

## **Las asimetrías híbridas en el ordenamiento español: Una propuesta de clasificación**

Spanish regulation on hybrid mismatches: A proposal for classification

**Jaime García Puente**<sup>1</sup>  
*Universidad de Oviedo*

**Sumario:** 1. Introducción. 2.El instrumento de transposición. 3. Las asimetrías híbridas como categoría jurídico tributaria. 3.1. La noción de asimetría híbrida. 3.2. La neutralización de sus efectos. 3.3. Tipología y clasificación. 3.3.1. Asimetrías derivadas de un instrumento financiero híbrido. 3.3.2. Asimetrías derivadas de una entidad híbrida. 3.3.3. Asimetrías producidas por la existencia de un establecimiento permanente. 3.3.4. Asimetrías relacionadas con la doble o nula residencia fiscal. 4. La regla secundaria española. 5. Las asimetrías temporales. 6. La inexigencia de un tipo mínimo de gravamen. 7. El perímetro de vinculación. 8. Conclusiones.

**Resumen:** Mediante Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, se transpuso al ordenamiento interno español la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, más conocida por su acrónimo ATAD I. Ésta venía, a su vez, a modificar la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, más conocida como ATAD I, en lo referente a las asimetrías híbridas con terceros países. Tal transposición ha supuesto, por lo que al Impuesto sobre Sociedades se refiere, la derogación del Art. 15 j) LIS y su sustitución *de facto* por el nuevo Art. 15 bis LIS. Los diferentes mandatos contenidos en este último precepto, dotado de una clara finalidad antielusiva, revisten ajustes al resultado contable cuya efectividad, al menos en vía de comprobación administrativa, queda supeditada a la existencia de un sistema eficaz de intercambio de información tributaria. Adicionalmente, su elevada complejidad técnica hace aconsejable acometer un intento de conceptualización y clasificación de los diferentes tipos de esquemas asimétricos.

**Palabras clave:** Impuesto sobre Sociedades, Asimetrías híbridas, Directiva ATAD, Intercambio de información, Operaciones vinculadas.

**Abstract:** By Decree-Law 4/2021, of March 9, Directive (EU) 2017/952 of the Council, of May 29, 2017, better known by its acronym ATAD I, was transposed into Spanish internal law. The latter to modified Council Directive (EU) 2016/1164, of July 12, 2016, better known as ATAD I, with regard to hybrid mismatches with third countries. Such transposition has meant, as far as Corporation Tax is concerned, the repeal of Art. 15 j) LIS and its *de facto* replacement by the new Art. 15 bis LIS. The

---

<sup>1</sup> Investigador predoctoral en la Universidad de Oviedo. Graduado en Derecho por la Universidad de Oviedo. Máster oficial de Acceso a la Abogacía por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Máster oficial en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables por la Universidad de Oviedo.

different mandates contained in this last precept, endowed with a clear anti-avoidance purpose, imply the practice of accounting adjustments whose effectiveness, at least through administrative verification, is subject to the existence of an effective tax information exchange system. Furthermore, its high technical complexity makes it advisable to attempt to conceptualize and classify the different types of mismatches schemes.

**Keywords:** Corporate tax, hybrid mismatches, ATAD Directive, Exchange of information, related transactions.

## 1. Introducción.

El pasado 10 de marzo de 2021, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas. A través del mismo, y por lo que al Impuesto sobre Sociedades se refiere, se procedía a derogar el Art. 15 j) LIS, se introducía -en su lugar- un nuevo Art. 15 bis LIS y se modificaba parcialmente el Art. 16 LIS para acomodarlo a la nueva estructura formal de la norma.

Mediante dicho decreto-ley se transpone al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, más conocida como ATAD II y que a su vez había modificado la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, más conocida como ATAD I, en lo referente a las asimetrías híbridas.

Ambas directivas se encuentran fuertemente influenciadas por las conclusiones alcanzadas a propósito de los *BEPS 2015 Final Reports* de la OCDE y su fundamento competencial podría descansar, únicamente, sobre el Art. 115 TFUE. Dicho precepto, a diferencia del ámbito material de la imposición indirecta, habilita exclusivamente para el dictado de directivas que permitan la "aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior". Así, algunos autores han destacado la insuficiente base normativa de este intento aproximador<sup>2</sup>.

La Directiva ATAD I identificó cinco ámbitos materiales desde los que acometer la lucha contra la elusión fiscal internacional. Así, además de las previsiones relativas a las asimetrías híbridas, la citada Directiva incorporó nuevos mandatos para los Estados miembros en relación con las cláusulas generales antiabuso, la deducibilidad de intereses, la imposición de salida y la transparencia fiscal internacional.

La transposición de las exigencias derivadas de estas dos últimas figuras pretende acometerse a través de futura ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal. En cambio, no se incluyen en la misma ni los mandatos dirigidos a limitar la deducibilidad de gastos financieros ni aquellos otros relacionados con las

---

<sup>2</sup> En este sentido, en BARREIRO CARRIL, M. C. "La controvertida base jurídica de la directiva antielusión fiscal. Un análisis a la luz de reglas de vinculación". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Nº 62, 2019. p. 170-173, se argumenta como la Directiva ATAD II no aproxima normas estatales que incidan en el funcionamiento del mercado interior, sino que obliga a que los Estados miembros introduzcan, en sus respectivos ordenamientos, una serie de previsiones para luchar contra ciertos comportamientos de los contribuyentes que inciden en dicho funcionamiento del mercado interior. De esta forma, concluye que el Art. 115 TFUE únicamente habilitaría para el dictado de directivas que bien eliminasen las disparidades entre legislaciones mediante la armonización de conceptos, bien eliminasen los efectos de tales disparidades - como la doble imposición y la doble no imposición- a través del reconocimiento mutuo.

cláusulas generales antiabuso. La explicación a esta circunstancia debe encontrarse en la preexistencia nacional de normas reguladoras de tales ámbitos. Ahora bien, en relación con la deducibilidad de gastos financieros, debe recordarse aún la subsistencia, para el Estado español, de determinadas obligaciones de transposición cuyo plazo máximo expirará el 31 de diciembre de 2023.

Como ya ha tenido ocasión de señalarse, las prescripciones y el plazo de transposición inicialmente previstos, en la Directiva ATAD I, para las asimetrías híbridas fue posteriormente alterado por la Directiva ATAD II. En esta última, se fijaba como fecha límite para la entrada en vigor de las normativas nacionales el 1 de enero de 2020, salvo en lo relativo a las asimetrías híbridas invertidas. Sin embargo, en el caso de España, el anteproyecto de ley para la transposición no fue sometido a trámite de información pública hasta noviembre de 2020. A la vista de tal retraso, la Comisión Europea requirió definitivamente al Estado español, bajo amenaza de denuncia ante el TJUE, para que hiciese efectiva la transposición, circunstancia ésta que motivó la aprobación del texto definitivo a través del Real Decreto-Ley cuyo estudio ahora nos ocupa.

El objetivo del presente artículo pasa por analizar, tras un breve análisis a propósito del instrumento de transposición, el propio concepto de asimetría híbrida y los aspectos más relevantes de la transposición operada en la LIS.

## **2. El instrumento de transposición.**

No puede pasar desapercibido el hecho –ya habitual, por desgracia, en nuestro ordenamiento- de que se haya empleado, como instrumento de transposición, una norma del ejecutivo sobre la que pesa un presupuesto de hecho habilitante materializado en la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

Ante el ya señalado retraso del legislador español, la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021 pretendía justificar la procedencia de esta fuente normativa en *"la gravedad de las posibles sanciones económicas derivadas de la falta de incorporación al ordenamiento jurídico español de la citada Directiva y la evidencia de que su tramitación como ley por el procedimiento ordinario conllevaría unos plazos en los que se produciría la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de la Comisión Europea"*<sup>3</sup>.

Más allá del reproche jurídico que de esta forma de legislar debiera derivarse, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional viene admitiendo la figura del decreto-ley como instrumento de transposición con independencia de que el agotamiento del plazo máximo conferido al efecto pueda constituir una "situación previsible y con origen en la inactividad de los poderes públicos"<sup>4</sup>. Ahora bien, para cumplir con el presupuesto de hecho habilitante de tal fuente normativa, al retraso en la transposición debería unirse la urgente necesidad de una regulación específica sobre la materia concernida<sup>5</sup>, circunstancia esta última que, en el caso concreto de las asimetrías híbridas, podría ser fácilmente identificada con la necesidad de prevenir la elusión fiscal internacional.

Otro aspecto destacable de la transposición española es su elevado grado de complejidad normativa<sup>6</sup>. En efecto, sin ánimo de desprestigiar la indudablemente complicada labor de concreción de los ya de por sí sofisticados mandatos contenidos

---

<sup>3</sup> A este respecto, vid. la crítica contenida en MARTINEZ LAGUNA, F. D. "Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: El nuevo artículo 15 bis de la LIS". *Quincena Fiscal* Nº 10, 2021. p. 23-24.

<sup>4</sup> Tal y como se conceptúa en SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. "Los decretos-leyes como instrumentos de transposición de directivas comunitarias". *Revista General de Derecho Administrativo* Nº 31, 2012. p. 14.

<sup>5</sup> Entre otras SSTC 1/2012, de 13 de enero y 329/2005, de 15 de diciembre.

<sup>6</sup> Esta complejidad normativa y los eventuales conflictos a los que puede dar lugar ya fueron advertidos en MERINO JARA, I. "Asimetrías híbridas". *Nueva Fiscalidad*, Nº 4, 2020. p. 12.

en la Directiva, consideramos que, en favor de una mayor seguridad jurídica, una construcción normativa más sencilla y ejemplificativa<sup>7</sup> permitiría identificar mejor, al menos a nivel conceptual, cada uno de los supuestos prescritos de asimetría.

Dicha complejidad normativa se ve, además, acrecentada por la inclusión, en nuestro ordenamiento, de conceptos de nuevo cuño, tales como la "renta de doble inclusión" –definida a nivel interno por el Art. 15 bis 11 LIS– o los "mecanismos estructurados" a los que alude, en términos análogos a la Directiva, el Art. 15 bis 9 LIS.

Es de esperar que la Administración tributaria valore esta circunstancia, en consonancia con el principio de culpabilidad y las circunstancias del contribuyente, ante la eventual imposición de sanciones<sup>8</sup>. Pese a todo, no puede concluirse que la complejidad normativa del nuevo Art. 15 bis LIS suponga una carencia insalvable, pues la propia remisión que la exposición de motivos de la vigente LIS realiza a "*los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*" facultaría para entender, como instrumento interpretativo, a los diferentes esquemas de asimetría contenidos y ejemplificados en el Informe final sobre la Acción 2 de BEPS. En cualquier caso, algunos Estados como Australia o Reino Unido han optado, adicional y convenientemente, por publicar sus propias directrices en la materia.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las diferentes disposiciones contenidas en las Directivas ATAD constituyen un nivel mínimo común de protección y obligado cumplimiento. Así, es posible que las legislaciones internas de los Estados miembros, o las normas de rango convencional, incrementen dicho nivel de protección<sup>9</sup>. En este sentido, con respecto a la labor transpositiva, son varios los aspectos que, tras una breve descripción de los principales esquemas de asimetría, merecen ser objeto de análisis y comentario.

### **3. Las asimetrías híbridas como categoría jurídico-tributaria.**

Sin perjuicio de la existencia, en el ordenamiento jurídico español, de normas anti-híbridos con carácter previo a la aparición de la Directiva ATAD I, lo cierto es que la propia noción de "asimetría híbrida", incluida ahora a modo de rúbrica del nuevo Art. 15 bis LIS, reviste un concepto novedoso para nuestro derecho positivo<sup>10</sup>. Consecuentemente, se hace necesario ahondar en su definición, conocer sus efectos fiscalmente perniciosos y sistematizar brevemente sus principales manifestaciones prácticas.

#### **3.1. La noción de asimetría híbrida.**

La definición de una situación de asimetría híbrida no puede resultar unívoca pues, en realidad y como tendrá ocasión de exponerse, son múltiples los esquemas

---

<sup>7</sup> En consonancia con la recomendación contenida en 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. Párr. 316.

<sup>8</sup> En este sentido, aunque finalmente no quedó incorporado al texto definitivo, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, preveía enmendar el considerando N° 7 para incluir que "*Los Estados miembros deberían plantearse la imposición de sanciones a los contribuyentes que se aprovechen de las asimetrías híbridas.*"

<sup>9</sup> Tal y como se apunta en LOPEZ RIVAS, S. "Directiva contra las prácticas de elusión fiscal". *Carta Tributaria*. N° 17-18, 2016. p. 1.

<sup>10</sup> Con carácter previo, existían en nuestro ordenamiento las denominadas "*linking rules*" de los Arts. 15 j) y 21.1 LIS.

que pueden originarlas. Partiendo de esta premisa, interesa identificar, al menos, sus tres principales elementos definitorios<sup>11</sup>.

En primer lugar, para que exista un esquema de asimetría híbrida, debe producirse una diferencia en el tratamiento fiscal dispensado, por parte de dos o más jurisdicciones, a un determinado instrumento financiero, a una determinada entidad o establecimiento permanente, o al propio instituto de la residencia fiscal.

En segundo lugar, es necesario que se genere un cierto efecto de elusión fiscal internacional. Conforme a la Directiva ATAD I, dicho efecto venía a identificarse, fundamentalmente, con supuestos de deducción de un mismo gasto ante dos o más jurisdicciones (doble deducción) o con situaciones en las que el gasto deducido ante una determinada jurisdicción fiscal no se incluía como ingreso correlativo en el Estado de la contraparte vinculada (deducción sin inclusión). Sin embargo, con las modificaciones operadas por la Directiva ATAD II, se amplía el catálogo descrito para dar igualmente cabida a situaciones de doble no inclusión –en las que una determinada renta no tributa ante ninguna jurisdicción fiscal- o de aprovechamiento plural de una misma retención o crédito fiscal por parte de dos o más contribuyentes. En el siguiente subapartado se acometerá un breve análisis a propósito de los diferentes instrumentos diseñados por la Directiva para neutralizar esos efectos fiscalmente perniciosos a los que se acaba de aludir.

Finalmente, es indispensable la existencia de vinculación –en los términos previstos en la propia directiva y que posteriormente se analizarán- entre los contribuyentes intervinientes en la operación, o bien la concurrencia de lo que la norma denomina “mecanismo estructurado”. Este vendría a identificarse, según el vigente Art. 2.10 de la Directiva, con cualquier tipo de acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación que hubiera sido diseñado con la finalidad de producir los efectos fiscales propios –y ya descritos- de las asimetrías híbridas.

Por su parte, el concepto de asimetría híbrida admite también una delimitación negativa en relación, precisamente, con esa exigencia de vinculación. Así, de conformidad con el considerando nº 22 de la Directiva ATAD II, *“las diferencias de resultados fiscales que sean únicamente atribuibles a diferencias del valor imputado a un pago, también mediante la aplicación de la transferencia de precios, no deben entrar dentro del ámbito de aplicación de las asimetrías híbridas”*. Es decir, aun produciéndose entre partes vinculadas, se excluyen del ámbito de las asimetrías híbridas aquellos supuestos de deducción sin inclusión generados por la inobservancia o por la interpretación discordante del principio de plena competencia (*transfer pricing mismatches*)<sup>12</sup>.

Pese a ello, debe destacarse como algunos Estados de nuestro entorno han optado, unilateralmente, por incorporar normas a sus ordenamientos internos que permitan contrarrestar o, al menos, minimizar los efectos fiscalmente perniciosos producidos por estas asimetrías de precios de transferencia<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> De conformidad con el análisis realizado en SANZ GADEA, E. “La Directiva Antiabuso (III). Asimetrías híbridas”. *Revista Contabilidad y Tributación*. N° 415, 2017. p. 49-51.

<sup>12</sup> En SALA GALVAÑ, G. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 380-387 se enumeran algunos de los supuestos que podrían originar estos esquemas de asimetría. Entre otros podrían mencionarse las diferencias cuantitativas en la aplicación del principio *at arm's length*, empleo del test de la razonabilidad objetiva, gravamen conforme al principio unitario, diferencias en los métodos de valoración empleados.

<sup>13</sup> Es el caso de Holanda, donde el pasado 4 de marzo de 2021 se sometió a trámite de información pública una propuesta legislativa para combatir estas situaciones de asimetría generadas por las divergencias en la aplicación del principio de plena competencia. La noticia ha alcanzado trascendencia a nivel internacional y se espera que el texto definitivo de dicha propuesta entre definitivamente en vigor a principios de 2022. Los textos originales sometidos a información pública se encuentran disponibles, aunque en su versión neerlandesa, en el siguiente enlace: <https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijverschillen>

### 3.2. La neutralización de sus efectos.

Como acaba de exponerse, uno de los elementos definitorios de las asimetrías híbridas es la producción de un cierto efecto de elusión fiscal. Este último, a su vez, puede revestir la forma de una deducción sin inclusión, de una doble deducción, de una doble no inclusión o del aprovechamiento plural de una retención o crédito fiscal. Partiendo de dicha premisa, un breve análisis de los instrumentos diseñados por la Directiva para su neutralización permitirá una mejor comprensión de la clasificación propuesta en el siguiente subapartado.

Así, tratándose de supuestos de deducción sin inclusión y de doble deducción, la reacción originariamente prevista en la Directiva ATAD I consistía en la denominada "regla primaria" (*primary rule*), conforme a la cual, los Estados miembros deberían negar la deducibilidad fiscal del gasto correspondiente. Pese a sus efectos eventualmente positivos, lo cierto es que dicha regla no conseguía neutralizar los efectos de las asimetrías híbridas cuando la deducción del gasto pretendía operarse en un Estado tercero. Con el objetivo fundamental de corregir dicha deficiencia, la Directiva ATAD II incluyó, en los dos primeros apartados del Art. 9, una "regla secundaria" (*secondary or defensive rule*). Conforme a la misma, si la jurisdicción extracomunitaria no niega la deducibilidad del gasto correspondiente, será el Estado miembro implicado en el esquema asimétrico el que deba prohibir tal deducibilidad – tratándose de supuestos de doble deducción- o incrementar consecuentemente la base imponible del contribuyente –ante situaciones de deducción sin inclusión-.

Por su parte, como tendrá ocasión de analizarse con posterioridad, los supuestos de doble no inclusión se encuentran fundamentalmente generados a consecuencia de un establecimiento permanente no computado en la jurisdicción fiscal donde realiza sus actividades o bien de una entidad híbrida considerada transparente en su jurisdicción de residencia y contribuyente pleno en la de su dominante. Como solución para el primero de dichos supuestos, el Art. 9.5 de la Directiva exige que el contribuyente integre en su base imponible las rentas que, de otro modo, serían atribuibles al establecimiento permanente. Análogamente, tratándose de entidades híbridas, el Art. 9 *bis* de la Directiva opta por considerarlas residentes en la jurisdicción fiscal de su entidad dominante y someterlas, consecuentemente, a imposición.

Finalmente, en el caso de doble aprovechamiento de una retención o crédito fiscal, el Art. 9.6 de la Directiva ATAD II prevé que el Estado Miembro del contribuyente limite el beneficio de la compensación en proporción a la renta neta imponible derivada del pago que origina la retención.

Con carácter general, ante cualquiera de los supuestos anteriormente enunciados, será el propio contribuyente quien deba practicar, sobre el resultado contable, los ajustes que correspondan para lograr la efectividad de la normativa anti-híbridos. Ahora bien, en la medida en que su realización no quede suficientemente acreditada o presente indicios de incorrección, la Administración tributaria podrá iniciar el pertinente procedimiento de comprobación<sup>14</sup> e imponer, en su caso, las sanciones oportunas<sup>15</sup>. A estos efectos, la existencia de un sistema eficaz y eficiente para el intercambio interjurisdiccional de información tributaria sobre entidades e instrumentos híbridos deviene indispensable<sup>16</sup>.

En este sentido, debe recordarse como la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo, más conocida por su acrónimo DAC 6, estableció la

<sup>14</sup> En similar sentido, SANZ GADEA, E. Op. Cit. p. 57.

<sup>15</sup> Como ya se ha apuntado anteriormente, sería deseable que la Administración tributaria valorase con especial cautela la concurrencia de culpabilidad y otras circunstancias relevantes del contribuyente, pues el mero aprovechamiento de las lagunas existentes entre dos ordenamientos fiscales no es *per se* indicativo de una clara voluntad elusiva.

<sup>16</sup> 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. Párr. 314.

obligación para los intermediarios fiscales –y en determinadas situaciones también para los contribuyentes- de informar a las autoridades fiscales sobre determinados mecanismos transfronterizos que, por reunir ciertas señas distintivas o *hallmarks*, tendían a identificarse con prácticas de planificación fiscal agresiva. Entre tales señas, merecen especial mención, precisamente por referirse a esquemas propios de las asimetrías híbridas, las previstas en los apartados B.2. y C del Anexo IV de la DAC 6<sup>17</sup>.

En cualquier caso, no debe pasar desapercibido el hecho de que todos estos mecanismos, diseñados para la neutralización de los efectos de las asimetrías híbridas, revisten, en último término, ajustes permanentes al resultado contable<sup>18</sup>. Este tipo de ajustes contribuyen a alejar la base imponible del resultado contable como manifestación efectiva de renta neta. En consecuencia, se está construyendo un escenario que, si bien resulta fácilmente comprensible desde el prisma de la lucha contra la elusión fiscal, puede presentar difícil justificación en términos de capacidad económica<sup>19</sup>.

### **3.3. Tipología y clasificación.**

Tanto la doctrina como la propia Directiva ATAD II, en su considerando nº 15, enuncian distintas alternativas de sistematización para los diferentes esquemas generadores de asimetrías híbridas<sup>20</sup>. En cualquier caso, partiendo de los propios elementos que las originan, podrían diferenciarse las cuatro modalidades siguientes.

#### **3.3.1. Asimetrías derivadas de un instrumento financiero.**

Como punto de partida para el análisis de este supuesto de asimetría, es necesario identificar, con ánimo sintetizador y en los propios términos del Art. 2.9 de la Directiva, la noción de “instrumento financiero” con cualquier tipo de activo que genere rendimientos eventualmente sujetos a imposición en las jurisdicciones del ordenante y del destinatario<sup>21</sup>. Consecuentemente, quedarán incluidos dentro de dicha categoría tanto los valores representativos de deuda y de la participación en los fondos propios de entidades, como los derivados financieros.

---

<sup>17</sup> A este respecto vid. MERINO GARCÍA, A. “Los Hallmarks (Análisis y descripción de las señas distintivas recogidas en la DAC 6 que determinan que una planificación fiscal es agresiva y su consecuente)”. *Carta Tributaria* N° 65-66, 2020. p. 10 y ss.

<sup>18</sup> Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que se excluye la producción de la asimetría híbrida debido a la compensación de gastos efectivos o ingresos no computados con rentas de doble inclusión (asimetrías temporales). Ante tales situaciones, el ajuste a practicar será de naturaleza temporal, pues la diferencia generada podrá revertir, de conformidad con la transposición española, en los tres años siguientes a la conclusión del período impositivo en que se devengaron los efectos de la asimetría. Similares efectos se producirán en relación con aquellos ingresos inicialmente no computados que vayan a incluirse, dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo del contribuyente, en la base imponible de la contraparte.

<sup>19</sup> Así se señala en ZORNOZA PÉREZ, J. J. “El Impuesto sobre Sociedades: Un análisis desde los principios constitucionales tributarios” en *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad, 2019. Pág. 119. En similar sentido, BÁEZ MORENO, A. *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2005. p. 120

<sup>20</sup> Entre otros BENITEZ CLERIE, P. “La incorporación al Impuesto sobre Sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II”. *Revista de Contabilidad y Tributación*. N° 451, 2020. p. 98 y ss. También SANZ GADEA, E. Op. Cit. p. 56-57.

<sup>21</sup> A propósito del concepto de instrumento financiero híbrido y los problemas que entraña su definición vid. PEETERS, B; VANNESTE, L. “The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD”. *Intertax*, N°48, 2020. p. 16-17.

Partiendo de dicha premisa, las asimetrías híbridas generados por un instrumento financieros podrían originarse como consecuencia de una calificación discordante del mismo o de los pagos efectuados en su virtud; a resultas de la propia transferencia del instrumento financiero o como resultado de un doble aprovechamiento de la retención practicada sobre los rendimientos subyacentes.

#### **3.3.1.1. Diferencias en la calificación del propio instrumento financiero o de los pagos efectuados en virtud del mismo.**

Consignado en el Art. 2.9 a) de la Directiva, se trata, posiblemente, del esquema conceptualmente más sencillo de asimetría híbrida. Conforme al mismo, un pago efectuado entre dos entidades vinculadas residentes en distintas jurisdicciones fiscales es calificado de forma discordante. Así, mientras la jurisdicción del pagador u ordenante lo considera fiscalmente deducible, la legislación del Estado del destinatario no obliga a la inclusión en su base imponible.

Tal podría ser el supuesto de un pago efectuado en virtud de un préstamo participativo que fuese calificado como gasto financiero deducible por la jurisdicción del pagador y como dividendo exento por parte de la jurisdicción del perceptor.

Acometida la transposición de la Directiva al ordenamiento español, se deroga el antiguo Art. 15 j) LIS y la regla primaria diseñada para neutralizar este tipo de asimetrías queda ubicada en el Art. 15 *bis* 1 LIS. Por su parte, el párrafo penúltimo del Art. 21.1 LIS ya venía actuando, para estos supuestos, a modo de regla secundaria, al negar la exención "*respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*".

#### **3.3.1.2. Transferencia híbrida.**

Esta situación -igualmente prevista en el Art. 2.9 a) de la Directiva y sus homólogos internos anteriormente mencionados- se produciría ante operaciones transnacionales que, de conformidad con los respectivos ordenamientos internos de las jurisdicciones implicadas, recibieran una distinta calificación jurídica que incidiera en sus consecuencias tributarias<sup>22</sup>.

Como ejemplo en este sentido podría citarse una venta de acciones, con pacto de recompra, formalizada entre dos entidades vinculadas que residen en distintas jurisdicciones fiscales<sup>23</sup>. Así, es posible que uno de dichos Estados se niegue a aceptar tal calificación contractual y, en su lugar, opte por someter a tributación lo que, en realidad, considera un préstamo con garantía de valores.

#### **3.3.1.3. Aprovechamiento múltiple de una retención o crédito fiscal.**

La transferencia de un instrumento financiero podría, igualmente, dar lugar a situaciones en las que una misma retención fuese aprovechada, de forma simultánea, por dos entidades distintas. Tal fenómeno resulta frecuente en relación con las operaciones de préstamo de valores que involucran a tres jurisdicciones fiscales

---

<sup>22</sup> Nótese como el Art. 15 *bis* 1 LIS regula conjuntamente las transferencias híbridas y las asimetrías derivadas de diferencias en la calificación del instrumento financiero al disponer que "*no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación, no generen un ingreso, generen un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica*".

<sup>23</sup> Ejemplo desarrollado en BENÍTEZ CLERIE, P. Op. Cit. p. 101-102.

diferentes: la de la entidad participada, la de la entidad prestamista y la de la entidad prestataria.

La primera de dichas jurisdicciones practicará una retención, a cuenta de su impuesto sobre la renta de no residentes, sobre el importe de los dividendos pagados. En este contexto, si las legislaciones de las otras dos jurisdicciones no resultan congruentes en cuanto a la atribución e individualización de dicho pago, la retención inicialmente practicada podría ser aprovechada, simultáneamente, en sede de la entidad prestamista y la entidad prestataria de los valores.

Éste y otros supuestos análogos aparecen enunciados en el Art. 9.6 de la Directiva, cuya manifestación en nuestro ordenamiento interno queda concretada en el actual Art. 15 bis 8 LIS<sup>24</sup>. Ahora bien, no debe olvidarse como, ya con carácter previo a la transposición de la Directiva, los Arts. 21.2 y 32.2 LIS operaban a modo de regla secundaria, excluyendo de su ámbito de aplicación a aquellos dividendos o participaciones en beneficios recibidos cuyo importe debiera "ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores".

### **3.3.2. Asimetrías derivadas de una entidad híbrida.**

La producción de una asimetría de este tipo requiere la presencia de una "entidad híbrida", realidad ésta que, en los términos de la propia Directiva, vendría a identificarse con cualesquiera entidades consideradas "*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*". Es decir, dichas entidades serían consideradas contribuyentes plenos para una de las jurisdicciones fiscales implicadas y "transparentes" conforme a la legislación interna de la otra. Más concretamente, tales entidades híbridas recibirían el calificativo de "directas", cuando fuesen consideradas contribuyentes plenos en su jurisdicción de residencia, o "inversas" en el supuesto contrario<sup>25</sup>.

En este sentido, y desde la perspectiva española, no puede dejar de mencionarse 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. Conforme a la misma, para que una de estas últimas pueda ser considerada -desde el prisma de la administración tributaria española- como una entidad en régimen de atribución de rentas deben cumplirse tres requisitos: i) Que dicha entidad no sea contribuyente de un impuesto personal sobre la renta en el Estado de constitución; ii) Que las rentas generadas por la entidad se atribuyan fiscalmente a sus socios o partícipes, de acuerdo con la legislación del Estado de constitución; y iii) Que la renta obtenida por la entidad y atribuida a sus socios o partícipes conserve, de acuerdo con la legislación del Estado de constitución, la naturaleza de la actividad o fuente de la que proceda para cada socio o partícipe.

Por otra parte, a diferencia de los supuestos precedentes en los que la presencia de un instrumento financiero híbrido únicamente podía dar lugar a situaciones de deducción sin inclusión, las posibilidades de estructuración son mucho

---

<sup>24</sup> Conforme al mismo, únicamente será deducible de la cuota del IS "el importe de la retención practicada a cuenta del mismo en la proporción que se corresponda con la renta integrada en la base imponible obtenida en una transferencia híbrida realizada con una persona o entidad vinculada no residente en territorio español".

<sup>25</sup> Tal y como se desprende de OCDE (2015): OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: Final Report, OECD Publishing, París. p. 16. En este sentido, resulta ampliamente ilustrativa la explicación contenida en JIMENEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS D. J. "Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso". *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales* N°14, 2017. p. 21-23.

más amplias respecto de este tipo de asimetrías, pudiendo extenderse también a supuestos de doble deducción o de doble no inclusión<sup>26</sup>.

### **3.3.2.1. Con efecto de deducción sin inclusión.**

Partiendo de la distinción ya realizada entre entidades híbridas "directas" e "inversas", existirían dos esquemas básicos de estructuración en los que, mediante el empleo de una de ellas, podría llegar a originarse el citado efecto de deducción sin inclusión.

En primer lugar, el art. 2.9 e) de la Directiva se refiere al supuesto de una entidad híbrida "directa", considerada contribuyente pleno en la jurisdicción de su residencia, pero transparente en la de su entidad dominante, que realiza un pago a esta última. Dicho pago podría constituir un gasto fiscalmente deducible en sede de la pagadora, pues ésta tiene la consideración de entidad imponible en el Estado de su residencia. Sin embargo, el mismo no llegaría a integrarse en la base imponible de la perceptora, pues la jurisdicción de esta última consideraría que la otra entidad tributa en régimen de atribución de rentas.

Ahora bien, precisamente por su naturaleza híbrida, es posible que parte de los ingresos obtenidos por la entidad transparente sean calificados, en los términos de la Directiva, como "rentas de doble inclusión", es decir, rentas que se encuentra incluidas con arreglo a las legislaciones de las dos jurisdicciones implicadas. En estos supuestos, el propio art. 2.9 de la Directiva aclara acertadamente que únicamente se producirá la asimetría si la jurisdicción de la entidad pagadora "permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión". En otro caso, el efecto pernicioso del pago deducible y no incluido quedaría neutralizado con la doble inclusión del ingreso con el que se compensa a la hora de calcular la base imponible de la entidad pagadora.

La transposición al ordenamiento español de cuanto antecede, incluida la referencia a esa eventual compensación con rentas de doble inclusión, ha quedado plasmada en el actual Art. 15 *bis* 2 LIS.

En segundo lugar, el art. 2.9 b) de la Directiva se refiere al supuesto inverso, es decir, al de una entidad híbrida "inversa" que, considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su residencia, pero no así en la de su entidad dominante, recibe un pago de esta última. Dicho pago podría constituir un gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora, pero no se llegaría a integrar en la base imponible de la perceptora, al carecer ésta de la consideración de contribuyente pleno en el Estado de su residencia.

El legislador español, renunciando –como se expondrá posteriormente- a la implementación de una regla secundaria en este ámbito, transpone la regla primaria para neutralizar los efectos de este último tipo de asimetrías en el Art. 15 *bis* 3 LIS.

### **3.3.2.2. Con efecto de doble deducción.**

Este esquema, derivado del art. 2.9 g) de la Directiva y quizás conceptualmente más sofisticado que los anteriores, podría plantearse respecto de una entidad híbrida, considerada contribuyente pleno en la jurisdicción de su residencia y transparente en la de su entidad dominante, que a su vez constituyera la cabecera de un grupo fiscal radicado en esta última.

Ante tal planteamiento, si la entidad híbrida no obtiene rentas y contrae cualquier gasto, este último podría resultar fiscalmente deducible en la jurisdicción de su residencia e imputarse igualmente, vía atribución de rentas, a la entidad

---

<sup>26</sup> Frente a las reglas anteriormente analizadas para hacer frente a estos efectos, algunos autores ponen de manifiesto la necesidad de una mayor coordinación internacional en lo que respecta a la calificación fiscal de entidades. En este sentido vid. PARADA, L. "Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination". *Intertax*, Nº 47, 2019. p. 24-26.

dominante. En resumen, se lograría la deducción de un mismo gasto en sede de la entidad híbrida y de su dominante.

Hasta ahora se ha considerado que la atribución de rentas a la entidad dominante se realiza por imputación exclusiva de los ingresos obtenidos y los gastos soportados por la entidad híbrida. Sin embargo, en la medida en que esta última constituye la cabecera de un grupo fiscal radicado en su jurisdicción de residencia, dicha atribución de rentas podría practicarse, alternativamente, por el importe de los ingresos y gastos consolidados. En este último escenario, es posible que la deducción de gastos a nivel de la entidad híbrida llegara a compensarse con "rentas de doble inclusión" obtenidas por otros miembros del grupo, en cuyo caso, como ya se ha expuesto anteriormente, el art. 2.9 de la Directiva excluye el nacimiento de una asimetría híbrida<sup>27</sup>.

El Art. 15 *bis* 4 LIS es el encargado de transponer al ordenamiento español las reglas que permiten neutralizar los efectos propios de este tipo de asimetrías híbridas. Para ello, diseña una regla primaria conforme a la cual *"no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con o por personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de la diferente calificación fiscal de estas, sean, asimismo, gastos fiscalmente deducibles en dichas personas o entidades vinculadas, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión"*.

### **3.3.2.3. Con efecto de doble no inclusión.**

Se trata de las denominadas "asimetrías híbridas invertidas", contempladas en el Art. 9 *bis* de la Directiva y cuya transposición al ordenamiento español aun no ha sido acometida al contar los Estados miembros con un plazo más amplio. En cualquier caso, se refieren a esquemas en los que una determinada entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su residencia y contribuyente pleno en la de su dominante, de tal manera que las rentas obtenidas por aquella escapan de cualquier posibilidad de gravamen.

### **3.3.3. Asimetrías producidas por la existencia de un establecimiento permanente.**

A diferencia de los supuestos anteriores, en los que la asimetría se produce como consecuencia del carácter híbrido de una de las entidades intervinientes, los esquemas asimétricos que involucran a un establecimiento permanente pueden generarse también por causas ajenas a la calificación eventualmente discordante otorgada al mismo por cada una de las jurisdicciones fiscales implicadas. Así, a la posible existencia de un "establecimiento permanente híbrido" en sentido estricto deberían añadirse otras situaciones, como las diferencias en el tratamiento dispensado a los pagos entre el establecimiento permanente y su casa central o la deducción de un mismo gasto en sede de ambos contribuyentes.

#### **3.3.3.1. Establecimiento permanente híbrido no computado.**

La propia Directiva identifica este tipo de establecimientos permanentes como aquellos que no son considerados tales en la jurisdicción fiscal donde realizan sus actividades, pero sí lo son con arreglo a la legislación del Estado de su casa central. Partiendo de tal situación, el efecto de la asimetría podría originarse como consecuencia de dos presupuestos diferenciados.

En primer lugar, de conformidad con el art. 2.9 d) de la Directiva, es posible que la casa central realice un pago a un establecimiento permanente no reconocido

---

<sup>27</sup> En cuanto a los efectos de una eventual compensación con renta de doble inclusión, nos remitimos, por su gran claridad, al ejemplo facilitado en SANZ GADEA, E. "Op. cit. p. 59-60.

como tal por la jurisdicción fiscal en la que el mismo realiza sus actividades. Dicho pago sería fiscalmente deducible para la primera, pero no se integraría en la base imponible del segundo, dando por tanto lugar a un supuesto de deducción sin inclusión. A la neutralización de dicho efecto fiscal responde el actual Art. 15 *bis* 5 b) LIS.

En segundo lugar, el art. 9.5 de la Directiva describe un escenario conforme al cual la casa central realiza actividades en una determinada jurisdicción (distinta a la de su residencia) a través de lo que considera un verdadero establecimiento permanente que, en cambio, no es considerado como tal en dicha jurisdicción. Ante dicha situación, el Estado de la casa central no gravaría las rentas resultantes al entenderlas producidas a través de un establecimiento permanente. Ahora bien, como éste no es computado en la otra jurisdicción implicada, tampoco se someterían a imposición por esta última. Se originaría de esta forma un supuesto de doble no inclusión a cuya neutralización respondería el actual Art. 15 *bis* 6 LIS. Conforme al mismo, no resultará de aplicación la exención del Art. 22 LIS "*en el caso de rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente que no es reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación*".

### **3.3.3.2. Diferencias en la atribución de pagos entre el establecimiento permanente y su casa central.**

Puede suceder que los pagos realizados por un establecimiento permanente a su casa central no computen como ingreso en la misma o, a la inversa, que los pagos realizados por la casa central a un establecimiento permanente no se integren en la base imponible de este último. Con independencia de que dichos pagos sean efectivos -supuesto del Art. 2.9 c) de la Directiva, cuya transposición se materializa en el Art. 15 *bis* 5 a) LIS- o nacionales<sup>28</sup> -supuesto del art. 2.9 f) de la Directiva, cuya transposición se materializa en el Art. 15 *bis* 5 c) LIS-, estarían dando lugar a supuestos de deducción sin inclusión.

### **3.3.3.3. Deducción de un mismo pago en sede del establecimiento permanente y su casa central.**

Se trataría, de un supuesto análogo al ya analizado a propósito de aquellos esquemas en los que la existencia de una "entidad híbrida" producía un efecto de doble deducción, a cuyo análisis nos remitimos en este punto para evitar reiteraciones.

En cualquier caso, los instrumentos disponibles para neutralizar los efectos propios de este tipo de asimetrías quedan consignados en el actual Art. 15 *bis* 5 d) LIS.

### **3.3.4. Asimetrías relacionadas con una doble o nula residencia fiscal.**

Sin perjuicio de la importante función que a este respecto cumplen los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, en determinadas ocasiones, el mantenimiento de criterios divergentes por parte de dos o más jurisdicciones fiscales puede desencadenar en situaciones de doble o nula residencia fiscal.

Por lo que respecta al primero de dichos supuestos, tal y como se desprende del Art. 9 ter de la Directiva, si una entidad se considera residente, de forma simultánea, en dos o más jurisdicciones fiscales distintas, un mismo gasto incurrido

---

<sup>28</sup> A este respecto, pueden consultarse las precisiones al Art.7 MC OCDE contenidas en MAROTO SAEZ, A. "Atribución de beneficios a establecimientos permanentes" en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (dir.). *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas*. Wolters Kluwer. Madrid, 2016. p. 472-474.

podría llegar a deducirse a efectos del cálculo de cada una de las respectivas bases imponibles. De esta forma, salvo que el referido gasto se compensara en alguna de las jurisdicciones implicadas con "rentas de doble inclusión", se estaría generando una asimetría híbrida con efecto de doble deducción. La neutralización de dicho efecto podría acometerse, desde el prisma español, con base en el actual Art. 15 *bis* 10 LIS.

Por otra parte, cuando una entidad no se considerará residente -por aplicación de los criterios contenidos en los respectivos ordenamientos internos- en ninguna jurisdicción fiscal, podría llegar a producirse un efecto de doble no inclusión de rentas. Sin embargo, este es un supuesto no abordado por la Directiva<sup>29</sup>.

#### **4. La regla secundaria española.**

A la hora de enunciar el funcionamiento y alcance de la regla secundaria, en relación con las asimetrías que producen efectos de deducción sin inclusión, el Art. 9.4 de la Directiva confería a los Estados miembros la potestad de excepcionar la aplicación de aquella ante esquemas como los descritos en los apartados b), c), d) y f) de su Art. 2.9. Por el contrario, en los supuestos restantes -apartados a) y e)-, la obligación de transposición abarcaba tanto la regla primaria como la regla secundaria.

El legislador español ha hecho uso efectivo de dicha potestad. Así, sólo ha explicitado -en los párrafos tercero y cuarto del actual Art. 15 *bis* 2 LIS- la mencionada regla secundaria para los supuestos contemplados en el Art. 2.9 e) de la Directiva y relativos a entidades híbridas directas que generan efecto de deducción sin inclusión.

En cambio, la transposición de la regla secundaria en relación con los esquemas de asimetría descritos en el Art. 2.9 a) de la Directiva no ha requerido del legislador la aprobación expresa de precepto alguno. Ello porque, como ya ha tenido ocasión de señalarse, el vigente Art. 21.1 LIS venía cumpliendo con dicho cometido al puntualizar que la exención prevista en el mismo no resultaría de aplicación "respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora".

#### **5. Las asimetrías temporales.**

Como ya ha tenido ocasión de exponerse, la neutralización de los efectos de una asimetría híbrida requiere, con carácter general, la realización de un ajuste permanente al resultado contable. Sin embargo, existen también determinados supuestos en los que la asimetría inicialmente producida queda posteriormente sin efecto, en un período impositivo futuro, legitimándose así la práctica de ajustes temporales.

Conforme al considerando N° 22 de la Directiva, "*dado que las jurisdicciones utilizan diferentes períodos fiscales y aplican normas distintas para contabilizar cuándo las partidas de ingresos o de gastos han sido obtenidas o contraídas, en general no debe considerarse que estas diferencias temporales den lugar a asimetrías en los resultados fiscales. Sin embargo, procede considerar que los pagos deducibles en virtud de un instrumento cuya inclusión en la renta no pueda esperarse razonablemente en un plazo razonable de tiempo den lugar a una asimetría híbrida si la deducción sin resultado de inclusión es atribuible a las diferencias en la calificación del instrumento financiero o los pagos realizados en virtud del mismo*". Esos supuestos que, involucrando a instrumentos financieros híbridos, podrían llegar a producir una asimetría híbrida son los previstos en el Art. 2.9 a) de la Directiva, respecto de los cuales, nuevamente, el propio precepto excluye su producción si puede "*preverse razonablemente que el pago será incluido por la jurisdicción del destinatario en un período fiscal futuro*". Consecuentemente, junto a los supuestos

---

<sup>29</sup> SANZ GADEA, E. Ob. Cit. p. 87.

ya analizados de deducción sin inclusión "absoluta" podría llegar a producirse una eventual deducción sin inclusión "en plazo razonable"<sup>30</sup>.

La concreción de qué deba entenderse por tal "plazo razonable" ha quedado plasmada en el actual Art. 15 *bis* 1 LIS. Conforme a dicho precepto, los gastos inicialmente controvertidos podrán llegar a ser deducibles siempre que el ingreso correspondiente de la contraparte se integre a efectos fiscales "dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en que se haya devengado el gasto para el contribuyente".

Por otra parte, ante supuestos de doble deducción, el Art. 9.1 de la Directiva excepciona la aplicación de la regla primaria cuando el correspondiente gasto pretenda compensarse "con una renta de doble inclusión resultante de un período fiscal actual o futuro". Dicha previsión resulta razonable, toda vez que permite contrarrestar entre si dos efectos fiscalmente perniciosos, uno a favor y otro en contra del contribuyente.

Más allá de los apartados 4 y 5 d) del Art. 15 *bis* LIS, que trasponen la norma descrita al ordenamiento interno para tales supuestos de doble deducción, lo cierto es que el legislador español ha optado por extender también esta posibilidad de compensación a los esquemas de deducción sin inclusión previstos en el Art. 15 *bis* 2 LIS. En todos estos supuestos, la norma permite la deducibilidad de los gastos inicialmente no deducidos "dentro de los tres años siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se devengaron tales gastos" y en la medida en que se compensen con "renta de doble inclusión".

Frente a la expresa concreción de dicho horizonte temporal, cuya extensión trianual no alcanzamos a comprender desde el prisma de la prescripción u otras instituciones internas, no deja de resultar curioso como el Art. 15 *bis* 10 LIS, relativo –como se ha visto– a las asimetrías híbridas por residencia, ordena la integración de los gastos doblemente deducidos en la base imponible del contribuyente correspondiente al concreto período impositivo en que la contraparte opera su deducción.

## 6. La inexigencia de un tipo mínimo de gravamen.

Con carácter previo a la transposición de la Directiva ATAD II, el ya derogado Art. 15 j) LIS constituía la única regla primaria disponible en nuestro ordenamiento para hacer frente a las asimetrías híbridas. Concretamente, venía a proscribir la deducibilidad fiscal de aquellos 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". Es decir, consagraba un supuesto de asimetría generada por un instrumento híbrido en términos similares al actual Art. 15 *bis* 1 LIS, el cual, a su vez, transpone al ordenamiento interno el esquema descrito en el Art. 2.9 a) de la Directiva.

Un importante factor diferencial entre ambos preceptos internos viene a identificarse con la exigencia, por parte del primero de ellos, de que el eventual ingreso generado en la contraparte vinculada se encontrara "exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento". La segunda de estas dos posibilidades, si bien se conservaba en el anteproyecto de ley sometido a información pública en noviembre de 2020, terminó desapareciendo del texto definitivamente aprobado. Así, el actual Art. 15 *bis* 1 exige que el ingreso que, en su caso, pudiera llegar a generarse en la contraparte vinculada se encuentre "exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica".

---

<sup>30</sup> CALVO VÉRGEZ, J. "La aprobación de la Directiva (UE) 2017/952, por la que se modifica la Directiva antielusión fiscal, y su proyección sobre los llamados mecanismos híbridos". *Revista Aranzadi Unión Europea*, Nº 2, 2019. p. 28.

La renuncia a incluir tal exigencia de tributación en el texto definitivo podría resultar acertada desde una doble perspectiva. Así, en primer lugar, de haberse mantenido, se estaría introduciendo un criterio discriminatorio con respecto a determinadas operaciones vinculadas internas que generasen efectos fiscales análogos a las asimetrías híbridas descritas pero sin desencadenar los mecanismos propios para su neutralización<sup>31</sup>. En segundo lugar, no debe olvidarse que, al amparo del *Pillar II* de la Acción 1 de *BEPS*, relativo al establecimiento de un estándar de tributación mínima a escala global, aun no se ha logrado alcanzar un sólido consenso internacional para la fijación de un tipo mínimo de gravamen.

### **7. El perímetro de vinculación.**

Como ya ha tenido ocasión de señalarse con anterioridad, la constatación de una asimetría híbrida requiere que la concreta operación controvertida se lleve a cabo entre dos o más entidades vinculadas o bien en el marco de un "mecanismo estructurado". Por lo que respecta al primero de dichos escenarios, el Art. 2.4 de la Directiva se encarga de definir los supuestos de vinculación, pudiendo éstos reconducirse –al menos resumidamente- a tres grandes categorías.

Así, en primer lugar, se considerará que existe vinculación cuando se ostente una participación de, al menos, el 25% en los derechos de voto, la propiedad del capital o los beneficios de una entidad. No obstante, tratándose de los supuestos de asimetría enunciados en los apartados b), c), d), e) o g) del Art. 2.9 de la Directiva, dicho requisito de participación se elevará hasta el 50%. En cualquier caso, la Directiva exige la agrupación de los derechos de todas aquellas entidades o personas que actúen conjuntamente.

En segundo lugar, se considerará que existe igualmente vinculación cuando dos o más entidades formen parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera. En este sentido, el propio Art. 2.10 de la Directiva identifica dicha situación con un "*conjunto de entidades que están plenamente incluidas en los estados financieros consolidados elaborados de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera o con el sistema de presentación de información financiera de un Estado miembro*".

Finalmente, también existirá vinculación cuando una entidad pueda ejercer "influencia significativa" sobre otra. A diferencia del presupuesto anterior, la Directiva no clarifica tal concepto, siendo lo más razonable acudir a las definiciones contenidas en la NIC 28. Así, habrá de entenderse que concurre tal circunstancia cuando una entidad posea "*el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de operación de la participada, sin llegar a tener el control ni el control conjunto de ésta*".

La transposición al ordenamiento interno de todos los anteriores supuestos de vinculación ha incrementado el nivel de protección inicialmente dispensado por la Directiva en dos ámbitos concretos y diferenciados.

Así, por un lado, junto a las relaciones anteriormente descritas, el Art. 15 *bis* 12 LIS incluye todos los supuestos de vinculación contenidos en el Art. 18.2 LIS. Dicha remisión general habrá de comprender también la referencia al grupo consolidado, el cual no ha sido expresamente incluido dentro del tenor literal del Art. 15 *bis* 12 LIS.

Por otro lado, el legislador español no ha previsto la posibilidad de que el requisito de participación se eleve al 50% para los concretos esquemas mencionados

---

<sup>31</sup> Tal podría ser el supuesto de un pago por arrendamiento de inmuebles satisfecho a una entidad vinculada que se encuentra exenta por aplicación del régimen previsto en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. A este respecto, nos remitimos a la Consulta Vinculante V0054-20, de 14 de enero, en la que se analiza un esquema análogo.

en el Art. 2.4 de la Directiva y cuya materialización interna se concreta en los apartados 2, 3, 4 y 5 letras a), b) y d) del Art. 15 *bis* LIS.

Con todo, consideramos que se ha contribuido a dificultar, aún más si cabe, las ya de por sí complejas relaciones entre los perímetros contable y fiscal de vinculación. Así, a los dos anteriores se une ahora un tercer elenco de supuestos cuya aplicabilidad queda circunscrita al ámbito de las asimetrías híbridas.

## 8. Conclusiones.

La implementación coordinada de normas anti-híbridos a escala comunitaria debe ser positivamente valorada desde el prisma preventivo de la elusión fiscal internacional. Pese a ello, la cobertura normativa dispensada al efecto por el Art. 115 TFUE podría resultar controvertida, habida cuenta de su carácter meramente aproximador de legislaciones que incidan sobre el funcionamiento del mercado interior.

Por otra parte, los mecanismos de reacción previstos en la Directiva incitan, en tanto que ajustes permanentes, al progresivo alejamiento entre las nociones de base imponible y resultado contable, con todas las consecuencias que de ello pudieran derivarse para con el principio de capacidad económica. Tal situación se hará especialmente patente en aquellos Estados que, como España, calculan el importe de la primera a partir del segundo.

Tampoco puede desconocerse el importante binomio formado por las previsiones contenidas en la Directiva y los regímenes internos de operaciones vinculadas. En efecto, la constatación de un esquema asimétrico requiere de la existencia de vinculación entre los intervinientes o, alternativamente, de la presencia de un mecanismo estructurado. Sin embargo, los supuestos de vinculación exigidos por la Directiva no serán necesariamente coincidentes con los definidos en la normativa interna.

Además, en cierta relación con lo anterior, debe recordarse como los supuestos de deducción sin inclusión generados por la inobservancia o por la interpretación discordante del principio de plena competencia quedan expresamente excluidos del ámbito de las asimetrías híbridas.

En cuanto a la labor de transposición se refiere, no cabe olvidar que la Directiva ATAD implica un nivel mínimo de protección que puede ser voluntariamente superado por los Estados miembros respectivos. De esta forma, el propio legislador español se ha apartado del texto comunitario en aspectos tales como la regla secundaria, las asimetrías temporales o el perímetro de vinculación. En cualquier caso, el respeto a la seguridad jurídica quizás hubiera hecho aconsejable el empleo de una técnica legislativa más sencilla, comprensible y ejemplificativa.

Finalmente, no por habitual y admisible constitucionalmente debe considerarse aceptable la transposición tardía de directivas comunitarias a través de decreto-ley. Ello especialmente cuando estas últimas establecen un amplio plazo para su implementación. Sin embargo, todo apunta a que la situación descrita volverá a producirse a propósito de la transposición de los mecanismos para neutralizar las asimetrías híbridas invertidas.

## Bibliografía

- BÁEZ MORENO, A. *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2005.
- BARREIRO CARRIL, M. C. "La controvertida base jurídica de la directiva antielusión fiscal. Un análisis a la luz de reglas de vinculación". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Nº 62, 2019.

- BENITEZ CLERIE, P. "La incorporación al Impuesto sobre Sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II". *Revista de Contabilidad y Tributación*. Nº 451, 2020.
- CALVO VÉRGEZ, J. "La aprobación de la Directiva (UE) 2017/952, por la que se modifica la Directiva antielusión fiscal, y su proyección sobre los llamados mecanismos híbridos". *Revista Aranzadi Unión Europea*, Nº 2, 2019.
- JIMENEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS D. J. "Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso". *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales* Nº14, 2017.
- LOPEZ RIVAS, S. "Directiva contra las prácticas de elusión fiscal". *Carta Tributaria*. Nº 17-18, 2016.
- MAROTO SAEZ, A. "Atribución de beneficios a establecimientos permanentes" en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (dir.). *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas*. Wolters Kluwer. Madrid, 2016.
- MARTINEZ LAGUNA, F. D. "Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: El nuevo artículo 15 bis de la LIS". *Quincena Fiscal* Nº 10, 2021.
- MERINO JARA, I. "Asimetrías híbridas". *Nueva Fiscalidad*, Nº 4, 2020.
- MERINO GARCÍA, A. "Los Hallmarks (Análisis y descripción de las señas distintivas recogidas en la DAC 6 que determinan que una planificación fiscal es agresiva y su consecuente)". *Carta Tributaria* Nº 65-66, 2020.
- PARADA, L. "Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination". *Intertax*, Nº 47, 2019.
- PEETERS, B; VANNESTE, L. "The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD". *Intertax*, Nº48, 2020.
- SANZ GADEA, E. "La Directiva Antiabuso (III). Asimetrías híbridas". *Revista Contabilidad y Tributación*. Nº 415, 2017.
- SALA GALVAÑ, G. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. "Los decretos-leyes como instrumentos de transposición de directivas comunitarias". *Revista General de Derecho Administrativo* Nº 31, 2012.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J. "El Impuesto sobre Sociedades: Un análisis desde los principios constitucionales tributarios" en *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad, 2019.