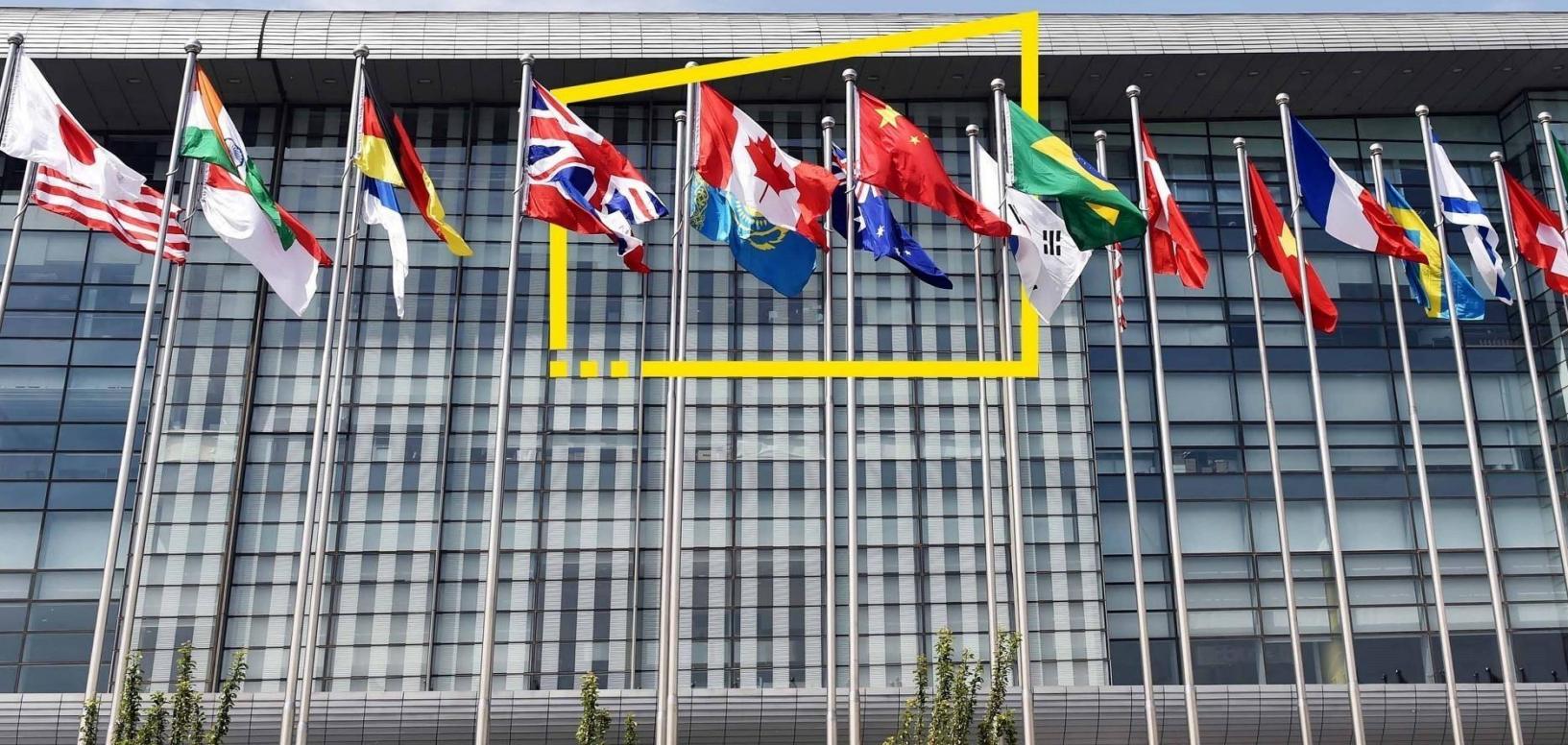


La Implementación española de la Directiva ATAD 2 a través de la Ley 5/2022

**Cástor Gárate**

Socio de Tributación Internacional y
Transaccional EY

Tatiana de Cubas Buenaventura

Socia de Tributación Internacional y
Transaccional en el sector financiero EY

José Manuel Calderón

Consejero Académico EY Abogados

Araceli Saenz de Navarrete

Socia Responsable del área fiscal y legal en el
sector financiero EY

María Teresa González Martínez

Socia de Procedimiento Tributario de EY

El 10 de marzo de 2020 se publicó 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 consistía 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 originalmente en la Directiva ATAD, extendiéndolas a operaciones con países terceros y no sólo intra-UE.

El RDL 4/2021 estaba básicamente alineado con las disposiciones de la referida Directiva ATAD 2.

Recientemente se ha publicado la [Ley 5/2022, de 9 de marzo, por la 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](#). La redacción de la normativa anti-híbridos de la Ley 5/2022 es prácticamente idéntica a la del RDL 4/2021. Simplemente incorpora la palabra “pérdidas” en el apartado que corresponde a las asimetrías por doble residencia fiscal.

El “legislador español” adopta posiciones propias en algunos aspectos y apela al principio de “nivel mínimo de protección” que establece la Directiva ATAD 2 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, la implementación española de la Directiva ATAD 2 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

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.

Como hemos indicado, la transposición de la Directiva ATAD 2 se había 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 y de nuevo la Ley 5/2022 desarrollan los argumentos por los que, a juicio del Gobierno, concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justifican la aprobación de este RDL.

El RDL 4/2021 fue convalidado por la resolución del Consejo de Ministros, publicada en el BOE de 30 de marzo de 2021. Con la convalidación del RDL 4/2021, éste deja de ser una norma provisional y se integra plenamente en el ordenamiento, aunque conserva la misma denominación.

No obstante, se ha aprobado esta Ley 5/2022 con una redacción prácticamente idéntica al RDL 4/2021. Quizá la aprobación de esta nueva ley bien podría responder a las dudas sobre la constitucionalidad que planteó la aprobación de la implementación de la Directiva ATAD 2 a través de un Decreto-Ley en los referidos términos, considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia.

Entrada en vigor

El RDL 4/2021 establecía la entrada en vigor a partir del 11 de marzo de 2021, día después de la publicación en el BOE del referido RDL, 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.

De este modo, la normativa anti-híbridos del RDL 4/2021 resultaba *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 coincide con el año natural.

La Ley 5/2022 entra en vigor el 11 de marzo de 2022, día después de su publicación en el BOE, y las medidas adoptadas en materia de asimetrías híbridas tendrán **efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a fecha 11 de marzo de 2022**. Por tanto, la normativa anti-híbridos de la Ley 5/2022 resulta *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 2022 en adelante**, en aquellos casos en los que el periodo impositivo del Impuesto sobre Sociedades coincide con el año natural.

Por tanto, en el supuesto en el que eventualmente se rechazara la constitucionalidad del RDL 4/2021, es cuestionable que la normativa anti-híbridos ahora implementada tuviera efectos para el ejercicio de 1 de enero a 31 de diciembre de 2021, en caso de periodo impositivo coincidente con el año natural.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no puede perderse de vista cómo operaciones o instrumentos financieros, etc., concluidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2022 quedarían afectados por esta regulación en la medida en que sus efectos (v.gr. generación de gastos deducibles) se proyecten hacia el futuro y concurran 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 2022 sí estarían afectados por la nueva regulación anti-híbridos que operaría con efectos retroactivos (cuya constitucionalidad podría ser dudosa).

Por otro lado, en relación con las asimetrías híbridas invertidas (*reverse hybrid mismatches*), cabe señalar que según la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, publicada con motivo de la tramitación inicial de la norma de transposición de la Directiva ATAD 2 siguiendo el procedimiento propio de un proyecto de ley, se señalaba que la regla contenida en el artículo 9 bis de la Directiva ATAD 2 se considera ya incluida en nuestro ordenamiento tributario toda vez que, a juicio de la Dirección General de Tributos, lo establecido en la regulación de los impuestos que gravan la renta impiden que surja la asimetría señalada.

La Ley 5/2022, tal como se indica en la Disposición final segunda, incorpora al Derecho español las normas sobre asimetrías híbridas de la Directiva ATAD 2 excepto estas últimas sobre *reverse hybrid mismatches*.

En este sentido, el 17 de enero de 2022 la Comisión Europea envió a España carta de emplazamiento artículo 258 TFUE - artículo 260.3 TFUE de la Comisión Europea, que aún

no se encuentra publicada, solicitando información para determinar si existe incumplimiento de la legislación de la UE en este sentido.

Novedad de la Ley 5/2022

La Ley 5/2022 incluye la palabra “pérdida” en el apartado 10 del artículo 15 de la LIS, relativo a las asimetrías relacionada con la residencia fiscal, al haberse omitido, entendemos, por error. De este modo, este apartado queda redactado de la siguiente manera:

“10. No serán fiscalmente deducibles los gastos o pérdidas que resulten fiscalmente deducibles en otro país o territorio en el que el contribuyente sea, asimismo, residente fiscal, en la parte que se compense con ingresos que no generen renta de doble inclusión. En el caso de que dicho gasto o pérdida se compense en el otro país o territorio en un período impositivo posterior al de la deducción del gasto o pérdida en el contribuyente, éste deberá integrar en su base imponible el importe correspondiente a la referida compensación en el período impositivo en que esta se produzca.”

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el otro país sea un Estado miembro de la Unión Europea con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional en virtud del cual el contribuyente sea considerado residente fiscal en territorio español.”

Recapitulación normativa anti-híbridos

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 y ahora en la Ley 5/2022 se encuentran, por lo general, alineadas con las disposiciones de la Directiva ATAD 2, de hecho, podría considerarse que estamos ante una “transposición textualista”.

El preámbulo de la Ley 5/2022, al igual al 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 conflictos¹. 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 de la Ley 5/2022 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 15 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.

La Ley 5/2022 establece 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 ATAD 2, 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 han regulado 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 (Ley 12/22/21, publicada en el diario oficial nº654/2021, con efectos a partir de 1 enero 2022).

Concepto “renta de doble inclusión”

La redacción de la Ley 5/2022 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.

La Ley 5/2022 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”.

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.

La Ley 5/2022 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”

La Ley 5/2022 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”

La Ley 5/2022 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 tratara 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, la Ley 5/2022 no recoge 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 sobre el 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

La Ley 5/2022 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

La Ley 5/2022 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

La Ley 5/2022 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

Las normas anti-híbridos 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 (piénsese en la red de CDIs post-MLI) o de otras disposiciones (v.gr, la transparencia fiscal internacional o de la regulación americana del “GILTI” o el “check-the-box”).

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.

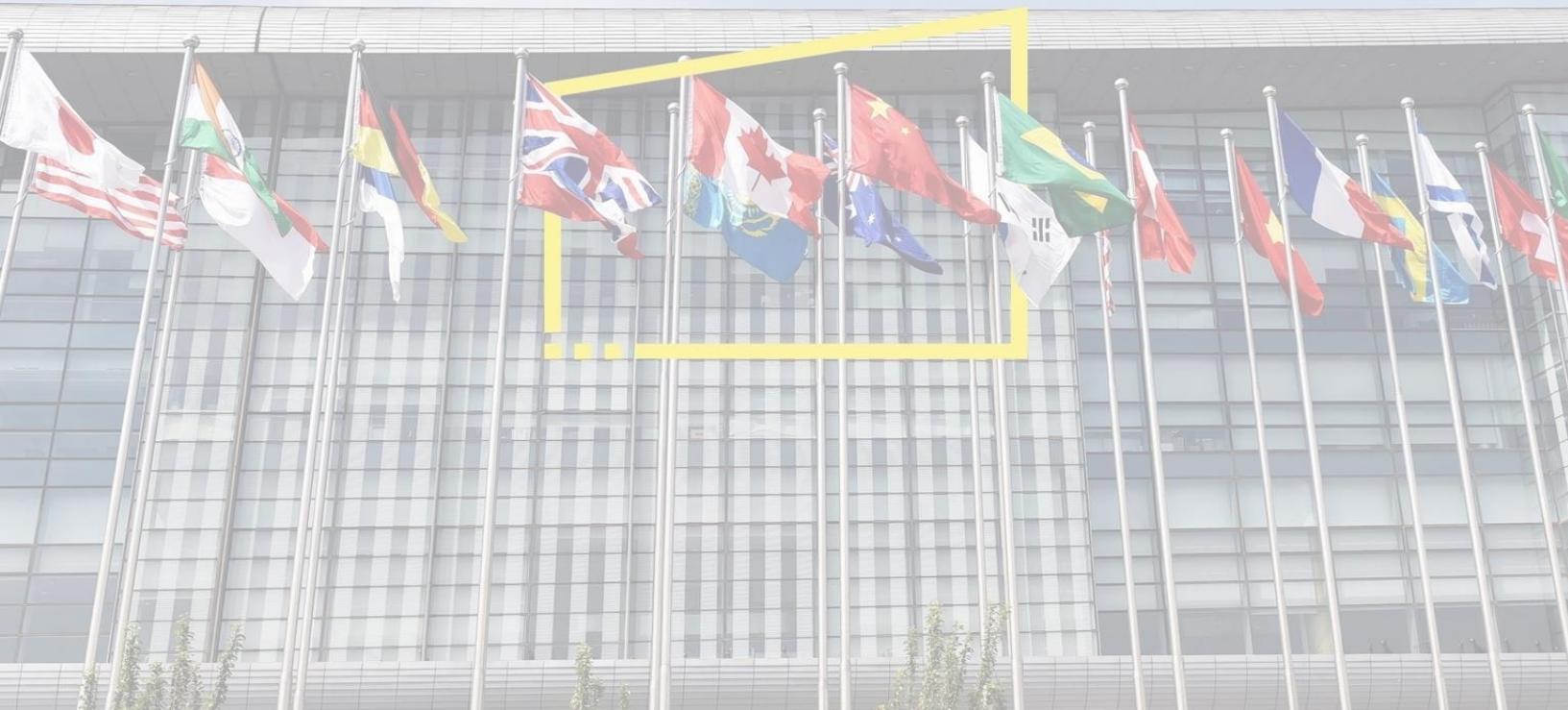
En nuestra experiencia, resulta esencial que tal análisis, al igual que acontece respecto de otras medidas post-BEPS (la normativa de MDR-DAC 6, la regulación de *transfer pricing* resultante de la instrumentación de los principios y reglas recogidas en las Directrices OCDE de precios de transferencia de 2017-2022, o en el futuro respecto de la aplicación de las medidas de tributación mínima del Pilar 2) 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.

Las medidas recogidas en la Directiva ATAD 2 (y en la ley 5/2022) no determinan o significan el fin de las asimetrías fiscales de carácter transfronterizo, sino que tales medidas tan sólo se proyectan sobre determinadas asimetrías fiscales donde concurre un elemento híbrido tipificado; las asimetrías fiscales, generadoras tanto de doble no imposición como de doble imposición, forman parte del sistema fiscal internacional y europeo, de suerte que evitar las distorsiones y sobrecostes fiscales constituye un objetivo propio de una buena práctica y modelo de planificación fiscal. Cabe recordar además que la regulación de las asimetrías híbridas no constituyen ante una medida anti-abuso en sentido estricto, pero el contribuyente debe tener muy presente la aplicación de esta normativa, particularmente cuando se trata de partidas fiscalmente deducibles en España y en tal sentido debe disponer de documentación que permita defender tal posición fiscal, sin perjuicio de que la carga de la prueba de la concurrencia de la asimetría híbrida tipificada (y de las correspondientes contramedidas) recaiga sobre la administración.

El panorama internacional muestra que los distintos países han adoptado reglas anti-híbridos que no resultan totalmente simétricas, de manera que resulta relevante tomar en consideración tales diferencias a efectos prácticos. Algunas administraciones (como la francesa o italiana) han publicado circulares interpretativas de esta compleja regulación, contribuyendo a facilitar su aplicación, en tanto que en otros países (v.gr., Reino Unido o en menor medida Australia) se aprecia una tendencia a la flexibilización de esta regulación, una vez considerados sus efectos y teniendo en cuenta otras tendencias internacionales (imposición mínima multinacionales).

En todo caso, la Directiva ATAD 2 y otras regulaciones internacionales en la materia ponen de relieve cómo el marco fiscal internacional se está transformando, en el sentido de trascender de un modelo esencialmente binario a otro donde los sistemas fiscales interactúan, lo cual requiere que la función fiscal de las grandes empresas afectadas se adapte a este nuevo sistema.

[¡Suscríbete a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!](#)



Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Cástor Gárate Mutiloa

Castor.GarateMutiloa@es.ey.com

Araceli Saenz de Navarrete

Araceli.SaenzdeNavarreteCrespo@es.ey.com

María Teresa González Martínez

MariaTeresa.GonzalezMartinez@es.ey.com

Tatiana de Cubas Buenaventura

TatianaDe.CubasBuenaventura@es.ey.com

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.

© 2022 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

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

Linkedin: [EY](https://www.linkedin.com/company/ernst-&-young-espaa/)

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/ernstyoungspain/)

Notas

- ¹ 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 de la Ley 5/2022 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.