

ASIMETRÍAS E INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS – LA (IN)COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 15 BIS 1 LIS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN *

Félix Daniel Martínez Laguna

Profesor Ayudante Doctor

Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid (España)

Title

Hybrid mismatches and hybrid financial instruments – The (in)compatibility of Article 15 bis 1 CITL with EU Law and tax treaties

Resumen

La Ley del Impuesto sobre Sociedades ha incorporado en el año 2021 un nuevo artículo 15 bis que pretende la eliminación de determinados resultados de doble no-imposición derivados de la utilización de instrumentos financieros híbridos, entidades híbridas y establecimientos permanentes *híbridos* en contextos transfronterizos. Este artículo 15 bis destaca por su complejidad técnica, así como por el hecho de que algunas de sus medidas, y particularmente aquella relacionada con instrumentos financieros híbridos, pueden resultar incompatibles con el ejercicio de las Libertades fundamentales en el seno de la Unión Europea y con determinadas cláusulas de no discriminación reconocidas en los Convenios para evitar la Doble Imposición. Este trabajo presenta un análisis de los aspectos técnicos de esta medida y de las incompatibilidades que pueden derivarse de su aplicación.

Abstract

The Corporate Income Tax Law now lays down a recent provision, Article 15 bis CITL, which deals with certain double non-taxation outcomes stemming from the use of hybrid financial instruments, hybrid entities and *hybrid* Permanent Establishments in a cross-border context. The analysis of this

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Tax Planning and Avoidance after BEPS: Legal and Economic Analysis» (PGC2018-099982-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Correo electrónico: felixdaniel.martinez@uam.es

Article is not only highly relevant from a technical perspective, but also due to the likely incompatibility of some of its rules with the EU Fundamental Freedoms and with the non-discrimination clauses laid down in Spanish tax treaties, particularly the one related to hybrid financial instruments. This contribution provides a technical analysis of Article 15 bis 1 CITL and the incompatibilities that may arise from its application.

Keywords

Asimetrías híbridas, instrumentos financieros híbridos, Derecho de la Unión Europea, Libertades Fundamentales, Convenios para evitar la doble imposición, discriminación.

Hybrid mismatches, hybrid financial instruments, EU Law, Fundamental Freedoms, Double Tax Conventions, discrimination, Spanish Corporate Income Tax Law.

Fecha de recepción: 1-07-2021/Fecha de aceptación: 24-09-2021/Fecha de revisión: 30-12-2021

Cómo referenciar: Martínez Laguna F.D. (2021). Asimetrías e instrumentos financieros híbridos – La (in)compatibilidad del artículo 15 bis 1 LIS con el Derecho de la Unión Europea y los Convenios para evitar la Doble Imposición. *Revista Técnica Tributaria* (135), 75-112

SUMARIO

1. Introducción
2. Punto de partida: Acción 2 del Proyecto BEPS y la Directiva Anti-elusión
3. La regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS
 - 3.1. Operativa y premisas de aplicación del artículo 15 bis 1 LIS
4. La incompatibilidad del artículo 15 bis 1 LIS con el Derecho primario de la UE
 - 4.1. Viabilidad del análisis y Libertades fundamentales afectadas ante un cambio de paradigma
 - 4.2. Comparabilidad y discriminación de la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS
 - 4.3. La (in)existencia de justificación ante la restricción del artículo 15 bis 1 LIS
5. La incompatibilidad del artículo 15 bis 1 LIS con los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España – un apunte
6. Conclusiones
7. Bibliografía

Este trabajo ha obtenido el premio en la categoría de docente – investigador de la XXIII Edición del Premio AEDAF 2021

1. Introducción

Uno de los aspectos que ha ocupado un papel destacado en el marco de las numerosas iniciativas internacionales de la última década en materia de fiscalidad internacional ha sido el relacionado con la financiación híbrida debido al potencial resultado de doble no-imposición que puede derivarse de su utilización en contextos transfronterizos. La preocupación por este fenómeno se ha visto parcialmente mitigada a través de una concreta *acción* del Proyecto BEPS de la OCDE y de diferentes Directivas Europeas que han encontrado finalmente su reflejo doméstico en el nuevo artículo 15 bis de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS)¹.

El artículo 15 bis LIS ha supuesto la incorporación al ordenamiento español de un conjunto de medidas de carácter doméstico, unilateral y aplicación automática que permiten evitar determinados resultados de doble no-imposición derivados de la utilización de mecanismos de financiación y estructuras híbridas de carácter transfronterizo. En este sentido, y más allá de la complejidad técnica del conjunto de la norma en términos de interpretación y aplicación, reviste un especial interés aquella medida relacionada con instrumentos financieros híbridos transfronterizos. Y ello porque la aplicación de esta medida, reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS, puede resultar incompatible con el Derecho primario de la Unión Europea, particularmente con el ejercicio de determinadas Libertades fundamentales, así como con determinados Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España.

Esta contribución parte de una breve referencia a los antecedentes internacionales del artículo 15 bis LIS (sección 2) para continuar con un detalle técnico de la medida reconocida en el apartado primero del mencionado artículo en relación con los desencadenantes y premisas de su aplicación (sección 3). Conforme a ello, el estudio centrará su objeto en la potencial incompatibilidad de la medida con el Derecho primario de la Unión Europea (sección 4), confirmando en primer término la viabilidad del análisis y las Libertades fundamentales potencialmente afectadas, así como comprobando la posible existencia de una restricción de las mismas en términos de discriminación y la ausencia de una razón de interés general que la justifique, todo ello en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, se valorará la compatibilidad de la medida con los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España que contengan una cláusula de no discriminación similar (o idéntica) a la reconocida en el artículo 24.4 del Modelo de Convenio

¹ Vid., *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 lo sucesivo, RDL 4/2021).

para evitar la Doble Imposición de la OCDE (sección 5). Finalmente, se ofrecen unas breves conclusiones.

2. Punto de partida: Acción 2 del Proyecto BEPS y la Directiva Anti-elusión

La preocupación internacional por la utilización de mecanismos de financiación y estructuras híbridas de carácter transfronterizo en el ámbito tributario pretendió encontrar un cierto consuelo a través de la Acción 2 del Proyecto BEPS (OCDE, 2015)². Ante una potencial calificación *dispar* de esos mecanismos y estructuras en las diferentes jurisdicciones involucradas, esta iniciativa presenta como principales protagonistas unas medidas de carácter doméstico, y de aplicación automática y unilateral (OCDE, 2015:295), que tienen por objeto primario modificar el tratamiento tributario otorgado a los mismos –particularmente a sus rendimientos derivados– en una jurisdicción en función del tratamiento tributario que se le dispense en otra jurisdicción (OCDE, 2015: 11 y 16). La *asimetría híbrida* objeto de eliminación por parte de la Acción 2 del Proyecto, concepto tan nuclear como indefinido en el seno de la iniciativa³, se identificaría exclusivamente con resultados de doble no-imposición⁴. Así, las denominadas *reglas de coordinación*, concatenadas (López Ribas, 2018: 225) o de vinculación (Barreiro Carril, 2019: 160), propuestas en la iniciativa pretenderían evitar exclusivamente determinados resultados de doble no-imposición ante un *dispar* tratamiento tributario de los rendimientos derivados en dos (o más) jurisdicciones en presencia principalmente de instrumentos financieros híbridos o entidades híbridas.

Al margen del detalle técnico que requeriría el conjunto de esta acción⁵, así como la marcada indefinición de sus elementos nucleares (Harris, 2017: 240-245), la iniciativa propone, a fin de eliminar determinadas *asimetrías híbridas* derivadas de un conflicto de calificación por la utilización de instrumentos financieros híbridos transfronterizos (i.e. doble no-imposición), un juego de dos reglas de coordinación de aplicación secuencial (i.e. reglas de coordinación propias: regla primaria y regla secundaria o defensiva) (OCDE, 2015: 23-24), así como una suerte de regla previa que evitaría con carácter previo la existencia

2 Esta Acción 2 del Proyecto BEPS encuentra su antecedente más inmediato en el *Hybrid Mismatch Report* de la OCDE (OCDE, 2012), donde definitivamente la preocupación internacional trascendería de los instrumentos híbridos y entidades híbridas para relacionarse con las *asimetrías híbridas*. *Vid.*, con respecto a las asimetrías híbridas, *infra* n. 3.

3 En efecto, la asimetría híbrida no encontraría definición en la Acción 2 del Proyecto BEPS. Sin embargo, los trabajos preparatorios permitirían identificar la existencia de una asimetría híbrida ante (i) un acuerdo que deriva en una disparidad en el tratamiento tributario de un determinado pago; (ii) la concurrencia de un (indefinido) *elemento híbrido* que provoque tal disparidad; y (iii) una minoración de la carga tributaria para las partes del acuerdo como resultado de la mencionada disparidad (OCDE, 2014: 30-31).

4 Aun pudiendo haberse articulado en el seno de la iniciativa medidas similares para evitar resultados de doble imposición transfronteriza por la utilización de instrumentos financieros híbridos y entidades híbridas, esta realidad se ha ignorado por completo.

5 *Vid.*, con respecto a este análisis técnico de las reglas de coordinación reconocidas en la Acción 2 del Proyecto BEPS en relación con instrumentos financieros híbridos y entidades híbridas, Martínez Laguna, 2019: 148-184; y Parada, 2018: 279-319, respectivamente.

de doble no-imposición y, en definitiva, la aplicación de las reglas de coordinación propias (OCDE, 2015: 45).

A efectos de la Acción 2 del Proyecto BEPS, y ahora sin pretensión de exhaustividad, este resultado de doble no-imposición se relacionaría con la deducibilidad de un gasto en la base imponible de una determinada sociedad (o cualquier otro mecanismo equivalente) por la satisfacción de un rendimiento (OCDE, 2015: 27) y una ausencia de tributación en sede del receptor del rendimiento por (i) la ausencia de consideración de este como ingreso en la base imponible, o (ii) por la aplicación de cualquier exención, exclusión, crédito o cualquier mecanismo equivalente aplicable a ese tipo de rendimientos (OCDE, 2015: 28). Con el fin de evitar ese resultado, la regla primaria reconocida en la normativa del Estado donde radique el pagador de los rendimientos implicaría la denegación de la deducibilidad de estos rendimientos a los efectos de la determinación de la base imponible del pagador (i.e. tributación en fuente). En aquellos casos en los que no se haya implementado una regla primaria en el Estado donde radica el pagador, o no haya resultado de aplicación, la regla secundaria o defensiva, reconocida en la normativa tributaria del Estado donde radica el perceptor de pagos, implicaría la inclusión del rendimiento en la base imponible del citado perceptor (i.e. tributación en residencia). Como puede apreciarse, el juego de estas dos reglas de coordinación denota una exclusiva preocupación por la tributación de los rendimientos, independientemente de dónde ocurra esta⁶.

La Unión Europea trazó por su parte una senda paralela, aun ligada, a los trabajos de la OCDE en la lucha contra la indefinida erosión y desplazamiento de bases imponibles y determinadas manifestaciones de doble no-imposición que encontró uno de sus principales exponentes en la comúnmente conocida como Directiva Anti-elusión⁷. Una Directiva que pretendía satisfacer, como *mínimo*, los compromisos adquiridos a nivel internacional⁸, así como «coordinar las respuestas de los Estados miembros a la hora de aplicar los resultados de las quince acciones de la OCDE contra BEPS»⁹. En materia de mecanismos de financiación y estructuras de carácter híbrido, y más allá de la relevante modificación de la Directiva Matriz-Filial en el año 2014 por la que se alteró el

6 Como bien recuerdan Schoueri y Galdino, lo que importa en última instancia es evitar la nula o baja tributación (Schoueri y Galdino, 2018: 106). Cabe recuperar que este juego de reglas de coordinación propias se acompañaba de una regla de coordinación previa que supondría la denegación de la aplicación de mecanismos de exención reconocidos en norma interna aplicables a dividendos cuando estos hubieran sido deducibles en sede del pagador, una realidad que aboca a una tributación en residencia.

7 *Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior* (en lo sucesivo, ATAD, en sus siglas en inglés).

8 *Vid.*, en este sentido, ATAD, Preámbulo, considerando 2.

9 ATAD, Preámbulo, considerando 3. En este sentido, debe recordarse que la Directiva respondería igualmente a la preocupación que latía de fondo en el seno de la Unión Europea con respecto al hecho de que «la aplicación unilateral y divergente del proyecto BEPS por parte de cada Estado miembro podría fragmentar el mercado único creando políticas nacionales enfrentadas, así como falseamientos y obstáculos fiscales para las empresas de la UE». *Vid.*, *Propuesta de Directiva del Consejo, de 28 de enero de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior [COM (2016) 26 final]*, p. 5. Aun con todo, De Graaf y Visser aluden al riesgo existente relacionado con una aplicación inconsistente de las reglas reconocidas en la normativa de la Unión Europea por parte de las Administraciones tributarias de los diferentes Estados miembro de la Unión (De Graaf y Visser, 2016: 207).

mecanismo de exención para evitar resultados de doble no-imposición derivados de determinados instrumentos financieros transfronterizos (i.e. *hybrid loans* o mecanismos de préstamos híbridos)¹⁰, la ATAD, acompañada de su necesaria modificación en el año 2017¹¹, supuso una suerte de transposición de la Acción 2 del Proyecto BEPS a la normativa de la Unión Europea¹². Así, esta Directiva presenta ahora dos juegos de reglas de coordinación en su artículo 9 que encuentran un necesario complemento en su artículo 2, lugar este último donde se concretan las *asimetrías híbridas* objeto de eliminación y se ofrecen igualmente definiciones necesarias para completar y comprender el ámbito de aplicación de las reglas de coordinación.

A los efectos de esta contribución, el artículo 9.2 a) ATAD establece que «[c]uando una *asimetría híbrida* dé lugar a una *deducción sin inclusión*: a) la deducción se denegará en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante [regla primaria][...] (énfasis nuestro)»¹³. Por su parte, el artículo 2.9, 1º, a) reconoce como asimetría híbrida aquella «situación en la que esté implicado un contribuyente [...] cuando: a) un pago realizado con arreglo a un *instrumento financiero* da lugar a una *deducción sin inclusión* y: i) dicho pago no se incluye en un plazo razonable, y ii) la asimetría en resultados [i.e.

10 Vid., Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. El artículo 4.1 a) de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, establece ahora que «[c]uando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, [...], el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente: a) [...] se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial; [...]». Esta medida se relacionaría con la Recomendación 2 de la Acción 2 - Proyecto BEPS. Vid., a este respecto, *supra* n. 6 *in fine*. Vid., para una regla de estas características en la norma española, artículo 21. 1 LIS, donde se reconoce que «No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora».

11 Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países (en lo sucesivo, ATAD 2). La ATAD 2 complementó la ATAD «con el fin de establecer unas normas coherentes y no menos eficaces que las normas recomendadas por la acción 2 [...]», cubriendo igualmente situaciones que involucrarán a terceros países. Vid., ATAD 2, Preámbulo, considerando 5. En este sentido, la ATAD 2 amplió el ámbito objetivo y territorial para la aplicación de las reglas de coordinación y aportó definiciones necesarias y previamente inexistentes en la ATAD, así como un mayor detalle técnico a efectos de su interpretación y aplicación. *Id.*, Preámbulo, considerando (7).

12 Cabe señalar que la relevancia de la Acción 2 del Proyecto BEPS, aun con todo el necesario análisis y crítica que merece, se ha reconocido en el propio Preámbulo de la ATAD 2 en tanto que «[a]l 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» (énfasis nuestro). Vid., ATAD 2, Preámbulo, considerando 28.

13 Esta regla primaria se complementaría con una regla secundaria con el siguiente tenor literal: «cuando la deducción no se deniegue en la jurisdicción del ordenante, el importe del pago que, de otro modo, daría lugar a una asimetría en resultados se incluirá en concepto de renta en el Estado miembro que sea la jurisdicción [del receptor del pago]». Vid., artículo 9. 2 a) ATAD.

deducción sin inclusión] es atribuible a *diferencias en la calificación del instrumento o del pago* realizado en virtud del mismo. [...]»¹⁴.

Con estos breves y relevantes antecedentes, y destacándose en este punto el automatismo y carácter secuencial de la aplicación de las reglas de coordinación a fin de evitar un resultado de doble no-imposición, independientemente de dónde se produzca finalmente la tributación de los rendimientos, es momento ahora de analizar las características básicas de la regla de coordinación primaria del artículo 15 bis 1 LIS como paso previo al estudio de su potencial incompatibilidad con el Derecho primario de la Unión Europea.

3. La regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS

3.1. Operativa y premisas de aplicación del artículo 15 bis 1 LIS

La regla primaria reconocida en el artículo 9.2 a) ATAD ha encontrado su reflejo doméstico, aun desdibujado en forma y con matices en fondo¹⁵, en el artículo 15 bis 1 LIS. Este artículo, que sustituye al ya derogado artículo 15 j) LIS¹⁶, establece que

*«[n]o serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación, no, generen un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica» (énfasis nuestro)*¹⁷.

El artículo 15 bis 1 LIS presenta por tanto una regla de coordinación primaria que tiene por objeto evitar una concreta (y potencial) *asimetría híbrida* mediante la denegación automática de la deducibilidad de determinados gastos en la base imponible de la sociedad pagadora de los rendimientos residida en España cuando, en línea

14 La definición de esta asimetría se complementa aludiéndose expresamente a que «un pago realizado con arreglo a un instrumento financiero será tratado como incluido en la renta en un plazo razonable cuando: i) el pago sea incluido por la jurisdicción del destinatario dentro de un período fiscal que comienza doce meses antes del final del período fiscal del ordenante, o ii) pueda preverse razonablemente que el pago será incluido por la jurisdicción del destinatario en un período fiscal futuro y las condiciones del pago sean las que puede preverse que se acuerden entre dos empresas independientes». *Vid.*, artículo 2.9, 1º a) ATAD *in fine*.

15 Como puede apreciarse, el artículo 15 bis 1 LIS integra la regla del artículo 9.2 a) ATAD y la asimetría del artículo 2.9, 1º a) ATAD. Esta es una característica de transposición que comparten las diferentes reglas de coordinación (primarias y secundarias) reconocidas en el artículo 15 bis LIS.

16 El artículo 15 j) LIS establecía que «[n]o tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: j) Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento». Cabe señalar que el análisis de incompatibilidad del artículo 15 bis 1 LIS desarrollado en *infra* secciones. 4 y 5 es perfectamente extrapolable, aun con determinadas variaciones en la argumentación relacionadas con sus desencadenantes de aplicación, al derogado y recién enunciado artículo 15 j) LIS.

17 Este artículo 15 bis 1 LIS se complementa con una especificación para situaciones de doble no-imposición derivadas de diferencias de imputación temporal. Así, se establece en el párrafo segundo de este apartado que «[e]n caso de que el ingreso se genere en un período impositivo que se inicie dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se haya devengado el gasto para el

con los dictados de la Directiva e indirectamente de la Acción 2 del Proyecto BEPS, se satisfagan tres premisas esenciales relacionadas con (i) la concurrencia de un instrumento financiero (híbrido) y la diferente calificación de este (o de sus gastos derivados) en España y *otro país o territorio* –como causa–; (ii) un resultado de doble no-imposición transfronteriza en la forma de D/Ni; y (iii) un concreto ámbito de aplicación relacionado con situaciones de control o la concurrencia de los denominados mecanismos o acuerdos estructurados. Aun no siendo el objeto primario de esta contribución, parece oportuno presentar a continuación un breve análisis en tanto que asistirá en el estudio del potencial vicio de incompatibilidad de esta medida con el Derecho Primario de la Unión Europea, así como con determinadas reglas de no-discriminación reconocidas en Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España.

3.1.1. Los instrumentos financieros híbridos y el conflicto de calificación como causa

No encontrándose una referencia expresa ni en la ATAD ni en el propio artículo 15 bis 1 LIS, los instrumentos financieros (híbridos), u operaciones en los términos de la norma doméstica, se relacionarían con la causa que genera el resultado de doble no-imposición que se pretende evitar a través de esa regla de coordinación¹⁸.

Los instrumentos financieros híbridos se identificarían con instrumentos de financiación ordinarios que incorporan en su diseño y configuración características que le son propias a las dos principales vías de financiación societaria: endeudamiento y capital (Gullifer y Payne, 2011:44)¹⁹. Unas características que fundamentalmente se identificarían, al menos desde la perspectiva mercantil, con los derechos y obligaciones de las partes en acuerdos de financiación puramente de deuda o puramente de capital y entre las que pueden destacarse ahora la existencia de retribución, así como su condicionalidad, periodicidad y cuantificación previa, el derecho de recuperación del capital aportado, los derechos de voto en el seno de la sociedad y, en definitiva, el riesgo asociado a la inversión

contribuyente, dicho gasto será fiscalmente deducible en el período impositivo en el que el mencionado ingreso se integre en la base imponible del beneficiario». Sin ánimo de entrar en mayor detalle, cabe destacar que esta especificación de imputación temporal se separaría de aquella reconocida en la Directiva de la que el artículo 15 bis 1 LIS trae causa. En este sentido, baste señalar simplemente ahora que, mientras que la Directiva parece permitir la deducibilidad del gasto (o pago, en su terminología) en el período en el que el mismo se produce siempre que se comprenda la inclusión (i.e. ingreso) en el plazo razonable fijado por la propia Directiva (*vid., supra* n. 14), la norma española deniega la deducibilidad en el período impositivo en el que el gasto se produce para permitir la en el período impositivo futuro en el que se produce el ingreso en sede del perceptor del rendimiento.

18 *Vid.,* para la identificación de la regla del artículo 15 bis 1 LIS con los instrumentos financieros híbridos, RDL 4/2021, Preámbulo, II. Por su parte, la ATAD, sin definir expresamente el instrumento financiero híbrido, identifica un instrumento financiero con «todo instrumento en la medida en que produzca un rendimiento financiero o de capital sujeto a imposición con arreglo a las normas para la imposición de la deuda, el capital o los derivados de acuerdo con la legislación de la jurisdicción del destinatario o del ordenante e incluya una transferencia híbrida». *Vid.,* artículo 2.9, 3º, j) ATAD.

19 Allen considera que la idea de que las compañías financian sus actividades con deuda o capital es una simplificación dado que las empresas han emitido títulos diferentes de deuda y capital estándar por siglos (Allen, 1989: 14). *Vid.,* en el mismo sentido, Schmidt, 2013: 203.

o aportación de capital²⁰. En este sentido, los instrumentos financieros híbridos permitirían redefinir el riesgo típicamente asociado a instrumentos de deuda y capital puro (Allen, 1989: 15), permitiendo así a las partes del acuerdo de financiación no solo satisfacer en mejor medida sus intereses y necesidades en términos económico-financieros y societarios (Spiegeleer, Schoutens y Van Hulle, 2014: 114)²¹, sino igualmente en términos mercantiles, contables, regulatorios e, incluso, tributarios (entre muchos otros, Duncan, 2000: 23; Bundgaard, 2017: 38)²².

A este último respecto, cabe destacar que una de las potenciales ventajas que presenta la utilización de instrumentos financieros híbridos se relacionaría con su diferente calificación como instrumentos de deuda y de capital desde diferentes perspectivas tales como la mercantil, contable, regulatoria y tributaria en el seno de un mismo ordenamiento jurídico²³. Sin embargo, y más allá de la concreta calificación tributaria de los instrumentos financieros y sus rendimientos en el seno de un mismo ordenamiento jurídico²⁴, interesa ahora especialmente la diferente calificación tributaria a la que puede someterse un instrumento financiero híbrido en diferentes ordenamientos, así como el tratamiento tributario de los rendimientos derivados. Siendo cierto que el empleo de instrumentos financieros híbridos puede encontrar una múltiple motivación económico-financiera y legal y una diferente calificación en el seno de un mismo ordenamiento jurídico, no lo es menos que desde la perspectiva tributaria puede derivar en resultados de doble imposición y doble no-imposición ante conflictos

20 *Vid.*, con respecto al riesgo como característica fundamental de los instrumentos financieros híbridos, Hariton, 1994: 499; Bärsch, 2012: 20; Brown, 2012: 25-26, entre otros.

21 Marqués Sevillano y Sanchís Arellano entienden que «[e]stos productos [híbridos] son atractivos tanto para los emisores, porque les permiten optimizar su estructura de financiación (dada la gran flexibilidad de su diseño), como para los inversores, que pueden percibirlos como una manera fácil de alcanzar la combinación deseada en términos de rentabilidad/riesgo para un horizonte de inversión» (Marqués Sevillano y Sanchís Arellano, 2009: 58).

22 Aunque la mayoría de los instrumentos financieros híbridos se pueden calificar como atípicos al no encontrar reconocimiento expreso en la norma, existen ejemplos de instrumentos financieros híbridos típicos en el seno de determinados ordenamientos tales como e.g. las acciones sin voto o los préstamos participativos. *Vid.*, respectivamente para el caso español, artículos 98-103 del *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, y el artículo 20 del *Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica*. Otros instrumentos financieros híbridos se relacionarían con los bonos convertibles, bonos contingentes convertibles (CoCos), etc.

23 En este sentido, Ring reconoce que un obligado tributario puede preferir una financiación a través de un instrumento financiero híbrido que permita su calificación como instrumento de capital a efectos contables y como instrumento de deuda a efectos tributarios (Ring, 2012: 774). Schön, por su parte, hace referencia a la oportunidad que puede suponer para un inversor la diferente calificación de un mismo instrumento desde la perspectiva mercantil y la perspectiva tributaria (Schön *et al*, 2009: 10). Entre otros muchos factores, y aun en función de la concreta normativa que resultara de aplicación, esta diferente calificación permitiría, por un lado, incrementar o mantener recursos propios en el balance societario, sosteniendo igualmente una determinada *ratio* de endeudamiento y, por otro, y en su caso, deducir los gastos asociados a la financiación de la base imponible de la sociedad.

24 A estos efectos, cabe recordar que la calificación tributaria puede depender en mayor o menor medida de la calificación mercantil y/o contable en función de la consideración en el ordenamiento tributario —o en un tributo en particular— de un sistema de dependencia, un sistema de independencia o un sistema intermedio (i.e. parcialmente dependiente). *Vid.*, en este sentido, artículo 10.3 LIS. En definitiva, la calificación mercantil y/o contable puede jugar un papel fundamental en la calificación tributaria de un instrumento financiero y sus rendimientos derivados y, por tanto, en su tratamiento fiscal en el seno de un mismo ordenamiento.

de calificación que, por naturaleza, ocurren en financiaciones de carácter transfronterizo²⁵.

Desde esta perspectiva, y en relación con la regla del artículo 15 bis 1 LIS, la diferente calificación de un instrumento financiero híbrido como de deuda o capital, y muy particularmente de sus rendimientos como e.g intereses o dividendos, tiene relevancia exclusivamente en la medida en la que existe un conflicto de calificación transfronterizo y se produce un resultado de doble no-imposición. Un conflicto de calificación transfronterizo que, en su caso, derivaría de la debida aplicación de la norma tributaria española para la determinación de la base imponible de la sociedad española financiada y de la debida aplicación de la norma tributaria del *otro país o territorio* para la determinación del gravamen de la sociedad aportante del capital²⁶. Como puede apreciarse en la regla, lo verdaderamente relevante no es tanto la calificación del instrumento financiero híbrido, sino el dispar –aun debido– tratamiento tributario que se les otorga a los rendimientos derivados por una diferente calificación de ese instrumento o del propio rendimiento derivado en dos jurisdicciones y que tiene como consecuencia un resultado de doble no-imposición transfronterizo²⁷.

3.1.2. La doble no-imposición – Deducción sin inclusión como resultado transfronterizo

Como ya se ha apuntado, la regla de coordinación reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS pretende la eliminación de resultados de doble no-imposición en la forma de deducción sin inclusión (D/NI)²⁸. Una deducción sin inclusión que, no encontrando definición ni consideración explícita en el artículo 15 bis 1 LIS²⁹, se vincularía, por un lado, con la deducibilidad de un gasto en sede de la sociedad española (i.e. deducción)³⁰ y, por otro, con la *no generación de ingreso o con la generación de un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo*

25 A estos efectos, Krahmal entiende que los instrumentos financieros híbridos se definen como instrumentos financieros que poseen características de deuda y capital y que potencialmente pueden ser calificados como deuda en una jurisdicción y capital en otra (Krahmal, 2005: 101).

26 *Vid.*, para un mayor desarrollo de esta idea, *infra* n. 69.

27 En este sentido, cabe destacar que la regla asume correctamente su exclusiva aplicación a operaciones de carácter transfronterizo dado que no puede derivarse un conflicto de calificación por aplicación de la normativa tributaria en un contexto doméstico o nacional. *Vid.*, con respecto a esta cuestión, *infra* n. 56.

28 *Vid.*, RDL 4/2021, Preámbulo, II.

29 Aun basando buena parte de su articulado en la eliminación de resultados de deducción sin inclusión (apartados 1, 2, 3, entre otros), el artículo 15 bis LIS no ofrece una definición de este concepto. Por su parte, el artículo 2.9, 3º c) ATAD identificaría la *deducción sin inclusión* con aquella «deducción de un pago (o pago presumible entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes) en cualquier jurisdicción en la que dicho pago (o pago presumible) se considere realizado (jurisdicción del ordenante) sin la correspondiente inclusión de dicho pago (o pago presumible) a efectos fiscales en la jurisdicción del beneficiario. La jurisdicción del beneficiario es aquella en que se reciba o se considere recibido dicho pago (o pago presumible) conforme a la legislación de cualquier otra jurisdicción».

30 Sin encontrar definición en el artículo 15 bis LIS, el artículo, el artículo 2.9, 3º d) ATAD define deducción como «importe que se considera deducible de la base imponible en virtud de la jurisdicción del ordenante o inversor», para continuar reconociendo que «[e]l término de "deducible" se entenderá en consecuencia».

o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica en sede de la entidad domiciliada en el otro país o territorio (i.e. no inclusión)³¹.

Cabe recordar que esta regla primaria tiene como consecuencia principal la denegación de la deducibilidad de un gasto financiero (i.e. intereses) en sede de la sociedad que satisface un determinado rendimiento por motivo del tratamiento tributario que se le otorga a ese rendimiento en sede de la sociedad perceptora del pago radicada en otra jurisdicción. A este respecto, cabe hacer dos apreciaciones. En primer lugar, el gasto financiero asumido en condiciones de mercado, y salvo excepciones relacionadas con el abuso entre otras, no respondería sino al coste efectivo de una financiación societaria ordinaria estructurada a través de un instrumento financiero híbrido que puede presentar una múltiple motivación económico-financiera y legal más allá de la meramente tributaria³². En segundo lugar, aun estrechamente relacionado con lo anterior, la deducibilidad de ese gasto efectivo de financiación y correlacionado, en su caso, con la generación de ingresos futuros en el seno de la sociedad, no se relacionaría en medida alguna con una pérdida recaudatoria o una aparente (e indefinida) *erosión* de bases imponibles³³. Muy al contrario, la deducibilidad de ese gasto se relacionaría con la debida modulación y determinación de la base imponible y la tributación de la sociedad pagadora residente en España.

Con respecto al componente de (no) inclusión, la regla de coordinación resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que, por motivo de la calificación fiscal diferente del gasto o la operación en *otro país o territorio*³⁴ (i) no se genera un ingreso, o (ii) se genera un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica. Como puede apreciarse, la denegación de la deducibilidad del gasto en sede de la sociedad residente en España con base en el artículo 15 bis 1 LIS no solo se produciría cuando hubiera una ausencia de incorporación del rendimiento (i.e. ingreso) en la base imponible de la sociedad perceptora radicada en el *otro país o territorio*, sino igualmente en aquellos otros supuestos en los que pudiera derivarse una menor o nula tributación por aplicación de tipos impositivos reducidos o determinados

31 Esta idea de inclusión (o no inclusión) tendría reflejo en la segunda parte de la definición del término en el artículo 2.9, 3º e) ATAD, referida expresamente a situaciones en las que concurran instrumentos financieros. *Vid.*, a este respecto, *infra* n. 35

32 *Vid.*, *supra* nn. 19, 21, 22 y texto relacionado.

33 *Vid.*, *infra* n. 86 y texto relacionado.

34 Los resultados de doble no-imposición cubiertos por esta regla de coordinación se relacionarían exclusivamente con aquellos que se derivaran de un conflicto de calificación transfronterizo (*como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación*), excluyéndose aquellos otros que respondan a otras realidades tales como, entre otras, las reconocidas en el apartado 13 del artículo 15 bis LIS. Así, el artículo 15 bis 13 LIS establece que «[n]o resultará de aplicación lo previsto en los apartados anteriores cuando la asimetría híbrida se deba a que el beneficiario esté exento del Impuesto, 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». Aun con matices dado que técnicamente no existiría *asimetría híbrida* en estos supuestos, este precepto se ajustaría al espíritu y dictados de la Acción 2 del Proyecto BEPS y la ATAD a este respecto. *Vid.*, ATAD 2, Preámbulo, considerando 16; y Acción 2 - Proyecto BEPS, pp. 42-43 (paras. 95-98). Ejemplo de esta realidad sería la de aquellos supuestos en los que el receptor del pago se encuentre en una jurisdicción con un sistema tributario de carácter territorial.

beneficios asociados a la financiación en comparación con el régimen general de tributación de la sociedad³⁵.

3.1.3. Situaciones de control y mecanismos estructurados como ámbito de aplicación

Esbozados los elementos esenciales del resultado y su causa, el ámbito de aplicación de la regla primaria contenida en el artículo 15 bis 1 LIS se circunscribe a aquellas operaciones –y pagos– que se produzcan entre *personas o entidades vinculadas* o en el marco de un acuerdo o mecanismo estructurado³⁶.

i. Situaciones de control: personas o entidades vinculadas

Con respecto al concepto de *persona o entidad vinculada*, el artículo 15 bis 12 LIS presenta un perímetro de vinculación entre las partes que formen parte del acuerdo de financiación basado en un criterio de control amplio en consonancia con la ATAD y la Acción 2 del Proyecto BEPS. En este sentido, y al margen de considerar vinculadas aquellas que se entiendan como tal en virtud del artículo 18 LIS y de especificar determinados porcentajes de participación a efectos de vinculación³⁷, se amplía aún más el perímetro de vinculación a efectos de la aplicación de la regla primaria a través de los indefinidos conceptos

35 El artículo 2.9, 3º e) ATAD identifica el fenómeno inclusión con aquel «importe que se tiene en cuenta en la renta imponible de conformidad con la legislación de la jurisdicción del beneficiario», para continuar especificando que «[n]o se considerarán incluidos los pagos realizados con arreglo a un instrumento financiero [que sean elegibles para la aplicación de un beneficio fiscal (compensación fiscal) por motivo de la calificación de esos pagos en la jurisdicción del perceptor o beneficiario de los mismos]». Asimismo, la Directiva complementa esta definición al identificar esa *compensación fiscal* con «una exención o deducción fiscal del tipo impositivo o de cualquier crédito o devolución fiscal (distinto del crédito por impuestos retenidos en origen). *Vid.*, artículo 2.9, 3º f) ATAD. En el seno de la Acción 2 del Proyecto BEPS, el concepto de inclusión se relaciona con la sujeción del pago (rendimiento o ingreso) al tipo marginal sin que este pudiera beneficiarse de cualquier exención, exclusión, crédito u otro beneficio fiscal aplicable a *tipologías concretas de rendimientos*. *Vid.*, en este sentido, Acción 2 - Proyecto BEPS, p. 28 (para. 32). En todo caso, es conveniente recordar que el efecto de no inclusión, y en definitiva la existencia de una *asimetría híbrida*, se elimina en aquellos supuestos en los que resulte de aplicación una regla previa. *Vid.*, a estos efectos, *supra* sec. 2

36 Este ámbito de aplicación aparentemente limitado se predica para todas las reglas de coordinación reconocidas en el artículo 15 bis LIS.

37 *Vid.*, artículo 15 bis 12 a) LIS. La letra b de ese apartado 12 reconoce como *personas o entidades vinculadas* a efectos de aplicación del artículo 15 bis LIS a «[u]na entidad que ostente, directa o indirectamente, una participación de, al menos, un 25 por ciento en los derechos de voto del contribuyente o tenga derecho a percibir, al menos, un 25 por ciento de los beneficios del mismo, o en la que el contribuyente ostente dichas participaciones o derechos». Aunque no afecta al perímetro de vinculación para la aplicación del artículo 15 bis 1 LIS, debe señalarse que la ATAD reconoce un porcentaje de 50% para toda asimetría híbrida, excepto para aquella vinculada con un resultado de deducción sin inclusión derivado de la utilización de un instrumento financiero, para la que se reconoce un porcentaje del 25%. *Vid.*, artículo 2.4 ATAD. En definitiva, la norma española habría ampliado su ámbito de aplicación a través del perímetro de vinculación con respecto a lo reconocido en la ATAD. Una realidad que, atendiendo al cambio de paradigma que representa la ATAD (*vid.*, *infra* sec. 4.1) podría considerarse como un exceso de transposición de la ATAD no permitido.

de *actuación conjunta e influencia significativa* que se encuentran más próximos a una idea de control de facto³⁸.

En todo caso, y aun con todas las salvedades, crítica y análisis que merecería una remisión a efectos interpretativos³⁹, la Acción 2 del Proyecto BEPS sí que ofrecería una suerte de conceptualización de una *actuación conjunta* con respecto a la propiedad o los derechos de voto de una sociedad (OCDE, 2015: 113). En este sentido, se listan determinadas situaciones tales como *la pertenencia a una misma familia* (OCDE, 2015: 122); *la actuación regular de una persona conforme a los deseos de otra* (OCDE, 2015: 117); *la realización de un acuerdo con efecto sustantivo sobre el valor o el control de derechos de votos o propiedad* (OCDE, 2015, 118); y *la gestión de esa participación por una misma persona o grupo de personas*.

Con respecto a la *influencia significativa* como parámetro de vinculación, y si bien se ofrece en la norma doméstica una suerte de definición por otro lado ausente en la ATAD⁴⁰, la misma es insuficiente en tanto no se determina el significado y extensión de *tener el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de otra entidad* a efectos de la vinculación entre personas o entidades. Este concepto de *influencia significativa*, aun no encontrando tampoco definición ni referencia en la Acción 2 del Proyecto BEPS, podría relacionarse, en su caso, con la última situación relativa a la *actuación conjunta* reconocida en la Acción a estos efectos (*la gestión de esa participación por una misma persona o grupo de personas*).

ii. Acuerdos o mecanismos estructurados

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, las reglas de coordinación no solo responderían ante la concurrencia de *situaciones de control*, sino igualmente ante la existencia de acuerdos estructurados definidos como

«[...] todo acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación en el que la ventaja fiscal derivada de las asimetrías híbridas a que se refieren dichos apartados en los términos en ellos señalados, esté cuantificada o considerada en sus condiciones o contraprestaciones o bien que haya sido diseñado para producir los resultados de tales asimetrías, excepto que el contribuyente o una persona o

38 Así, se entienden igualmente como personas o entidades vinculadas en el artículo 15 bis 12 LIS «c) [l]a 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. d) 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».

39 *Vid.*, *supra* n. 12.

40 El artículo 15 bis 12 LIS *in fine* establece que «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».

entidad vinculada con él no hubiera podido conocerlos razonablemente y no compartiera la ventaja fiscal indicada»⁴¹.

La definición presenta una doble posibilidad para entender un acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación como mecanismo estructurado en relación con (i) una *consideración o cuantificación* de la doble no-imposición en sus condiciones o contraprestaciones y (ii) con el hecho de que el mismo se haya diseñado para producir el efecto de doble no-imposición. Asimismo, se incluye una exclusión del concepto de mecanismo estructurado en aquellos supuestos en los que el contribuyente *o una persona o entidad vinculada* no haya podido conocer razonablemente la producción del resultado de doble no-imposición y no participara de ese mismo resultado.

A este respecto, y aun no resultando explícito, podría desprenderse de la norma que la existencia de un mecanismo estructurado requiere un análisis de hechos y circunstancias, tal y como se reconoce en la Acción 2 del Proyecto BEPS (OCDE, 2015:105), vinculado igualmente a una expectativa razonable de conocer y participar económicamente del resultado de doble no-imposición. Y si bien es cierto lo anterior, uno de los principales problemas radicaría en que la Acción 2 del Proyecto BEPS presenta, una vez más, una marcada indefinición, llegando incluso a vincular esa razonable expectativa de conocimiento del resultado a aquello que *pudiera ser esperable de una persona prudente y razonable* (OCDE, 2015: 111) y a un aparente estándar de *observador objetivo y bien informado* que hubiera podido concluir que entre las múltiples explicaciones para el diseño y práctica del acuerdo se encuentra la generación de la asimetría híbrida y el resultado de doble no-imposición (OCDE, 2015: 107)⁴². Una realidad que acompaña la indefinición de determinadas situaciones de control y que pone de manifiesto un tan indeterminado como potencialmente amplio ámbito de aplicación de la regla de coordinación reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS.

Más allá de la complejidad técnica que se deriva de la regla de coordinación primaria del artículo 15 bis 1 LIS, y habiendo sido esbozada su operativa, así como las características básicas a efectos de su aplicación en términos de causa, resultado y ámbito, es momento ahora de analizar si la misma es conforme con el Derecho primario de la Unión Europea, así como con determinadas cláusulas reconocidas en los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España.

41 Artículo 15 bis 9, 2º LIS. Es relevante señalar que este apartado señala expresamente que las reglas de coordinación consideradas en el artículo 15 bis LIS, incluyendo la correspondiente al artículo 15 bis 1 LIS, resultaran de aplicación cuando las operaciones se hayan realizado en el marco de un mecanismo estructurado, «con independencia de que se realicen entre personas o entidades vinculadas o no».

42 Lamentablemente, la Acción 2 del Proyecto BEPS no presenta una definición de *persona prudente y razonable* u *observador objetivo y bien informado*

4. La incompatibilidad del artículo 15 bis 1 LIS con el Derecho primario de la UE

Una vez consideradas las características básicas y la operativa de la regla de coordinación primaria del artículo 15 bis 1 LIS, resulta conveniente analizar si su aplicación implica una efectiva restricción en términos de discriminación de determinadas Libertades fundamentales reconocidas en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE) en debida atención a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este sentido, y tras comprobar la viabilidad del análisis y las Libertades fundamentales potencialmente afectadas, se determinará si esta regla primaria supone efectivamente una restricción de Libertades y otorga un diferente (y menos favorable) trato a situaciones transfronterizas frente a situaciones domésticas comparables. En caso afirmativo, se comprobará si existen causas de justificación para esa restricción bajo la denominada *Rule of reason* elaborada por el TJUE⁴³.

4.1. Viabilidad del análisis y Libertades fundamentales afectadas ante un cambio de paradigma

La viabilidad del análisis de la incompatibilidad de la regla primaria reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS requiere una previa reflexión con respecto a la particular naturaleza de la ATAD, así como al cambio de paradigma que esta representa en términos de Derecho secundario y fiscalidad directa en la Unión Europea. Tradicionalmente, las directivas en materia de fiscalidad directa establecían *mínimos* de protección del mercado interior y fomentaban el correcto desarrollo y ejercicio de las Libertades fundamentales mediante la limitación de la capacidad de gravamen de los Estados miembros en determinadas situaciones transfronterizas (De Graaf y Visser, 2016: 203)⁴⁴. Una realidad de *mínimos* que permitía la disminución o eliminación de distorsiones del mercado interior tales como la doble imposición (Bizioli, 2017: 167) y en la que los Estados miembros participaban mediante la ampliación o extensión de los beneficios que otorgaban las propias directivas para la consecución, dentro de los límites

43 El análisis de compatibilidad de la medida con el Derecho primario a estos efectos se basa, en esencia, en un estudio en tres etapas donde se comprueba (i) la restricción de la Libertad fundamental (ii) la existencia de causas de justificación por una razón de interés general, y (iii) la proporcionalidad de la restricción (Szudoczky, 2014: 267). Como ha recordado el TJUE recientemente, «[d]e reiterada jurisprudencia se desprende que solo se puede admitir una restricción a la libertad [...] si está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, es preciso además que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización de los objetivos así perseguidos y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlos» Vid., *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de enero de 2021, Lexel, C-484/19* [en lo sucesivo, Lexel o Lexel (C-484/19)], para. 46 y la jurisprudencia allí referenciada.

44 En concreto, De Graaf y Visser recuerdan que la ATAD difiere con respecto al enfoque de directivas previas en materia de fiscalidad directa en tanto que estas últimas tenían por objeto eliminar obstáculos considerados en la normativa doméstica de los Estados miembro.

del Derecho primario, de ese correcto desarrollo del Mercado interior y el pleno ejercicio de las libertades reconocidas en el TFUE (Szudoczky, 2014: 382)⁴⁵.

Sin embargo, la ATAD, y muy particularmente las reglas de coordinación contenidas en su artículo 9, no solo no tienen por objeto la limitación de la capacidad de gravamen de los Estados miembro, sino que, muy al contrario, imponen determinadas obligaciones de gravamen a los mismos (Barreiro Carril, 2019: 184, entre otros), alejándose así de la tradicional política de la Unión Europea en materia de fiscalidad directa. Si, como bien reconoce Szudoczky, una norma armonizadora de derecho secundario basada en los artículos 113, 114 y 115 del TFUE persigue, en principio, los mismos objetivos que las libertades fundamentales, pudiendo incluso entenderse como una puesta en práctica de las mismas (Szudoczky, 2014: 198), es muy cuestionable que obligaciones de gravamen como aquellas derivadas de las reglas de coordinación aplicables exclusivamente a situaciones transfronterizas se compadezcan, ni tan siquiera mínimamente, con el desarrollo y ejercicio de las Libertades fundamentales. En este sentido, la ATAD debe entenderse como una Directiva de *mínimos y máximos*, con la particularidad de que el propio mínimo puede ser constitutivo de restricciones de las libertades fundamentales, ya bien sea a nivel de Directiva o a nivel de transposición⁴⁶.

A este último respecto, no es posible ignorar que el TJUE ha reconocido que «toda medida nacional adoptada en un ámbito que *haya sido armonizado con carácter exhaustivo* en el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho primario» (énfasis nuestro)⁴⁷. Y si bien es cierto que la ATAD representaría un estándar de *mínimos y máximos* en términos de transposición como se ha tenido oportunidad de exponer, también lo es que en su artículo 3 se establece que «[l]a presente Directiva no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas *dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado* de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades» (énfasis nuestro). Así, puede entenderse que, al menos en principio y al margen de lo que ya se ha tenido oportunidad de mencionar con respecto a su carácter dual de mínimos y máximos, la ATAD no se ha concebido como una Directiva que agota cualquier posibilidad de los Estados miembros en su transposición y, por tanto, no se puede entender que represente una *armonización de carácter exhaustivo*. Tanto es así que en la Propuesta de Directiva de la que finalmente resultó la ATAD II

45 Ejemplo de esta realidad sería la posibilidad de reducir el mínimo de participación en el capital de sociedades reconocido en el artículo 3.1 (a) de la Directiva Matriz-Filial para la aplicación de los beneficios reconocidos en la misma. Kofler y Tumpel consideran que esta Directiva reconoce un estándar mínimo que permite a los Estados miembros aplicar normas domésticas o convencionales que fueran más allá de lo reconocido en la propia Directiva a través de medidas *más beneficiosas* para los obligados tributarios (Kofler y Tumpel, 2007: 199-200).

46 No cabe olvidar que las propias Directivas pueden ser objeto de análisis en relación a su propia incompatibilidad con el Derecho Primario de la Unión (Szudoczky, 2014: 161). Si bien es cierto que, como recuerdan Kofler y Tumpel, el Tribunal de Justicia ha considerado que no infringen el Derecho primario de la Unión aquellas Directivas que permitan a los Estados miembros su transposición de tal forma que sean compatibles con ese Derecho primario (Kofler y Tumpel, 2007: 203-204), esta transposición *conforme* sería realmente compleja si el *mínimo* regulatorio que plantea la Directiva ya adolece de un vicio de incompatibilidad con el Derecho primario ante el mencionado cambio de paradigma.

47 Vid., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de marzo de 2017, *Euro Park Service*, C-14/16, para. 19 (en lo sucesivo, *Europark Service*) y la jurisprudencia allí citada.

se reconocía que «la Directiva no prescribe una armonización completa, sino tan solo la protección necesaria para salvaguardar los sistemas del impuesto sobre sociedades de los Estados miembros»⁴⁸ (énfasis nuestro), una realidad que se hace extensiva para las propias reglas de coordinación⁴⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible confirmar la viabilidad de análisis de la incompatibilidad de la norma doméstica de transposición (i.e. artículo 15 bis 1 LIS) con el Derecho primario y, particularmente, con las Libertades fundamentales.

A este respecto, y aun brevemente, cabe ahora apuntar las Libertades fundamentales potencialmente afectadas por esa norma doméstica de origen europeo que requiere un conflicto de calificación exclusivamente predicable para situaciones transfronterizas⁵⁰. En este sentido, las Libertades fundamentales que pueden verse afectadas se identificar principalmente con la Libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE), en relación con operaciones realizadas en el seno de la Unión Europea, y con la Libre circulación de capitales (Artículo 63 TFUE), en relación con operaciones intraeuropeas y con operaciones realizadas entre personas radicadas en un Estado miembro y terceros estados, atendiendo en todo caso al marco, hechos y circunstancias de cada una de las operaciones⁵¹. En un principio, podría entenderse que las *situaciones de control* ante las que operan las reglas de coordinación se relacionarían con la libertad de establecimiento, mientras que los mecanismos estructurados se relacionarían con la libre circulación de capitales. Sin embargo, la indeterminación y amplitud de las *situaciones de control* reconocidas en el artículo 15 bis 12 LIS, y enunciadas en *supra* sec. 3.1.3., podría permitir que algunas de ellas no relacionadas con el criterio de *influencia efectiva* que asume el TJUE (*vid.*, *supra* n. 51) estuvieran

48 *Vid.*, Propuesta de Directiva del Consejo, de 25 de octubre de 2016, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países [COM(2016 687 final)].

49 En esa misma propuesta, se reconocía que «[e]l texto establece normas basadas en principios y deja en manos de los Estados miembros los pormenores relacionados con su aplicación, al considerarse que estos están mejor situados para configurar los elementos concretos de las normas de la forma que mejor se adapte a sus sistemas del impuesto sobre sociedades». *Id.* Cabe recordar que esta Propuesta, y la posterior Directiva, presenta fundamentalmente una regulación de reglas de coordinación que, a tenor de lo expuesto, no pueden entenderse relacionadas en medida alguna con una *armonización de carácter exhaustivo*. Por último, el propio TJUE ha negado el carácter exhaustivo de una armonización cuando se reconozca en las normas que establece la Directiva en cuestión que los Estados deben actuar de *conformidad con el Tratado*. *Vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de noviembre de 2015, *Visnapuu*, C-198/14, paras. 44-48. A este respecto, y aun no constando en el articulado, sino en el Preámbulo, se reconocía en la ATAD 2 que «[a]l 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» (énfasis nuestro). *Vid.* ATAD II, Preámbulo, considerando 28.

50 *Vid.*, *supra* secciones 3.1.1 y 3.1.2.

51 Con respecto a estas libertades, el TFUE ha tenido la oportunidad de reiterar que «una normativa nacional destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia efectiva en las decisiones de una sociedad y a determinar las actividades de ésta está comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento. En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales». *Vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de septiembre de 2017, *Egiom-Enka*, C6/16, para. 41.

amparadas igualmente por la libre circulación de capitales⁵², una cuestión que tiene especial relevancia para operaciones entre *personas* radicadas en un Estado miembro y terceros estados⁵³.

4.2. Comparabilidad y discriminación de la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS

Como bien ha reconocido el TJUE, «las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, o el domicilio social por lo que respecta a las sociedades, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca, de hecho, al mismo resultado»⁵⁴. Una vez más, la aplicación de la regla primaria contenida en el artículo 15 bis 1 LIS implica la denegación de la deducibilidad de un pago de intereses debido al diferente tratamiento tributario de esos rendimientos en sede de la entidad perceptora por motivo de un conflicto de calificación. Un conflicto de calificación que por naturaleza solo puede producirse en operaciones de carácter transfronterizo en las que el perceptor del rendimiento se encuentra localizado en otro país o territorio, como bien señala la propia norma («operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas *residentes en otro país o territorio*»)⁵⁵. Y siendo esto así, puede concluirse *a priori* que la denegación de la deducibilidad se relaciona indefectiblemente con la residencia del perceptor de pagos, bien sea de forma directa o indirecta. Así, y si pudiera no entenderse un diferente trato por motivo exclusivo de residencia (i.e. *discriminación directa o manifiesta*), sí que se produce ese diferente trato por un elemento inherente a la residencia del perceptor de pagos como es la diferente calificación y tratamiento tributario del rendimiento derivada de la debida aplicación de la legislación del país o territorio donde se localice el perceptor (i.e. *discriminación indirecta*)⁵⁶. Sin embargo, la prohibición de un diferente trato de carácter discriminatorio requiere necesariamente de un análisis de comparabilidad entre las situaciones transfronterizas a las que

52 Ejemplo de ello podría reconocerse, entre otros, en el artículo 15 bis 12 d) LIS o para *sociedades hermanas*. Vid., con respecto a estas últimas, *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04*, para. 102 [en lo sucesivo, *Thin Cap Group Litigation* (C-524/04)], donde se reconoce que una legislación de un Estado miembro como la mencionada en la primera cuestión no está comprendida en el artículo 43 CE [i.e. libertad de establecimiento] cuando se aplica a una situación en la que una sociedad residente obtiene un préstamo de una sociedad residente en otro Estado miembro o en un tercer país que no controla a la sociedad prestataria y cuando estas dos sociedades están controladas, directa o indirectamente, por una sociedad vinculada común que reside en un tercer país».

53 En este sentido, Schön recupera que el análisis propio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales no presenta diferencias más allá del derecho a invocarlas en el seno de la Unión Europea (vid., *supra* n. 51), si bien es cierto que la relevancia de la diferencia entre una y otra se pone de manifiesto para operaciones con terceros estados (Schön, 2016: 236).

54 Vid., *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de julio de 1993, Commerzbank AG, C-330-91*, para. 14.

55 Vid., para un mayor detalle, *supra* sección 3.1.

56 En su análisis de la regla de coordinación primaria en el marco de la Acción 2 del Proyecto BEPS, Rust afirma de forma taxativa que las asimetrías híbridas solo pueden producirse en situaciones transfronterizas y que la aparente formulación neutral a través de la vinculación de la aplicación de la regla con la no tributación de rendimientos en sede del perceptor supone una discriminación indirecta (*hidden discrimination*) dado que esta regla solo se aplica a situaciones transfronterizas (Rust, 2015: 313).

resulta de aplicación la regla de coordinación y las situaciones domésticas a las que, por naturaleza, no resulta de aplicación esa misma regla⁵⁷.

Y en este sentido, si bien la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS, por su propia configuración y diseño, no es posible que resulte de aplicación cuando una sociedad radicada en España satisfaga un rendimiento (i.e. intereses) bajo un determinado instrumento financiero a una sociedad igualmente residida en España, sí resultará de aplicación cuando incluso la misma sociedad española pague un rendimiento idéntico bajo el mismo instrumento financiero a una sociedad radicada o residida en *otro país o territorio* y, por ello, se derive un resultado de doble no-imposición por un conflicto de calificación inherentemente asociado a la residencia de esta última. La denegación de la deducibilidad del gasto asociado al rendimiento en este último supuesto implicaría un trato diferenciado en términos de discriminación a situaciones que son objetivamente comparables —o en este caso idénticas— por motivo de la residencia del perceptor de los rendimientos⁵⁸.

Una conclusión sobre la comparabilidad que no puede desvirtuarse por el diferente tratamiento tributario de los rendimientos en sede del perceptor (i.e. no inclusión)⁵⁹, ni por la existencia de una disparidad normativa entre sistemas tributarios. Con respecto a la primera cuestión, y si bien podría plantearse que la diferente calificación y tratamiento de los rendimientos en sede del perceptor y el resultado de doble no-imposición por aplicación de su propia normativa afectara al análisis de comparabilidad y, en definitiva, a la existencia de discriminación (Benítez Régil, 2016: 232)⁶⁰, el TJUE en múltiples pronunciamientos ha negado —explícita e implícitamente— esta posibilidad basándose en un enfoque que centra el análisis de comparabilidad en el sistema tributario que poten-

57 En palabras del TJUE, «para determinar si una diferencia de trato fiscal resulta discriminatoria, es preciso averiguar si, con la medida nacional controvertida, las sociedades de que se trata se encuentran en una situación *objetivamente comparable*» (énfasis nuestro). *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2008, Truck Center C-282/07, para. 36*. A estos efectos, debe advertirse que el diferente trato, potencialmente discriminatorio, no se otorgaría a una sociedad no residente con respecto a aquel dado a una sociedad residente, sino que el diferente trato se residenciaría entre dos sociedades residentes en España en función de que el destinatario perceptor de rendimientos se encuentre igualmente residido en España o en *otro país o territorio*. En definitiva, el diferente trato se relacionaría con aquel dispensado a una sociedad residente en España pagadora de rendimientos en función de que el perceptor de los mismos se localice (o residencie) en España o en *otro país o territorio*. *Vid.*, en relación con el diferente tratamiento tributario que se otorga a un determinado contribuyente en función de la localización o residencia del inversor o receptor de rendimientos, y entre otras, *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, paras 27-32* [en lo sucesivo, Lankhorst-Hohorst (C-324/00)]; y de 26 de octubre de 1999, *Eurowings, C-294/97, paras. 36 y 40* [en lo sucesivo, Eurowings (C-294/97)]. *Vid.*, igualmente, *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de enero de 2008, Lammes and Van Cleef, C-105/07, paras 18-24; de 21 de enero de 2010, SGI, C-311/08* [en lo sucesivo, SGI (C-311/08)]; de 5 de julio de 2012, *SIAT, C-318/10, para. 31* [en lo sucesivo, SIAT (C-318/10)]; y *Thin Cap Group Litigation (C-524/04)*.

58 *Vid.*, *supra* n. 57. Aun con los matices propios del supuesto, cabe recuperar que, en términos de comparabilidad, «la situación en la que una sociedad establecida en un Estado miembro abona intereses por un préstamo contraído con una sociedad establecida en otro Estado miembro y perteneciente al mismo grupo *no es diferente*, en lo que respecta al pago de los intereses, de una situación en la que el beneficiario de los intereses es una sociedad del grupo establecida en el mismo Estado miembro [...]». *Vid.*, *Lexel (C-484/19)*, para. 44.

59 *Vid.*, a este respecto, *supra* n. 56.

60 *Vid.*, con respecto a este enfoque relacionado con el denominado *overall approach* en términos de comparabilidad, Di María, 2015: 72.

cialmente discrimina (i.e. España, a través del artículo 15 bis 1 LIS), ignorando así las consecuencias tributarias en otra jurisdicción a estos efectos (i.e. *per-country approach*)⁶¹.

Y con respecto a la segunda cuestión, es cierto que las disparidades entre diferentes ordenamientos tributarios podrían no encontrar amparo en las Libertades fundamentales (Bammens, 2012: 961), particularmente en supuestos de doble imposición, y que el TJUE ha negado la comparabilidad en la aplicación de una suerte de regla de coordinación para determinadas *pensiones alimenticias* en el ámbito de la tributación individual⁶². Sin embargo, y más allá del análisis y crítica que merece esa denegación de comparabilidad del TJUE para ese caso concreto⁶³, las reglas de coordinación –incluida la del propio caso *Schempp* y la del artículo 15 bis 1 LIS– trasladan precisamente una disparidad normativa preexistente al ámbito de la discriminación⁶⁴. Cabe señalar a este respecto que el resultado de doble no-imposición relacionado con asimetrías híbridas en ningún supuesto podría relacionarse con una restricción de las Libertades fundamentales y que responde precisamente a una *disparidad* derivada de la debida aplicación de la normativa de dos Estados, como ya se ha tenido ocasión de apuntar. En este sentido, la restricción no derivaría de una disparidad por la aplicación paralela de la norma en dos ordenamientos careciendo así de protección, sino que, muy al contrario, se relacionaría con la aplicación de una norma en un único Estado (i.e. denegación de la deducibilidad de intereses) para, en principio, eliminar una disparidad preexistente. Una realidad que se relaciona con una restricción de las Libertades fundamentales en términos de discriminación atendiendo al trato dispar y menos favorable a situaciones comparables por motivo de la residencia –o elemento inherentemente asociado a la misma– del receptor de un rendimiento.

61 *Vid.*, entre otras, *ThinCap Group Litigation (C-524/04)*, para. 60; y *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de julio de 2007, Oy AA, C-231/05*, paras. 33-43, particularmente para. 38. *Vid.*, igualmente, la jurisprudencia referenciada en *supra* n. 57. En este sentido, Helminen entiende que el TJUE ha asumido el *per-country approach* frente al *overall approach* en su jurisprudencia y afirma que el análisis del Tribunal se ha producido desde la perspectiva de un único país (Helminen, 2015: 330). *Vid.*, con respecto al *per-country approach* en relación con asimetrías híbridas, Di María, 2015: 72 y 75. En favor de este *per-country approach* se mostrarían, entre otros, Weber (Weber, 2006: 601) y Di María (Di María, 2015, 84).

62 *Vid.*, *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de julio de 2005, C-403/03, Schempp*

[en lo sucesivo, *Schempp (C-403/03)*]

63 *Vid.*, entre otros, Marchgraber, 2014: 139; Meussen, 2017: 510-511; Bizioli, 2008: 137; Barreiro Carril, 2019: 178-183. Debe cuestionarse en todo caso cualquier intento de extrapolación de la jurisprudencia del TJUE en el caso *Schempp (C-403/03)* (*vid.*, *supra* n. 62) a las reglas de coordinación aplicables a asimetrías híbridas. Y ello porque, en primer término, es muy cuestionable que se puedan trasladar conclusiones del ámbito de la tributación individual al de la tributación societaria. En segundo lugar, debe señalarse que la naturaleza de un pago y su deducibilidad en relación con una pensión compensatoria en nada puede vincularse a la naturaleza, objeto y sentido de un gasto de financiación (i.e. pago de intereses) y su deducibilidad en el seno de una sociedad. Mientras que las *pensiones alimenticias* en el caso *Schempp* tenían la consideración de *gastos especiales* en la propia norma [*vid.*, *Schempp (C-403/03)*, paras. 3], la satisfacción de intereses en el seno de la sociedad pagadora se relaciona con un gasto de carácter financiero que permite la correcta determinación de su base imponible atendiendo a su capacidad económica y que, por cierto, se encuentra relacionado con una futura y potencial generación de ingresos que serán, en su caso, objeto de gravamen en el seno de la propia sociedad. *Vid.*, *infra* n. 98 y, sobre todo, el texto relacionado.

64 *Vid.*, en este sentido, Mason, 2006: 49; Bammens, 2012: 980.

A tenor de lo anterior, puede concluirse que la regla de coordinación del artículo 15 bis 1 LIS supone una restricción de las Libertades fundamentales en términos de discriminación al otorgar un trato tributario menos ventajoso a situaciones transfronterizas con respecto a situaciones domésticas comparables⁶⁵. Queda ahora analizar si existen razones imperiosas de interés general que justifiquen tal realidad a la luz de la jurisprudencia del TJUE y muy particularmente en relación con la *prevención del abuso, el reparto equilibrado del poder tributario y la coherencia del sistema tributario*⁶⁶.

4.3. La (in)existencia de justificación ante la restricción del artículo 15 bis 1 LIS

4.3.1. Prevención del abuso o lucha contra prácticas abusivas

La prevención de abuso se identifica con una de las posibles razones imperiosas de interés general que permitirían admitir una restricción de una Libertad fundamental. Y más allá de diferentes desarrollos normativos y jurisprudenciales⁶⁷, el TJUE mantiene un estándar de esta justificación para la restricción de una Libertad fundamental, y del propio concepto de abuso, relacionado con la existencia de «comportamientos consistentes en crear *montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica*, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional» (énfasis nuestro)⁶⁸. Así, el abuso

65 Con respecto a la regla primaria en el marco de la Acción 2 del Proyecto BEPS, y pudiendo extrapolarse perfectamente la conclusión a nuestros efectos, Rust entiende que situaciones comparables son tratadas de diferente forma (Rust, 2015: 313). *Vid.*, en este mismo sentido, aun prudente en su conclusión, Benítez Régil, 2016: 233.

66 El análisis que se ofrece a continuación se basa en las tres justificaciones que gozan de un mayor predicamento en la jurisprudencia del TJUE, al menos en relación con cuestiones que pudieran entenderse directa o indirectamente conexas con el estudio aquí desarrollado. Otras justificaciones tales como la mera pérdida recaudatoria, la reducción de ingresos fiscales, así como la erosión de bases imponibles han sido descartadas por el propio TJUE. En este sentido, el TJUE ha recordado recientemente que «la reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental» (véase, en particular, la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, apartado 44 y jurisprudencia citada). Admitir lo contrario equivaldría a permitir a los Estados miembros restringir la libertad de establecimiento sobre la base de ese motivo. *Vid.*, Lexel (C-484/19), para. 68. *Vid.*, con respecto a la erosión de las bases imponibles, *infra* n. 87.

67 *Vid.*, entre otros, artículo 6 ATAD. Asimismo, y aun no resultando extrapolable al objeto de esta contribución, *vid.*, *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2019, N y otros, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16*; y *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de febrero de 2019, T Danmark e Y Denmark Aps, asuntos acumulados C-116/16 y 117/16*. *Vid.*, para un análisis de estas relevantes sentencias, y entre otros, Danon *et al*, 2021: 482-516.

68 *Vid.*, entre mucha otras, *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04*, para. 55 [en lo sucesivo, *Cadbury Schweppes (C-196/04)*]; de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom-Enka, C-6/16*, para. 30; y Lexel (C-484/19), para. 49. *Vid.*, con respecto a una particular matización del concepto de abuso del TJUE y la idea del *riesgo de abuso* en términos de justificación, *Thin Cap Group Litigation (C-524/04)*, para. 82. Una matización relacionada con el principio de plena competencia que no afectaría al análisis aquí presentado atendiendo a la naturaleza de los instrumentos financieros híbridos y el motivo de la doble no-imposición potencialmente asociada.

requiere que el contribuyente tenga la intención de obtener una ventaja o beneficio tributario (i.e. elemento subjetivo) a través de una o varias operaciones o acuerdos de carácter artificioso o artificial contrarios al objetivo y propósito de la norma de aplicación (i.e. elemento objetivo) (De Broe, 2008: 825; Terra y Watel, 2012: 914; Dourado, 2015: 45).

En este sentido, cabe recordar que la financiación a través de instrumentos financieros híbridos responde a diferentes razones económico-financieras, societarias, mercantiles, contables, regulatorias donde la tributación puede que no forme parte de la ecuación, al menos de forma destacada. En definitiva, estos instrumentos financieros híbridos no responden en general a operaciones o estructuras artificiosas (parciales o totales) que carezcan de sustancia (o *realidad*) económica (Benítez Régil, 2016: 241; Tomazela Santos, 2015: 178) sino que, de nuevo, presentan una múltiple y válida motivación desde una perspectiva económica, societaria y legal (Helminen, 2015, 333). Pero más allá de lo anterior, tampoco podría afirmarse que los instrumentos financieros híbridos tuvieran por *objetivo eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional*». A estos efectos, debe reiterarse que el resultado de doble no-imposición asociado a la utilización de instrumentos financieros híbridos transfronterizos deriva de la debida y correcta aplicación de las normas establecidas en cada una de las jurisdicciones (*países o territorios*) vinculadas con la operación o rendimiento (Bundgaard, 2010: 493). Una realidad que, en su caso, aproxima los instrumentos financieros híbridos al ámbito del arbitraje tributario internacional, relacionado con disparidades normativas en dos o más jurisdicciones por parte del obligado tributario⁶⁹, y los aleja definitivamente del concepto de abuso acuñado por el TJUE⁷⁰.

Y de nuevo en términos de la potencial justificación de la restricción, el problema radicaría asimismo en la automática aplicación de la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS sin un debido análisis de hechos y circunstancias de cada una de las operaciones o rendimientos que derivan en resultados de doble no-imposición para concluir si concurren o no elementos de abuso (i.e. *montajes*

69 *Vid.*, para un mayor detalle sobre el concepto de arbitraje, y entre otras, Marín Benítez, 2013, 60; Ring, 2002: 86). En cualquier caso, y como afirma Marín Benítez 'nos encontramos con frecuencia que en el arbitraje fiscal no hay otras alternativas para la consecución de los resultados económicos de la operación realizada y que *la ventaja fiscal se obtiene, sin distorsión ni forzamiento alguno, de los negocios jurídicos realizados*' (Marín Benítez, 2010: 9). Con respecto a la *ventaja fiscal*, es conveniente señalar que la deducibilidad del gasto por el pago de un rendimiento en la forma de intereses no puede relacionarse con una ventaja fiscal, sino con una consecuencia debida de la correcta determinación de la base imponible de una sociedad en atención a su capacidad económica. *Vid.*, a este respecto, *supra* n. 63.

70 Como bien señala Rust en su análisis de la regla primaria de la Acción 2 del Proyecto BEPS, las operaciones de arbitraje tributario no pueden considerarse abusivas si presentan sustancia económica y, por tanto, la limitación de deducibilidad de intereses por rendimientos satisfechos a sociedades no residentes no puede justificarse por virtud de la prevención del abuso o la lucha contra prácticas abusivas (Rust, 2015: 314).

puramente artificiales carentes de realidad económica)⁷¹. En definitiva, la regla de coordinación pretende evitar de forma automática un determinado resultado o consecuencia (i.e. doble no-imposición) sin atender a la causa que lo motivó en términos de abuso. Y ello aunque el abuso no se relaciona con resultados, sino con el mecanismo o vía que emplea el contribuyente para obtener esos resultados. Esta automática realidad se pone de manifiesto con respecto a las operaciones realizadas en *situaciones de control* enunciadas en *supra* sección 3.1.3. donde, a diferencia de lo que podría ocurrir en supuestos de mecanismos o acuerdos estructurados⁷², no existe un análisis de la motivación en términos tributarios y no tributarios (económico-financiero, societario, mercantil, etc) de la operación a la que resulta de aplicación la regla primaria⁷³, ni, sobre todo, una necesaria identificación de la artificiosidad o artificialidad de la operación a efectos de aplicación de la regla primaria⁷⁴.

En definitiva, el análisis llevado a cabo permite concluir que la restricción de las Libertades fundamentales que implica la aplicación de la regla primaria reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS, bien sea en situaciones de control o ante

71 Con respecto a esta regla de coordinación en las iniciativas de la OCDE (i.e. Acción 2 del Proyecto BEPS) y la Unión Europea (i.e. ATAD), De Broe reconoce que esta evitaría resultados de doble no-imposición derivados de la utilización de instrumentos financieros híbridos sin la consideración de la presencia de un elemento de abuso (*anti-avoidance element*) y ello porque ese resultado derivado de la utilización de instrumentos financieros híbridos no se relaciona de por sí con el abuso (De Broe, 2014: 311).]

72 *Vid.*, con respecto a las denominadas *situaciones de control* y mecanismos estructurados, *supra* sección 3.1.3. A estos efectos, cabe recordar que el *mecanismo estructurado* no se encuentra perfectamente delimitado o definido en el artículo 15 bis LIS. Aun existiendo algunos mecanismos estructurados que podrían encajar en el concepto de abuso atendiendo a los dictados de la Acción 2 del Proyecto BEPS (*vid.*, para el caso de *step transactions*, OCDE, 2015: 105) (Recomendación 10.2. b), no conviene olvidar que el concepto de acuerdo estructurado se construye igualmente sobre el hecho de que el *obligado tributario [...] pudiera razonablemente esperar la asimetría híbrida* [i.e. doble no-imposición] y *obtuviera una ventaja de ella* sin que sea necesaria su participación activa en el diseño y configuración del mecanismo. *Vid.*, con respecto a la exclusión de aplicación de la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS en el supuesto de que el contribuyente no hubiera podido conocer razonablemente los resultados derivados de asimetrías y no compartiera la ventaja fiscal asociada, *supra* sec. 23.1.3 (ii). A este respecto, De Broe y Weber afirman que las intenciones del contribuyente en términos de abuso no podrían inferirse de hechos y circunstancias sobre las que las partes del acuerdo no tuvieran *control* (De Broe, 2008:767; Weber, 2005: 192). Y no parece que una razonable expectativa, como se aprecia en el contexto de la Acción 2 del Proyecto BEPS, pueda relacionarse con esa idea de *control* sobre el acuerdo. Así, el control sobre las circunstancias del obligado tributario que el abuso parece requerir no estaría presente en determinados mecanismos estructurados al exigir exclusivamente una razonable expectativa de conciencia sobre la potencial asimetría híbrida y el resultado de doble no-imposición.

73 Aun conociendo que las situaciones de control van mucho más allá de la mera existencia del concepto tradicional de empresas asociadas o grupo, es conveniente recuperar las palabras de Weber reconociendo que una operación no puede ser entendida como artificiosa o artificial por el mero hecho de que las partes de la misma están vinculadas o asociadas, como no se puede entender que porque exista una vinculación entre las partes la intención del contribuyente es la del abuso (Weber, 2005: 191). *Vid.*, entre otras, la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de febrero de 2018, asuntos acumulados C-398/16 y C- 399/16, X BV y X NV*, paras 48-50, donde el TJUE implícitamente parece reconocer que las operaciones de grupo no pueden entenderse por sí mismas abusivas.

74 Como bien recuerda Calderón Carrero, «la "jurisprudencia comunitaria" no permite cuestionar operaciones intragrupo (financieras o de otra naturaleza) de las que resulte una ventaja fiscal significativa, cuando se trata de transacciones genuinas (no ficticias) dotadas de realidad económica (v.gr., que poseen efectos jurídicos y económicos o motivos comerciales)» (Calderón Carrero, 2021: 11). Prosigue este autor aludiendo a que «la práctica internacional revela cómo en determinados casos la operación se realiza por razones comerciales y se estructura considerando de forma especialmente intensa el 'factor fiscal' sin que ello se haya considerado abusivo» (Calderón Carrero, 2021: 12).

la concurrencia de determinados mecanismos estructurados, no se justifica por la prevención del abuso o la lucha contra prácticas abusivas atendiendo al estándar marcado por el TJUE⁷⁵.

4.3.2. Reparto equilibrado del poder tributario

Aun encontrando previamente menciones expresas en la jurisprudencia del TJUE⁷⁶, se consideró posteriormente que el reparto equilibrado del poder tributario podía admitirse como justificación para una restricción de una Libertad fundamental «siempre que el objetivo del régimen de que se trate sea evitar *comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio*» (énfasis nuestro)⁷⁷. En cierta medida, esta justificación parecería relacionarse con la idea fuerza de *hacer tributar las rentas o el beneficio allí donde se ha generado y se ha creado valor* que, aparentemente y aun con toda su indefinición, ha informado a todo el Proyecto BEPS de la OCDE⁷⁸, así como a las principales iniciativas de la Unión Europea en la materia⁷⁹ (Bizioli, 2017:174).

Una comparación que permite ahora analizar si las reglas de coordinación se identificarían con un tan ambicioso como indefinido objetivo. Las reglas de coordinación, atendiendo a su propia naturaleza y configuración en la forma de reglas primarias y secundarias, no tienen por objeto proteger un ejercicio o mantenimiento de la potestad tributaria de los Estados con respecto a actividades desarrolladas en su territorio (Tomazela Santos, 2015a: 174), sino conseguir que determinados rendimientos tributen al menos en alguno de los Estados involucrados en la operación o estructura de financiación, independientemente de dónde se produzca esta tributación⁸⁰. En este sentido, las reglas de coordinación, incluyendo aquella reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS, en realidad niegan la relación de las rentas, rendimientos y operaciones y su respectiva tri-

75 Una realidad que podría verse alterada si se permitiera al obligado tributario la demostración de que ese pago de intereses y el gasto financiero que representan «responden a operaciones reales y veraces y no sobrepasen los límites normales». Vid., SIAT (C-318/10), para. 42. Vid., aludiendo a esta posibilidad en genérico, Tomazela Santos, 2015: 181.

76 Vid., Marks & Spencer, VC-446/03, paras. 43-46. Cabe destacar que en este pronunciamiento «la necesidad de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros fue considerada en relación con otros dos elementos de justificación, basados en los riesgos de duplicidad de pérdidas y de evasión fiscal» (énfasis nuestro). Vid., Oy AA, C-231/05, para. 51.

77 Vid., SGI (C-311/08), para. 60 y jurisprudencia allí citada. Vid., igualmente, Lexel (C-484/19), para. 59.

78 Vid., OCDE, 2013: 51.

79 Vid., en entre otras, ATAD, Preámbulo, considerando 1; y *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales* [COM(2015) 302 final], p. 6.

80 En efecto, las reglas de coordinación primarias y secundarias tienen por objeto único la eliminación de resultados de doble no-imposición haciendo tributar las rentas con independencia del Estado en que esta tributación se produzca. Cabe recordar igualmente que la aplicación de una regla previa en el estado de residencia del perceptor de rendimientos, negando así una potencial exención sobre los mismos y evitando el resultado de doble no-imposición, eliminaría la asimetría híbrida y una regla primaria como la reconocida en la regla del artículo 15 bis 1 LIS devendría inoperativa. Sirva esta realidad de ejemplo para confirmar la indiferencia de las reglas de coordinación (primarias, secundarias y previas) con respecto a la localización de la tributación de los rendimientos. Vid., *supra* n. 6.

butación con un determinado territorio al ser irrelevante el lugar donde se produce esa tributación⁸¹.

Recuperando la idea del *derecho de un Estado a ejercer su competencia fiscal*, y desde la perspectiva estrictamente unilateral que debe presidir el análisis de esta justificación, debe comprenderse que el Estado que aplica una regla de coordinación no sometería a gravamen el rendimiento en ausencia de una *asimetría híbrida*. En este sentido, cabe cuestionar si la existencia de *asimetría híbrida* y ese resultado de doble no-imposición altera en medida alguna la capacidad de gravamen del Estado sobre una operación o rendimiento que, por aplicación de su propia normativa, no sometería a tributación o reduciría esta⁸². La ausencia del artículo 15 bis 1 LIS y, concretamente, la ausencia de una asimetría híbrida y un resultado de doble no-imposición, supondría la plena deducibilidad del gasto derivado de la satisfacción de un rendimiento en la forma de intereses. Así, es necesario comprender que la deducibilidad del gasto asociado a un rendimiento en la forma de intereses supone el ejercicio de la potestad de gravamen del Estado en términos de no imposición para la modulación y correcta determinación de la base imponible de la sociedad pagadora en atención a su capacidad económica. Un extremo que no se ve alterado por la mayor o menor (o nula tributación) de ese rendimiento en sede de otra sociedad radicada en otro Estado (*país o territorio*) (Thömmes y Linn, 2014: 34)⁸³.

En puridad, la doble no-imposición derivada de la utilización de instrumentos financieros híbridos no se relaciona en modo alguno con una privación a uno o varios Estados de su capacidad de ejercer sus potestades de gravamen y someter a tributación determinadas actividades y rentas. Muy al contrario, y una vez más, ese resultado de doble no-imposición deriva del debido ejercicio de la potestad de gravamen de todos los Estados relacionados con la operación de financiación, siendo ambos Estados igualmente responsables de ese resultado de doble no-imposición transfronterizo por la debida (y paralela) aplicación de su propia normativa⁸⁴. Las reglas de coordinación no persiguen asegurar que los Estados miembros ejerzan su potestad de gravamen con respecto a actividades desarrolladas en su territorio, sino asegurar, como se recuerda en los trabajos preparatorios de la Directiva Anti-elusión, que las rentas *no escapan a*

81 Una realidad que se comprueba a través del juego de reglas previas, reglas primarias y reglas secundarias que traen causa directa e indirecta de la Acción 2 del Proyecto BEPS y de las Directivas de la Unión Europea. *Vid.*, *supra* n. 80. *Vid.*, igualmente, RDL 4/2021, Preámbulo, II.

82 En este sentido, Benítez Régil entiende que las reglas de coordinación no buscan gravar actividades que se han desarrollado en el territorio dado que en ausencia de la asimetría híbrida o desajuste esas actividades no se someten a tributación (Benítez Régil, 2016: 241).

83 En este punto es interesante recuperar la reflexión de Snell en la que reconoce que la recaudación por parte de un Estado de ningún modo protege los intereses recaudatorios de otro (Snell, 2007: 365). Aun planteado en términos de recaudación, esta reflexión puede extrapolarse a este análisis al encontrarse la esencia de las reglas de coordinación en una cuestión de recaudación, independientemente de dónde se produzca esta.

84 *Vid.*, *supra* secs. 3.1.1 y 3.1.2.

*tributación (o tributan a un muy bajo nivel)*⁸⁵. En este mismo sentido, el Preámbulo del RDL 4/2021 identifica las reglas de coordinación con una «acción normativa inmediata para eliminar o combatir la *evasión fiscal que se produce cuando determinados contribuyentes sometidos a dos jurisdicciones fiscales distintas se benefician de un tratamiento fiscal dispar o no coordinado entre las mismas erosionando así las bases imponibles correspondientes* [...] [afirmando asimismo que dicha erosión de las bases imponibles] *limita la capacidad recaudatoria de los Estados*» (énfasis nuestro)⁸⁶. A estos efectos, y aun con el matiz que requeriría, cabe señalar que el TJUE ha negado recientemente la posibilidad de esgrimir el mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados para justificar una medida nacional que tenía por objeto *impedir la erosión de la base imponible* de un determinado Estado miembro en relación con una planificación fiscal vinculada a una deducción de gastos por intereses transfronterizos⁸⁷.

Atendiendo a todo lo anterior, las reglas de coordinación, y por extensión la regla del artículo 15 bis 1 LIS, simplemente no encajan en el concepto de reparto equilibrado del poder tributario entre Estados como razón imperiosa de interés general que justifique una restricción de las Libertades fundamentales en términos de discriminación⁸⁸.

Aun con todo, y con el propósito de completar este análisis, el TJUE ha valorado el reparto equilibrado del poder como justificación en conjunción con otras justificaciones como la prevención del abuso o la lucha contra prácticas abusivas⁸⁹, aun cuando las medidas «no tengan por objeto específicamente los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, creados con la finalidad de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de actividades desarrolladas en el territorio nacional»⁹⁰. Sin embargo, y más allá de todo el debate doctrinal asociado (entre otros, Terra y Wattel, 2012: 925; Neyt y Peeters, 2014: 75), el propio TJUE ha negado esta posibilidad cuando no se pueda «invocar válidamente la justificación basada en la necesidad de mantener un reparto equilibrado de la potestad tributaria»⁹¹. Dado que la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS no permite invocar la justificación

85 Vid., *Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU* [SWD(2016) 6 final], p. 26. Aun en el contexto de la Acción 2 del Proyecto BEPS, Beneítez Régil acertadamente entiende que al reconocerse que la renta debe gravarse en algún lugar (*somewhere*), independientemente de la jurisdicción en la que ocurra, se niega la conexión que debe existir entre la renta y la jurisdicción que grava (Beneítez Régil, 2016: 242). Vid., en este mismo sentido, Parada, 2018: 340. Vid., con respecto al denominado *taxation no-matter-where approach* al que responderían las reglas de coordinación, Martínez Laguna, 2019: 350.

86 Vid., RDL 4/2021, Preámbulo, III.

87 Vid., Lexel (C-484/19), para. 67. El TJUE reconoce expresamente que «según los trabajos preparatorios relativos a la cláusula de excepción, esta tiene expresamente como objetivo impedir la erosión de la base imponible sueca que podría producirse como resultado de la planificación fiscal vinculada a la deducción de los gastos por intereses en una situación transfronteriza. Sin embargo, ese objetivo no puede confundirse con la necesidad de mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros».

88 Vid., *supra* n. 78.

89 Vid., SGI (C-311/08), para. 66; y SIAT (C-318/10), paras. 46-47.

90 Vid., Lexel (C-484/19), para. 75.

91 Vid., Lexel (C-484/19), para. 76.

del reparto equilibrado de la potestad tributaria como se acaba de analizar, no se podría invocar de forma conjunta con la justificación de prevención del abuso, y ello aun en el supuesto de que no concurrieran *montajes puramente artificiales carentes de realidad económica*.

4.3.3. La Coherencia del sistema tributario

Atendiendo al plan trazado, resta ahora analizar la coherencia del sistema tributario como razón imperiosa de interés general que permita justificar la restricción de las Libertades fundamentales que implica la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS. La coherencia *del* sistema tributario como justificación descansaría, en principio, sobre la pretensión de que la ausencia de tributación por reducciones de la base imponible se vea compensada con incrementos correlativos en el seno de un mismo sistema tributario (Terra y Wattel, 2012: 932)⁹². En este sentido, se ha recordado que el TJUE a efectos de la coherencia del sistema tributario «ha exigido que, *respecto del propio sujeto pasivo y para el mismo impuesto*, el régimen tributario controvertido debe [...] crear una *relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y un gravamen fiscal determinado*» (énfasis nuestro)⁹³. Así, el propio TJUE ha reconocido la imposibilidad de invocar esa coherencia del sistema por una falta de esa *relación directa* ante «*impuestos distintos o [...]un] trato fiscal de sujetos pasivos distintos*»⁹⁴, así como ante «dos Impuestos distintos que gravan a sujetos pasivos diferentes»⁹⁵.

A este respecto, debe recordarse que la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS tiene por objeto evitar un determinado resultado de doble no-imposición que se pone de manifiesto en el seno de *dos obligados tributarios* por la aplicación de *dos impuestos diferentes en los dos Estados* donde se residen estos, no cumpliendo así los requisitos del TJUE con respecto a esta justificación y este tipo de rendimientos⁹⁶. Y ahondando en esta realidad, debe negarse la *relación*

92 Vid., *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de 28 de enero de 1992, *Bachmann*, C-204/90, paras. 21 *et seq.* En este sentido, se reconoce que la concepción de «[l]a coherencia [...] [del] régimen tributario [...] corresponde a cada Estado». *Id.*, para. 23. Una coherencia que tradicionalmente se ha relacionado con sistemas de diferimiento de tributación o mecanismos de reintegración de pérdidas. Vid., en este sentido, *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, para. 47, donde se indica con respecto a *Bachmann* que «la posibilidad que ofrecía la legislación belga a las personas físicas de deducir de sus ingresos imponibles las primas abonadas en el marco de contratos de seguro de vida –lo que equivalía en definitiva a la no imposición de los ingresos destinados al pago de estas primas– se basaba en la justificación de que el capital constituido mediante estas primas era posteriormente gravado una vez recibido por sus beneficiarios». Vid., con respecto a mecanismos de reintegración de pérdidas y coherencia, *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de 23 de octubre de 2008, *Krankenheimer*, C-157/07, paras. 42-43.

93 Vid., *Conclusiones del Abogado General Wathelet*, de 17 de marzo de 2016, C-123/15, *Max-Heinz Feilen*, para. 57.

94 Vid., *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de 18 de septiembre de 2003, *Bosal*, C-168/01, para. 30 y la jurisprudencia allí referenciada.

95 Vid., *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, para. 40. Vid., igualmente, *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de 24 de febrero de 2015, *Grünwald*, C-559/13, paras. 48 y 49.

96 Vid., con respecto a la deducibilidad de rendimientos y a coherencia del sistema y entre otras, *Euwings* (C-294/97), para. 42; y *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00), para. 42.

directa que exige la justificación entre la deducibilidad del gasto en sede de la entidad española y una potencial tributación en sede del perceptor del rendimiento⁹⁷.

Y ello puede entenderse en mejor medida atendiendo a la propia naturaleza del gasto y la razón de su deducibilidad. En este sentido, la deducibilidad del gasto asociado a la satisfacción de un rendimiento (i.e. intereses) no se corresponde con una *ventaja fiscal* en medida alguna como exigiría la justificación⁹⁸, sino que es la debida consecuencia tributaria por incurrir en un gasto real y necesario para el desarrollo de la actividad económica de la sociedad. Así, la satisfacción de intereses se relaciona con la actividad económica de la sociedad y, directa o indirectamente, con una futura (y potencial) generación de ingresos que serán potencialmente sometidos a gravamen en el seno del propio pagador de esos intereses. En su caso, podría incluso entenderse que la coherencia del sistema tributario está garantizada en el seno del mismo contribuyente atendiendo a esta realidad y más allá de que, de nuevo, deba negarse una pretendida coherencia atendiendo al (menor o nulo) nivel de tributación en sede de otro contribuyente⁹⁹. Con todo lo anterior, la coherencia del sistema tributario tampoco podría entenderse como razón imperiosa de interés general a los efectos aquí analizados.

Como ha podido apreciarse a lo largo de toda esta sección, y en atención a la actual jurisprudencia del TJUE, no existe razón imperiosa de interés general que justifique la restricción de las Libertades Fundamentales en términos de discriminación que supone la regla primaria reconocida en el artículo 15 bis 1 LIS¹⁰⁰.

5. La incompatibilidad del artículo 15 bis 1 LIS con los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España – un apunte

Como ya se ha tenido ocasión de anunciar, es momento ahora de analizar si la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS es compatible con aquellos convenios

97 *Vid.*, con todo matiz posible, Eurowings (C-294/97), para. 43, donde se reconoce en términos de coherencia que una «diferencia de trato tampoco puede estar justificada por el hecho de que el arrendador establecido en otro Estado miembro esté sometido en él a una carga fiscal menor». Bundgaard acertadamente considera que, en términos generales, la deducción en sede del pagador de rendimientos no se hace depender de una esperada tributación bien sea en sede de la misma u otra sociedad (Bundgaard, 2017: 258).

98 *Vid.*, *supra* n. 93.

99 *Vid.*, *supra* n. 97.

100 Aun existiendo motivos para negar que las reglas de coordinación satisfagan los requisitos de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto que parcialmente configuran el *test* de proporcionalidad acuñado por el TJUE en el seno de su *Rule of reason* (*vid.*, *supra* n. 43) (Tomazela Santos, 2015: 191-193), cabe ahora destacar brevemente que las mismas tampoco colmarían el criterio de *necesidad*. Si este criterio de necesidad se identifica con que la medida tributaria nacional debe ser la menos restrictiva de las Libertades fundamentales entre todas las alternativas posibles (Tomazela Santos, 2015: 191), el carácter automático de la regla de coordinación impediría al obligado tributario probar, por ejemplo y entre otras cuestiones, la inexistencia de un potencial abuso en relación con la artificialidad de la operación. En este sentido, Panayi entiende que la mecánica naturaleza de las reglas de coordinación no satisface el *test* de proporcionalidad del TJUE (Panayi, 2015: 206).

que prevean una cláusula de no discriminación en consonancia con aquella reconocida en el artículo 24.4 del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE). Este artículo 24.4 MCOCDE reconoce que

«A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, *los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. [...]*» (énfasis nuestro).

En síntesis ahora, este artículo 24.4 MCOCDE, presente con la misma o similar literalidad en la red de convenios española a los efectos que aquí interesan¹⁰¹, impide la denegación de la deducibilidad de determinados pagos (e.g. intereses) en la determinación de la base imponible de la sociedad pagadora por motivo de la residencia del perceptor en el otro Estado contratante, reconociéndose así su debida deducibilidad *en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente en el Estado* contratante donde radica el pagador¹⁰². Un artículo que requeriría, una vez más, un análisis de comparabilidad entre situaciones domésticas y transfronterizas, así como la identificación de una *desventaja* o trato menos favorable para la situación transfronteriza frente a la doméstica comparable (Bammens y Vanistendael, 2017: 1.2.1.1).

En términos de comparabilidad, la regla del artículo 15 bis 1 LIS supone la denegación de la deducibilidad de determinados rendimientos en sede de la entidad pagadora por un diferente tratamiento otorgado a los mismos en sede del perceptor de rendimientos residenciado en el otro Estado contratante y que, a su vez, implique una ausencia de ingreso o genere un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica (i.e. no inclusión)¹⁰³.

El artículo 24.4 MCOCDE tiene por objeto evitar situaciones de discriminación en sede de la entidad pagadora de rendimientos que se deriven de la *residencia* en el otro Estado contratante del perceptor de rendimientos¹⁰⁴. Sin embargo, es debido señalar que la discriminación prohibida por el artículo 24.4

101 Vid., entre muchos otros, artículo 23.3 del *Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Alemania para evitar la Doble Imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio*; artículo 25.4 del *Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y Protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986*; artículo 23.3 del *Convenio entre el reino de España y Malasia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 24 de mayo de 2006*. (B.O.E. del 13 de febrero de 2008);

102 Aun conocidas las diferencias y la compleja transferencia de argumentos de un nivel a otro, el análisis de discriminación (y comparabilidad) que ahora se va a desarrollar no va a (re)incidir en determinados aspectos y reflexiones que ya se han realizado en el análisis de discriminación en el seno de la Unión Europea, haciéndose, cuando corresponda, las oportunas referencias. Vid., *supra* sección 4.2.

103 Vid., *supra* nn. 17, 34 y 35.

104 Vid., aun con toda la crítica que merecería una remisión a los comentarios del MCOCDE, MCOCDE (2017), *Comentarios al artículo 24*, p. 405 (para. 1).

MCOCDE no solo se relacionaría con una discriminación de carácter directo basada en un criterio de residencia¹⁰⁵, sino igualmente con una discriminación basada en criterios inherentemente relacionados con la residencia (*disguished discrimination* o discriminación encubierta) (Marchgraber y Dziurdz, 2015: 11, entre otros)¹⁰⁶. Atendiendo al hecho de que la *asimetría híbrida* (i.e. D/Ni derivada de un conflicto de calificación) y, en definitiva, la aplicación de la regla del artículo 15 bis 1 LIS es exclusivamente viable en situaciones de carácter transfronterizo y que ambas se derivan de la debida aplicación de la norma del otro Estado contratante donde el perceptor de rendimientos es residente, cabe afirmar que existe una inherente relación entre la no inclusión de los rendimientos y la residencia del perceptor.

Así, atendiendo a su propia naturaleza y fundamento, la regla del artículo 15 bis 1 LIS vincularía su aplicación a la diferente residencia del perceptor del pago, no resultando de aplicación a una situación doméstica comparable en la que el perceptor de rendimientos en la forma de intereses y satisfechos por la misma sociedad radique en el mismo Estado. En definitiva, puede entenderse que la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS dispensaría un diferente trato a la situación transfronteriza bien sea por la propia residencia del perceptor de los pagos en el otro Estado contratante (i.e. discriminación directa) o por el conflicto de calificación y resultado de doble no-imposición que derivaría de la debida aplicación de la normativa reconocida en el sistema tributario del otro Estado contratante. Una aplicación de la normativa que se derivaría de la condición de residente del perceptor de los pagos en este último estado (i.e. discriminación encubierta)¹⁰⁷.

Atendida esta posible realidad, y más allá de las consideraciones realizadas en *supra* sección 4.2., cabe hacer un breve apunte con respecto al trato desfavorable otorgado a la situación transfronteriza con respecto a aquella doméstica comparable, el cual se pondría de manifiesto en la determinación y cálculo de

105 Los comentarios al MCOCDE reconocen que «[l]as distintas disposiciones del artículo 24 impiden las diferencias de tratamiento fiscal basadas exclusivamente en ciertos motivos concretos». *Vid.*, MCOCDE (2017), Comentarios al artículo 24, p. 405 (para. 3). En este sentido, el artículo 24 (4) MCOCDE impediría un diferente tratamiento fiscal en sede del pagador de determinados rendimientos por motivo de la residencia del perceptor de los mismos (Rust, 2015b: 1720). *Vid.*, igualmente, Martín Jiménez, 2017: 797.

106 Esta discriminación encubierta se diferenciaría de la discriminación indirecta, la cual no encontraría amparo en el artículo 24 MCOCDE. Así, los comentarios al MCOCDE reconocen expresamente que «no deben forzarse indebidamente [...] las disposiciones [del artículo 24] para que incluyan la denominada discriminación "indirecta"». *Vid.*, MCOCDE (2017), Comentarios al artículo 24, p. 405 (para.1).

107 Aun negando la discriminación directa por motivo de residencia, y aun en su análisis de compatibilidad de la correspondiente regla en la Acción 2 del Proyecto BEPS con las Libertades fundamentales, Rust reconoce que, a pesar de la aparentemente neutral formulación, la diferencia de trato basada en la no tributación de rendimientos en sede de su perceptor constituye discriminación encubierta al ocurrir exclusivamente en situaciones transfronterizas (Rust, 2015: 313). *Vid.*, igualmente, *supra* sección 4.2.

la base imponible de la entidad que satisface los rendimientos¹⁰⁸. De nuevo, el artículo 24.4 MOCDE impone la deducibilidad por la satisfacción de determinados rendimientos transfronterizos *en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado* donde radica el pagador.

Este análisis de las *mismas condiciones* debe llevarse a cabo exclusivamente en sede de la entidad que satisface los pagos, no pudiendo verse influido en ningún caso por factores exógenos a la determinación de esa base imponible tales como la situación tributaria del perceptor de los rendimientos o el tratamiento tributario que se dispensa a estos en sede de ese perceptor¹⁰⁹. En este sentido, y como bien señala Rust, el análisis para determinar este trato desfavorable debe predicarse exclusivamente en sede del pagador de rendimiento sin atender al tratamiento tributario que se dispense a los rendimientos en el otro Estado (Rust, 2015b: 1684). Una vez más, el pago de intereses representa un gasto de actividad –aun financiero– necesario para la generación de ingreso futuro que, en el ámbito tributario, debe corresponderse con una minoración la base imponible del obligado tributario (i.e. deducibilidad) para la correcta definición y determinación de su capacidad económica.

Tal y como recuerda Bammens, la no discriminación se relaciona con el elemento horizontal de la capacidad económica, el cual requiere que aquellos hechos que se relacionen con la *misma situación* soporten la misma carga tributaria (Bammens, 2012: 22). La denegación de la deducibilidad por factores ajenos al obligado tributario residente del artículo 15 bis 1 LIS supondría la alteración de ese elemento horizontal del principio de capacidad económica. Y ello es debido a que, por virtud de esa regla primaria, se impone una diferente obligación tributaria a dos contribuyentes (i.e. sociedades residentes en España) que se encuentran en idéntica posición en el seno de un mismo ordenamiento tributario, salvo por el destino (y tratamiento) de los rendimientos. Y como bien señala Rust a los efectos de entender un trato diferenciado desfavorable, el tratamiento tributario de los rendimientos en el otro Estado contratante debe ser simplemente ignorado (Rust, 2015b: 1684).

En definitiva, se observa que la aplicación de la regla del artículo 15 bis 1 LIS supone un trato diferenciado y menos favorable para situaciones transfronterizas con respecto a situaciones domésticas comparables que, como se ha tenido oportunidad de concluir, es contrario a los Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España que reconozcan una cláusula de no discriminación con un tenor idéntico (o similar a los efectos que aquí interesan) al del artículo 24.4 MCOCDE.

108 Como bien señala Martín Jiménez, este artículo 24.4 MOCDE «presenta una peculiaridad relevante con respecto a otras disposiciones del CDI ya que *produce sus efectos frente al propio Estado de residencia de la entidad pagadora de la renta* [...] [por lo que] no se refiere a la tributación de la entidad no residente, *sino de la persona residente que realiza el pago*» (énfasis nuestro) (Martín Jiménez, 2017: 817). Por su parte, Rust reconoce que esta regla de no discriminación, al igual que el artículo 9 MOCDE y MONU, impone limitaciones con respecto al cálculo del beneficio doméstico (Rust, 2015: 1686).

109 Aun no estrictamente relacionado con el artículo 24. 4 MCOCDE, Edge elocuentemente reconoce que un rendimiento satisfecho por la misma razón y en la misma cuantía debe ser deducible en la determinación de la base imponible de la jurisdicción que se trate, independientemente de lo que ocurra fuera de ella (Edge, 2014: 319).

6. Conclusiones

El nuevo artículo 15 bis LIS ha supuesto la incorporación al ordenamiento español de las denominadas *reglas de coordinación*. Unas reglas de carácter doméstico y de aplicación unilateral y automática que permitirían evitar determinados resultados de doble no-imposición derivados de *asimetrías híbridas*. Entre las diferentes reglas contenidas en este nuevo precepto, esta contribución ha tenido por objeto el análisis de la regla de coordinación primaria prevista en el artículo 15 bis 1 LIS, la cual se relaciona con determinadas *asimetrías híbridas* derivadas de la utilización de instrumentos financieros híbridos transfronterizos. Y derivado de este análisis, se ha podido comprobar la existencia de tres desencadenantes o premisas de aplicación de la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS relacionadas con (i) la concurrencia de un instrumento financiero híbrido transfronterizo y su diferente calificación (o de sus rendimientos) en dos ordenamientos; (ii) un resultado de doble no-imposición en la forma de *deducción sin inclusión*; y (iii) una particular vinculación entre las partes del acuerdo de financiación o la concurrencia de un *mecanismo estructurado*.

Así, cabe destacar ahora que los instrumentos financieros híbridos se identifican con mecanismos ordinarios de financiación que responden a diferentes intereses y necesidades de las partes del acuerdo no solo desde la perspectiva societaria y económico-financiera, sino desde la perspectiva legal. Asimismo, se ha podido comprobar en el análisis que el resultado de doble no-imposición que puede derivarse de la utilización de estos instrumentos financieros híbridos, un resultado de carácter exclusivamente transfronterizo, se relaciona con la recta y debida aplicación de la normativa (i.e. mercantil, contable y tributaria) en todas las jurisdicciones involucradas en el acuerdo de financiación, siendo en definitiva esa doble no-imposición el resultado de unos ejercicios paralelos de soberanía.

Y más allá del detalle técnico del concepto de *deducción sin inclusión* considerado en la medida y en esta contribución, se ha tenido oportunidad de destacar el potencialmente amplio ámbito de aplicación de la regla de coordinación del artículo 15 bis 1 LIS. Si bien la norma presenta una vocación de aplicación limitada, asumiéndose solo en operaciones realizadas entre *personas o entidades vinculadas* o cuando concurra un *mecanismo estructurado*, se ha demostrado que la imprecisión, indeterminación e incluso indefinición en la conceptualización de esa *vinculación* y del propio *mecanismo estructurado* sería contrario a esa aparente y primaria intención.

Con respecto a los análisis de compatibilidad desarrollados a lo largo de esta contribución, se ha comprobado que la denegación de la deducibilidad de un gasto por virtud del artículo 15 bis 1 LIS a situaciones exclusivamente transfronterizas supone un trato desigual y menos favorable con respecto a situaciones domésticas comparables. Así, tanto en el marco del Derecho de la Unión Europea, como en el ámbito de los Convenios para evitar la Doble Imposición, se ha confirmado la comparabilidad de situaciones domésticas y transfronterizas y la discriminación que sufren estas últimas con respecto a las primeras. En el concreto ámbito de la Unión Europea, se ha demostrado igualmente que, atendiendo al estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Euro-

pea, no existe una razón imperiosa de interés general que justifique la restricción de las Libertades fundamentales en términos de discriminación que supone la regla de coordinación objeto de estudio.

En definitiva, la regla primaria del artículo 15 bis 1 LIS no solo presenta problemas de interpretación y aplicación desde un punto de vista técnico, sino que se han presentado consistentes razones para sostener que la medida es incompatible con normativa preexistente y de obligada observancia en relación con el Derecho primario de la Unión Europea y determinados Convenios para evitar la Doble Imposición suscritos por España.

7. Bibliografía

Allen, F. (1989), *The changing nature of debt and equity; a financial perspective*, 33 Conference Series; [Proceedings], pp. 12-48.

Bammens, N. y Vanistendael F. (2017), *Article 24: Non-Discrimination - Global Tax Treaty Commentaries*, Global Tax Treaty Commentaries, IBFD.

Bammens, N. (2012), *The Principle of Non-Discrimination in International and European Tax Law*, IBFD.

Barreiro Carril, M.C. (2019), «La controvertida base jurídica de la Directiva antielusion fiscal: Un análisis a la luz de las reglas de vinculación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 23, núm. 62, pp. 155-196.

Bärsch, S-E. (2012), *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-Border Context. Issues and Options for Reform*, Springer.

Benítez Régil, P. (2016), «BEPS Actions 2, 3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out?», *European Taxation*, vol. 56, núm. 6, pp. 230-245.

Bizioli, G. (2008), «Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation», *European Taxation*, vol. 48, núm. 3, pp. 133-140.

Bizioli, G. (2017), «Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence Over the Single Market?», *EC Tax Review*, vol. 26, núm. 3, pp. 167-175.

Brown, P. (2012), *General Report*, en *The Debt-Equity Conundrum*, IFA-Cahiers de droit fiscal international vol. 97b, pp. 17-43

Bundgaard, J. (2010), «Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives - Part 2», *European Taxation*, vol. 50, núm. 11, pp. 490-500.

Bundgaard, J. (2017), *Hybrid Financial Instruments in International Tax Law*, Kluwer Law International.

Calderón Carrero, J.M. (2021), «Medidas limitadoras de la erosión de bases imponibles a través de préstamos intragrupo y su compatibilidad con el Derecho de la UE: la doctrina del TJUE en el caso Lexel», *Quincena Fiscal*, núm. 5, versión electrónica.

COM (2015) 302 final, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, of 17 June 2015, on A Fair and Efficient Corporate Tax system in the European Union: 5 Key Areas for Action*.

COM (2016) 26 final, *Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*.

COM (2016) 687 final, *Proposal for a Council Directive of 25 October 2016 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*.

Danon et al (2021), «The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases», *Intertax*, vol. 49, núm. 6/7, pp. 482-516.

De Broe, L. (2008), *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD.

De Broe, L. (2014), «At last, Some Output on the Fight against Double Non-Taxation», *EC Tax Review*, vol. 23, núm. 6, pp. 110-112.

De Graaf, A., y Visser, K-J. (2016), «ATA Directive: Some Observations regarding Formal Aspects», *EC Tax Review*, vol. 25, núm. 4, pp. 199-210.

De Spiegeleer, J., Schoutens, W. y Van Hulle, C. (2014), *The Handbook of hybrid securities. Convertible Bonds, CoCo Bonds and Bail-in*, Wiley Financial Series, Wiley.

Di Maria, J. (2015), «Comparability in the case of Hybrid Mismatch: In search of an Approach Suitable for the Current European Landscape», en *Non Discrimination in European and Tax Treaty Law* (Dziurdz, K y Marchgraber, C., eds. Linde), pp. 63-86.

Dourado, A.P. (2015), «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6», *Intertax*, vol. 43, núm. 1, pp. 42-57.

Duncan, J.A. (2000), *General Report*, en *Tax Treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions*, IFA-Cahiers de droit fiscal international vol. 85a, pp. 21-34.

Edge, S. (2014), «Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform – Tax Arbitrage with Hybrid Instruments», *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, núm. 6/7, pp 318- 20.

Gullifer, L. and Payne, J. (2011), *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, Hart Publishing.

Hariton, D.P. (1994) *Distinguishing between Equity and Debt in the New Financial Environment*, *Tax Law Review* 49, pp. 449-524.

Harris, P.A. (2017), «Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements», en *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries* (A. Trepelkov, H. Tonino, and D. Halka eds., 2ªed, United Nations), 215-329.

Helminem, M. (2015), «EU Law Compatibility of BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements», *British Tax Review*, núm. 3 (special issue), pp. 325- 339.

HJI Panayi, C. (2015), *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Hart Publishing.

Kofler, G y Tumpel, M. (2007), «Double Taxation Conventions and European Directives in the Direct Tax Area», en *Tax Treaty Law and EC Law* (Lang, M. et al., eds., Linde), pp. 191-226.

Krahmal, A. (2005), *International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*, *Houston Business and Tax Law Journal* 5, pp. 98-127.

López Ribas, S. (2018), «Asimetrías híbridas», en *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea* (J.M. Almudí Cid, J. Ferreras Gutiérrez, P.A. Hernández González-Barreda, dirs., Aranzadi), p. 221-241.

Marchgraber, C. (2014), «Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission», *European Taxation*, vol. 54, núm. 4, pp. 133-142.

Marín Benítez, G. (2010), «Deber de contribuir, principio de legalidad y planificación fiscal: a propósito de la doctrina del TEAC sobre adquisiciones intra-grupo apalancadas», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 327, pp. 5-34.

Marín Benítez, G. (2013), *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Lex Nova – Thomson reuters.

Marqués Sevillano, J.M. y Sanchís Arellano, A. (2009), *Los instrumentos financieros en los recursos propios de las entidades financieras: naturaleza y cambios tras la crisis financiera*, *Estabilidad financiera* 17, pp. 57-72.

Martín Jiménez, A. (2017), «No discriminación», en *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea* (N. Carmona Fernandez, coord., CISS), pp. 797-827.

Martínez Laguna, F.D. (2019), *Hybrid Financial Instruments, Double Non-taxation and Linking Rules*, Kluwer Law International.

Mason, R. (2006), «A Theory of Tax Discrimination», *Jean Monnet Working Paper* 09/06.

Meussen, G. (2017), «Thin Capitalization Rules and Corresponding Tax Exemptions: All or nothing», *European Taxation*, vol. 57, núm. 11, pp. 508-511.

- Neyt, R., y Peeters, S. (2014), «Balanced Allocation and Coherence: Some Thoughts in Light of Argenta and K», *EC Tax Review*, vol. 23, núm. 2, pp. 64-75
- OCDE (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements. Tax Policy and Compliance Issues*. OECD Publishing.
- OCDE (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing
- OCDE (2014), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing
- OCDE (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 - Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing
- Parada, L. (2018), *Double Non-taxation and the Use of Hybrid Entities. An Alternative Approach in the New Era of BEPS*, Kluwer Law International.
- Ring, D. (2012), *United States, en The Debt-Equity Conundrum*, IFA-Cahiers de droit fiscal international vol. 97b, pp. 771-791.
- Ring, D.M. (2002), «One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage», *Boston College Law Review*, vol. 44, núm. 1, pp. 79-175.
- Rust, A. (2015), «BEPS Action 2: 2014 Deliverable-Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements and its Compatibility with the Non-discrimination Provisions in Tax Treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union», *British Tax Review*, núm. 3 (special issue), pp. 308-324
- Rust, A. (2015b), «Article 24. Non-Discrimination», en *Klaus Vogel on Double Tax Conventions* (E. Reimer and A. Rust, eds., 4ª ed. Kluwer Law International), pp.1657-1734.
- Schmidt, M. (2013), «Equity and Liabilities – A Discussion of IAS 32 and a Critique of the Classification», *Accounting in Europe*, vol. 10, núm. 2, pp. 201-222.
- Schön, W. (2016), «Free Movement of Capital and Freedom of Establishment», *European Business Organization Law Review*, vol. 17, núm. 3, p. 229-260.
- Schön, W. et al (2009), *Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper series No. 09-09.
- Snell, J. (2007), «Non-discriminatory tax obstacles in community law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, núm. 2, pp. 339-370.
- SWD(2016) 6 final, *Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti Tax Avoidance Package: Next Steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU* {COM(2016) 23 final.
- Schoueri, L.E. y Galdino, G. (2018), «Action 2 and the Multilateral Instrument: Is the Reservation Power Putting Coordination at Stake?», *Intertax*, vol. 46, núm. 2, pp. 104-114.

Szudoczky, R. (2014), *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*, IBFD.

Terra, B.J.M. y Wattel, P.J. (2012), *European Tax Law*, 6th ed., Kluwer Law International.

Thömmes, O., y Linn, A. (2014), «The new German DCL and dividend matching rules and EU Law», *Intertax*, vol. 42, núm. 1, pp. 28-35.

Tomazela Santos, R. (2015), «Prevention of Hybrid Mismatches as a Justification?», en *Non Discrimination in European and Tax Treaty Law* (Dziurdz, K y Marchgraber, C., eds. Linde), pp. 163-194.

Weber, D. (2005), *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International (Eucotax Series).

Weber, D. (2006), «In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC», *Intertax*, vol. 34, núm. 12, pp. 585-616.