

La implementación española de la regulación de las “asimetrías híbridas invertidas” establecida en la Directiva ATAD 2



Tatiana de Cubas Buenaventura
Socia de Tributación Internacional y
Transaccional EY

José Manuel Calderón
Consejero Académico EY Abogados

Isabel Hidalgo Galache
Socia de Tributación Internacional y
Transaccional EY

El pasado 19 de octubre de 2022 se publicó el [Real Decreto-Ley 18/2022, de 18 de octubre](#)¹ por el que, entre otras disposiciones, se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación con las asimetrías híbridas invertidas.

El objetivo de la disposición final segunda del Real-Decreto Ley 18/2022 consiste en la incorporación al ordenamiento español de las normas de neutralización de asimetrías híbridas invertidas establecidas en el artículo 9 bis de la Directiva 2016/1164/UE (Directiva ATAD) en la redacción dada por la Directiva 2017/952/UE (Directiva ATAD 2).

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 debía transponerse a más tardar el 31 de diciembre de 2021, con efectos a partir del 1 de enero de 2022.

La transposición inicial de la Directiva ATAD 2 se produce con el Real Decreto-Ley (RDL) 4/2021, de 9 de marzo. Con posterioridad, la Ley 5/2022, de 9 de marzo reproduce esta normativa. La redacción de la normativa anti-híbridos de la Ley 5/2022 es prácticamente idéntica a la del RDL 4/2021. Tal como señalábamos en la [alerta informativa](#) de marzo de 2022, 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 RDL, considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia

Pues bien, tal como señalábamos, la Directiva ATAD 2 exige que los Estados miembros adopten y publiquen, a más tardar el 31 de diciembre de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 9 bis de la Directiva ATAD (asimetrías híbridas invertidas) y comuniquen inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones.

Este mandato no se ha cumplido, dado que a 31 de diciembre de 2021 no se había transpuesto esta norma en el ordenamiento jurídico español. En el preámbulo de este nuevo RDL, se exponen los argumentos por los que, a juicio del Gobierno, concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justifican la aprobación de este RDL (en concreto, aunque no se menciona en la exposición de motivos, el inicio el 27 de enero de 2022 de un procedimiento de infracción contra España por parte de la Comisión Europea).

Así, se invoca en el propio preámbulo determinadas sentencias del Tribunal Constitucional que, a su juicio, avalan la existencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 de la Constitución cuando concurran «el patente retraso en la transposición» y la existencia de «procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España».

El retraso en la transposición es patente, ya que se produce 10 meses después de lo exigido por la Directiva ATAD 2, a pesar de que el mandato de transposición de la normativa sobre asimetrías híbridas invertidas a 31 de diciembre de 2021 es público desde 7 de junio de 2017; es decir, desde hace más de cinco años, fecha en la que se publica esta directiva en el Diario Oficial de la Unión Europea. El referido retraso en la transposición de la Directiva ATAD 2 no debería perjudicar a los contribuyentes potencialmente afectados, toda vez que las autoridades fiscales no pueden invocar el efecto vertical de las Directivas UE en perjuicio de los obligados tributarios.

Por otro lado, el 27 de enero de 2022 la Comisión Europea inició un procedimiento de incumplimiento contra el Reino de España por el retraso en la transposición del artículo 9 bis de la Directiva ATAD 2. Dicho procedimiento fue reiterado el pasado 15 de julio de 2022 urgiendo a España a implementar las normas en materia de asimetrías híbridas inversas. A fecha de la publicación del presente documento dicho procedimiento de infracción figura como abierto.

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley es el 20 de octubre de 2022, día después de su publicación en el BOE, con efectos (retroactivos) a partir de 1 de enero de 2022.

Mandato de la Directiva ATAD 2 sobre asimetrías híbridas invertidas

El artículo 9 bis de la Directiva ATAD, en su redacción dada por la Directiva ATAD 2, se refiere bajo el epígrafe de asimetrías híbridas invertidas.

Este supuesto tipificado de asimetría híbrida puede dar lugar a doble no imposición en la medida que las rentas obtenidas por la entidad transparente no se integran en la base imponible del impuesto sobre sociedades de estos miembros o inversores dado que una entidad, por un lado, es considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su formación, constitución o registro y, por otro, se califica fiscalmente como contribuyente pleno en la jurisdicción de una o más entidades asociadas no residentes que en total tengan un interés directo o indirecto en el 50% o más de los derechos de voto, intereses de capital o derechos a una parte de los beneficios (la Ley del IS incorpora además 50% de participación en fondos propios). En otras palabras, la entidad es tratada como transparente en la jurisdicción en la que está formada/ constituida y como contribuyente del IS español (*corporation o blocker*) por parte de miembros o inversores asociados que cuentan con control en los términos descritos.

Si bien el texto del precepto no aclara si se refiere a entidades situadas en España o en el extranjero, la exposición de motivos aclara que la norma en asimetrías híbridas inversas se refiere a *"las entidades en régimen de atribución de rentas situadas en territorio español"*, interpretación que se encuentra alineada con el artículo 9 bis de la Directiva, que se proyecta sobre *"una entidad híbrida constituida o establecida en un Estado miembro"* y con los "trabajos" de la OCDE sobre los que se basa la propia ATAD 2 (OECD/G20, *BEPS Action 2 Final report on hybrid mismatches*, 2015). Tal conexión de la Directiva ATAD 2 con el proyecto BEPS 1.0 (2012-2015) no sólo pasa por compartir los objetivos, retórica y llevar a cabo una implementación vía *hard-law* de las recomendaciones del Informe Final de la Acción 2 de BEPS sobre neutralización de las asimetrías híbridas, sino que tal conexión alcanza al momento regulatorio e interpretativo, tal y como se indica en el parágrafo 28 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD 2 al poner de relieve que *"Al aplicar la presente Directiva, 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"*². Nótese, no obstante, cómo la utilización del Informe OCDE/G20 sobre la Acción 2 de BEPS no puede realizarse de forma automática y ritual, toda vez que en algunas ocasiones (v.gr., asimetrías híbridas importadas), la regulación que recoge la Directiva ATAD 2 no se corresponde con la terminología y presupuestos sobre los que opera el referido informe con respecto a tales asimetrías, de manera que la utilización del informe BEPS con efectos interpretativos plantea muchas dudas.

La cláusula anti-híbridos referida a las asimetrías invertidas, aborda esta situación de potencial doble no imposición, estableciendo un mandato que la Directiva ATAD 2 dirige al Estado miembro donde la entidad se encuentra formada y registrada, de modo que la entidad “será considerada como residente de ese Estado miembro y tributará por su renta en la medida en que esta renta no tribute de otra forma con arreglo a las leyes del Estado miembro ni de ninguna otra jurisdicción”.

De este modo, el nuevo apartado 12 del artículo 15 bis de la Ley del IS señala que cuando se den estas circunstancias, la entidad transparente (híbrida) tributará, en calidad de contribuyente del IS, por las siguientes rentas *positivas* que corresponda atribuir a todos los partícipes residentes en países o territorios que consideren a la entidad en atribución de rentas como contribuyente por imposición personal sobre la renta:

- ▶ Rentas obtenidas en territorio español que estén sujetas y exentas de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- ▶ Rentas de fuente extranjera que no estén sujetas o estén exentas de tributación por un impuesto exigido por el país o territorio de la entidad o entidades pagadoras de tales rentas.

El periodo impositivo coincidirá con en el año natural en el que se obtengan las rentas.

De acuerdo con lo señalado en el preámbulo, la entidad en régimen de atribución de rentas que deba aplicar lo preceptuado en este nuevo apartado 12 del artículo 15 bis de la Ley del IS está obligada al cumplimiento de las obligaciones contables y registrales que corresponda al método de determinación de sus rentas, incluidas las que tributan según el IS.

Exclusión para instituciones de inversión colectiva

La Directiva ATAD 2 excluye del ámbito del artículo 9 bis las instituciones de inversión colectiva. A estos efectos, la Directiva ATAD 2 define “institución de inversión colectiva” como “*un fondo o institución de inversión de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujeto a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que esté establecido*”³.

La implementación de las normas sobre asimetrías híbridas inversas despliega sus efectos con respecto entidades en atribución de rentas recogidas en la Sección 2^a Título X de la Ley del IRPF. El régimen fiscal especial sobre instituciones de inversión colectiva, previsto en la Sección 6^a del Título X de la Ley del IRPF, así como en el Capítulo V del Título VII de la Ley del IS, no se ha visto modificado.

Cómo EY puede ayudar

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.

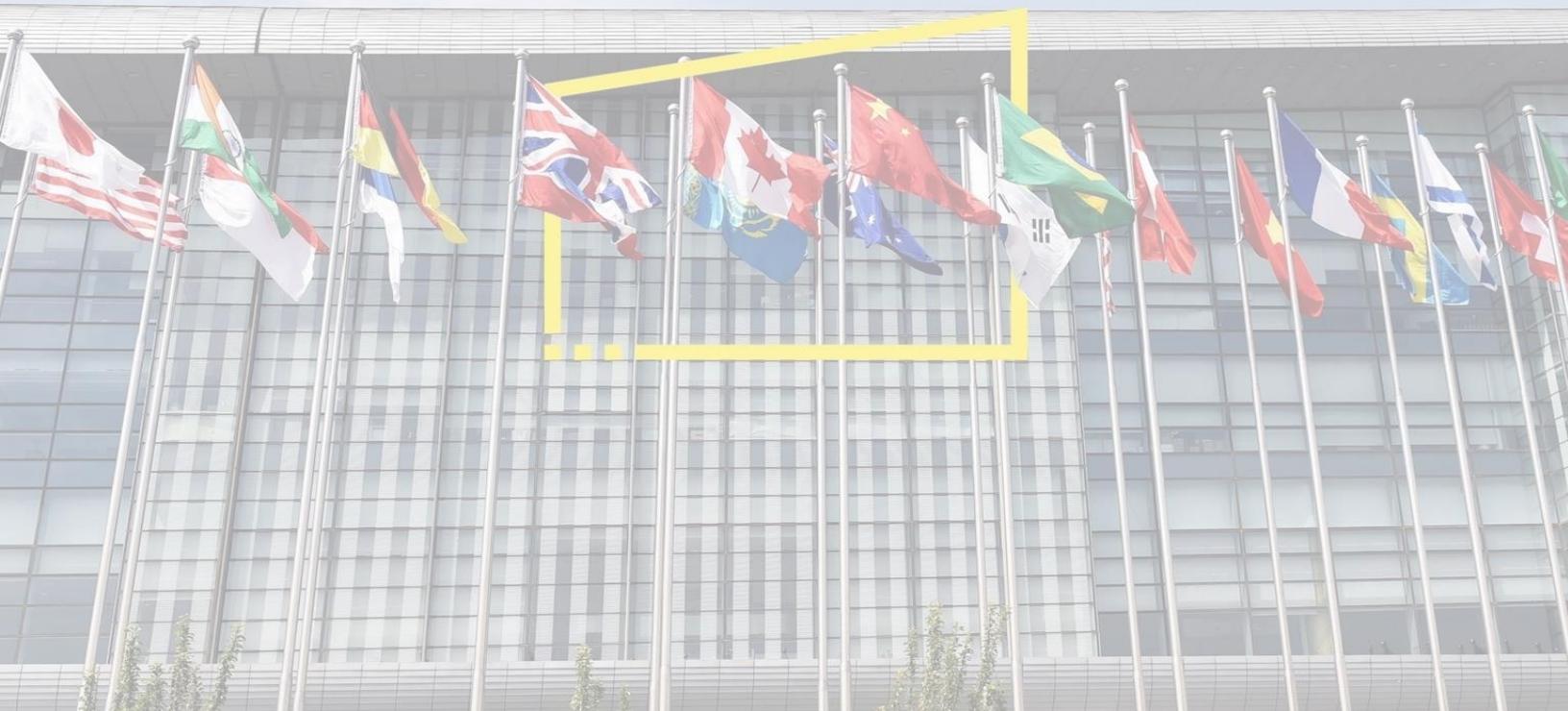
Resulta recomendable que aquellos grupos multinacionales que realicen (o hayan realizado) operaciones o posean estructuras (*inbound/outbound*) identifiquen qué gaps de tributación pueden tener en sus estructuras y analicen si potencialmente podrían quedar afectadas por esta compleja regulación. En este 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. Asimismo, conviene advertir sobre la potencial interacción de la normativa europea/nacional anti-híbridos con los CDIs (que tras la entrada en vigor del MLI, pueden incluir cláusulas anti-híbridos) o incluso en relación con la aplicación de normas de TFI de otros países.

En nuestra experiencia, resulta esencial que tal análisis 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.

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.

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

[**iSuscríbete**](#) a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!



Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Tatiana de Cubas Buenaventura

TatianaDe.CubasBuenaventura@es.ey.com

Isabel Hidalgo Galache

Isabel.HidalgoGalache@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](#)

Linkedin: [EY](#)

Facebook: [EY Spain Careers](#)

Google+: [EY España](#)

Flickr: [EY Spain](#)

Notas

- ¹ Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del "Plan + seguridad para tu energía (+SE)", así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía.
- ² De acuerdo con la cláusula del art.9 bis de la Directiva ATAD 2 podría argumentarse que en la medida en que la renta de la entidad híbrida tribute en otra jurisdicción, el Estado miembro que la considere residente no puede gravar tal renta. La noción de tributación parece hacer referencia a imposición efectiva, sin que un diferimiento fiscal indefinido sea suficiente para considerar cumplido este condicionante.
- ³ La cláusula de exclusión no remite a la Directiva 2009/65 sobre IICs europeas, sino que se opta por una fórmula más abierta cuyas notas relevantes (amplia titularidad, cartera diversificada y sujeta a reglamentación de protección de inversores) no están definidas, de manera que su aplicación queda sujeta a un amplio margen interpretativo.