



Abogados

Marzo 2021

## Alerta informativa

# La Implementación española de la Directiva ATAD 2

## El RDL 4/2021 y la modificación del IS e IRNR

**Cástor Gárate Mutiloa**  
Socio de Tributación Internacional y Transaccional EY Abogados

**José Manuel Calderón**  
Consejero Académico EY

**Araceli Saenz de Navarrete**  
Socia Responsable Sector Financiero EY

**Tatiana de Cubas Buenaventura**  
Asociada Senior de Tributación Internacional y Transaccional en Servicios Financieros EY

## Introducción

El 10 de marzo de 2020 se ha publicado 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 (en adelante RDL 4/2021).

El objetivo del RDL 4/2021 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 anti-híbridos recogidas originariamente en la Directiva ATAD, extendiéndolas a operaciones con países terceros y no sólo intra-UE.

El RDL 4/2021 está 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 originariamente en el artículo 15 j) de la LIS (y que es derogado por el RDL 4/2021).

Con todo, el RDL 4/2021 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 (2015).

## Análisis detallado

### Instrumento de transposición y entrada en vigor

La Directiva ATAD 2 exige a los Estados miembros la transposición de las medidas recogidas en la misma, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019, siendo de aplicación las disposiciones a partir del 1 de enero de 2020, con la excepción de la regla sobre asimetrías híbridas invertidas (*reverse hybrid mismatches*) contenida en el artículo 9 bis de la Directiva ATAD 2, que debe transponerse a más tardar el 31 de diciembre de 2021, con efectos a partir del 1 de enero de 2022.

Inicialmente, la transposición de la Directiva ATAD 2 se estaba tramitando siguiendo el procedimiento propio de un proyecto de ley, habiéndose publicado el 30 de noviembre de 2020 un anteproyecto de ley, que fue objeto de audiencia e información pública hasta el 23 de diciembre de 2020 (el Anteproyecto).

No obstante, la transposición de la Directiva ATAD 2 ahora se ha ejecutado a través de un Decreto-ley en lugar de una ley ordinaria, lo que podría plantear dudas sobre su constitucionalidad con el artículo 86 CE, considerando la doctrina del Tribunal Constitucional. El propio RDL 4/2021 desarrolla los argumentos por los que, a juicio del Gobierno, concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justifican la aprobación de este real decreto-ley.

Se establece la **entrada en vigor a partir del 11 de marzo de 2021**, día después de la publicación en el BOE del referido Decreto-Ley, y con efectos para períodos

impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a su entrada en vigor. En este sentido, lo cierto es que esta normativa anti-híbridos resultaría *de facto* aplicable con “carácter general” en el IS (e IRNR) en relación con los ejercicios económicos iniciados a partir de 1 de enero de 2021 en adelante, en aquellos casos en los que el periodo impositivo del Impuesto sobre Sociedades coincida con el año natural. De esta forma, la nueva normativa anti-híbridos no desplegaría efectos retroactivos (stricto sensu) para períodos impositivos iniciados en el año 2020 y finalizados con anterioridad al 11 de marzo 2021, aunque no puede perderse de vista cómo operaciones o instrumentos financieros, etc., concluidos con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 4/2021 quedarían afectados por esta regulación en la medida en que sus efectos (v.gr. generación de gastos deducibles) se proyecten hacia el futuro y concurren los presupuestos para considerar que estamos ante asimetrías híbridas cubiertas por esta nueva regulación. Ahora bien, no puede dejar de señalarse cómo las entidades (contribuyentes del IS o IRNR con EP) cuyo ejercicio económico se hubiera iniciado en el año 2020 y no hubiera finalizado el 11 de marzo de 2021 sí estarían afectados por la nueva regulación anti-híbridos que operaría con efectos retroactivos (cuya constitucionalidad podría ser dudosa).

### Contexto

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 anti-híbridos recogidas en el RDL 4/2021 se encuentran, por lo general, alineadas con las disposiciones de la Directiva ATAD 2, de hecho, podría considerarse que estamos ante una “transposición textualista”.

A diferencia del Anteproyecto, en el preámbulo del RDL 4/2021 contiene una tímida referencia a la Acción 2 del Proyecto BEPS de la OCDE, calificando las disposiciones

de la Directiva ATAD 2 como coherentes con este marco BEPS, “coherencia” a la que también se hace referencia el considerando 7 de la Directiva ATAD 2. La propia Directiva señala que, a la hora de su aplicación, los Estados miembros deben recurrir a las explicaciones y los ejemplos aplicables al informe sobre la acción 2 del proyecto BEPS de la OCDE como fuente de ilustración o interpretación en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión (considerando 28). Lógicamente, allí donde medien diferencias relevantes entre la “regulación europea” o española y las medidas recomendadas en el Informe de la Acción 2 del BEPS, la utilización de éste como fuente interpretativa podría ser cuestionable y desde luego no cabría hacer un uso mecánico del mismo como guía interpretativa de la normativa española.

No obstante, existen aspectos donde se aprecian diferencias que poseen potencial incidencia práctica, así como “diferencias terminológicas” que son susceptibles de generar conflictos<sup>i</sup>. Por tanto, si bien el Informe final de la Acción 2 BEPS podría tener ciertos efectos interpretativos, no podemos desconocer los límites interpretativos del *soft law*, que el Tribunal Supremo ha establecido en reciente jurisprudencia.

### Supuestos de naturaleza híbrida

La regulación europea anti-híbridos 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 anti-híbridos recogida en la Directiva ATAD 2 únicamente se proyecta sobre una serie de “situaciones tipificadas”. 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; esta circunstancia ha sido tomada en cuenta por el “legislador español” en el RDL 4/2021, superando el modelo previo recogido en el art.15.j) de la LIS (que es derogado por tal RDL).

El contenido del RDL 4/2021 resulta muy técnico y la determinación de su alcance y la aplicación de sus disposiciones sin duda presentará una alta complejidad, considerando la amplitud de la definición de las “situaciones o asimetrías híbridas tipificadas”, así como la diferente regulación que pueda establecerse al respecto en las distintas jurisdicciones implicadas en las operaciones.

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

- ▶ Asimetrías de **instrumentos financieros híbridos** (artículo 15 bis 1 de la LIS);
- ▶ asimetrías de **entidades híbridas** (artículo 15 bis 2 de la LIS);
- ▶ asimetrías híbridas referidas a establecimientos permanentes (EPs), tanto por **EPs híbridos** (artículo 15 bis 5 letras a), b) y c) de la LIS como **EPs no computados** (artículo 15 bis 6 de la LIS);
- ▶ asimetrías **con resultado de doble deducción** (artículos 15 bis 4 y 15 bis 5 letra d) de la LIS);
- ▶ asimetrías de **entidades híbridas inversas** (artículo 15 bis 3 de la LIS);
- ▶ **asimetrías importadas/ mecanismo estructurado** (artículo 15 bis 7 de la LIS);
- ▶ asimetrías referidas a situaciones de **doble residencia fiscal** (artículo 5 bis 10 de la LIS); y
- ▶ asimetrías de **transferencias híbridas** generadas por una doble utilización de retenciones (artículo 15 bis 8 de la LIS).

### Supuestos de exclusión

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.

A pesar de que el Anteproyecto no hacía mención sobre este aspecto, el RDL 4/2021 establece ahora una excepción específica (apartado 13 del artículo 15) en este sentido y, en particular, en los siguientes casos (*carve-outs*):

- ▶ Cuando el beneficiario esté exento del IS.  
No se aclara si también se exceptúan los supuestos en los que el beneficiario esté exento de un impuesto idéntico o análogo al IS;
- ▶ cuando se produzca en el marco de una operación o transacción que se base en un instrumento o contrato financiero sujeto a un régimen tributario especial; ni
- ▶ cuando la diferencia en el valor imputado se deba a diferencias de valoración, incluidas las derivadas de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas.

Este nuevo apartado vendría a recoger una observación formulada en el sentido de que, tal y como indica la Directiva ATAD2 (y el punto II, párrafo 2º de la EM del RD-Ley 4/2021), las diferencias de resultados derivadas de diferencias valorativas en aplicación de la normativa de precios de transferencia están fuera del ámbito de aplicación de esta normativa anti-híbridos.

No obstante, no debemos perder de vista cómo algunos países como Países Bajos están regulando de forma específica y al margen de la Directiva ATAD 2, determinadas asimetrías derivadas de la aplicación de la normativa de precios de transferencia en relación con situaciones muy específicas de potencial planificación fiscal agresiva.

### Concepto “renta de doble inclusión”

La redacción del RD-Ley 4/2021 recoge en el apartado 11 del artículo 15 bis el concepto de “renta de doble inclusión”, definiéndolo como aquel que está sometido a

tributación con arreglo a la LIS y a la legislación del otro país o territorio.

Se elimina por tanto de dicha definición la exclusión de los supuestos de ingresos exentos o sujetos a eliminación de doble imposición que se contenía en el Anteproyecto, adaptándose la letra de la norma al texto al de la Directiva

### Concepto de personas o entidades vinculadas

A los efectos de la normativa anti-híbridos, se amplía de manera significativa el concepto de personas o entidades vinculadas, de modo que existen más supuestos que los contenidos en el artículo 18 de la LIS.

El RD-Ley 4/2021, a diferencia del Anteproyecto, establece un umbral de participación de derechos de voto o derechos económicos del 25% como supuesto nuevo de vinculación y, además, ahonda en los conceptos de “influencia significativa” y “actuar conjuntamente” que ya recogía el Anteproyecto.

En este sentido, en el apartado 12 del artículo 15 bis de la LIS se establece que la referencia a personas o entidades vinculadas, a efectos de la norma anti-híbridos, comprenderá:

- ▶ Las personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la LIS.
- ▶ Una entidad que ostente, directa o indirectamente, una participación de, al menos, un **25%** en los derechos de voto del contribuyente o tenga derecho a percibir, al menos, un 25% de los beneficios del mismo (es decir, **derechos de voto o derechos económicos**, no derechos de propiedad del capital), o en la que el contribuyente ostente dichas participaciones o derechos.
- ▶ La persona o entidad sobre la que el contribuyente **actúe conjuntamente** con otra persona o entidad respecto de los derechos de voto o la propiedad del capital de aquélla, o la persona o entidad que actúe conjuntamente con otra respecto de los derechos de voto o la propiedad del capital del contribuyente.

A estos efectos, el contribuyente o, en el segundo supuesto, la persona o entidad, será tratado como el titular de una participación en relación con todos

- los derechos de voto o la propiedad del capital de la entidad o del contribuyente, respectivamente, que sean propiedad de la otra persona o entidad.
- Una entidad en cuya gestión el contribuyente tenga una **influencia significativa** o una entidad que tenga una influencia significativa en la gestión del contribuyente.

A estos efectos, se considera que existe influencia significativa cuando se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de otra entidad, sin llegar a tener el control ni el control conjunto de la misma.

El RD-Ley 4/2021 incluye el correspondiente reflejo de estos supuestos de vinculación a efectos de la normativa anti-híbridos en la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (LIRNR).

### **Concepto de “mecanismo estructurado”**

El RD-Ley 4/2021 contempla el concepto de “mecanismo estructurado” de la Directiva, si bien se separa de la redacción literal de la misma, compleja probablemente por la traducción casi literal de la cláusula, para aclarar qué supuestos busca capturar. Este concepto de “mecanismo estructurado” requiere la lectura conjunta de los apartados 7, 9 y 12 del artículo 15 bis de la LIS.

Adicionalmente, excluye del concepto de mecanismo estructurado aquellos supuestos en los que el contribuyente o una persona o entidad vinculada con él no hubiera podido conocerlos razonablemente (*reason to know*) y no compartiera la ventaja fiscal, en línea con la definición de la Directiva ATAD 2.

Ambas modificaciones nos parecen acertadas de cara a excluir supuestos que no deben quedar capturados por la norma. No obstante, no puede perderse de vista la subjetividad que puede existir a la hora de valorar la concurrencia del “*reason to know test*”; ello puede generar inseguridad jurídica y en tal sentido la cláusula de mecanismo estructurado debe ser objeto de aplicación excepcional por parte de las autoridades fiscales, en casos donde acreditaran fehaciente e indubitablemente sus presupuestos.

### **Concepto de “transferencias híbridas”**

A diferencia del Anteproyecto, el RD-Ley 4/2021 sí define el concepto de “transferencia híbrida” en el apartado 8 del artículo 15 bis de la LIS, referido a cualquier operación relativa a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del instrumento financiero transferido se considere, a efectos fiscales, como obtenido simultáneamente por más de una de las partes que intervienen en la operación.

La Directiva ATAD 2 explica en mayor detalle, en el considerando 23, qué supuesto busca abordar esta norma, refiriéndose al caso en el que, como resultado de un acuerdo para transferir un instrumento financiero, el rendimiento subyacente correspondiente a tal instrumento se tratará como si fuese obtenido por más de una de las partes en el acuerdo. En estos casos, el pago realizado mediante transferencia híbrida podría dar lugar a una deducción para el ordenante, mientras que el beneficiario lo consideraría como rendimiento subyacente del instrumento transferido. Esta diferencia de trato fiscal podría dar lugar a una deducción sin resultado de inclusión o a la generación de un crédito fiscal excesivo respecto de la retención en la fuente sobre el instrumento subyacente.

### **Asimetría en la calificación de una operación o gasto (artículo 15 bis 1 de la LIS)**

La medida anti-híbridos (exclusión deducibilidad fiscal de un gasto) se aplica en relación con gastos correspondientes a operaciones (v.gr., instrumentos financieros) realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación (instrumento financiero: *debt/equity*), no generen un ingreso, generen un ingreso exento o sujeto a reducción del tipo impositivos o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica.

La medida anti-híbridos no requiere que el ingreso tribute a un tipo nominal no inferior al 10%, ni tampoco determina la aplicación mecánica de la medida en casos donde se aplicara una medida para eliminar la doble

imposición internacional (jurídica). Esta modificación, en gran medida, puede responder a lograr un mayor alineamiento con la Directiva ATAD, así como a evitar potenciales problemas de incompatibilidad con el Derecho de la UE (TFUE) derivados de la diferencia de trato fiscal entre operaciones domésticas y transfronterizas.

No resulta claro cuando se produce la circunstancia referida a una "reducción del tipo impositivo", aunque cabría argumentar que las reducciones o bonificaciones que operen sobre la base imponible o la cuota tributaria (y que reducen el ETR) quedarían extramuros de la norma.

Si bien no se indica expresamente, entendemos que, como indica la Directiva, el pago da lugar a una asimetría híbrida solo en la media del importe resultante objeto de infra-imposición.

Por otro lado, se ha eliminado la redacción del Anteproyecto relativa a las exclusiones para operadores financieros, entendemos que ya prevista con carácter general considerando la existencia de la regla secundaria (no exención/inclusión) ya 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).

## Gastos y pérdidas

El nuevo apartado 5.a) del art.15 bis LIS contempla una regla primaria (no deducibilidad del gasto) para el caso de EP híbrido con resultado D/NI debido a una asimétrica atribución fiscal de las operaciones que afectan a la imputación de los ingresos (pagos) entre la casa central y un EP; es decir, la casa central considera que determinada operación que genera un ingreso (pago) es atribuible al EP, mientras que el EP considera que tal operación y el ingreso (pago) que resulta de la misma es atribuible a la casa central.

Este apartado ha sido modificado reduciendo su alcance (antes referido a "gastos y pérdidas", ahora solo a "gastos"). En particular, se limita la deducción fiscal de gastos correspondientes a operaciones con un EP o una entidad vinculada con EPs, cuando como consecuencia de una diferencia fiscal en su atribución (del gasto) entre el EP y la casa central, no se generen un ingreso.

La regulación finalmente aprobada excluye del ámbito de aplicación de esta medida los casos donde el ingreso está "exento o sujeto a eliminación de doble imposición" en el otro país. Asimismo, consideramos que el ámbito de aplicación del apartado 5 del art.15 bis LIS debe aplicarse teniendo muy en cuenta lo previsto en el apartado 13 del mismo precepto, que determina que las diferencias de valoración en operaciones vinculadas (incluyendo casos de acuerdos casa central-EP) quedan extramuros de la normativa anti-híbridos.

## Impacto artículo 22 de la LIS

El nuevo apartado 6 del art.15 bis LIS incluye una regla que excluye la aplicación del método de exención del art.22 LIS en casos de "EP no computado" o no reconocido fiscalmente en el Estado donde está ubicado.

Esta regla no menciona ahora la excepción que recogía el Anteproyecto en relación con la aplicación de una exención del EP en virtud de un CDI con un país tercero. No obstante, cabría argumentar que en estos casos no se está aplicando el artículo 22 de la LIS sino el convenio fiscal que resulte de aplicación, de manera que la norma anti-híbridos doméstica no aplicaría. Esta interpretación sería consistente con lo establecido en la Directiva ATAD 2, que señala que cualquier ajuste que sea necesario efectuar con arreglo a la Directiva no debe en principio afectar a la atribución de los derechos de imposición entre jurisdicciones establecidos en virtud de un tratado de doble imposición (considerando 11) y que la norma de EP no computado se aplicará a menos que el Estado miembro esté obligado a aplicar una exención a la renta en virtud de un tratado de doble imposición firmado por el Estado miembro con un tercer país. (artículo 9.5).

## Time mismatches

El RD-Ley 4/2021 incorpora reglas referidas a situaciones de "asimetrías temporales" que tratan de resolver los problemas que pueden surgir como consecuencia de distintas reglas o normativas nacionales sobre imputación temporal de ingresos y gastos.

Las reglas incorporadas a los efectos de las diferentes asimetrías híbridas operan de forma que se contempla la posibilidad de deducir un gasto devengado en un ejercicio para un contribuyente del IS, allí donde el

ingreso correlativo se integra en la base imponible del beneficiario durante los doce meses (o 3 años, dependiendo del supuesto) siguientes a la conclusión del periodo impositivo del devengo del referido gasto.

La inclusión de esta regla de *time mismatch* en el apartado 10 del artículo 15 bis de la LIS, relativa a asimetría sobre residencia fiscal, supone que la referencia contenida en el tercer párrafo al primero quede desactualizada. No obstante, entendemos que la regla sobre *time mismatch* debería resultar de aplicación en cualquier caso y posiblemente este defecto se corrija más adelante.

### **Modificación artículo 16.1 de la LIS**

El RD-Ley 4/2021 modifica el artículo 16.1 de la LIS a efectos de coordinar la regla de limitación de la deducibilidad de los intereses con la normativa anti-híbridos, excluyendo de su ámbito de aplicación los intereses que no son fiscalmente deducibles con arreglo al artículo 15 bis de la LIS y eliminando la referencia al artículo 15 j) de la LIS.

Se mantiene la posibilidad de adicionar los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 % (a excepción de participaciones adquiridas en compras apalancadas que han generado gastos que no han resultado deducibles en virtud del artículo 15 h) de la LIS). Recordamos en este punto que la Directiva ATAD 1 permite esta posibilidad hasta 2024.

### **Modificación artículo 18 del TRLIRNR**

El RD-Ley 4/2021 modifica asimismo el artículo 18 del TRLIRNR a efectos de incorporar los supuestos de medidas anti-híbridos recogidas en el artículo 15 bis de la LIS que afectan a la deducibilidad de gastos en la base imponible de EPs situados en España.

### **Impacto**

Valoramos positivamente la mayoría de los cambios incluidos en la transposición de la Directiva ATAD 2, en la medida en que la mayoría de ellos aportan mayor claridad y seguridad jurídica, mejorando así el nivel de alineamiento con la referida Directiva, lo cual resulta

crítico en relación con una normativa tan técnica y compleja como la de las medidas de neutralización de determinadas asimetrías híbridas.

Sin perjuicio de lo anterior, estas normas revisten gran complejidad técnica en la práctica y su aplicación puede plantear muchas dudas sobre un buen número de situaciones, estructuras y operaciones. Entre otros aspectos, echamos de menos 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 (“situaciones bucle”), o una solución a los problemas que pueden surgir de la aplicación de medidas convencionales anti-híbridos o de otras disposiciones (v.gr, la transparencia fiscal internacional o de la regulación americana del “GILTI” o el “check-the-box”).

De cara al ejercicio 2021, resulta recomendable que aquellos grupos multinacionales que realicen (o hayan realizado) operaciones o posean estructuras (*inbound/outbound*) identifiquen qué *gaps* de tributación pueden tener en sus estructuras y analicen si potencialmente quedarían afectadas por esta compleja regulación. En este sentido, recomendamos la revisión de sus estructuras y transacciones actuales (y futuras) con el fin de determinar las eventuales implicaciones derivadas de las medidas anti-híbridos 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.

En nuestra experiencia, resulta esencial 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) se realice a escala multi-jurisdiccional (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.

<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 RDL 4/2021 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. El nuevo apartado 13 del art.15 bis LIS refuerza los argumentos para trazar esta diferenciación.

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)

Araceli Saenz de Navarrete

[Araceli.SaenzdeNavarreteCrespo@es.ey.com](mailto:Araceli.SaenzdeNavarreteCrespo@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](#)

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).

© 2021 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

Linkedin: EY

Facebook: EY Spain Careers

Google+: EY España

Flickr: EY Spain