

Diciembre 2020

Alerta informativa

# La Implementación española de la Directiva ATAD 2: el Anteproyecto de Ley de transposición

**Cástor Gárate**

Socio de Tributación Internacional y Transaccional EY

**Manuel Paz**

Socio de Tributación Internacional y Transaccional EY

**Tatiana de Cubas**

Asociada Senior de Tributación Internacional y Transaccional en Servicios Financieros EY

**José Manuel Calderón**

Consejero Académico EY Abogados

## Introducción

El 30 de noviembre de 2020, el Ministerio de Hacienda publicó el Anteproyecto de Ley por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLINR), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas (el Anteproyecto). El Anteproyecto se encuentra en fase de audiencia e información pública hasta el 23 de diciembre de 2020.

El objetivo del Anteproyecto consiste en la incorporación al ordenamiento español de las normas de neutralización de asimetrías híbridas establecidas en la Directivas 2016/1164/UE (Directiva ATAD) en la redacción dada por la Directiva 2017/952/UE (Directiva ATAD 2) que modificó de forma relevante las medidas antihíbridos recogidas originariamente en la Directiva ATAD, extendiéndolas a operaciones con países terceros y no sólo intra-UE.

El Anteproyecto resulta básicamente alineado con las disposiciones de la referida Directiva ATAD 2. No obstante, el “legislador español” adopta posiciones propias en algunos aspectos y apela al principio de “nivel mínimo de protección” que establece la Directiva ATAD para desarrollar la medida de protección de la base imponible contenida en el art.15j) de la LIS y preservar la regla secundaria (no exención/inclusión) recogida en el último párrafo del art. 21.1 LIS, así como las disposiciones que los arts.21.2 y 32.2 de la LIS contienen respecto de transferencias financieras híbridas.

Con todo, el Anteproyecto plantea un buen número de dudas interpretativas que no quedan resueltas a partir de su análisis sistemático a la luz de las Directivas de la UE, ni atendiendo al Informe final OCDE/G20 sobre la Acción 2. Algunas de estas dudas podrían ser resueltas durante la tramitación del Anteproyecto, de manera que resulta aconsejable hacer el correspondiente seguimiento del mismo e ir analizando sus potenciales implicaciones en relación con todo tipo de operaciones vinculadas.

## Análisis detallado

La Directiva ATAD estableció un primer marco para neutralizar las asimetrías híbridas incluyendo normas sobre las asimetrías híbridas entre Estados Miembros que fue objeto de una importante reforma a través de la Directiva ATAD 2 (en conjunto, “Directivas ATAD”) que modificó la Directiva ATAD en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, siguiendo a grandes rasgos el informe final (2015) de la Acción 2 del Proyecto BEPS de la OCDE.

Como ya hemos indicado, las distintas cláusulas antihíbridos recogidas en el Anteproyecto se encuentran, por lo general, alineadas con las

disposiciones de la Directiva ATAD 2, de hecho, podría considerarse que estamos ante una “transposición textualista”, aunque existen aspectos donde se aprecian diferencias que poseen potencial incidencia práctica, así como “diferencias terminológicas” que son susceptibles de generar conflictos<sup>1</sup>.

Merece la pena recordar que la regulación europea antihíbridos no se proyecta en sentido estricto sobre operaciones abusivas o artificiales en el sentido de una cláusula antiabuso general o específica, sino frente a situaciones donde, como consecuencia de la diferente calificación fiscal entre los ordenamientos de distintas jurisdicciones, se producen resultados de “deducción y no inclusión” (D/NI) o “doble deducción” (D/D) de pagos, gastos, o pérdidas, de suerte que tal “asimetría de resultados” genera efectos (v.gr, “doble no imposición”) que se considera que deben neutralizarse.

Ahora bien, la normativa antihíbridos recogida en la Directiva ATAD 2 únicamente se proyecta sobre una serie de “situaciones tipificadas”.

En este sentido, la Directiva ATAD 2 de manera expresa excluye de su aplicación las asimetrías fiscales resultantes de diferencias contables o de imputación temporal de ingresos y gastos, o la aplicación de normas de valoración fiscal como las de precios de transferencia o las de atribución de beneficios entre un EP y su casa central que terminen resultando en un valor no coincidente en los distintos Estados involucrados. Creemos que este punto debería también clarificarse en la futura ley española.

No obstante, la regulación europea antihíbridos sí impacta sobre situaciones de doble deducción o deducción y no inclusión que se generan en el contexto de la aplicación de las diferentes normativas nacionales que ordenan la residencia fiscal y la integración (y exención) de ingresos y gastos de entidades sujetas al IS e IRNR. La Directiva ATAD 2 no impone nivel alguno de imposición efectiva sobre la renta afectadas por sus disposiciones.

El contenido del Anteproyecto resulta así muy técnico y la determinación de su alcance y aplicación de sus disposiciones sin duda presentará una alta complejidad, considerando la amplitud de la definición de las “situaciones o asimetrías híbridas tipificadas”, la diferente regulación que pueda establecerse al respecto

en las distintas jurisdicciones implicadas en las operaciones.

Echamos de menos en particular una regla de conflicto clara que excluya el surgimiento de doble imposición por aplicación descoordinada de las reglas primaria y secundaria articuladas en aplicación de las disposiciones de la referida Directiva, o una solución a los problemas que pueden surgir de la aplicación de medidas convencionales antihíbridos o de otras disposiciones (v.gr, la transparencia fiscal internacional o de la regulación americana del "GILTI" o el "*check-the-box*").

Las "asimetrías híbridas tipificadas", que dan lugar a "asimetría de resultados" (D/NI, D/D) son básicamente las siguientes:

- ▶ Asimetrías de instrumentos financieros híbridos;
- ▶ asimetrías de entidades híbridas;
- ▶ asimetrías híbridas referidas a establecimientos permanentes;
- ▶ asimetrías de entidades híbridas invertidas;
- ▶ asimetrías importadas; y
- ▶ asimetrías referidas a situaciones de doble residencia fiscal.

## Modificación Ley del Impuesto sobre Sociedades

El Anteproyecto, como ya hemos indicado, modifica la LIS y el TRLIRNR a efectos de incorporar el paquete regulatorio europeo de neutralización de asimetrías híbridas en relación con operaciones o situaciones intra-UE y con países terceros.

Cabe destacar que la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del anteproyecto reconoce que, si bien la actual legislación en materia de IS/ IRNR ya contenía determinadas normas encaminadas a neutralizar ciertas asimetrías híbridas, la tipología de asimetrías híbridas cubiertas por las Directiva ATAD 1 y 2 es mayor, por lo que resulta necesario llevar a cabo modificaciones en la LIS y el TRIRNR para regular las mismas adecuadamente a partir del momento de su entrada en vigor en España.

El Anteproyecto mantiene la regulación antihíbridos prevista en los arts.15.j y 21 de la LIS en el sentido

antes comentado, incorporando las nuevas medidas antihíbridos recogidas en las referidas Directivas ATAD, con algunos matices.

En primer lugar, en relación con las opciones que ofrece la Directiva ATAD 2 en su artículo 9.4, el Anteproyecto incorpora las siguientes elecciones:

- ▶ En primer lugar, tal y como se precisa la Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto, el "legislador español" ha optado por no transponer la regla secundaria (inclusión en casos de D/NI) en los supuestos de asimetrías híbridas en que así se permite, esto es, para las asimetrías híbridas que están enunciadas en el art.9.4.a) de la Directiva ATAD 2 (asimetrías híbridas definidas en el art.2, punto 9, párrafo primero, letras b), c), d) o f)) que no establece la inclusión en la renta del contribuyente del pago cuya deducción se haya permitido en otro país o territorio por no haberse aplicado la regla primaria.
- ▶ Asimismo, el Anteproyecto instrumenta la opción consistente en no excluir del ámbito de aplicación de la Directiva ATAD 2 a los instrumentos intragrupo emitidos con el propósito de satisfacer los requisitos de capacidad de absorción de pérdidas del emisor.

Adicionalmente, el "legislador español" considera que la regla contenida en el art.9 bis de la Directiva ATAD 2 ya está incluida en nuestro ordenamiento tributario, en la medida en que lo establecido en la regulación de los impuestos que gravan la renta impide que surja esta asimetría.

En definitiva, la transposición en el IS se realiza mediante la incorporación en la LIS del artículo 15 bis, con la consiguiente derogación del artículo 15 j), que, bajo la denominación "asimetrías híbridas", regula los preceptos para neutralizar las asimetrías de instrumentos financieros híbridos, entidades híbridas, establecimientos permanentes híbridos, asimetrías importadas y transferencias híbridas. Este precepto niega, como regla primaria, la deducibilidad del gasto en el IS, debido a diferencias de calificación fiscal o atribución (fiscal), cuando el correlativo ingreso no tribute o cuando tal gasto sea, asimismo, deducible en otra entidad, o bien requiere, como regla secundaria, la integración en la base imponible del ingreso

correspondiente a un gasto que haya sido fiscalmente deducible en otro país o territorio en el que no se haya aplicado la regla primaria.

De igual forma, en dicho artículo (15 bis LIS) se regula el supuesto del “establecimiento permanente no computado” y la “asimetría relacionada con la residencia fiscal”.

Siguen siendo aplicables, como ya hemos indicado, los preceptos regulados en el penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la LIS, como regla secundaria en supuestos de instrumentos financieros híbridos, así como lo dispuesto en los artículos 21.2 y 32.2, ambos de la LIS, en tanto que reglas aplicables a determinadas transferencias híbridas.

En el artículo 15 bis de la LIS se incorporan, junto a las reglas señaladas, las definiciones necesarias para la transposición de los ámbitos subjetivo y material de la Directiva ATAD 2, principalmente, los supuestos específicos de vinculación no regulados en el artículo 18.2 de la LIS y en el marco de los cuales también se aplicarán las reglas de asimetrías híbridas, la definición de ingreso sometido a tributación en dos países o territorios (renta de doble inclusión, en los términos de la Directiva ATAD 2) y el concepto de “mecanismo estructurado”.

## Modificación Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes

En el IRNR se añade el apartado 9 en el artículo 18 del TRLIRNR que establece la no deducibilidad de ciertos gastos en los supuestos de establecimientos permanentes híbridos; los casos de vinculación no recogidos en el artículo 15.2 del TRLIRNR, con la finalidad de que en tales supuestos se apliquen las reglas de asimetrías híbridas, y la definición de ingreso sometido a tributación en dos países o territorios.

Según señala la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto, en lo no dispuesto en el TRLIRNR en materia de asimetrías híbridas, será de aplicación, cuando así proceda para la determinación de la base imponible de un establecimiento permanente y en virtud de la remisión que contiene el artículo 18.1 del TRLIRNR, lo dispuesto en la LIS.

## Entrada en vigor

De acuerdo con la Disposición Final Tercera del Anteproyecto, la normativa española de implementación de la Directiva ATAD 2 entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE y tendrá efectos para los períodos iniciados a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido antes de la entrada en vigor de esta Ley. Teniendo en cuenta que el Anteproyecto se encuentra en fase de audiencia pública hasta el 23 de diciembre de 2020, cabe esperar que la Ley que resulte finalmente aprobada a partir de la tramitación parlamentaria de este anteproyecto, no se publique en el BOE ni entre en vigor antes de final de año (2020).

Por tanto, tomando en consideración el estado actual de la tramitación de este Anteproyecto y la regulación actual sobre la entrada en vigor, existen dudas de que vaya a entrar en vigor durante el año 2020, y, en tal sentido existen dudas sobre su aplicación a los ejercicios fiscales iniciados a partir del 1 de enero de 2020. Ahora bien, no puede perderse de vista que en todo caso resultarán de aplicación las medidas antihíbridos actualmente recogidas en la LIS (arts.15j, 21.1 y 2, y 32.2 de la LIS). A su vez, cabe advertir sobre el dictamen motivado emitido por la Comisión UE (noviembre 2020) instando a España a transponer lo dispuesto en la Directiva ATAD 2 a efectos de neutralizar las asimetrías híbridas a partir de 1 enero 2020.

Ciertamente, la aprobación de una norma con efectos retroactivos respecto del impuesto correspondiente a un período impositivo cuyo devengo ya se hubiera producido plantearía dudas sobre su constitucionalidad en relación con el principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE), aunque no puede olvidarse que la jurisprudencia constitucional en esta materia requiere de un análisis casuístico que tome en consideración y pondere todas las circunstancias concurrentes en el caso (grado de retroactividad, impacto patrimonial/económico, justificación/legitimación de la medida y su “previsibilidad”).

## Impacto

El Anteproyecto se encuentra en fase de audiencia pública hasta el 23 de diciembre de 2020. Por tanto, el texto final podría verse modificado como resultado de este trámite, aunque cabe esperar que se mantenga su alineamiento básico con la referida Directiva.

Resulta recomendable que aquellos grupos multinacionales que realicen operaciones o posean estructuras (*inbound/outbound*) potencialmente afectadas por esta compleja "regulación" revisen sus estructuras y transacciones actuales (y futuras) con el fin de determinar las eventuales implicaciones derivadas de las medidas antihíbridos recogidas en la normativa española de transposición de la Directiva ATAD 2, considerando el tratamiento fiscal de las mismas con arreglo a las normativas española y la de otros países UE y no UE. Nótese que tal análisis, al igual que acontece respecto de otras medidas post-BEPS (DAC 6, *transfer pricing* ex Directrices OCDE de precios de transferencia de 2017) debe realizarse a escala multijurisdiccional (particularmente en el caso de "asimetrías importadas"), normalmente partiendo de un enfoque *bottom-up* en casos donde estamos ante un gasto fiscalmente deducible en España y a partir de un *top-down approach* allí donde se trata de una exención desde la perspectiva española.

Para cualquier información adicional con respecto a esta alerta, contacte con:

**Ernst & Young Abogados, S.L.P.**

**Cástor Gárate Mutiloa**

[Castor.GarateMutiloa@es.ey.com](mailto:Castor.GarateMutiloa@es.ey.com)

**Manuel Paz Figueiras**

[Manuel.PazFigueiras@es.ey.com](mailto:Manuel.PazFigueiras@es.ey.com)

**Tatiana de Cubas Buenaventura**

[TatianaDe.CubasBuenaventura@es.ey.com](mailto:TatianaDe.CubasBuenaventura@es.ey.com)

Puede consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

---

<sup>i</sup> Por ejemplo, el artículo 2.9 de la Directiva ATAD 2 (cuando menos sus versiones en lengua española, inglesa, francesa, italiana y portuguesa) utiliza el término “pago” o “pagos” cuando delimita y define las asimetrías híbridas, en tanto que el art.15 bis del Anteproyecto normalmente utiliza la expresión “ingreso” o “ingresos”, no siendo términos que, a nuestro juicio, puedan utilizarse de forma equivalente en este contexto; nótese, por ejemplo, que no es lo mismo una diferencia en la atribución de los beneficios de un EP por parte del Estado de su casa central y el país donde está ubicado, que una diferencia o asimetría en la atribución de un pago a un EP o a su casa central, de suerte que sólo este último tipo de supuestos puede determinar una asimetría híbrida tipificada en la Directiva (*Diverted Branch payment*) cuando da lugar a una D/NI o D/D.

EY | Assurance | Tax | Transactions | Advisory

#### Acerca de EY

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (company limited by guarantee) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en [ey.com](http://ey.com).

© 2020 Ernst & Young Abogados, S.L.P.  
Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

[ey.com/es](http://ey.com/es)

Twitter: [@EY\\_Spain](https://twitter.com/EY_Spain)

LinkedIn: [EY](https://www.linkedin.com/company/ey)

Facebook: [EY Spain Careers](https://www.facebook.com/EYSpainCareers)

Google+: [EY España](https://plus.google.com/+EYSpain)

Flickr: [EY Spain](https://www.flickr.com/photos/ey/)