimiento permanente.

deuda, el capital o los derivados de acuerdo con la legislación del destinatario o del ordenante e incluya una transferencia híbrida. (La negrita es nuestra).

Dicha transferencia híbrida se define en la letra l) siguiente como cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del mismo se considere fiscalmente como derivado de más de una de las partes del mecanismo.

A efectos expositivos utilizaremos ejemplos necesarios para moldear las definiciones de ATAD: un instrumento financiero puede ser, por ejemplo, un bono, unas obligaciones o unas acciones. Supongamos que tomamos como instrumento financiero unas acciones (que producen un rendimiento, en este caso de capital, sujeto a imposición). Asimismo, para definir una transferencia financiera debemos encontrar un «mecanismo⁸» relativo a la transferencia de un instrumento financiero, y que el rendimiento que subyace en esta transferencia pueda entenderse derivado de más de una de las partes. Podemos pensar en una REPO, esto es, una operación de recompra en que una parte vende a otra un activo con el compromiso de recomprarlo en una fecha determinada y a un precio determinado.

Hemos reproducido la referencia de ATAD II a las definiciones que entran en juego a la hora de afrontar la asimetría derivada de diferencias de calificación. Efectivamente, la distinta calificación de los pagos efectuados (el «rendimiento financiero o de capital») y de la rentabilidad latente en operaciones con el propio instrumento (el «rendimiento subyacente») es el fundamento sobre el que descansa la definición de asimetría derivada de diferencias de calificación según el artículo 2.9 a) de la directiva.

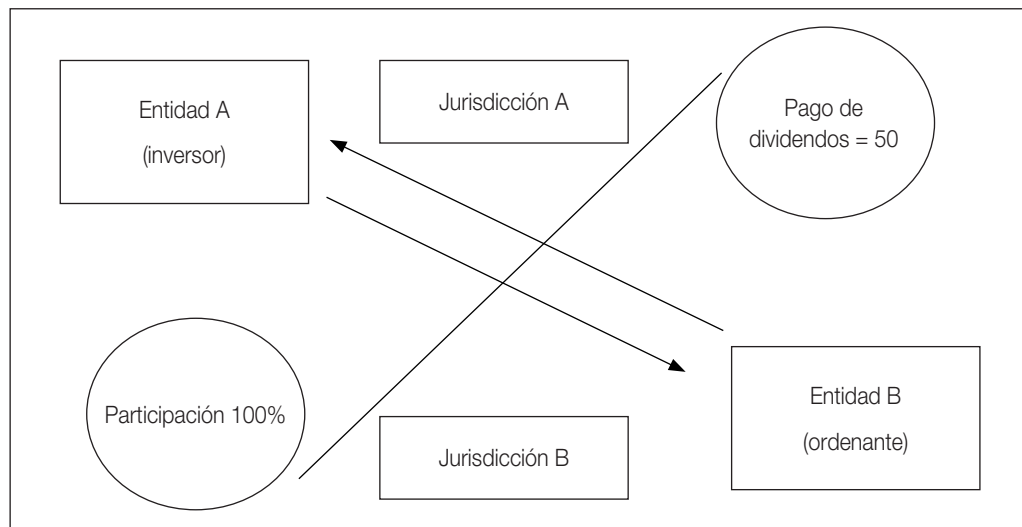
De acuerdo con lo visto, se define «asimetría híbrida» (derivada de las diferencias de calificación, para nuestra lógica expositiva) cuando se realice un pago «con arreglo» a un instrumento financiero, el pago se produzca entre empresas vinculadas y se produzca un efecto de deducción sin inclusión que derive de diferencias de calificación del instrumento.

3.1.2. Esquemas a analizar y reglas sugeridas

De acuerdo con lo expuesto, la asimetría derivada de diferencias en la calificación puede ser de dos tipos: la asimetría en rentas y la asimetría en rendimientos subyacentes.

⁸ Como se va a ver a lo largo de todo el trabajo, cuando la directiva, y en general muchas normas comunitarias, se refieren a «mecanismos», se están refiriendo más bien a lo que podemos entender como «operaciones», «dispositivos» o incluso «acuerdos». Así, en el artículo 6 de ATAD I, cuando se regula la norma general contra cláusulas abusivas (GAAR), se refiere la directiva a «mecanismo o mecanismos» que «desvirtúan el objeto o finalidad de la normativa tributaria aplicable». No en vano, las versiones inglesa y alemana de ATAD II utilizan las palabras «*arrangement*» y «*Gestaltung*», más cercanas a «acuerdos», mientras que la francesa utiliza la palabra «*dispositif*».

3.1.2.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación en rentas



En este caso, el más básico en cuanto a híbridos se refiere, la asimetría en resultados deriva de que la jurisdicción B califica los dividendos pagados por la entidad B como gastos financieros, de ahí que puedan deducirse en sede de la entidad B. Simultáneamente, la jurisdicción A califica estas rentas como rentas del capital y las deja exentas, produciéndose un efecto Deducción (en B) – No inclusión (en A)⁹.

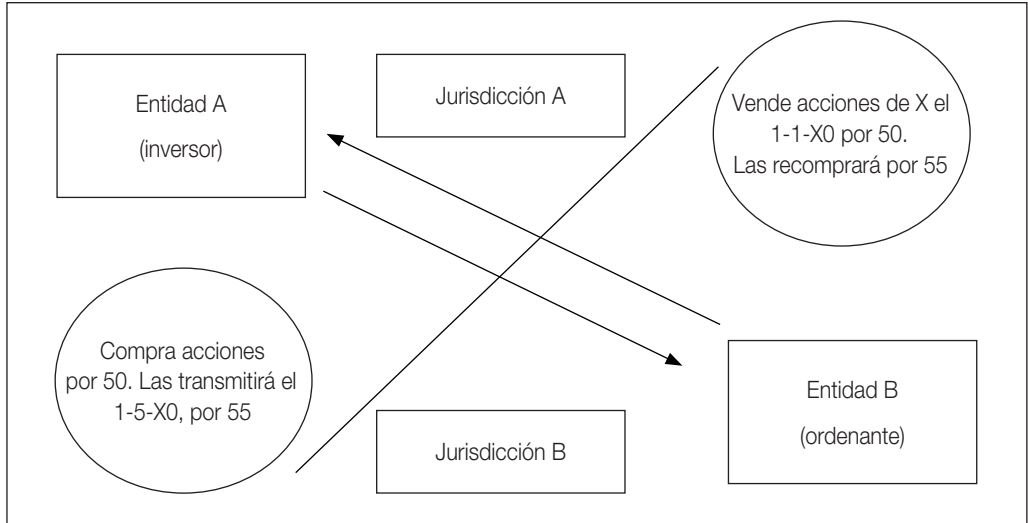
Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)	Estado del ordenante (B) deniega la deducción, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en B.
Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)	Si B no deniega la deducción (porque no es Estado miembro(1)), la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B. Ajuste positivo de 50 en A.

(1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

⁹ Dos casos específicos de asimetrías de este tipo los encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 1130/2014 –NFJ062303–), respecto de los juros brasileños, que aceptó su calificación como dividendos exentos cuando generaban gasto deducible en la entidad pagadora, o en la Sentencia también del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (rec. núm. 1516/2013 –NFJ055388–), que denegó la aplicación de la exención por dividendos a un contribuyente español, sociedad que percibía rentas derivadas de acciones preferentes de su filial australiana teniendo aquellas consideración de intereses en Australia.

3.1.2.2. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes



En este caso, como hemos venido definiendo, la entidad B transmite un paquete de acciones de la entidad X a la entidad A en fecha 1 de enero de X0 por 50. En dicha transmisión se ha acordado ya una recompra cuatro meses después, el 1 de mayo de X0, por importe de 55. Es la llamada *Repurchase Agreement* o REPO. No obstante, la calificación de la operación como venta de un activo con posterior recompra puede ser discutida, pudiendo entenderse que se trata de un préstamo garantizado¹⁰. Así, puede producirse el siguiente efecto D/NI:

- La jurisdicción B entiende que se ha producido un préstamo de 50, garantizado con las acciones de X. Dicho préstamo genera unos gastos financieros deducibles en B por importe de 5 (es decir, la diferencia entre lo obtenido, 50, y lo abonado, 55, que comprende la devolución del principal e intereses de 5). B tiene unos gastos financieros deducibles por importe de 5.
- Por otro lado, la jurisdicción A califica la operación como REPO, tal y como hemos visto. En este escenario, la entidad A obtiene una serie de dividendos (exentos) derivados de la cartera de X, y posteriormente una ganancia de 5 (por la transmisión de la cartera) que se corresponde con el gasto deducible en B. Sin embargo, atendiendo a la calificación en A, esta plusvalía está exenta al derivar de la transmisión de valores.

¹⁰ Es lo que el informe final de la acción 2 denomina *Collateralised Loan Repo*.

Cabe apuntar, siguiendo a De Juan Casadevall (2017), que tanto el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, como sobre todo la Dirección General de Tributos (Consulta vinculante V3608/2013 –NFC049937–) siguen lo que dicho autor ha denominado «tesis sustancialista», la de la jurisdicción B. Se calificaría la operación (en el caso referido estamos ante la figura del *equity swap*, muy parecida al ejemplo expuesto) como de préstamo garantizado. La aplicación deriva del principio de prevalencia del fondo sobre la forma enunciado por el artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), que cita el propio Sanz Gadea (2017)¹¹.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido de D/NI, la directiva impone las siguientes reglas¹²:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)	Estado del ordenante (B) deniega la deducción del gasto financiero, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 5 en B.
Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)	Si B no deniega la deducción (porque no es Estado miembro(1)) la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B. Ajuste positivo de 5 en A.

(1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

Asimismo, los supuestos de generación de un crédito fiscal excesivo deberán ser combatidos, de acuerdo con el considerando 23 de la directiva, con la aplicación de una regla general antiabuso que podríamos encontrar en el artículo 16 de la LGT.

¹¹ Además del efecto D/NI, existen otros posibles efectos en los que no entraremos en profundidad, que se refieren a la generación de créditos fiscales excesivos. Consiste en una REPO tal y como ha sido descrita donde la recompra se hace por un precio inferior al de la venta en el importe del dividendo percibido. No se generan rentas, ya que debe esperarse que el valor de las acciones inicial y posterior difiera justo en el importe de dicho dividendo. Lo que, sin embargo, sí se genera, es la retención a cuenta del IS de la entidad que percibe el dividendo, que tendrá un crédito fiscal generado «innecesariamente». Del mismo modo puede ocurrir que, en un préstamo de valores entre entidades de dos jurisdicciones fiscales (perteneciendo los valores a otra entidad residente en una tercera jurisdicción), la retención en fuente del dividendo (practicada en la tercera jurisdicción) se atribuya como crédito fiscal diferente a la prestamista o la prestataria en función de la norma de sus respectivas jurisdicciones fiscales. Es lo que Sanz Gadea (2017) denomina «crédito fiscal plural», y que viene remediado en el artículo 9.6 de la directiva.

¹² La solución propuesta, según Sanz Gadea (2017), es contraria a la naturaleza jurídica y económica de la operación. Efectivamente, parece que los intereses realmente se han generado, de modo tal que la regla primaria debería atacar la no inclusión de las rentas en A, perceptora de unos flujos calificados como derivados del capital cuando realmente son ingresos financieros plenamente imponibles.

3.1.3. Aplicación a la norma española

Varias normas en el IS español se introdujeron pensando en paliar efectos como los descritos. Esta suerte de «protonormas antihíbridos» son, principalmente, los artículos 15 j) y 21.1, penúltimo párrafo, de la LIS.

El citado artículo 15 j) dispone que no son deducibles:

- j) Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento.

Esta disposición casa con la norma primaria vista para las asimetrías derivadas de diferencias en la calificación de rentas, por cuanto impone que se niegue la deducción de gastos que no generan un correlativo ingreso (derivado de esas diferencias en calificación) en el destinatario de los pagos. Se refiere, no obstante, a la posibilidad de que el ingreso correlativo en el destinatario de los pagos sea inferior al 10 %, algo que de hecho hace más duro, eleva el nivel de protección de ATAD¹³.

Por otro lado, el artículo 21.1, penúltimo párrafo, de la LIS señala:

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

Se trata de una norma que encaja claramente con la figura de la regla secundaria vista para las asimetrías derivadas de la calificación de rentas. Si bien aquella se refería a «incrementar» la base imponible de la perceptora del dividendo, en este caso la norma interna se refiere a negar la exención, lo que supone no practicar el ajuste negativo que la misma significa. Asimismo, carece la norma descrita de la condición de que se dé entre empresas vinculadas, lo que en términos de la norma comunitaria se denominan «empresas asociadas».

Previsiblemente, esta norma secundaria del artículo 21 no sería de aplicación de estar en presencia de lo que hemos llamado «asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes». Precisamente porque nos encontramos en supuestos de diferencias en rendimientos que subyacen en operaciones, lo normal será que en este caso se aplique en primer lugar un criterio de calificación del fondo sobre la forma recogido en

¹³ Debe tenerse en cuenta que dicho nivel de protección es un nivel mínimo, de acuerdo con el artículo 3 de ATAD I, por lo que este solivianto del mismo no debería tener barreras jurídicas.

el artículo 13 de la LGT, de modo tal que, si en España se encuentra el ordenante, será de aplicación el artículo 15 j) ya visto, y si lo estuviese el inversor, por aplicación del artículo 13 de la LGT se incluiría el ingreso en base imponible, *vid.* artículo 10.3 de la LIS.

3.1.3.1. El «desajuste temporal tolerable»

El necesario efecto de deducción sin inclusión que venimos viendo exige que el gasto deducible en el pagador no se traduzca en un ingreso imponible en quien recibe el pago *en un plazo razonable*. El artículo 2.9 de la directiva, en su letra a), desglosa las circunstancias en que se entiende que esto ocurre. De su lectura se deduce que se entenderá que es razonable el plazo de inclusión (y, por tanto, no existiría asimetría) cuando:

1. El periodo impositivo en el que el inversor incluya la renta comience dentro de los 12 meses anteriores al fin del periodo impositivo del ordenante¹⁴.
2. Cuando pueda «preverse razonablemente» que la misma será incluida por el destinatario en un periodo impositivo futuro y las condiciones del pago sean las que puede preverse que se acuerden entre dos empresas independientes. La «previsión razonable» de inclusión en periodos futuros, más que un juicio de la intencionalidad del inversor, debería tratarse, parece, como un examen de la posibilidad de imputación temporal en periodos impositivos futuros. A este respecto, podríamos encontrarnos con pagos (piénsese sobre todo en el supuesto de asimetrías derivadas de diferencias de calificación en rendimientos subyacentes) para los que se hubiese optado por parte del inversor en una integración de acuerdo con un criterio de caja como el previsto en el artículo 11.4 de la LIS, según el cual, en las operaciones a plazo o con precio aplazado, las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros, excepto que la entidad decida aplicar el criterio del devengo¹⁵.

3.1.3.2. El método de imputación como posible solución

No es desde luego nuevo que una legislación tributaria reguladora del impuesto directo sobre corporaciones recoja, como métodos para evitar la doble imposición, el de exención

¹⁴ Aunque la versión en castellano puede inducir a cierta confusión, parece que debe interpretarse así. No en vano, la versión inglesa utiliza la expresión *within*, «dentro de».

¹⁵ Parece lógico que en estos casos prevalezca la posibilidad de adoptar este criterio en caso de existir la posibilidad en el país del inversor. El legislador español podría contemplar, en dicho caso, la posibilidad de exceptuar la aplicación del artículo 15 j) de la LIS cuando concurren circunstancias de este tipo en el país del inversor. Ello podría originar problemas en comprobaciones administrativas cuando el plan de pagos sea superior a cuatro años, ya que el gasto deducible solo podrá ser comprobado en ese plazo, puesto que la amenaza de la prescripción (art. 66 LGT) penderá sobre la actuación comprobadora.

y el de imputación. La ley española lo hace en los artículos 21 y 22 (para el de exención) y 31 y 32 (para el de imputación). Asimismo, muchos convenios para evitar la doble imposición suelen recoger la posibilidad de aplicar ambos métodos.

Sin embargo, debe reconocerse que el método de exención es origen de una serie de problemas que el de imputación no provoca. Así ocurre con los híbridos.

El efecto D/NI supone deducir un gasto y no incluir un ingreso en el destinatario del pago. Si B tiene un gasto de 100 por intereses y se los paga a A, que los califica de dividendos, tendremos la asimetría. Si sobre esos intereses pesa una retención en la fuente del 10 %, el gasto será de 100, siendo el resto una deuda frente a la Hacienda Pública por parte del pagador/retenedor, de modo que:

Cuenta	Debe	Haber
Gastos por intereses	110	
Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100
Deuda frente a la Hacienda Pública		10

Por su parte, A va a recibir un ingreso de 100 que podrá declarar exento (al tratarlos como dividendos), habiendo sido el gasto por impuesto de no residente asumido por B. Como esos ingresos financieros han tributado en B (es necesario que el convenio de turno, en su caso, así lo determine), la jurisdicción de A aplica el método de exención puesto que es la jurisdicción encargada de eliminar esa doble tributación. Hay un efecto deducción (en B) y uno de no inclusión (en A). Supongamos, sin embargo, que, *ceteris paribus*, en A se aplica únicamente el método de imputación. La entidad A debe incluir en su base imponible el importe bruto del «dividendo», esto es, 110, y podrá deducir de su cuota la menor de dos cantidades, ya sea la que pagó en B (10) o la que hubiese pagado en A por obtener el mismo ingreso. Al corregirse exclusivamente la cantidad ya tributada en B, no existe efecto no inclusión.

3.2. Asimetrías derivadas de diferencias en la asignación de pagos

3.2.1. Definiciones

El considerando 15 de ATAD II se refiere a las asimetrías surgidas de diferencias en la atribución de ciertos pagos realizados. Como se verá, esta diferencia en «atribución», que

podemos llamar diferencias en «asignación» de los mismos¹⁶ (a uno u otro contribuyente), requiere para que se produzca la concurrencia de una «entidad híbrida». Estas son definidas (art. 2.9, segundo párrafo, i) como:

[...] toda entidad o mecanismo que sean considerados entidades imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación de otra jurisdicción.

Esto es, se está refiriendo la norma comunitaria a lo que en términos de nuestra norma interna llamaríamos una entidad transparente en unas jurisdicciones que, no obstante, son contribuyentes plenos en otras¹⁷. En esos casos, podría ocurrir que mientras una jurisdicción (la que considera transparente a la entidad de turno) considera que las rentas de la entidad se deben atribuir a sus partícipes, socios o miembros, otra entienda que las mismas rentas deben tributar en sede de la propia entidad¹⁸. Más adelante veremos como ello puede generar asimetrías híbridas¹⁹.

De conformidad con lo expuesto, la propia directiva recoge las asimetrías derivadas en diferencias en la atribución pagos. Sus elementos comunes serían: 1) se requiere que se produzca un pago; 2) dicho pago debe producir un efecto de D/NI que derivará de diferentes asignaciones de los mismos entre entidades híbridas y sus socios o partícipes²⁰; 3) la relación de asociación (vinculación) exigida en general para todas las operativas que originan asimetrías híbridas deberá ser del 50 % (art. 2.4 a) ATAD II).

¹⁶ Seguimos acudiendo a la versión en inglés para encontrar que se usa el término «*allocation*», literalmente «asignación». «*Zuordnung*», en alemán, puede entenderse también como atribución, asignación. La versión francesa utiliza el término «*attribution*». A efectos expositivos, utilizaremos la palabra «asignación» o «atribución» indistintamente.

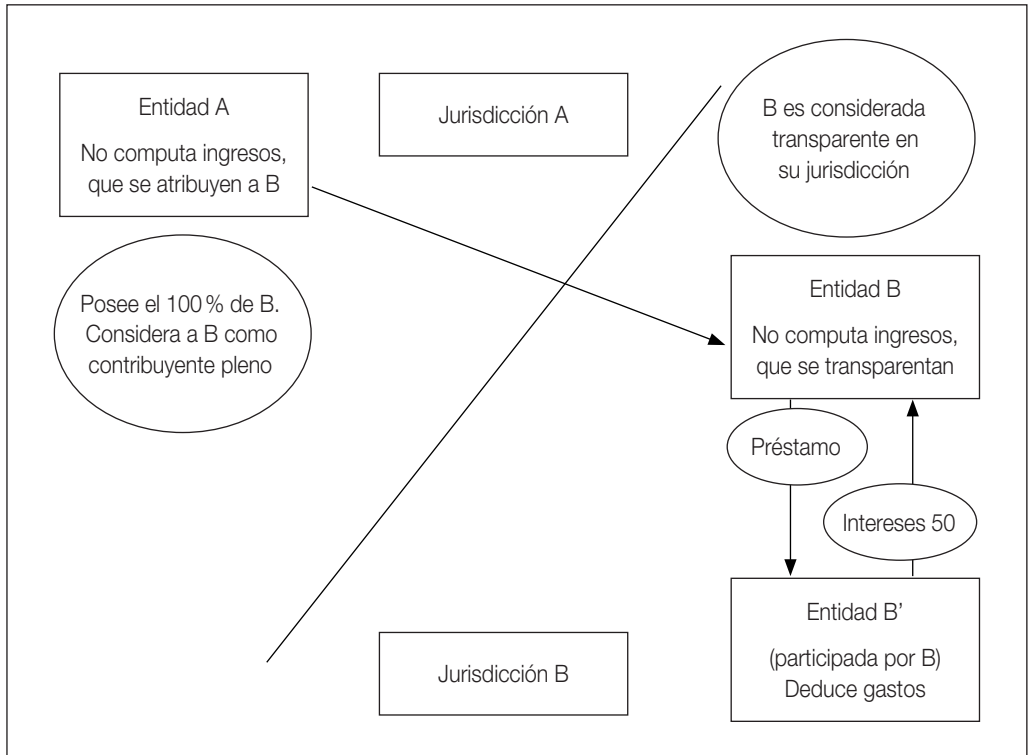
¹⁷ De la legislación española (principalmente, arts. 6 LIS, 37 texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y 87 Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas –LIRPF–) se deriva que responden a esta definición las entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas. Así, véase Sanz Gadea (2017).

¹⁸ Como se ve, estamos en puridad ante una nueva diferencia de calificación, esta vez de una entidad como transparente o no, aunque el resultado suponga una asignación de pagos distinta según la calificación que se haga.

¹⁹ A este respecto, es interesante tener en cuenta la Resolución de 6 de febrero de 2020, de la Dirección General de Tributos, sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero (BOE de 13 de febrero). En la misma se hace un análisis de la doctrina del centro directivo sobre diferentes figuras de entidades extranjeras que tienen la consideración de entidades en atribución de rentas en España.

²⁰ Las entidades híbridas en estos supuestos deben ser reconocidas como contribuyentes plenos por la jurisdicción de su matriz, pero como transparentes en su jurisdicción de residencia (entidad híbrida inversa).

3.2.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas



El supuesto parte de la base de una jurisdicción de un socio «originario» (A) que participa en una entidad híbrida (B), llamada así porque es considerada transparente en su jurisdicción de residencia, pero contribuyente pleno en la de su socio (A). Asimismo, B participa en B', a la que otorga un préstamo que devenga intereses. Dichos intereses, que se deducen en B' (ahí surge el efecto deducción), ¿dónde tributarían? En sede de B no, porque la entidad B es considerada transparente y atribuye los pagos que recibe a su socio A. En A tampoco, porque en su jurisdicción se atribuyen dichos pagos a B, que es la entidad que los recibe en primer lugar y que la jurisdicción A considera contribuyente pleno (entidad opaca). De aquí surge el efecto no inclusión.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)

Estado del ordenante (B) deniega la deducción, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en B'.





Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)

Si B no deniega la deducción en B' (porque B no es Estado miembro(1)), la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B'. Ajuste positivo de 50 en A(2).

- (1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.
- (2) La regla secundaria de ATAD II se refiere a que «cuando la deducción no se deniegue en la jurisdicción del ordenante, el importe del pago que, de otro modo, daría lugar a una asimetría en resultados se incluirá en concepto de renta en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante». Se trata de un fallo de traducción, incluso de transcripción, ya que debería haberse recogido «se incluirá en concepto de renta en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor». No en vano, la versión inglesa se refiere al payee, no al payer.

Podría darse el caso de que B' residiese en otra jurisdicción diferente a A y B, debiéndose también en este caso producirse una cadena de participación que haga que A, B y B' sean entidades vinculadas con una participación entre ellas superior al 50 %²¹.

3.2.3. Aplicación a la norma española

Pudiese ocurrir que B' (entidad que debería no deducir el gasto que origina la no inclusión) fuese residente española. Al tratarse de un gasto que no tiene el correlato de un ingreso en una entidad vinculada, podría ser de aplicación el ya visto artículo 15 j) de la LIS, si bien habría que tener en cuenta que debería incluirse en el mismo que la definición de vinculación se determine en una participación del 50 % y que el efecto ha debido producirse no por una diferente calificación de la operación sino de la entidad en régimen en atribución de rentas, B.

Diferente sería si en España la entidad residente fuese A, y hubiese que configurar la norma defensiva o secundaria para el caso en que B' no estuviese situada en una jurisdicción fiscal comunitaria, no teniendo B la consideración de transparente en nuestro país. En este caso tenemos, desde el punto de vista de España, una sociedad participada que nunca va a repartir beneficios: si una sociedad híbrida inversa (transparente en su jurisdicción de residencia, pero opaca para la de su socio o partícipe, en este caso España) tiene la consideración de contribuyente pleno a efectos del IS, es porque se entiende asimilable a la figura de contribuyente recogida en el artículo 7 de la LIS. Dicho precepto, que recoge básicamente las entidades con personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios, nos

²¹ O, en su caso, que estemos ante un acuerdo estructurado.

lleva a entender que, de acuerdo con la calificación más lógica de estas entidades desde España, las retribuciones de las mismas a sus socios derivarán de su condición de tales. Sin embargo, toda vez que la entidad en su propia jurisdicción de residencia es calificada como EAR, no tendrá que repartir ningún tipo de beneficio.

Todo esto impide que sea aplicable aquí la cláusula del artículo 21 que tomábamos como un brote de norma defensiva en la ley española.

Por tanto, posiblemente para este caso deba diseñarse una nueva norma que recoja las siguientes características: 1) incluya en la base imponible de la entidad partícipe en España una renta; 2) la renta incluida se corresponda con gastos deducidos por un contribuyente residente en una jurisdicción fiscal que no pertenezca a la UE; 3) ambos contribuyentes sean entidades vinculadas en más de un 50 %, y 4) la renta no haya tributado en ningún otro país debido a que el pagador de la misma tiene en su jurisdicción de residencia la consideración de entidad de naturaleza idéntica o análoga a una entidad en régimen de atribución de rentas en la que el contribuyente español tiene la consideración de socio o partícipe.

3.3. Asimetrías derivadas del no cómputo de los pagos

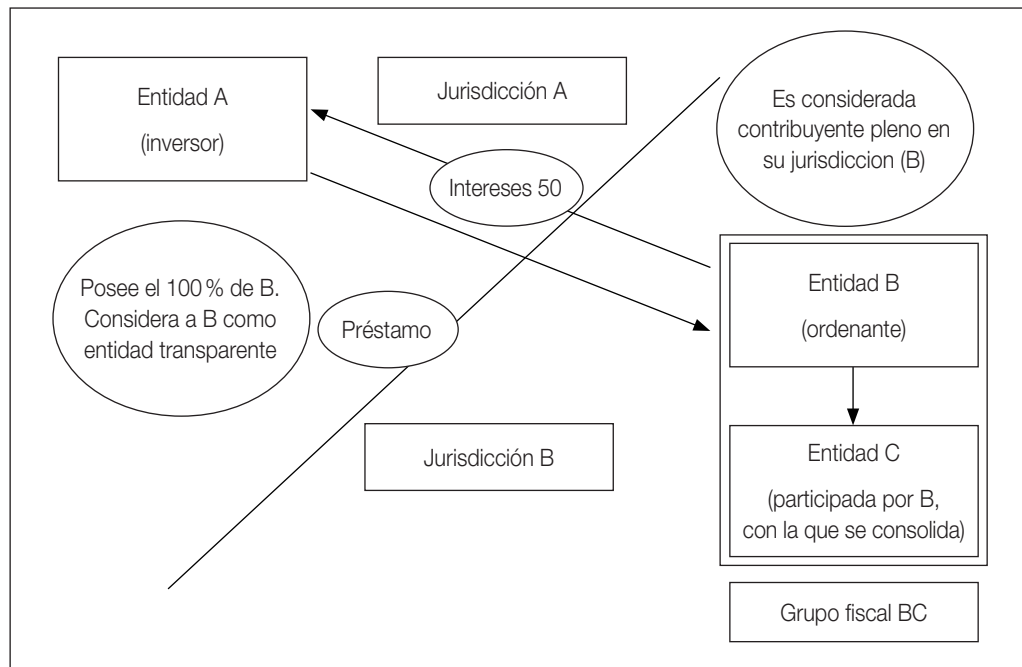
3.3.1. Definiciones

Es necesario traer aquí a colación un nuevo concepto, como es la renta de doble inclusión. Definida como «toda renta que esté incluida con arreglo a las legislaciones de las dos jurisdicciones en las que se ha originado la asimetría en resultados», podemos ejemplificarla con el supuesto de una entidad híbrida considerada contribuyente pleno en su jurisdicción de residencia y transparente en la de su matriz. Cualquier ingreso que tenga la entidad híbrida será una renta de doble inclusión, toda vez que será ingreso para el país de su residencia (que considera a la entidad como opaca) e ingreso para su matriz (que considera a la entidad como transparente).

La directiva recoge aquí las de asimetrías derivadas del no cómputo de pagos. Vamos a identificar sus elementos: 1) se requiere que se produzca un pago entre una entidad híbrida²² y su matriz; 2) dicho pago debe producir un efecto D/Ni, y 3) la relación de asociación (vinculación) exigida en general para todas las operativas que originan asimetrías híbridas deberá ser del 50 % (art. 2.4 a).

²² Las entidades híbridas en estos supuestos deben ser reconocidas como contribuyentes plenos por la jurisdicción de su residencia, pero como transparentes en la jurisdicción de su matriz, al contrario de lo que ocurría en el caso anterior.

3.3.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas



Para explicar este gráfico, iremos punto por punto²³:

- A, residente en la jurisdicción A, es una entidad que posee el 100 % de las participaciones de la sociedad B, a la que considera transparente. Concede un préstamo a la entidad B que genera unos intereses en B. No obstante, como A no considera contribuyente independiente a B, ese préstamo no tiene la calificación jurídica de tal en A (ya que B carece de personalidad jurídica a sus efectos, y, por tanto, no puede contraer obligaciones de este tipo).
- Por su parte, B es una entidad residente en la jurisdicción B, para la cual es un contribuyente opaco, independiente, con personalidad jurídica propia. Recibe un préstamo de su socio único, A, que genera unos gastos financieros de 50, los cuales abona y se deduce. En este punto debemos diferenciar:
 - Si B solo obtuviese estos gastos, se generaría un efecto D/NI porque A no computa los mismos como ingresos al no entender a B como contribuyente pleno.

²³ El ejemplo que estudiamos ahora consta específicamente en el informe definitivo de la acción 2.

- No obstante, si B tuviese unos ingresos del mismo importe, 50, dichos ingresos también se computarían en A, serían lo que hemos llamado una «renta de doble inclusión». Es decir, existiría una deducción de 50 sin inclusión, pero también una doble inclusión de ese importe. El considerando 21 de ATAD II explica lo que parece lógico: «las asimetrías híbridas únicamente deben existir, no obstante, en la medida en que la jurisdicción del ordenante permita que la deducción se compense con un importe que no sea una renta de doble inclusión». La traducción a derecho positivo se encuentra en el artículo 2.9, párrafo segundo, b) de ATAD II: «solo existirá una asimetría híbrida en el sentido del párrafo primero, letras e), f) o g) *supra* si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión». No habría, por tanto, asimetría híbrida en ese caso, toda vez que B hace que ese gasto de 50 se compense con un ingreso de igual importe, que es de doble inclusión, ya que se transparenta a A.
- Si los ingresos fuesen inferiores a los gastos, la diferencia sí generaría una asimetría digna de corrección con los mecanismos que veremos.
- Por último, un tercer interviniente es C, residente en el país B y que consolida con la entidad B. Con dicho régimen de consolidación se aprovechan los gastos en B para neutralizar ingresos (los de C) que no son renta de doble inclusión (en el caso de que los ingresos del grupo no transparentasen) y se genera el efecto D/NI que se pretende evitar. Sin embargo, como ocurría antes, en función del importe de los ingresos consolidados, si estos son inferiores a los gastos por intereses, y si se imputasen también a la dominante A, la diferencia generará la asimetría híbrida. Por ejemplo, si los ingresos de C fuesen de 45, el resultado consolidado de 5 sería, en caso de que se transparentase, la asimetría fiscal generada y que habría que corregir: B se dedujo 50, pero solo se palió el no cómputo de estos intereses con rentas de doble inclusión de 45.

Es decir, que la diferencia negativa entre ingresos y gastos del grupo, en este caso, será el importe de la corrección que deba practicarse.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)

Estado del ordenante (B) deniega la deducción, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en B.

En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran atribuidos a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en B sería de 5.

Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)

Si B no deniega la deducción en B (porque B no es Estado miembro(1)), la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B. Ajuste positivo de 50 en A.





Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)
(cont.)

En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran atribuidos a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en A sería de 5.

(1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

3.3.3. Aplicación a la norma española

Este primer supuesto, a efectos de su transposición, debe recoger, como es la esencia de las *linking rules* diseñadas por la acción 2 del plan BEPS, una norma primaria y otra secundaria o defensiva. La norma primaria sería aplicable cuando España fuese la jurisdicción del ordenante y, en caso contrario, cuando España fuese la jurisdicción de residencia de la entidad dominante (A, en nuestro ejemplo), habría que diseñar una norma secundaria si el ordenante no residiese en un Estado miembro.

La norma primaria en la ley española viene estudiándose detenidamente y aquí no tenemos una excepción. El artículo 15 j) exige, para negar la deducción del gasto ocasionado en B, que se produzca por operaciones realizadas con entidades vinculadas (algo que se produce si bien debería especificarse que el nivel de vinculación exigido debe elevarse al 50 % para estos casos), requiere también que dicho gasto no genere ingreso o genere un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 % (con los comentarios que ya hemos hecho al respecto) y que todo ello se deba a diferencias de calificación (debiendo incluirse un párrafo que habilite la aplicación de la norma cuando la asimetría se debe a que el pago no se compute por tratarse al contribuyente en la otra jurisdicción como transparente). Igualmente, habría que introducir referencias a las rentas de doble inclusión.

No deberían ser deducibles, por tanto, los gastos que deriven de operaciones realizadas con entidades vinculadas (participación mínima del 50 %) que no generen ingreso en las mismas debido a que estas consideran al contribuyente una entidad idéntica o análoga a las entidades en régimen de atribución de rentas, salvo que en sede de la entidad participe también se atribuyesen rentas que hubiesen tributado previamente en sede del contribuyente, en cuyo caso el importe de gasto no deducible será la diferencia entre el ingreso doblemente atribuido y el gasto no imputado en el socio o participe en el extranjero.

Más difícil se antoja el diseño de una norma secundaria. De acuerdo con la estructura del esquema, debería preverse cuando sea España la jurisdicción donde resida la entidad que participe en la entidad asimétrica, esto es, la entidad que juega el papel de inversor. La casuística que podemos encontrar en ese supuesto es muy vasta, por lo que partiremos del ejemplo de una entidad en régimen de atribución de rentas, constituida en el extranjero (fuera de la UE), sin presencia en territorio español con un solo socio o participe, residente en España, y contribuyente del IS español.

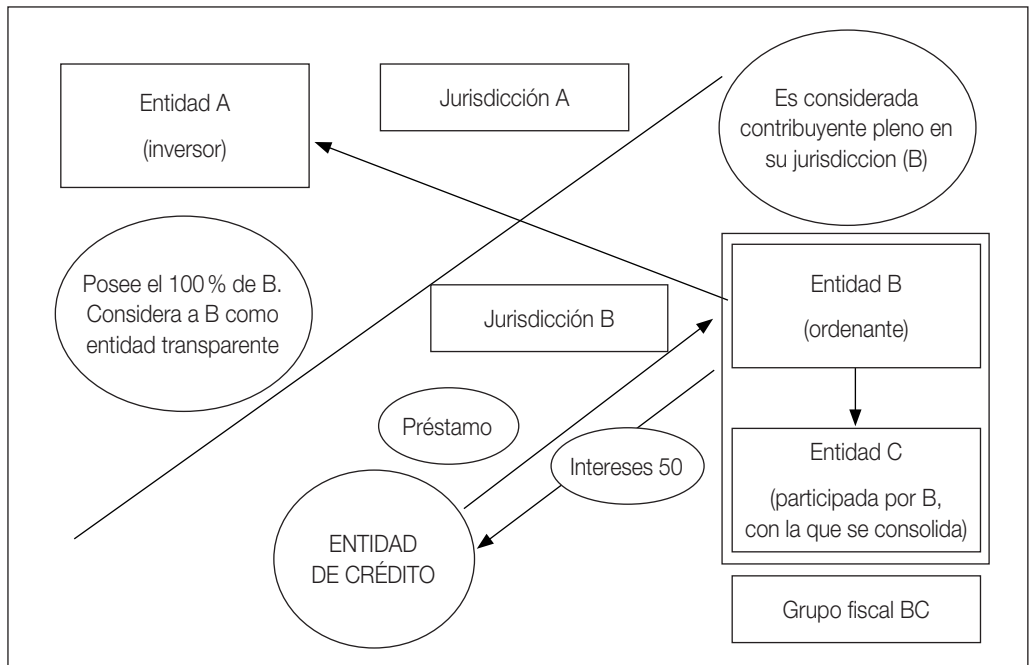
De acuerdo con la LIRPF, en esencia la base imponible de las entidades en atribución de rentas se calcula según las reglas del IRPF, salvo cuando todos sus socios o partícipes fuesen contribuyentes del IS en cuyo caso acudiríamos a la LIS. Es el ejemplo en el que estamos.

Por tanto, se requiere que en el IS se incluyan las rentas que, derivadas de operaciones con entidades extranjeras vinculadas en más de un 50 % y situadas en países no comunitarios, se hubiesen ignorado de acuerdo con las leyes españolas, pero hubiesen generado un gasto deducible en sede de la pagadora.

Esto último, y teniendo en cuenta que obviamente las leyes españolas no van a reconocer el ingreso en ningún caso (porque no deriva de una entidad con personalidad jurídica según nuestro ordenamiento jurídico), deberá suponer regular un ajuste positivo en la base imponible del IS.

3.4. Asimetrías derivadas de efectos de doble deducción

3.4.1. Esquema a analizar y reglas sugeridas



Como puede intuirse, este supuesto no abarca una estructura completamente novedosa, y de hecho podría haber sido clasificado en otros epígrafes, ya que lo realmente característico del mismo es que el efecto producido no es la D/NI, sino la doble deducción (D/D).

Todas las definiciones hechas anteriormente valen para poder entender el funcionamiento del mecanismo expuesto. En este lugar, parecido al de las asimetrías por no cómputo de pagos de la matriz vista más arriba, la gran diferencia consiste en que el préstamo no lo otorga la matriz, sino una entidad de crédito, lo que supone que, si antes la matriz ignoraba o no reconocía el pago de intereses que le hacía una entidad que consideraba transparente (con la consecuente no inclusión de los mismos), ahora el gasto que se deducía dicha entidad transparente (B) va a ser asimismo aprovechado por A, toda vez que se le atribuye la renta de B. La relación de vinculación debe ser de nuevo del 50 %.

Vayamos, de nuevo, punto por punto:

- A, residente en la jurisdicción A, es una entidad que posee el 100 % de las participaciones de la sociedad B, a la que considera transparente. Una entidad de crédito concede un préstamo a la entidad B que genera unos intereses en B por importe de 50. No obstante, como A no considera contribuyente independiente a B, esos intereses se atribuyen a la propia A, que los deduce por 50.
- Por su parte, B es una entidad residente en la jurisdicción B, para la cual es un contribuyente opaco, independiente, con personalidad jurídica propia. Recibe un préstamo de una entidad de crédito que genera unos gastos financieros de 50, los cuales abona y se deduce. En este punto debemos diferenciar:
 - Si B solo obtuviese estos gastos, se generaría un efecto D/D porque A computa los mismos como gastos al no entender a B como contribuyente pleno.
 - No obstante, si B tuviese unos ingresos del mismo importe, 50, dichos ingresos también se computarían en A. Volveríamos a lo que hemos llamado «renta de doble inclusión». Es decir, existiría una doble deducción de 50, pero también una doble inclusión de ese importe. No habría, por tanto, asimetría híbrida en ese caso.
 - Si los ingresos fuesen inferiores a los gastos, la diferencia sí generaría una asimetría digna de corrección.
- Por último, un tercer interviniente es C, residente en el país B y que consolida con la entidad B. Con dicho régimen de consolidación se aprovechan los gastos en B para neutralizar ingresos (los de C) que no son renta de doble inclusión (en el caso de que los ingresos del grupo no transparentasen) y se genera el efecto D/D que se pretende evitar. Sin embargo, como ocurría antes, en función del importe de los ingresos consolidados, si estos son iguales o inferiores a los gastos por intereses, y si se imputasen también a la dominante A, la diferencia generará la asimetría híbrida. Por ejemplo, si los ingresos de C fuesen de 45, el resultado consolidado de 5 sería la asimetría fiscal generada y que habría que corregir: B se dedujo 50, pero solo se palió el no cómputo de estos intereses con rentas de doble inclusión de 45.

Es decir, que la diferencia negativa entre ingresos y gastos del grupo, en este caso, será el importe de la corrección que deba practicarse.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.1 a) ATAD II)	El estado del inversor (A) deniega la deducción, si A es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en A. En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran imputados a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en A sería de 5.
Regla secundaria (art. 9.1 b) ATAD II)	Si A no deniega la deducción en A (porque A no es Estado miembro (1)), la jurisdicción B debe negar la deducción en B en el importe del pago. Ajuste positivo de 50 en B. En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran imputados a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en B sería de 5.

(1) Pudiera ocurrir sin embargo que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

Como se puede observar, para el efecto de D/D, la regla prevista por la directiva es justo la contraria que la prevista para el efecto D/NI. Aquí debe corregir, en primer lugar, el Estado del inversor, mientras que solo en caso de que este no lo haga (porque no se ve obligado a ello al no entrar en el ámbito de aplicación de la directiva, por no ser Estado miembro de la UE), será el estado del ordenante el que adopte la norma secundaria o defensiva, consistente en negar la deducción en su jurisdicción.

Aquí se pone de manifiesto la cuestión que se comentó al hablar de los conceptos de «ordenante» e «inversor». Para situaciones así, no se acomoda bien el término que veíamos válido para el efecto D/NI sobre el ordenante, rol que asumía en definitiva quien soportaba un gasto o pérdida. Aquí, sin embargo, encaja mejor la idea de ordenante como quien realiza el pago.

El artículo 9.1, *in fine*, establece en relación con la deducción que debe negar el Estado del inversor (regla defensiva), que «No obstante, tal deducción podrá compensarse con una renta de doble inclusión resultante de un periodo fiscal actual o futuro». Esta norma habilita al Estado del inversor a evitar la regularización cuando entienda que la asimetría deriva de un desajuste temporal (porque, por ejemplo, entienda que la entidad B obtendrá ingresos que se transparentarán igualmente y generarán un ingreso que tributará doblemente en sede de A). El reto será determinar un plazo para asegurar que la asimetría se corrige con posterioridad.

Por último, debe traerse a colación que también se prevé que concurra el mismo esquema con un establecimiento permanente como entidad dominante del grupo fiscal, manteniéndose igual el resto de condiciones del esquema visto.

La regla del *carry-back* o del *carry-forward*

Cuando vemos que la directiva hace referencia, al final del artículo 9.1, a que «[...] tal deducción podrá compensarse con una renta de doble inclusión resultante de un periodo fiscal actual o futuro», atendemos a una asunción de la norma comunitaria de lo que el informe final de la acción 2 denomina *carry-forward*²⁴. Básicamente que, en lugar de negar la deducción en la regla defensiva, se compense el gasto contra ingresos doblemente incluidos, obtenidos en periodos impositivos futuros²⁵.

Si bien el informe de la acción 2 contempla la posibilidad de aplicar igualmente una compensación «hacia atrás» (el llamado *carry-back*), la UE termina adoptando un criterio que no es desconocido en España. Sin ir más lejos, el propio artículo 16.1 de la LIS, en relación con el límite de deducción de gastos financieros, así lo prevé. En nuestro caso, y dentro del contexto de la regla secundaria, podría contemplarse la posibilidad de declarar los gastos como no deducibles, sin perjuicio de que los mismos puedan deducirse en periodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del periodo impositivo correspondiente, y con el límite de los ingresos que se transparenten al socio (para garantizar que se compensan con rentas de doble inclusión).

3.4.2. Aplicación a la norma española

En nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto, el artículo 15 j) de la LIS puede tomarse como regla primaria cuando estamos ante un efecto de D/NI. No obstante, cabría entender que sirve igualmente como norma primaria en el caso de los efectos de doble deducción, toda vez que, en puridad, el gasto (en A) no produce un correlativo ingreso en sede de una entidad vinculada (B). Sin embargo, parece que la configuración del artículo («gastos que no generen ingreso») se refiere a una neutralización del efecto D/NI más que a un efecto D/D. Es por ello que, sin perjuicio de que pueda interpretarse el citado precepto para adaptarlo como norma primaria en estos casos, un precepto diferente (una letra distinta) en el artículo 15 podría ser recomendable. Dicho precepto debería contener los siguientes requisitos: 1) establecer como no deducible un gasto; 2) que el gasto derive de atribuciones de rentas entre entidades vinculadas con participaciones superiores al 50 %, y 3) que se corresponda con una renta neta negativa que, debido a una calificación diferente de la naturaleza jurídica de la entidad pagadora por la jurisdicción de residencia de su socio o partícipe, hubiese sido deducible también en la jurisdicción de la entidad pagadora. Por renta neta deberá entenderse el exceso de gasto sobre ingresos atribuidos.

La norma secundaria (aplicable a B, la entidad que abona los intereses a la entidad de crédito y que se considera transparente en la jurisdicción de A), que debe tratar igualmente de evitar la deducción de un gasto cuando el mismo ha sido deducido en sede de un socio residente en

²⁴ Páginas 72 y siguientes del informe definitivo de la acción 2 de BEPS.

²⁵ A este respecto, Blasco Marzal (2017, capítulo 12).

un Estado no miembro y que considera a la entidad transparente, deberá, por su parte, tener las siguientes características: 1) establecer como no deducible un gasto; 2) que dicho gasto derive de atribuciones de rentas entre entidades vinculadas con participaciones superiores al 50 %, y 3) que se corresponda con una renta neta negativa que haya sido considerada deducible en sede del socio o participe del contribuyente debido a una calificación distinta de la naturaleza jurídica del propio contribuyente por la jurisdicción de residencia de su socio o participe.

4. Conclusiones: sugerencias de cambio en la norma española para la transposición de ATAD II

Para una correcta transposición de ATAD II, podrían barajarse varias alternativas. Una de ellas sería la inclusión de las normas en un título o capítulo independiente, como han hecho algunos países de nuestro entorno. Por ahora, plantearemos las potenciales modificaciones que cabría considerar sobre los textos normativos vigentes

1. La norma primaria por antonomasia para los efectos D/Ni: el artículo 15 j) de la LIS

Podrían modificarse los siguientes aspectos del precepto:

1. La remisión a la ausencia de ingreso o ingreso inferior al 10 % en el extranjero. Podría plantearse la opción de dejarlo en ingresos que no se generen, si bien la opción actual endurece la norma comunitaria, lo que no debería presentar problema al tratarse de una protección mínima.
2. La referencia a un plazo razonable de inclusión del ingreso, como ya se ha comentado.
3. Para paliar los efectos D/Ni derivados de la estructura de entidades híbridas inversas (transparentes en su jurisdicción, opacas en la de su socio), se hace necesaria una cláusula en el artículo que especifique que dicho efecto podrá producirse, además de por «una calificación fiscal diferente en estas» (se refiere el artículo a las «operaciones»), por «haberse generado frente a una entidad en atribución de rentas que tenga una calificación jurídico tributaria distinta en la jurisdicción de quien debió integrarse el ingreso por atribución».
4. Por su parte, los efectos D/Ni generados en operaciones con entidades híbridas (contribuyentes plenos en su jurisdicción y transparentes en la de su socio), necesitan de una cláusula en el mismo sentido que la anterior. Es decir, que especifique que el efecto que se pretende combatir no depende de la diferencia de calificación sino de, en este caso, «derivar el gasto de una operación con una persona vinculada en cuya jurisdicción se califica al contribuyente como entidad idéntica o análoga a una entidad en atribución de rentas». Asimismo, habría que

incluir («salvo») una excepción para el caso de rentas de doble cómputo («hasta el límite de los ingresos que, como consecuencia de la atribución, hubiesen tributado también en la jurisdicción del destinatario»).

5. Por último, y para un esquema con un efecto de doble deducción, la cláusula que podría necesitarse debería referirse a un gasto atribuido por una entidad idéntica o análoga a una entidad de atribución de rentas que en su jurisdicción careciese de esa calificación jurídica, habiendo sido objeto de deducción el mismo gasto en dicha jurisdicción.

2. La «protonorma» secundaria o defensiva: el artículo 21.1, penúltimo párrafo, de la LIS

Si bien el artículo 15 j) de la LIS es la norma primaria por excelencia en la mencionada norma, y la gran norma antihíbridos en la misma, el artículo 21.1, penúltimo párrafo, del mismo texto pasa por ser una suerte de norma secundaria muy limitada, ya que adolece de carencias como, principalmente, servir con carácter casi exclusivo para dividendos recibidos que hayan tenido la consideración generalmente de gasto financiero en origen, es decir, para asimetrías derivadas de instrumentos financieros.

Debe observarse que este artículo no hace referencia a la necesidad de que la entidad que se deduce el gasto en origen sea vinculada, ni siquiera que sea comunitaria, así como que omite que este efecto sea derivado de una diferencia en cuanto a la calificación de la renta. Es de esperar que no abordar estos puntos no tenga influencia real en el funcionamiento de la norma defensiva: en todo caso, se está endureciendo la directiva, lo que ya hemos visto que es admisible.

Sin embargo, sí queda ausente de configuración una norma defensiva para las asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes, también llamadas «transferencias híbridas». Para afrontar este tipo de asimetrías, además de ser necesario un artículo que permita recalificar las rentas (para ello existe el art. 13 LGT), el artículo 15 j) puede ser suficiente para contar con una norma primaria. Pero el 21, relativo a dividendos, tendría en su caso que ampliarse a plusvalías de cartera (posiblemente reproduciéndolo en el apartado 3 del art. 21) para poder entenderse transpuesto el artículo 9.2 de ATAD en este sentido.

3. El establecimiento de las condiciones de vinculación en el artículo 18.2 de la LIS

Ya hemos visto que el artículo 2.4 a) de ATAD eleva el vínculo necesario para la existencia de relación de asociación de un 25 % a un 50 % en ciertos casos.

Por ello, podría ser suficiente con, manteniendo la referencia a sujetos vinculados con los que se realizan operaciones en las normas primaria o secundaria que puedan diseñarse (por ejemplo, en el art. 15), elevar en el artículo 18.2, segundo párrafo, de la LIS dicho porcentaje del 25 % (que ya consta) al 50 %.

4. Nueva norma defensiva para asimetrías derivadas de diferencias en asignaciones de pagos entre entidades vinculadas

Como hemos visto, el artículo 21 es una norma secundaria muy específica, ya que se reduce al supuesto de dividendos, no alcanzando siquiera a los de plusvalías de cartera. Ahora nos encontramos con una entidad híbrida inversa que se considera opaca desde España (estamos en el contexto de una norma secundaria) y que nunca va a repartir beneficios (porque en su jurisdicción no reparte beneficios y entiende que todos los ingresos se transparentan). Se hará necesario, por tanto, una nueva norma que integre en la base imponible las rentas derivadas de entidades vinculadas, residentes en países que no pertenezcan a la UE, que cumplan los siguientes requisitos: 1) hubiesen podido deducirse por dichas entidades; 2) no hubiesen generado ingreso alguno en sus partícipes por tener estos una calificación jurídico-tributaria en su jurisdicción de residencia como entidades idénticas o análogas a las entidades en régimen de atribución de rentas, y 3) que de dichos partícipes sea a su vez socio o partícipe el contribuyente.

5. Nueva norma defensiva para asimetrías híbridas por no cómputo de pagos en sede de matrices frente a sus entidades híbridas participadas

En este caso, y por los mismos motivos expuestos antes, se hace necesario una norma nueva que combata este tipo de asimetrías si no lo hace la jurisdicción del ordenante. Así, habría que especificar que se integrasen en la base imponible las rentas derivadas de las operaciones con entidades de naturaleza idéntica o análoga a entidades en régimen de atribución de rentas residentes en Estados que no sean miembros de la UE, en las que el porcentaje de participación sea superior al 50 %, y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1) Dichas entidades no se califiquen como de naturaleza idéntica o análoga a entidades en régimen de atribución de rentas en su país de residencia; 2) debido a esta diferente calificación, las rentas a integrar en la base imponible del contribuyente hayan originado gastos deducibles en la participada, y 3) la integración se haga por el exceso sobre el importe de los ingresos que, por el mismo motivo de diferencia de consideración jurídica de la participada, hubiesen tributado tanto en España como en la jurisdicción de residencia de esta.

6. Nueva norma defensiva para asimetrías híbridas de doble deducción por atribución de pagos por entidades híbridas a sus matrices

En este caso, donde estamos ante un supuesto de D/D, el precepto a introducir podría ser prácticamente igual que el anterior, pero en lugar de referirse a rentas derivadas «de operaciones con entidades», hacerlo a «rentas derivadas de entidades», toda vez que en este caso el gasto deducible en la participada híbrida deriva de una operación con una entidad de crédito, generando doble deducción, y no con la propia partícipe en España, en cuyo caso se generaba un efecto de deducción sin inclusión.



7. Otras normas necesarias para transponer ATAD II

Como hemos venido apuntando, hay otros preceptos que contienen reglas que pudieran adaptarse para una mejor transposición de la directiva. Entre otros, hemos comentado la posibilidad que otorga esta de configurar una regla de *carry forward* para la última norma comentada, la de la regla secundaria o defensiva en los supuestos de asimetrías derivadas de doble deducción, entre otras.

Referencias bibliográficas

Blasco Marzal, A. (2017). Desajustes en el equilibrio de las bases imponibles por instrumentos híbridos. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez y P. A. Hernández González-Barreda (eds.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BPES): G20, OCDE y Unión Europea*. Aranzadi.

Juan Casadevall, J. de. (2017). La neutralización de híbridos en la directiva ATAD 2. *Quincena Fiscal*, 15, 159-181.

Juan Casadevall, J. de. (2018). La cláusula antiabuso en la Directiva ATAD. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 427, 5-38.

Sanz Gadea, E. (2017). La directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridadas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 415, 43-102.

Bibliografía

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.

Rodríguez Peña, N. (2018). Asimetrías híbridadas con terceros países. *Fiscalidad Inter-*

nacional y Negocios Transnacionales, 7, 141-150.

Simón Yarza, M. E. (2015). *La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades*. Lex Nova.