

LAS NUEVAS NORMAS ANTI-HÍBRIDOS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2021, DE 9 DE MARZO: POSIBLES PROBLEMAS DE COMPATIBILIDAD CON LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Alejandro Zubimendi Cavia

Profesor de Derecho financiero y tributario

Universidad Complutense de Madrid (España)

Title

The new linking rules introduced by Real Decreto-Ley 4/2021, of march 9, 21: possible compatibility problems with the fundamental freedoms of The European Union

Resumen

Las normas anti-híbridos, destinadas a combatir los resultados de doble no imposición derivados de la interacción de diferentes sistemas fiscales, fueron incorporadas, como resultado de los trabajos desarrollados por la OCDE en el marco del proyecto BEPS, en la Directiva Anti-Elusión Fiscal. Recientemente, el legislador español ha transpuesto estas normas a través del Real Decreto-ley 4/2021. En la medida en que se trata de normas que por su naturaleza operan exclusivamente en el contexto transfronterizo, se plantean numerosas cuestiones en relación con su compatibilidad con las libertades fundamentales de la Unión Europea.

Palabras clave

Asimetrías híbridas, doble no imposición, instrumentos financieros híbridos, entidades híbridas, libertades fundamentales, Derecho de la UE, principio de no discriminación, fiscalidad internacional, BEPS, planificación fiscal agresiva, normas anti-abuso, Directiva Anti-Elusión Fiscal, Impuesto sobre Sociedades.

Abstract

Linking rules, aimed at combating double non-taxation outcomes resulting from the interaction of the different tax systems, were introduced in the

Anti-Tax Avoidance Directive as a result of the OECD BEPS project. Recently, Spanish lawmaker has transposed these rules through the Royal Decree-law 4/2021. To the extent linking rules apply solely to cross-border situations, several issues arise with regard to their compatibility with the EU fundamental freedoms.

Keywords

Hybrid mismatches, double non-taxation, hybrid financial instruments, hybrid entities, fundamental freedoms, EU law, non-discrimination principle, international taxation, BEPS, aggressive tax planning, anti-avoidance rules, Anti-Tax Avoidance Directive, corporate income tax.

Fecha de recepción: 1-07-2021/Fecha de aceptación: 24-09-2021/ Fecha de revisión: 31-03-2022

Cómo referenciar: Zubimendi Cavia, A. (2022). Las nuevas normas anti-híbridos introducidas por el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo: posibles problemas de compatibilidad con las libertades fundamentales de la Unión Europea. *Revista Técnica Tributaria* (136), 79- 142

SUMARIO

1. Introducción
 2. Los efectos de la ley extranjera en la ley nacional: las asimetrías híbridas como paradigma de la doble no imposición
 3. Reacciones supranacionales frente a las asimetrías híbridas: el Proyecto BEPS y la Directiva Anti-Elusión Fiscal
 4. Las reglas anti-híbridos y las libertades fundamentales de la Unión Europea
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. Identificación de la libertad aplicable
 - 4.3. El concepto de restricción prohibida de las libertades comunitarias y la doble no imposición
 - 4.4. La comparabilidad: un debate ilusorio
 - 4.5. Posibles causas de justificación
 - 4.6. Conclusión
 5. Las normas anti-híbridos en el ordenamiento español
 - 5.1. Primeras reacciones en el ordenamiento español frente a las asimetrías híbridas
 - 5.2. La transposición de las normas anti-híbridos de la Directiva Anti-Elusión Fiscal: el Real Decreto-ley 4/2021
 6. Reflexiones finales: la interacción de las normas anti-híbridos españolas con la Directiva Anti-Elusión Fiscal en sus distintas etapas de implementación
- Bibliografía

Este trabajo ha obtenido un *Accésit* en la modalidad docente investigador de la XXIII Edición del Premio AEDAF 2021.

1. Introducción

El presente trabajo tiene un doble objetivo. El primero es presentar y explicar las implementaciones de las normas anti-híbridos en el ordenamiento español. En este sentido, muy recientemente han sido transpuestas en el ordenamiento español, a través del Real Decreto-ley 4/2021 sobre asimetrías híbridas¹, las normas anti-híbridos establecidas en la Directiva Anti-Elusión Fiscal (en adelante, Directiva ATAD, por sus siglas en inglés)². El segundo objetivo es analizar las normas anti-híbridos a la luz del Derecho primario de la Unión Europea, en la medida en que tales normas son aplicables únicamente en el contexto transfronterizo, por lo que se plantean numerosos interrogantes sobre la compatibilidad de dichas normas con el ejercicio de las libertades fundamentales.

La primera parte de este trabajo trata sobre las causas que dan origen a las asimetrías híbridas y sobre las consiguientes las reacciones que han tomado las organizaciones internacionales con el objeto de combatir dicho fenómeno. Así, la OCDE, a través del Proyecto sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (Proyecto BEPS, por sus siglas en inglés), y la UE, a través de la Directiva Anti-Elusión Fiscal, han diseñado una serie de *normas vinculadas (linking rules)* a tal efecto. El núcleo del presente trabajo está dedicado a analizar la compatibilidad de dichas normas con las libertades fundamentales consagradas en el Derecho primario de la UE. Por último, se analiza específicamente la batería de normas anti-híbridos incorporadas en el ordenamiento español, a través del Real Decreto-ley 4/2021.

2. Los efectos de la ley extranjera en la ley nacional: las asimetrías híbridas como paradigma de la doble no imposición

El presupuesto de hecho de cualquier norma tributaria interna viene determinado por una serie de reglas de calificación que lo definen. Estas reglas de calificación pueden remitir únicamente a las definiciones (jurídico-privadas o de otras ramas del Derecho) del ordenamiento jurídico interno, o adicional-

1 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 (BOE número 59, de 10 de marzo de 2021).

2 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.

mente la calificación puede vincularse al régimen tributario en otro país³. El problema surge cuando el presupuesto de hecho de la norma tributaria que regula el régimen fiscal de un instrumento se remite exclusivamente a las definiciones del ordenamiento jurídico nacional, ya que la norma tributaria queda aislada del resto de sistema fiscal internacional, quedando a merced de sus propias definiciones, que no tienen por qué ir alineadas con las definiciones de otros ordenamientos tributarios⁴. Con el resultado de que cuando un instrumento jurídico tiene implicaciones transfronterizas el régimen fiscal aplicable en cada país puede ir completamente desalineado y generar resultados de doble imposición o doble no imposición que a nivel puramente interno no se producirían.

La necesidad de articular reglas que vinculen el presupuesto de hecho de una norma tributaria nacional con los efectos de la ley extranjera por lo general ha sido más intensa en el contexto de la doble imposición internacional. Fundamentalmente para mantener la competitividad de las empresas transfronterizas y fomentar así la internacionalización comercial. Por el contrario las normas tributarias nacionales de no sujeción, de exención o de deducción, en muchos casos, no estaban supeditadas, más allá de a un requisito de tributación nominal adecuado, a un nivel de tributación efectivo en el extranjero con respecto de las situaciones transfronterizas.

Así, muchas de estas normas nacionales de exención (o de no sujeción o de deducción), en la medida en que su presupuesto de hecho no está vinculado a los efectos de la ley extranjera, son susceptibles de producir resultados de doble

3 Cuando un instrumento no tiene implicaciones transfronterizas es evidente que las reglas de calificación que definen el presupuesto de hecho de una norma tributaria no van a incorporar el régimen fiscal aplicable en el extranjero. Así, la regla de calificación en el régimen de entidades en atribución de rentas se remite únicamente a las definiciones nacionales cuando la entidad es española. No obstante, cuando la entidad es extranjera la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) parece inferir que la calificación se hace depender esencialmente del régimen fiscal extranjero; véase al respecto la Resolución de la DGT de 6 de febrero de 2020 sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2020, pp. 13738-13742) y, por todas, la Consulta de la DGT V3557-15. De la misma forma, la exención del artículo 21 de la LIS es aplicable a los pagos que sean definidos como dividendos en el ordenamiento interno. Sin embargo, cuando el dividendo es transfronterizo, se exige adicionalmente que dicho pago no haya sido deducible en la jurisdicción del pagador.

4 West (1996), p. 149, ha distinguido brillantemente entre «usos interpretativos de la ley extranjera» frente a los «usos fácticos de la ley extranjera». Así, toda calificación conforme a una ley extranjera a los efectos de aplicar una ley nacional supone una suerte de *uso interpretativo de la ley extranjera*; la cual, salvo evidencia clara de que las categorías jurídicas del país extranjero están alineadas con la política fiscal y los objetivos de la ley nacional, conviene no implementar. Por el contrario, el *uso fáctico de la ley extranjera* se da cuando las normas hacen depender sus consecuencias jurídico-tributarias nacionales de los efectos tributarios de la ley extranjera, es decir, de supuestos fácticos (en forma de consecuencias tributarias) acaecidos en otro país. El *uso fáctico de la ley extranjera* en ocasiones sí es recomendable para alinear los efectos tributarios conjuntos de varios países a la capacidad económica del contribuyente y a las políticas fiscales de competitividad de un país, y por tanto evitar situaciones de doble imposición y de doble no imposición. Y ello sin perjuicio de que el presupuesto de hecho de una norma vinculada deba ser interpretado conforme a las categorías jurídicas nacionales. El paradigma de tal situación es el caso *Biddle v. Commissioner*, 302 U.S. 573 (1938). En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos acepta un uso fáctico de la ley extranjera (en este caso la aplicación de un crédito fiscal por el impuesto pagado en el extranjero) pero rechaza un uso interpretativo de la ley extranjera (ya que el término «pagado» que conforma el presupuesto de hecho de la norma americana sobre el crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero requería que fuera interpretado conforme a la legislación y usos americanos, y no conforme a la legislación extranjera). Para un análisis pormenorizado de este caso, véase West (1996), pp. 153-157.

no imposición cuando el contribuyente estructura sus operaciones transfronterizas mediante la utilización de vehículos o estructuras de naturaleza híbrida.

Los instrumentos o estructuras híbridas son instrumentos cuyos caracteres jurídico-privados no son binarios en el sentido de que presenten unívocamente naturaleza de capital o de deuda, en el caso de los instrumentos financieros, o caracteres de sociedades personalistas o capitalistas, en el caso del contrato de sociedad. A menudo los caracteres jurídicos típicos de uno y otro tipo se entremezclan, resultando en una naturaleza híbrida difícilmente encuadrable dentro de las categorías tributarias nacionales, las cuales por lo general sí son binarias. Por eso, el hecho de que las reglas de calificación tributaria actúen de forma autónoma o «aislada» respecto de otros ordenamientos provoca que un mismo instrumento híbrido, de naturaleza no unívoca, pueda ser calificado de manera diversa por dos ordenamientos nacionales distintos.

El potencial para la doble imposición y para la doble no imposición aumenta cuando los propios ordenamientos nacionales permiten al contribuyente optar por el régimen fiscal aplicable respecto de determinados instrumentos. Tal es el caso de los instrumentos híbridos *institucionales*⁵, que por razones de política fiscal (generalmente la neutralidad)⁶ permiten al contribuyente optar por el régimen tributario aplicable. Por ejemplo, el régimen *check-the-box* americano permite al contribuyente optar por aplicar el régimen de transparencia fiscal o el de opacidad con respecto a una entidad, ya sea nacional o extranjera.

Desde hace ya varias décadas se ha venido advirtiendo que la existencia de instrumentos híbridos presenta grandes oportunidades para la planificación fiscal en la medida en que su explotación puede generar resultados de «doble no imposición». Así, la utilización de un instrumento híbrido a nivel transfronterizo podría provocar que la renta transfronteriza que se deriva de dicho instrumento (o que es obtenida a través del mismo) no sea gravada en ningún país si el régimen fiscal aplicable a dicho instrumento en cada país es diferente y no está alineado al del resto⁷.

En España los supuestos más relevantes de asimetrías híbridas han derivado del régimen fiscal de los instrumentos financieros. En este sentido, el asunto relativo a los *juros* brasileños es un paradigma de tal fenómeno⁸. Los *Juros Sobre o Capital Próprio* son intereses sobre el patrimonio neto pagados (o acreditados) por las entidades brasileñas a sus accionistas. Se trata de una retribución que la entidad puede pagar a sus accionistas anualmente con cargo al

5 Concepto acuñado por Martínez Laguna (2016), p. 449, en relación a los instrumentos financieros, y como oposición a los instrumentos híbridos *contractuales*. El paradigma de los instrumentos financieros híbridos institucionales son los *juros* brasileños, pagos que no tienen caracteres de retribución de un instrumento de deuda, pero que se les permite aplicar el régimen fiscal propio de los instrumentos de deuda.

6 Generalmente es la neutralidad el argumento bajo el que se ampara el legislador para justificar los instrumentos híbridos institucionales. De tal manera que el régimen de los *juros* brasileños lo que pretende es equiparar el régimen fiscal de los instrumentos de capital y el de los instrumentos de deuda con el fin de eliminar la inclinación a la financiación vía deuda por razones puramente fiscales.

7 Sobre las posibilidades de planificación fiscal a través del uso de entidades híbridas en Alemania, véase Bünning (2003). En profundidad, sobre las implicaciones de la doble no imposición derivada del uso de instrumentos híbridos véase Ring (2002).

8 Sobre este asunto véase Martínez Laguna (2016), pp. 449 y ss., y Calderón Carrero (2012).

beneficio distribuible y que tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible en la normativa tributaria brasileña⁹. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 27 de febrero de 2014¹⁰, consideró que la calificación de los juros a los efectos de la aplicación de la exención del artículo 21 del antiguo TRLIS¹¹ era la de dividendos, y por tanto procedía la exención, sin que dicha norma de exención tuviera como requisito para su aplicación la no deducibilidad del pago¹².

3. Reacciones supranacionales frente a las asimetrías híbridas: el Proyecto BEPS y la Directiva Anti-Elusión Fiscal

El potencial del actual régimen fiscal internacional para provocar esas *asimetrías* (en forma de deducción sin inclusión o de deducción doble) derivadas de la utilización de instrumentos híbridos, ha hecho que las organizaciones internacionales hayan elaborado múltiples proyectos durante los últimos años al objeto de combatirlos. Aunque ya había países que habían implementado unilateralmente *normas vinculadas (linking rules)* a la ley extranjera para combatir las asimetrías híbridas¹³, la acción unilateral era problemática en la medida en que los dos países parte en una asimetría híbrida se atribuyeran la potestad para gravar la *renta sin Estado*, con el potencial riesgo de que la doble imposición se tornase en doble imposición¹⁴. Con lo cual se hacía necesario determinar qué país de los dos implicados en una asimetría era el que debía de aplicar con preferencia la norma anti-híbridos, lo que exigía un cierto compromiso internacional que solo podrían llevar a cabo desde la negociación y coordinación a través de las organizaciones internacionales¹⁵.

Han sido la OCDE y la Unión Europea quienes han asumido el liderazgo para diseñar normas efectivas para combatir las asimetrías híbridas¹⁶.

9 Artículo 9 de la Ley Federal 9.249, de 26 diciembre de 1995.

10 Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª (rec. 232/2011). Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 marzo 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. 1130/2014).

11 Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

12 Similar cuestión, aunque saldada favorablemente para los intereses de la Administración tributaria, fue la que se derivó del caso de las acciones preferentes australianas. En este caso, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 18 de abril de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, rec. 180/2010), señaló que el haz de derechos y obligaciones que emanan de este instrumento financiero determina que la naturaleza jurídica del dicho instrumento sea más próxima a la de un préstamo. Por tanto, en este caso, las propias reglas de calificación determinan que estemos ante un instrumento financiero con naturaleza de préstamo, no siendo aplicable por tanto la exención sobre dividendos del artículo 21 del TRLIS.

13 Véase al respecto OCDE (2012), pp. 15 y ss. En relación a las respuestas internas contra los instrumentos financieros híbridos véase Bundgaard (2017), pp. 224 y ss. Véase Bärsch y Spengel (2013) en relación a las medidas anti-híbridos alemanas, y Bundgaard (2013a) en relación a las medidas anti-híbridos danesas.

14 Estos problemas de circularidad en la aplicación de las normas anti-híbridos son meticulosamente analizados por Dziurdz (2013).

15 OCDE (2012), párr. 69. Así, en el informe final de la Acción 2 de BEPS se diseña una norma primaria, aplicada por la jurisdicción a la que se da preferencia, y una norma secundaria o defensiva, aplicada en defecto de aquella por la otra jurisdicción implicada en la asimetría híbrida.

16 De Boer y Marres (2015), pp. 14-15.

Desde la Unión Europea el Grupo Código de Conducta sobre Fiscalidad Empresarial emitió un informe al Consejo ECOFIN donde ya se hacía eco de los instrumentos financieros híbridos, recomendando denegar la exención sobre dividendos a la jurisdicción del beneficiario cuando el pago hubiera sido deducible en la jurisdicción del pagador¹⁷, lo que condujo a modificar en 2014 el artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial para incluir una cláusula por la cual la exención sobre dividendos quedaba supeditada a la no deducibilidad de dicho pago¹⁸. Asimismo, la Comisión Europea publicó en 2012 los resultados de una consulta pública relativa situaciones de doble no imposición y posibles soluciones¹⁹. Posteriormente, en el marco del «Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal» de 2012²⁰, la Comisión adoptó las primeras recomendaciones dirigidas a los Estados Miembros para que estos implementasen medidas para combatir las asimetrías híbridas²¹.

En el marco de la OCDE, en 2012 se emitió el primer informe dedicado exclusivamente al fenómeno de las asimetrías híbridas en el que se planteaban las primeras alternativas²². En concreto, se proponían las siguientes alternativas²³: i) la vía de la armonización, aunque rápidamente descartada por la dificultad de consenso políticos;

ii) la utilización de medidas generales anti-abuso (GAAR, por sus siglas en inglés) también descartada debido a que las asimetrías híbridas no son necesariamente resultados de un comportamiento elusivo del contribuyente; iii) la utilización de medidas especiales anti-abuso (SAAR, por sus siglas en inglés) tradicionales, que en muchos casos pueden ser efectivas para cubrir las asimetrías híbridas pero en otros no; o iv) la implementación de normas específicas para combatir las asimetrías híbridas que vinculen los efectos de una norma tributaria a la tributación del otro Estado, denominadas «normas vinculadas» (*linking rules*).

Fruto de todos estos trabajos preliminares, la OCDE y la Unión finalmente se decantaron por la utilización de las normas vinculadas (*linking rules*), lo que exigía un alto grado de compromiso internacional por cuanto que exigía determinar qué país de entre los implicados en una asimetría híbrida era el competente para aplicar la regla anti-híbridos con preferencia sobre el resto. El esfuerzo de diseño en detalle se llevó a cabo sobre todo a través de la Acción 2 del Proyecto

17 Informe del Grupo Código de Conducta sobre Fiscalidad Empresarial, de 25 de mayo de 2010 (doc. 10033/10 FIS 47), párr. 31.

18 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.

19 Comisión Europea, *Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases* (Bruselas, 5 de julio de 2012, TAXUD D1 D(2012).

20 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de diciembre de 2012: «Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal», COM(2012) 722 final.

21 Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre planificación fiscal agresiva (2012/772/UE).

22 OCDE (2012).

23 OCDE (2012), pp. 13-14.

BEPS²⁴, en el cual se identificaron las asimetrías híbridas más frecuentes, se definió detalladamente el presupuesto de hecho de las reglas anti-híbridos, tanto su alcance objetivo como su alcance subjetivo, y se determinó qué país era el competente para aplicar las reglas anti-híbridos. La Unión Europea se hizo eco de este proyecto e incluyó en su Directiva Fiscal Anti-abuso las mismas reglas desarrolladas en el marco de la Acción 2 del Proyecto BEPS²⁵.

En la Acción 2 y la Directiva ATAD se desarrollan normas tendentes a combatir las principales asimetrías híbridas (en forma de deducción sin inclusión o de deducción doble), como son las asimetrías derivadas de la utilización de instrumentos financieros híbridos, de entidades híbridas (inversas)²⁶, de establecimientos permanentes híbridos y de entidades con doble residencia.

Con carácter general, tanto en la Acción 2 del Proyecto BEPS como en la Directiva ATAD, se establecen, para cada tipo de asimetría híbrida, una regla anti-híbridos primaria y una regla anti-híbridos secundaria. La regla primaria es aplicable con preferencia sobre la regla secundaria, la cual solo será aplicable cuando la jurisdicción a la que corresponde aplicar la regla primaria no la hubiese aplicado (por ausencia de implementación o por considerar que no es aplicable). Por ejemplo, en las asimetrías híbridas con forma de deducción sin inclusión (pagos que son deducibles en la jurisdicción del pagador y no son gravados en la jurisdicción del beneficiario) derivadas del uso de instrumentos financieros híbridos, la regla primaria establece que la jurisdicción del pagador debe denegar la deducción y la regla secundaria establece que la jurisdicción del beneficiario debe gravar el pago cuando la jurisdicción del pagador no haya implementado la regla primaria. Además, en la Acción 2 del Proyecto BEPS y en la Directiva ATAD también se prevén una serie de reglas anti-híbridos «especiales» aplicables a determinadas asimetrías híbridas con preferencia sobre las reglas anti-híbridos «ordinarias» (la primaria y la secundaria). Así, la aplicación de la regla anti-híbridos del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial (en virtud

24 Véase el informe final de la Acción 2 de BEPS, OCDE (2015). Posteriormente, dentro también del marco de la Acción 2 de BEPS, la OCDE emitió un informe adicional proponiendo medidas en relación a las asimetrías híbridas derivadas del uso de establecimientos permanentes, en OCDE (2017).

25 Las normas anti-híbridos vienen reguladas en los artículos 9, 9 bis y 9 ter de la Directiva ATAD. No obstante, la redacción original de la Directiva ATAD adolecía de cierta simplicidad en cuanto a la estructura de sus normas. Además, no regulaba todos los tipos de asimetrías híbridas cubiertos por las Acción 2 de BEPS (como las asimetrías derivadas de la doble residencia o de los establecimientos permanentes híbridos, o las asimetrías híbridas importadas) y solo aplicaba a las asimetrías híbridas entre Estados Miembros, pero no entre un Estado Miembro y un tercer estado. De hecho, en el propio Preámbulo (párrafo 13) de la Directiva ATAD se reconocía que «aún es necesario adoptar normas vinculantes». De tal forma que la Directiva ATAD fue modificada por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo (en adelante, Directiva ATAD II), de 29 de mayo de 2017, para adaptarla en detalle a los estándares de la Acción 2 del Proyecto BEPS e incluir normas anti-híbridos frente a las asimetrías híbridas producidas entre un Estado miembro y un país tercero.

26 *Entidades híbridas* son aquellas que son calificadas como fiscalmente opacas (sujetas al impuesto sobre sociedades) en su jurisdicción de establecimiento y fiscalmente transparentes (en régimen de atribución de rentas) en la jurisdicción de sus socios, de manera que un pago realizado por una entidad híbrida puede dar lugar a una deducción doble (en la jurisdicción de la entidad híbrida y en la jurisdicción de los socios). Asimismo, un pago de una entidad híbrida a sus socios puede dar lugar a una deducción sin inclusión en la medida en que el pago es deducible en la jurisdicción de la entidad híbrida y se considera un pago *ignorado* en la jurisdicción de los socios. Por el contrario, una *entidad híbrida inversa* es aquella que es considerada fiscalmente transparente en su jurisdicción de establecimiento y fiscalmente opaca en la jurisdicción de sus socios, de manera que los pagos que recibe una entidad híbrida inversa no tributan en ninguna jurisdicción.

de la cual la exención sobre dividendos no es aplicable cuando los dividendos sean deducibles para el pagador) opera como regla anti-híbridos «especial» con preferencia sobre las reglas anti-híbridos ordinarias, por lo que la jurisdicción del pagador del dividendo no tendría que aplicar la regla anti-híbridos primaria.

4. Las reglas anti-híbridos y las libertades fundamentales de la Unión Europea

4.1. Introducción

La Directiva ATAD ha establecido varias medidas anti-abuso, entre ellas las normas anti-híbridos, que se aplican de manera automática sin necesidad de que concurra una conducta abusiva por parte del contribuyente. La aplicación automática de las normas anti-híbridos ha suscitado el debate sobre si dichas medidas pueden ser contrarias a las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

Las normas anti-híbridos tienen una naturaleza *de minimis*, y por tanto son susceptibles de interpretarse a la luz de las libertades fundamentales cuando los Estados Miembros las implementan con un alcance superior al cubierto por la Directiva ATAD. Sin embargo, cuando los Estados Miembros transponen únicamente el alcance mínimo obligatorio que prescribe la Directiva ATAD (sobre todo teniendo en cuenta al alto de grado de detalle que establece el artículo 9 de la Directiva ATAD relativo a las normas anti-híbridos, que hace prácticamente innecesario una implementación nacional extensiva de tales medidas), una eventual ilegalidad de determinadas medidas de la Directiva ATAD se enfrenta con ciertas dificultades para acceder a la tutela del Tribunal de Luxemburgo²⁷. Una es la presunción de legalidad de los actos de la Unión Europea, que hace inviable enjuiciar la Directiva ATAD por los tribunales nacionales²⁸. Además, el principio *Tedeschi* establece una suerte de presunción de validez con respecto a los actos armonizadores de la UE que, sobre la base de justificaciones legítimas previstas en el TFUE, deroguen las libertades comunitarias²⁹.

Así, en la medida en que las normas de la Directiva ATAD sirvan al objetivo de asegurar el mercado interior y evitar situaciones de doble no imposición que socaven el marco de competencia igualitario (*level-playing field*), es muy probable que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) vea en dichas finalidades suficiente justificación como para validar dichas medidas. No obstante, estas dificultades no nos eximen del deber de analizar un análisis de fondo sobre el encaje de estas normas en las libertades fundamentales.

27 Ginevra (2017), p. 123.

28 SSTJUE de 15 de junio de 1994, C-137/92 P (Comisión contra BASF y otros), párr. 48, y de 8 de julio de 1999, C-245/92 P (*Chemie Linz contra Comisión*), párr. 93.

29 STJUE de 5 de octubre de 1977, C-5/77 (*Tedeschi contra Denkavit*), párrs. 33-35.

4.2. Identificación de la libertad aplicable

Las dos libertades susceptibles de ser afectadas por las medidas anti-híbridos son la libertad de establecimiento (arts. 49-55 TFUE) y la libre circulación de capitales (arts. 63-66 TFUE).

Es importante advertir que el TJUE ha admitido que una misma medida nacional puede afectar, dependiendo de las circunstancias fácticas concretas del contribuyente, a una sola o ambas libertades. Así, en una misma situación fáctica, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales muchas veces se solapan ya que determinadas medidas anti-abuso suelen afectar a los pagos financieros en el seno de grupos empresariales. Es doctrina consolidada del TJUE que se ve afectada la libertad de establecimiento cuando una medida se aplica a aquellos casos en que una entidad ejerza una «influencia determinante»³⁰ sobre otra, sin perjuicio de que dicha medida también pueda afectar a la libre circulación de capitales³¹.

Esta postura tiene poca repercusión práctica en respecto de aquellas medidas discriminatorias que solo afecten a situaciones intracomunitarias, donde ambas libertades ofrecen protección; pero tiene una gran repercusión cuando dichas medidas afectan a situaciones entre un Estado Miembro y terceros países, ya que la libre circulación de capitales tiene una protección territorial más amplia que la del resto de libertades, estando prohibidas también las medidas nacionales que restrinjan la libre circulación de capitales entre un Estado Miembro y un país extracomunitario. Así, cuando el TJUE ha enjuiciado medidas que

30 Para determinar si la libertad de establecimiento se ve afectada, el TJUE ha establecido el *test de la influencia determinante*, de manera que lo relevante no es que la medida potencialmente restrictiva afecte a situaciones de mayorías accionariales ni a un umbral determinado de control sobre el establecimiento, sino que lo relevante es que la medida afecte a aquellas situaciones en las que haya una influencia determinante en las decisiones y actividades del establecimiento. Ya se avanzaron estas conclusiones en la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 27, pero es en la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2007, C-492/04 (*Lasertec*), párrs. 22 y 23, donde se consolida esta postura. En concreto, el TJUE ha considerado que afectan a la libertad de establecimiento aquellas medidas que se apliquen a participaciones que garantizan al socio el control de una sociedad, en STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 32. Igualmente, el TJUE ha considerado que afectan a la libertad de establecimiento aquellas medidas nacionales que se apliquen a participaciones superiores a un 25% o, en todo caso, cuando exista una «influencia dominante» en la sociedad; véase el Auto del TJUE del 10 de mayo del 2007, C-492/04 (*Lasertec*), párrs. 21-22. Por el contrario, el TJUE ha considerado que no queda afectada la libertad de establecimiento, sino solo la libre circulación de capitales, cuando la medida nacional se aplique a participaciones superiores al 10% que no confieran una «influencia real» en las decisiones de la sociedad; en STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 58.

31 En la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 101, se establece que «una legislación (...) que sólo tiene por objeto las relaciones en el seno de un grupo de sociedades, afecta principalmente a la libertad de establecimiento. Suponiendo que tal legislación tenga efectos restrictivos sobre la libre prestación de servicios y sobre la libre circulación de capitales, tales efectos serían la consecuencia inevitable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no justificarían un examen de dicha legislación a la luz de los artículos 49 CE y 56 CE». Por el contrario, el TJUE se ha mostrado inclinado a favorecer el predominio de la libre circulación de capitales sobre la libertad de establecimiento cuando la medida cuestionada está dirigida con carácter general a todo tipo de inversiones, haya o no influencia por parte de los accionistas. En este sentido véanse las sentencias del TJUE de 28 de septiembre de 2006, C-282/04 y C-283/04 (*Comisión contra Holanda*), párr. 43, y de 17 de septiembre de 2009, C-182/08 (*Glaxo*), párrs. 49-51.

afectaban a países terceros, ha sido de vital importancia dilucidar qué libertad quedaba afectada y, en caso de ser varias, si alguna de ellas predominaba³². En tales casos el TJUE ha mantenido la postura, a nuestro juicio con buen tino, de determinar cuál es la libertad afectada principalmente a la luz del propósito fundamental de la medida nacional. De tal forma que ha considerado que una medida nacional de carácter general dirigida a cualquier grado de participación en una sociedad afecta principalmente a la libre circulación de capitales, con independencia de que la medida también sea aplicable a situaciones de control accionarial e influencia determinante. En estos casos, el contribuyente puede invocar la libre circulación de capitales aunque la participación confiera control sobre la sociedad³³.

Por el contrario, cuando la medida nacional es aplicable únicamente a situaciones en las que la participación confiere una influencia determinante entonces la libertad afectada principalmente es la libertad de establecimiento, la cual no es invocable en situaciones transfronterizas entre un Estado Miembro y un tercer Estado³⁴. En estos casos el TJUE considera que los posibles efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales son una «consecuencia inevitable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no justifican, en cualquier caso, un examen autónomo de la referida legislación»³⁵.

Una de las razones que llevó al TJUE a adoptar este enfoque del «propósito fundamental de la medida nacional» cuando se enjuician medidas nacionales aplicables a países terceros es, dado que el TFUE no amplía la protección de la libertad de establecimiento a las situaciones con países terceros, evitar que el contribuyente se aproveche indebidamente de la libre circulación de capitales en aquellos casos en los que la medida nacional impone verdaderas barreras de acceso al mercado³⁶ pero que de manera accesoria y contingente también supone una barrera a la libre circulación de capitales³⁷.

En el ámbito de las normas anti-híbridos esto tiene consecuencias indudables en la medida en que dichas medidas afectan también a las transacciones

32 Para una discusión sobre la posibilidad una aplicación paralela de todas las libertades afectadas o, por el contrario, una aplicación exclusiva de la libertad predominante, véase Strik (2014), pp. 36 y ss., y Cordewener et al. (2007), pp. 372-374.

33 STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 99. En el mismo sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-47/12 (*Kronos International*), párrs. 51-52.

34 STJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 98: «no está comprendida en el artículo 43 CE la aplicación de una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal a una situación en la que una sociedad residente obtiene un préstamo de una sociedad residente en otro Estado miembro que no posee una participación de control en la sociedad prestataria y cuando estas dos sociedades están controladas, directa o indirectamente, por una sociedad vinculada común que reside en un tercer país». De la misma forma, en el Auto del TJUE del 10 de mayo del 2007, C-492/04 (*Lasertec*), párrs. 27-28, se reitera que la libertad de establecimiento no puede ser invocada «en una situación que implique a una sociedad de un país tercero».

35 STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 33.

36 Importante es la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2006, C-452/04 (*Fidium Finanz*). En este caso, una entidad establecida en un país tercero, Suiza, pretendía realizar una actividad de prestación de servicios financieros en Alemania. La normativa regulatoria alemana supeditaba la autorización para realizar dicha actividad financiera en Alemania al cumplimiento de determinados requisitos regulatorios, lo que suponía para las empresas suizas una desventaja con respecto a las empresas alemanas. El TJUE aceptó que la normativa alemana afectaba tanto a la libre prestación de servicios

con países terceros³⁸. Las normas anti-híbridos se aplican a dos supuestos de hecho diferenciados, desde el punto de vista subjetivo: *i)* aquellas asimetrías híbridas entre partes vinculadas, y *ii)* aquellas asimetrías híbridas en las que medie un *mecanismo estructurado*, con independencia del grado de participación o vinculación.

En el primer supuesto, las normas anti-híbridos afectan fundamentalmente a la libertad de establecimiento en la medida en que se aplican a los pagos realizados entre entidades vinculadas o de un mismo grupo. Por ello, en estos casos el contribuyente solo podría invocar la libertad de establecimiento en las asimetrías híbridas intracomunitarias, pero no en las asimetrías híbridas con países terceros.

No obstante, cuando la norma anti-híbridos se aplique en virtud de un mecanismo estructurado o en virtud de una relación de vinculación en la que no haya una influencia determinante, el contribuyente podría invocar la protección de la libre circulación de capitales, tanto en asimetrías híbridas intracomunitarias como en asimetrías híbridas con países terceros. En aquellos casos en que, en una asimetría híbrida, se solapen la existencia de relación de vinculación y la existencia de un mecanismo estructurado, el contribuyente, por mucho que pudiera invocar la libre circulación de capitales para evitar la aplicación de la norma anti-híbridos en virtud de un mecanismo estructurado, seguiría estando sujeto a la medida anti-híbridos en virtud de la existencia de relación de vinculación.

4.3. El concepto de restricción prohibida de las libertades comunitarias y la doble no imposición

4.3.1. El elemento transfronterizo como factor de discriminación: el falso debate entre restricción y discriminación

La siguiente pregunta que hemos de hacernos es si las normas anti-híbridos pueden suponer una verdadera discriminación. Puede haber «discriminaciones» tributarias por multitud de razones. Pero la restricción a las libertades de circulación y establecimiento implican necesariamente que la discriminación tenga que ser por razón del ejercicio de dichas libertades. Es decir, la causa inmediata del trato fiscal discriminatorio debe ser la existencia de un elemento

y como a la libre circulación de capitales (párr. 43), aunque el propio Tribunal consideró que predominaba la libre prestación de servicios, de manera que los efectos restrictivos sobre la libre circulación de capitales eran una «consecuencia inevitable de la restricción impuesta en relación con la prestación de servicios» (párrs. 48 y 49). Por ello, el TJUE concluyó que la normativa alemana no era ilegal, sin perjuicio de que realmente suponía una restricción a la libre prestación de servicios, porque una empresa de un país tercero no puede invocar la libre prestación de servicios.

37 STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 100. En el mismo sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2014, C-47/12 (*Kronos International*), párr. 53.

38 La Directiva ATAD fue modificada en 2017 con el objeto de extender las medidas anti-híbridos a las transacciones con terceros Estados, véase nota 25.

transfronterizo (que evidencie el ejercicio de alguna libertad de circulación) en el presupuesto de hecho de la norma³⁹.

El elemento discriminatorio puede manifestarse tanto en un elemento subjetivo del contribuyente como en un elemento objetivo. Pero en ambos casos, ya sea un elemento subjetivo u objetivo, el elemento debe ser *transfronterizo* para dar lugar a una restricción de las libertades comunitarias. Así, una medida tributaria es discriminatoria si establece un trato desfavorable por razón de la residencia del contribuyente. Pero también es discriminatoria aquella medida tributaria que establece un trato desfavorable hacia las inversiones transfronterizas de un contribuyente.

No obstante, el TJUE ha utilizado de manera un tanto confusa el concepto de «restricción» y el de «discriminación». El propio TJUE ha oscilado entre la aplicación de un análisis de discriminación y la aplicación de un análisis de restricción⁴⁰. Aunque esta distinción, en manos del TJUE, ha sido más terminológica que sustancial, ya que gran parte de los supuestos que el TJUE ha calificado de «restricciones» no son más que supuestos de discriminación, en los que hay un trato desfavorable a una situación transfronteriza con respecto de una situación interna⁴¹. Con lo cual, de la doctrina del TJUE se infiere que la diferencia entre ambos conceptos radica en que en la restricción la diferencia de trato es por razones objetivas (la naturaleza transfronteriza de una inversión, un pago o un servicio) y en la discriminación el trato desfavorable es por razón de la residencia/nacionalidad del propio contribuyente⁴². Así, de la práctica del TJUE se ha derivado que, con independencia del tipo de análisis, el resultado por lo general es similar, ya sea por la vía del análisis de comparabilidad (en caso de utilizar un análisis de discriminación) o bien por la vía de la justificación (en caso de utilizar un análisis de restricción)⁴³.

Haciéndose eco de la terminología usada por el TJUE, algunos autores han distinguido las «restricciones no discriminatorias» de las «discriminaciones» bajo el argumento de que solo una discriminación por causas subjetivas, como

39 Esto implica que el principio de no discriminación que se deriva de las libertades comunitarias no comprenda aquellas situaciones de «discriminación inversa», en Bammens (2012), p. 530. La discriminación inversa es el trato desfavorable dado a una situación interna con respecto de una situación transfronteriza. Este tipo de discriminaciones no son causadas por el ejercicio de una libertad comunitaria, ya que no hay un elemento transfronterizo, sino que se dan en situaciones puramente internas. No obstante, en algunos casos este tipo de discriminaciones podrían quedar prohibidas de manera indirecta a través del régimen de ayudas de Estado prohibidas del TFUE.

40 Véase Bammens (2012), pp. 534 y ss.

41 Bammens (2012), p. 535.

42 Las mal llamadas «restricciones no discriminatorias» son situaciones en las que no hay discriminación por razón subjetiva (la residencia del contribuyente) sino por razones objetivas (como es la naturaleza transfronteriza de un pago o de una inversión); véase Dahlberg (2005), pp. 107 y ss. Para Bammens (2012), p. 542 y ss., este tipo de restricciones son en realidad discriminaciones encubiertas, ya que el TJUE aplica realmente el mismo análisis de comparabilidad con respecto a situaciones internas que el que realiza con las discriminaciones, por lo que la mera referencia por el TJUE a una «restricción» o una «discriminación» se trata únicamente de una cuestión de lenguaje, Bammens (2012), pp. 537 y 538.

43 Véase Lazarov (2020), pp. 77-78. De hecho, la utilización del análisis de comparabilidad y la de la justificación es un tanto confusa por el TJUE, ya que en muchas situaciones el TJUE utiliza ambos análisis de manera intercambiable en todos aquellos casos en que la medida discutida tiene una finalidad objetiva al margen de la mera residencia/nacionalidad de los sujetos intervinientes en una

es la residencia del contribuyente, puede ser una discriminación⁴⁴; de manera que el trato desfavorable de determinadas situaciones por razones objetivas es simplemente una restricción. No obstante, como acertadamente apunta Bammens, estas restricciones encubren verdaderas discriminaciones. Como se ha evidenciado, la mayor parte de las llamadas restricciones no discriminatorias son en realidad discriminaciones sobre las personas que ejercen alguna de las libertades del TFUE con respecto de aquellas que no ejercen dichas libertades⁴⁵.

Por tanto, en nuestra opinión, las únicas y verdaderas *restricciones no discriminatorias* son aquellas en las que se da un trato legal idéntico a situaciones que *de facto* son diferentes, generándose una restricción a las libertades en forma de riesgos y obstáculos adicionales⁴⁶. El problema de este tipo de situaciones, como apunta Marchgraber, es que el TJUE tendría que decidir «cómo de diferente» tratan los Estados Miembros una situación diferente⁴⁷. Lo que en nuestra opinión supondría dejar en manos de un tribunal el escoger los parámetros equidad vertical (decidir qué elemento fáctico hace diferente dos situa-

situación transfronteriza. No existen criterios claros en cuanto al análisis de comparabilidad que los distingan del análisis de justificación, tal y como sugiere la Abogada General Kokott en la Opinión de 13 de marzo de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párrs. 21-28. De hecho, la propia Abogada General plantea la posibilidad de renunciar al análisis de comparabilidad y centrar en enfoque de la discriminación en el *test* de justificación. Sobre todo porque el *test* de justificación permite un análisis sobre la proporcionalidad de la medida que el análisis de comparabilidad no permite, de manera que un análisis de comparabilidad puede llegar a declarar como legal una medida desfavorable desproporcionada (por estar dirigida a situaciones objetivamente no comparables) que de otro modo sería una discriminación justificada pero desproporcionada en caso de obviar el análisis de comparabilidad (párrafo 27 de la referida Opinión). Véase al respecto los casos relativos a los regímenes de consolidación fiscal (jurisprudencia *Marks & Spencer*), donde se ha declarado que una sociedad matriz con una filial extranjera está en una situación comparable respecto a una matriz con una filial nacional, de manera las medidas nacionales que deniegan la posibilidad de compensar las pérdidas de las filiales extranjeras son discriminatorias (por tratarse de una situación comparable a la de una relación matriz-filial puramente interna) pero justificadas siempre y cuando la medida fuera proporcionada. En estos casos, un análisis de comparabilidad estricto que determinase que no estamos ante situaciones comparables (por tratarse de situaciones en las cuales el Estado Miembro no grava las rentas obtenidas en el extranjero, como por ejemplo en el caso *Schumacker*), determinaría ineludiblemente que este tipo de medidas fueran legales en cualquier caso, por muy desproporcionadas que fueran. En teoría una restricción no discriminatoria no se somete a un análisis de comparabilidad ya que una restricción lo es con carácter absoluto, con independencia de la tributación interna, siendo enjuiciada su legalidad a la luz del *test* de justificación. Mientras que una medida discriminatoria sí es sometida a un análisis de comparabilidad para determinar los *pares* con respecto a los que se produce la diferencia de trato. En este sentido, véase Bammens (2012), p. 536.

44 Se ha distinguido entre «discriminación» (diferente tratamiento de situaciones comparables) y «restricción» (impedimento a las libertades de establecimiento o circulación de capitales), en Bundgaard (2013b), p. 549.

45 Bammens (2012), p. 545. Este autor evidencia acertadamente que un obstáculo por razón del ejercicio de las libertades comunitarias supone en esencia una discriminación, de la misma manera que también supone una discriminación cualquier obstáculo por razón de residencia o nacionalidad. La diferencia estriba en la naturaleza objetiva de la primera (la discriminación se ejerce sobre situaciones objetivas, como es el establecimiento o inversión en otro Estado Miembro) frente a la naturaleza subjetiva de la segunda (la discriminación se ejerce sobre una condición subjetiva del contribuyente: la nacionalidad o la residencia). El denominador común en todos los casos es que la causa directa de la discriminación es la existencia de un elemento transfronterizo: el ejercicio de las libertades de establecimiento o circulación en otro Estado Miembro. En el mismo sentido, véase Vilhena de Moraes (2015), pp. 228-230 y ss.

46 Bammens (2012), pp. 552 y ss. Para este autor el caso *Futura* (sentencia del TJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95) es uno de los pocos ejemplos de restricción no discriminatoria en el ámbito de los impuestos directos.

47 Marchgraber (2018), p. 114.

ciones jurídicamente idénticas, como puede ser la capacidad económica) y el decidir cuán diferente debe ser la medida adoptada para cumplir con esa equidad vertical. En muchos casos la solución es sencilla para el Tribunal cuando hay una carga doble que busca proteger un mismo interés jurídico⁴⁸ (dos Estados Miembros establecen sendos requerimientos legales sobre una misma situación, generándose un obstáculo cuando la situación es transfronteriza al haber una doble carga) y los principios generales del Derecho de la UE establecen qué Estado Miembro es el que debe renunciar a su potestad reguladora. Es decir, en estos casos el Tribunal solo debe aplicar medidas *negativas*: dejar sin efecto un requerimiento legal del propio Estado Miembro cuando este suponga una carga adicional a una previa soportada en el Estado de origen (a través del principio general de reconocimiento mutuo).

Pero en otros casos el Tribunal podría verse forzado a adoptar medidas de carácter positivo, teniendo que decidir qué Estado Miembro tiene mejor derecho para imponer sus requerimientos legales (sus cargas fiscales)⁴⁹ y en qué medida anula esas restricciones (ya que no es lo mismo una deducción del impuesto extranjero en la base imponible, un crédito fiscal por impuestos extranjeros o una exención). Esto podría suponer una clara invasión por parte del Tribunal en la función legislativa⁵⁰.

Por tanto, solamente en el Derecho tributario formal ha podido aplicarse un concepto de restricción no discriminatoria prohibida, susceptible por tanto de ser corregida por los tribunales. Mientras que en el Derecho tributario material o sustantivo las restricciones no discriminatorias no parecen estar prohibidas conforme al TJUE⁵¹.

48 Algunos autores como Kofler y Mason (2007), pp. 70-72, han apelado al principio de reconocimiento mutuo para deshacer la doble imposición internacional desde el Derecho de la UE. El principio de reconocimiento mutuo descansa sobre la existencia de un doble requerimiento legal en sendos Estados Miembros y cuya finalidad es proteger un mismo interés jurídico, de manera que ambos requerimientos legales se solapan entre sí. No obstante, el hecho de que un Estado Miembro grave una renta que también es gravada en otro Estado Miembro no supone que haya un doble requerimiento tendente a proteger un mismo interés jurídico. La finalidad intrínseca de los impuestos directos es la recaudatoria. Por tanto, el hecho de que cada país necesite financiarse autónomamente excluye necesariamente que la tributación de un país pueda proteger también, además de su interés jurídico (la financiación de sus gastos públicos), el interés jurídico de otro país distinto. Por lo que eliminar la doble imposición internacional no preserva el interés jurídico (la financiación de los gastos públicos) de ambos países, sino solo del que conserva su potestad tributaria.

49 La discriminación no es un concepto que se verifica por un resultado agregado, sino que se verifica «país por país». Por tanto, la doble imposición internacional no puede ser una discriminación prohibida salvo que hubiera principios de Derecho de la UE que identificasen qué país es el que tiene mejor derecho para gravar.

50 Para Lang (2008), p. 72, el enfoque agregado, aunque facilitase un mejor funcionamiento del mercado interno, implicaría el riesgo de que el TJUE tuviera que adoptar el rol de legislador.

51 Contrástense las sentencias del TJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95 (*Futura*) y de 14 de noviembre de 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*). En ambos casos estamos ante una doble carga tributaria en una situación transfronteriza. En *Futura*, dicha doble carga, de carácter procesal o formal, es considerada una restricción, que posteriormente es sometida al *test* de justificación. Mientras que en *Kerckhaert-Morres* se trata de una doble carga de carácter material, que en ningún caso es considerada una restricción prohibida, sin perjuicio de que es considerada una distorsión o «cuasirestricción», véase nota 57.

4.3.2. La discriminación encubierta en las normas anti-híbridos

En principio el diferente trato fiscal debe afectar solamente a las situaciones transfronterizas, es decir, aquellas en las que se ejercitan las libertades comunitarias. Las normas anti-híbridos, teóricamente están ideadas para cubrir las asimetrías híbridas no solo derivadas de situaciones transfronterizas sino también de situaciones internas. Sin embargo, en la práctica es francamente difícil que surjan asimetrías híbridas en el contexto interno por cuanto que tanto el legislador como el intérprete del Derecho tributario es el mismo.

Por ello, el hecho de que las normas anti-híbridos se implementen en los Estados Miembros de manera que en teoría cubran asimetrías híbridas internas y transfronterizas no excluye el hecho de que, *de facto*, las normas híbridas cubran solo situaciones transfronterizas⁵².

Para algunos autores esto es signo inequívoco de la existencia de una discriminación encubierta⁵³. Argumento que compartimos. De otra manera muchos Estados Miembros podrían eludir la aplicación de las libertades fundamentales mediante el diseño de normas tributarias que *de iure* afectasen a situaciones transfronterizas e internas pero que *de facto* solo afectasen a situaciones transfronterizas. Lo cual sería claramente un fraude al principio de no discriminación del TFUE. Las libertades fundamentales tienen una doble vertiente: para el contribuyente suponen un derecho y para los Estados Miembros una obligación de no discriminación. Si el contribuyente no puede abusar de las libertades fundamentales en su beneficio (que es precisamente lo que intenta perseguir la Directiva ATAD), lo lógico es que los Estados Miembros tampoco puedan valerse de artificios legislativos para evitar la aplicación del principio de no discriminación.

Piénsese, por ejemplo, en la implementación de una norma de transparencia fiscal internacional que obligase a una entidad matriz a imputar las rentas de sus filiales extranjeras y nacionales. Aunque *de iure* fuera una norma aplicable a situaciones internas y transfronterizas, es inverosímil que pudiera aplicarse en la práctica respecto de las rentas de filiales nacionales ya que estas, por lo general, no van a estar sujetas a un tipo impositivo inferior al de la entidad matriz (cabe recordar que la sujeción a un tipo impositivo reducido es uno de los elementos del presupuesto de hecho de toda norma de transparencia fiscal internacional).

4.3.3. La discriminación y la norma extranjera: el enfoque «país por país»

Se ha distinguido con acierto entre el concepto de «disparidades» y «discriminación», conceptos que a menudo se entrelazan, ya que ambos pueden suponer obstáculos al mercado interior, pero que conviene distinguir para evitar

⁵² En el caso *Lankhorst-Hohorst* el TJUE consideró que una norma de subcapitalización aplicable a los intereses pagados a «un socio que carece de crédito fiscal» afectan casi exclusivamente a pagos realizados a entidades extranjeras. STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), párr. 28.

⁵³ Vanden Berghe (2017), p. 78; y Rust (2015), p. 313.

confusiones dogmáticas en cuanto a la naturaleza de las restricciones prohibidas del TFUE⁵⁴.

El TJUE ha mantenido un concepto de restricción prohibida centrado en la discriminación, de manera que dicho concepto no filtre aquellas restricciones derivadas de las meras disparidades legislativas, inherentes al ejercicio de la soberanía por los Estados Miembros. En nuestra opinión una disparidad difícilmente puede constituir una restricción a las libertades comunitarias si dicha disparidad es a la vez una barrera de entrada para un Estado Miembro y una ventaja para otro⁵⁵. En nuestra opinión, no se debería confundir el debate de las neutralidades fiscales (un debate eminentemente económico) con el debate de las restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales (un debate eminentemente jurídico).

No obstante, la doctrina ha distinguido un doble enfoque del concepto de discriminación. Por un lado, el **enfoque agregado** u *overall approach*, que toma en cuenta la situación agregada del contribuyente en distintos países, es decir, el tratamiento fiscal combinado del país de origen y el país de destino⁵⁶. Por otro lado, el **enfoque «país por país»** identifica las restricciones prohibidas como aquellas discriminaciones que se derivan del tratamiento fiscal de un Estado Miembro.

A la hora de identificar la discriminación, el TJUE ha seguido el enfoque «país por país», como se desprende de casos como *Denkavit* o *Amurta*, en relación a la eventual neutralización de una discriminación por otro Estado Miembro distinto al que establece la medida discriminatoria, o de casos como *Kerckhaert-Morres*, donde se trata la doble imposición como una «cuasirestricción» que deriva del ejercicio paralelo de potestades tributarias⁵⁷.

Tomar un enfoque agregado a la hora de identificar una discriminación prohibida supondría afirmar que una discriminación puede surgir de la acción paralela de dos Estados Miembros y a la vez la acción paralela de dos Estados Miem-

54 Sobre la distinción entre disparidades y discriminación, véase Douma (2011), pp. 150 y ss.

55 Si la tributación del Estado Miembro A es superior a la del Estado Miembro B, puede afectar negativamente a los flujos de inversión desde B a A. Sin embargo, esta disparidad no es verdaderamente una restricción al comercio y la circulación transfronteriza, sino simples diferencias que afectan a la decisión de los agentes privados a la hora de decidir desde qué país operan. De hecho, lo que para el país con tributos más altos supone un obstáculo de entrada, para el país con tributos más bajos supone correlativamente un incentivo de entrada, por lo que estrictamente no podemos hablar de barreras a las situaciones transfronterizas, ya que se la existencia de una barrera depende de la perspectiva del Estado Miembro (lo que para un Estado puede ser una barrera, para otro país con impuestos más bajos puede ser una ventaja). Así, para el TJUE esta ausencia de neutralidad fiscal en el espacio europeo no supone una restricción prohibida de las libertades fundamentales, sino una decisión de política fiscal de los Estados Miembros y el reconocimiento del principio de competencia fiscal internacional en el mercado interno.

56 Kofler (2011), p. 685; Lang (2008), p. 72.

57 De acuerdo al *test* de discriminación aplicado por el Abogado General Geelhoed, y asumido por el TJUE, no habrá discriminación cuando el desventajoso tratamiento fiscal que existe en el contexto transfronterizo con respecto al puramente interno es consecuencia de la interacción de legislaciones. A este tipo de desventajas les llama el Abogado General Geelhoed «cuasirestricciones», en Opinión del Abogado General Geelhoed de 23 de febrero de 2006, C-374/04 (*Class IV ACT*), párrs. 37-39. En el mismo sentido las Opiniones del Abogado General de 6 de abril de 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 38 y 39; de 6 de abril de 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*), párrs. 18-19 y 38; de 27 de abril de 2006, C-170/05 (*Denkavit*), párr. 20; y de 29 de junio de 2006, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 40. Véase también Bundgaard (2013b), p. 550.

bro puede anular una discriminación de uno de ellos. Por el contrario, el enfoque «país por país» implica que la existencia de discriminación se produzca como consecuencia de la aplicación de la norma nacional a una situación transfronteriza en comparación con una interna. Si no hay discriminación es indiferente que, como consecuencia de la aplicación de la norma de otro Estado Miembro en el ejercicio paralelo de su soberanía fiscal, se produzca una carga tributaria agregada superior a la que se produciría en el contexto puramente interno.

La propia naturaleza del enfoque agregado hace inviable, en nuestra opinión, poder defender su validez. Toda norma de prohibición, como es el principio de no discriminación del TFUE, necesita de un destinatario. Así, una discriminación provocada por un Estado Miembro, por mucho que sea compensada por otra medida unilateral de otro Estado Miembro, quedaría al albur de este último Estado, es decir, la discriminación por un Estado Miembro dependería de la legislación de otro Estado Miembro (salvo que actúen colegiadamente a través de un convenio⁵⁸); o el hecho de que la doble imposición internacional derive del ejercicio paralelo de varias soberanías tributarias excluye necesariamente que haya un país que sea el responsable de la discriminación, salvo que encontrásemos un principio general de Derecho de la UE que nos permitiese distribuir las potestades tributarias entre los Estados Miembros. No obstante, el principio de reconocimiento mutuo, como principio general de Derecho de la UE, solo opera en el ámbito de las obligaciones tributarias formales, no de las materiales. Por tanto, si la acción paralela de dos Estados Miembros no puede constituir una discriminación prohibida, *a contrario sensu* el ejercicio paralelo de varias soberanías tributarias tampoco puede deshacer una discriminación.

Cuestión diferente, como veremos más adelante, es que el TJUE haya tenido en cuenta la tributación de la situación transfronteriza en otro Estado Miembro como elemento valorativo a la hora de determinar si la discriminación responde a la necesidad de alcanzar una igualdad vertical (es decir, la necesidad de tratar de manera diferente dos situaciones diferentes), ya sea por la vía de la comparabilidad o bien por la vía de la justificación.

Así, la consecuencia del enfoque «país por país» tiene una doble vertiente: i) la doble imposición internacional no es una restricción prohibida; y ii) una ventaja fiscal en un Estado Miembro no anula automáticamente una discriminación en otro Estado Miembro, lo cual tiene implicaciones en relación a las medidas anti-híbridos que sean susceptibles de ser discriminatorias, ya que su naturaleza discriminatoria no quedaría anulada por el hecho de que en el agregado transfronterizo su efecto fuera neutral.

4.3.4. Treaty-based overall approach

En los asuntos *Denkavit* y *Amurta* se establecieron las bases del enfoque global de origen convencional (*treaty-based overall approach*). Este enfoque deriva

⁵⁸ El TJUE ha reiterado numerosas veces que los convenios para evitar la doble imposición forman parte de los sistemas legales de ambos Estados contratantes. Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, C-170/05 (*Denkavit Internationaal*), párr. 45.

del siguiente axioma: una discriminación deja de serlo cuando es neutralizada por el mismo Estado Miembro que la provocó. El corolario de esta proposición es que el Estado Miembro que crea una discriminación puede neutralizarla no solo a través de sus propias normas internas, sino también a través de convenios internacionales suscritos por él, ya que estos forman parte de su «marco jurídico»⁵⁹.

Una de las consecuencias que se derivan del asunto *Amurta* es que la existencia de un crédito fiscal íntegro o completo de origen interno (no convencional) en el Estado de residencia que permita reembolsar íntegramente al contribuyente el importe de la discriminación cometida por el Estado de fuente no neutraliza la discriminación ya que el origen de este crédito fiscal completo no es convencional y por lo tanto no forma parte del marco jurídico aplicable del Estado infractor⁶⁰.

Por tanto, la neutralización debe venir necesariamente de una medida establecida por el propio Estado infractor que comete la discriminación, bien a través de su normativa interna o bien a través de un convenio suscrito por él⁶¹.

Una de las cuestiones que se nos plantea es si el *treaty-based overall approach* podría aplicar en sentido inverso. Es decir, si sería posible que una medida discriminatoria establecida en un convenio para evitar la doble imposición (en adelante, CDI) fuera neutralizada por la normativa interna de uno de los Estados contratantes. Y abundando más, si sería posible una suerte de *directive-based overall approach* por el cual una medida discriminatoria establecida en una directiva comunitaria (por ejemplo, las medidas anti-híbridos de la Directiva ATAD) fuera neutralizada por una norma interna de un Estado Miembro. Así, una cláusula convencional de *limitación de beneficios* (LOB, por sus siglas en inglés) que opere de manera automática, y no sobre la base de una demostración de abuso, podría ser discriminatoria en la medida en que limite el acceso a los beneficios del CDI a las entidades residentes controladas por accionariado extranjero (de manera que las empresas residentes en el Estado Miembro contratante que estén controladas por accionistas residentes en otro Estado Miem-

59 En la STJUE de 14 de diciembre de 2006, C-170/05 (*Denkavit Internationaal*), párr. 45, se establece que el convenio franco-neerlandés forma parte del «marco jurídico aplicable» a la hora de dirimir si ha existido discriminación por Francia. Véase también la STJUE de 8 de noviembre de 2007, C-379/05 (*Amurta*), párrs. 77 y 78. El *treaty-based overall approach* es perfectamente coherente con la jurisprudencia comunitaria que declara no contrarias a las libertades comunitarias aquellas *cuasirestricciones* que deriven de un ejercicio paralelo de potestades tributarias por dos Estados Miembros. Si una distorsión derivada de dicho ejercicio paralelo de soberanías tributarias es legal, a *contrario sensu*, el ejercicio paralelo de una potestad tributaria por un Estado Miembro tampoco podrá deshacer una discriminación generada por otro Estado Miembro.

60 Probablemente podríamos concluir que este enfoque podría generar consecuencias en sentido contrario. Es decir, ante una eventual armonización comunitaria del impuesto sobre sociedades, todas aquellas medidas que generasen una doble imposición internacional deberían ser discriminatorias en la medida en que derivan de un mismo marco jurídico, como es una directiva comunitaria.

61 Lo relevante no es el país en que se aplique la medida neutralizadora (incluso puede ser un país tercero), sino que la neutralización tenga fundamento legal en el propio Estado Miembro que la ha provocado, ya que es dicho país el que debe legalmente articular medidas para neutralizar la discriminación. Como bien señala el Abogado General Mengozzi, en su Opinión presentada el 7 de junio de 2007 con respecto al asunto *Amurta* (C-379/05), párr. 78, de admitir la neutralización de la discriminación mediante medidas unilaterales en el otro Estado «no existiría seguridad jurídica alguna sobre el respeto por parte de un Estado miembro de la prohibición de discriminación arbitraria».

bro se verían discriminadas de acceder a los beneficios del CDI)⁶². No obstante, si el Estado contratante de residencia previese, ya sea mediante el propio CDI o mediante una norma interna, un crédito fiscal que permitiese al contribuyente obtener un reembolso íntegro de la retención en fuente⁶³, la cláusula LOB debería ser válida en la medida en que tanto la medida discriminatoria como la medida neutralizadora pertenecen al mismo marco jurídico (el del Estado contratante de residencia).

Pero la cuestión más importante que nos ocupa en relación con el *treaty-based overall approach* es dirimir si cualquiera de los métodos establecidos en un convenio para mitigar la doble imposición (exención o crédito fiscal) sirven para neutralizar la discriminación.

En *Denkavit* una entidad matriz holandesa recibe dividendos de su filial francesa, dividendos que son sometidos a retención en fuente en Francia, mientras que los dividendos percibidos por sociedades matrices francesas quedan exentos de tributación en Francia. Ya que el convenio franco-holandés forma parte del marco jurídico aplicable al caso, se analiza si el crédito fiscal previsto en dicho convenio es susceptible de neutralizar la discriminación provocada por el Estado francés. De acuerdo al TJUE, esta discriminación no queda neutralizada ya que el crédito fiscal previsto en el convenio franco-holandés «no puede superar la cuota del impuesto neerlandés que se devenga normalmente sobre tales dividendos» y «las sociedades matrices neerlandesas están exentas, por disponer así el Reino de los Países Bajos, del impuesto sobre los dividendos de fuente extranjera, y por ende, de fuente francesa, de forma que no se concede reducción alguna en concepto de la retención en la fuente francesa»⁶⁴. La consecuencia indudable de esta sentencia es que el crédito fiscal ordinario o limitado no es susceptible de neutralizar plenamente la retención en fuente en la medida en que esta pudiera ser superior al impuesto devengado en el Estado de residencia⁶⁵.

62 En este sentido, el grupo de sentencias del TJUE denominadas *Open Skies* (por ejemplo, la sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2002, C-466/98, *Commission of the European Communities v. United Kingdom*) pone de manifiesto que puede ser un tercer país el que efectivamente aplica la discriminación siempre y cuando dicha discriminación tenga origen legal en un Estado Miembro (en este caso debido a un convenio internacional firmado entre un Estado Miembro y un país tercero por el cual los beneficios de dicho tratado aplicados en el país tercero quedan limitados a empresas del Estado Miembro que estén controladas por accionariado doméstico). Así, Traversa (2007), p. 160, considera que la jurisprudencia que se deriva de *open skies* podría ser aplicada a las cláusulas LOB establecidas mediante CDIs. En este sentido Véase también Debelva et al. (2015), pp. 136 y 137.

63 Esta medida neutralizadora además no causaría ninguna *doble no imposición* ya que el Estado de residencia debería gravar *suficientemente* la renta de fuente extranjera para poder obtener el reembolso del importe de la discriminación (el diferencial de la retención en fuente como consecuencia de la aplicación de la cláusula LOB). Como veremos un poco más adelante, el método de exención no constituye una medida susceptible de neutralizar una discriminación provocada por el Estado de fuente.

64 STJUE de 14 de diciembre de 2006, C-170/05 (*Denkavit Internationaal*), párr. 46.

65 Sobre el debate de si, en determinados casos, es posible una neutralización efectiva de la discriminación mediante un crédito fiscal ordinario, véanse Lang (2008), p.71, y Kofler (2011), p. 688. A favor de esta posibilidad, véanse la Opinión del Abogado General Mengozzi, de 7 de junio de 2007, en el asunto *Amurta* (C-379/05), párrs. 89-90, la STJUE de 17 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 (*Miljoen*), párr. 90, y la Resolución del TEAC de 2 de noviembre de 2017 (n.º 00/8376/2015).

Además, en nuestra opinión, la neutralización de una discriminación tampoco es posible en aquellos casos en que el convenio prevea el método de exención.

Es cierto que la exención puede producir un efecto económico idéntico al de un crédito fiscal ordinario o limitado en la medida en que la plena compensación del impuesto extranjero depende del tipo de gravamen del Estado de residencia. Por lo que cabría aceptar *prima facie* que la exención neutraliza completamente la discriminación producida en el país de fuente en la medida en que el tipo de gravamen ordinario del país de residencia fuera mayor que la retención aplicada en el país de fuente. Adoptar esta conclusión no sería baladí en el contexto del presente trabajo ya que podría implicar que algunas de las normas anti-híbridos con efectos en el seno de una misma entidad⁶⁶ pudieran quedar *ipso facto* neutralizadas, total o parcialmente (dependiendo de los tipos impositivos de los Estados Miembros afectados), por la correlativa exención del otro Estado Miembro siempre y cuando la medida discriminatoria y su correlativa medida neutralizadora derivasen del mismo marco jurídico.

No obstante, esta conclusión debe quedar desechada ya que tanto las exenciones como las deducciones son medidas que persiguen la neutralidad en la importación de capitales (CIN, por sus siglas en inglés)⁶⁷. Es decir, se trata de medidas que aplican una tributación absoluta, sin que la tributación de otro Estado Miembro incida en la aplicación de dichas medidas⁶⁸. Así, un pago que esté exento para el perceptor estará exento con independencia de la tributación del pagador. De la misma manera, un pago deducible para el pagador generará un crédito fiscal cuya cuantía no será dependiente de la tributación del país del perceptor. En resumen, los aumentos impositivos en otro país suponen un coste financiero real para el contribuyente en cuya residencia se aplican medidas de CIN⁶⁹.

66 En el asunto *Cadbury Schweppes* (STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, párr. 45) el TJUE no aplica un análisis económico de discriminación, ya que no admite dentro del comparador interno la tributación de sus entidades filiales. Esta valoración económica solo encuentra cabida cuando el comparador interno se imputa las rentas de sus entidades filiales conforme a un régimen de transparencia fiscal o de consolidación fiscal obligatoria. Por tanto, la identificación de una discriminación adopta un enfoque *jurídico* «entidad por entidad».

67 Kofler (2011), p. 689, apunta acertadamente que las retenciones en el país de fuente suponen un coste real para el contribuyente si su país de residencia aplica el método de exención.

68 En el ámbito de la Acción 2 del Proyecto BEPS y la Directiva ATAD las medidas contra la doble no imposición, aunque pudieran ser discriminatorias, se fundamentan precisamente en la ausencia de imposición en otro Estado, por lo que difícilmente habrá neutralización de una medida discriminatoria si en el otro Estado no se grava la renta (ya sea mediante técnicas de exención o mediante técnicas de deducción en base).

69 Cabría pensar que las normas anti-híbridos, al hacer depender recíprocamente la aplicación de una exención/deducción de la efectiva tributación en el otro Estado Miembro, realmente no suponen un coste para el contribuyente. No obstante, hay que tener presente que en las asimetrías híbridas intracomunitarias todos los Estados Miembros están sujetos a la regla primaria, por lo que no cabe una regla secundaria, y por tanto la exención/deducción del Estado Miembro que no es competente para aplicar la regla primaria no queda supeditada a la efectiva tributación del otro Estado Miembro. En cuanto a las asimetrías híbridas producidas entre Estados Miembros con países terceros, los países terceros, aunque tuviesen obligación por CDI de otorgar una exención/deducción, no quedan sujetos a la Directiva ATAD y por tanto no tienen ninguna obligación de supeditar la aplicación de dichos beneficios fiscales a la efectiva tributación del Estado Miembro (es decir, de aplicar la regla secundaria). Por lo que la aplicación de la norma anti-híbridos por cualquier Estado Miembro sigue siendo en todo caso un coste financiero real para el contribuyente, ya sea en el contexto de asimetrías híbridas intracomunitarias o con países terceros.

Por ello, a la hora de definir el concepto de discriminación, previo a un eventual análisis de justificación, es importante distinguir entre aquellas medidas discriminatorias cuya finalidad es compensar *previas* ventajas fiscales de otro país, entre las que cabe incluir las normas anti-híbridos, y aquellas otras medidas discriminatorias que no buscan compensar ventajas previas de otro país, sino que por el contrario son las ventajas del otro país las que compensan *ex post* dichas medidas discriminatorias. Las primeras de ellas suponen un coste real para el contribuyente y por lo tanto son susceptibles de ser discriminatorias, por lo que deben de ser analizadas en sede del *test* de justificación. Las segundas son claramente medidas que no entran siquiera dentro del concepto de discriminación en la medida en que el propio marco jurídico del propio Estado Miembro infractor las neutraliza, de manera que no suponen un coste financiero real para el contribuyente. Creo que esta distinción es importante porque a menudo la literatura ha confundido ambos tipos de medidas a la hora de tratar el tradicional debate relativo al enfoque global o agregado *versus* el enfoque «país por país».

4.4. La comparabilidad: un debate ilusorio

El examen de comparabilidad y el examen de justificación en muchos casos ha sido utilizado por el TJUE de manera intercambiable. Así, en numerosas ocasiones el TJUE se ha valido del examen de comparabilidad para evitar, en nuestra opinión, la mayor transparencia del examen de justificación. Así, el análisis de justificación permite un ponderar los intereses jurídicos confrontados, las libertades fundamentales y los intereses jurídicos nacionales, a la luz de un *test* de proporcionalidad⁷⁰.

Multitud de casos han sido saldados por el TJUE con la mera declaración de este de que no existe un comparador interno, bajo el argumento de que el caso enjuiciado no es comparable a una situación puramente interna. En nuestra opinión, este enfoque es una verdadera paradoja ya que afirmar que una situación transfronteriza no es comparable a otra interna implica necesariamente haber identificado previamente un comparador interno. Por tanto, toda situación transfronteriza es comparable legalmente a otra interna, basta con aislar el atributo protegido (el elemento transfronterizo) y sus consecuencias legales o fácticas indisolublemente unidas a aquel. Cuestión distinta es que ambas situaciones comparadas, la situación transfronteriza y el comparador interno, sean diferentes en términos de otros intereses jurídicamente protegibles que a nivel doméstico exijan, y desde el punto de vista del Derecho de la UE justifiquen, un tratamiento fiscal diferente.

Así, en los casos en que el TJUE concluye que no hay comparabilidad entre una situación transfronteriza y una interna, el propio Tribunal suele realizar un análisis de comparabilidad mediante una doble fase⁷¹: un análisis previo o *ex ante* de mera *comparabilidad legal* cuyo objetivo es encontrar un comparador interno respecto del que se da la diferencia de trato; y un análisis posterior de

⁷⁰ Véase nota 43.

⁷¹ Lazarov (2020), p. 77-78.

comparabilidad fáctica en el que se incorporan los elementos inherentes o vinculados a la situación transfronteriza, para acabar concluyendo que dichos elementos desnaturalizan la comparabilidad de ambas situaciones, la interna y la transfronteriza, y por tanto no hay discriminación por no tratarse de situaciones comparables⁷².

En nuestra opinión, esta fase de *comparabilidad fáctica* es un claro examen de justificación, en el cual sí que se incorporan los elementos fácticos de una situación transfronteriza como posibles presupuestos de hecho de una justificación⁷³.

Por ello, en nuestra opinión el examen de comparabilidad debería limitarse a un simple y superficial examen de comparabilidad legal, de manera que los elementos fácticos que concurren en la situación transfronteriza sean posteriormente incluidos en el examen de justificación y proporcionalidad. Así, aislando simplemente el elemento transfronterizo (y sus consecuencias fácticas y legales inherentes) obtenemos el comparador interno. En este sentido, el comparador interno es un residente que no ejerce una libertad comunitaria.

En el contexto de los instrumentos híbridos, ya sean instrumentos financieros híbridos o entidades híbridas, la comparabilidad legal no debería suponer ningún problema cuando se enjuician las normas anti-híbridos aplicadas por el mismo país conforme a cuyo Derecho privado fue creado el instrumento o entidad. Así, la existencia de un trato desfavorable en una situación transfronteriza se determina a partir del régimen fiscal de su comparador interno.

Por ejemplo, si el país de establecimiento de una entidad híbrida aplica una norma anti-híbridos, su comparador interno será el mismo tipo jurídico-privado de entidad pero con inversores nacionales. La cuestión inversa ha suscitado más interés: cuando la norma anti-híbridos que se enjuicia es aplicada por un país distinto al país de constitución de dicho instrumento. Así, si un Estado Miembro aplica una medida anti-híbridos a los inversores en una entidad híbrida extranjera, el comparador interno será un inversor que participa en una entidad nacional con un régimen jurídico-privado análogo al de la entidad híbrida extran-

72 Entre este tipo de casos nos encontramos el asunto *Schumacker* (STJUE de 14 de febrero de 1995, C-279/93, párrs. 31-37), en donde el TJUE estableció que un contribuyente no residente se encuentra en una situación comparable o no comparable a la de un residente en función del origen de su renta. En el asunto *Schempp* (STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03, párr. 35) la comparabilidad depende de la tributación en otro Estado Miembro. En el asunto *Class IV ACT* (STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-374/04, párr. 91) se hace depender la comparabilidad de la existencia o no de un convenio.

73 En nuestra opinión la supuesta dicotomía entre comparabilidad legal y comparabilidad fáctica es falsa por cuanto que la comparabilidad legal es una consecuencia inevitable de aislar el elemento transfronterizo. Por tanto, la comparabilidad fáctica solo puede ser empleada en el ámbito de una igualdad *real*, es decir en un contexto en el que se identifique un parámetro de diferenciación que exija tratar de manera desigual dos situaciones fácticamente diferentes (y cuyo corolario es que dos situaciones fácticamente similares deberían ser tratadas de manera idéntica). Como ya hemos dicho, no es competencia del Derecho de la UE establecer parámetros de diferenciación, esto es cuestión puramente nacional; sino que la función del Derecho de la UE es ponderar estos intereses jurídicos o parámetros nacionales con el interés comunitario protegible: el principio de no discriminación. De manera que estos intereses jurídicos nacionales puedan justificar discriminaciones sobre quienes ejercen las libertades comunitarias.

jera⁷⁴. En el asunto *Columbus Container* la normativa fiscal alemana establecía que las rentas obtenidas por sociedades personalistas extranjeras debían imputarse fiscalmente a los socios alemanes. El TJUE determinó que no había discriminación ya que las sociedades personalistas alemanas también tributaban en régimen de transparencia fiscal⁷⁵. Además, acertadamente el propio TJUE acepta como válida, aunque de manera implícita, la doble imposición que se derivaría de la hipótesis de que la sociedad extranjera tributase en régimen de opacidad en su país de constitución⁷⁶. De lo que se deduce que accesoriamente el TJUE deniega el principio de reconocimiento mutuo de los regímenes fiscales extranjeros, ya que como bien dice la sentencia, las consecuencias fiscales combinadas de la situación transfronteriza derivan del ejercicio paralelo de la «autonomía fiscal» por ambos Estados Miembros. El hecho de que dos Estados Miembros apliquen un régimen fiscal diferente, con efectos desfavorables para la situación transfronteriza, sobre un mismo instrumento financiero o entidad es únicamente atribuible al ejercicio paralelo de la autonomía fiscal por sendos Estados; y esta conclusión no queda desnaturalizada por hecho de que estos efectos fiscales desfavorables para la situación transfronteriza tengan su causa en un conflicto de calificación⁷⁷.

En el asunto *Saint-Gobain* el TJUE vuelve a apreciar la comparabilidad legal entre una sociedad no residente que opera mediante un establecimiento permanente (en adelante, EP) y una sociedad residente⁷⁸. Al igual que en el asunto *Columbus Container*, el TJUE reconoce la comparabilidad entre una sociedad extranjera y una sociedad no residente de naturaleza jurídica análoga. Se ha sugerido la aplicación de un diferente enfoque en ambas sentencias bajo el argumento de que en el asunto *Saint-Gobain*, al contrario que en el asunto *Columbus Container*, se reconoce el *principio de neutralidad en la forma legal* en el sentido de que las empresas deben ser tratadas de manera fiscalmente neutral con independencia de si operan en un Estado Miembro a través de un establecimiento permanente o a través de una entidad filial⁷⁹. En nuestra opinión este principio no es más que un corolario o consecuencia accesorio de tener que reconocer el mismo régimen fiscal a una entidad no residente que

74 De la misma forma, si un Estado Miembro de residencia aplica una norma anti-híbridos al inversor en un instrumento financiero híbrido que está emitido en otro Estado Miembro, el comparador interno será un inversor titular de un instrumento financiero emitido en su mismo país que tenga un régimen jurídico-privado análogo al del instrumento financiero híbrido emitido en el extranjero. En la STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), párr. 28, el TJUE estableció, con respecto a una norma anti-subcapitalización, que la comparación de un pago a una entidad no residente debe hacerse con respecto a una entidad nacional en régimen de Derecho privado y ánimo de lucro, y no con respecto a una entidad nacional en régimen de Derecho público.

75 STJUE de 6 de diciembre de 2007, C-298/05 (*Columbus Container*), párr. 40. Si, por el contrario, el contribuyente alemán hubiera establecido en el extranjero una sociedad con forma jurídica capitalista, en vez de personalista, entonces una eventual aplicación de una norma de transparencia fiscal en Alemania sí habría sido discriminatoria. Véase la STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*). Lo que sí es debatible es que el TJUE no apreciase en el asunto *Columbus* una discriminación horizontal, ya que la norma alemana hace depender la exención sobre los ingresos de fuente extranjera del nivel de tributación en el país extranjero; véase al respecto Calderón y Báez (2009), pp. 215-218.

76 STJUE de 6 de diciembre de 2007, C-298/05 (*Columbus Container*), párrs. 42 y 53.

77 De acuerdo a Bundgaard (2013b), p. 541, los conflictos de calificación son consecuencia de la aplicación simultánea de diferentes categorías tributarias que no distinguen por razón de residencia o nacionalidad (y que por tanto no son discriminatorias).

78 STJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97 (*Saint-Gobain*), párrs. 48-49.

79 Véase Calderón y Báez (2009), p. 216.

tenga un régimen jurídico-privado análogo al de una entidad residente. Por ello, el asunto *Columbus Container* no puede ser visto como una conculcación del *principio de neutralidad en la forma legal*, sino como una consecuencia también accesoria de la incapacidad de las libertades fundamentales para lidiar con las distorsiones propias del ejercicio paralelo de la soberanía fiscal por varios Estados Miembros (y la aplicación paralela de regímenes y categorías fiscales autónomas y descoordinadas entre sí), incapacidad que solo puede ser solucionada por la vía de la armonización legal a través del Derecho secundario de la UE. En resumen, el *principio de neutralidad en la forma legal* no es un principio autónomo de Derecho de la UE sino una mera consecuencia inherente al examen de comparabilidad vertical (residentes vs. no residentes) cuando se enjuician medidas aplicadas por el Estado de destino⁸⁰.

¿Qué habría pasado en *Columbus Container* si la legislación alemana, en vez de calificar fiscalmente las entidades extranjeras conforme a los mismos criterios que las entidades alemanas de análoga naturaleza jurídico-privada, las hubiera calificado siguiendo la calificación fiscal del país de establecimiento?⁸¹ Tal es el criterio que actualmente sigue en España la Dirección General de Tributos con respecto a las entidades extranjeras⁸².

En este tipo de situaciones en que el país de los socios de una entidad extranjera califica a esta según el régimen fiscal del país de establecimiento, puede darse la situación de que el régimen fiscal aplicable en el país extranjero sea diferente al régimen aplicable a las entidades nacionales de análoga naturaleza, con posibles efectos discriminatorios:

a) que la entidad sea considerada opaca en su país de establecimiento y tenga pérdidas, las cuales no serán deducibles por los socios en su país de residencia, en cuyo caso habría una discriminación siguiendo los criterios del asunto *Nordea Bank*, sin perjuicio de que pudiera estar justificada por razones de coherencia al haber simetría en el tratamiento tributario de los ingresos y los gastos⁸³; o b) que la entidad sea considerada transparente en su país de establecimiento y tenga beneficios, los cuales serán imputables fiscalmente a los socios en su país de residencia, en cuyo caso habría una discriminación similar a la que se deriva del asunto *Cadbury*⁸⁴.

El punto común a ambas situaciones es que el inversor residente que invierte a través de una entidad extranjera está teniendo un trato fiscal desfavorable si lo comparamos con el que tendría de haber invertido en una entidad nacional que fuera de naturaleza jurídico-privada análoga a la de la entidad extranjera. Podríamos enmarcar este tipo de métodos de calificación fiscal dentro de las medidas compensatorias (en concreto dentro de las *linking rules* características de las normas anti-híbridos), por lo que su legalidad va a depender de que el TJUE

80 Véase Calderón y Báez (2009), p. 216. Por el contrario, cuando se enjuician medidas aplicadas por el Estado de origen, por lo general la medida enjuiciada que afecta desfavorablemente a una situación transfronteriza afecta a una entidad residente, por lo que su comparador interno será necesariamente otra entidad residente.

81 Véase Baete (2020), pp. 523-524.

82 Resolución de la DGT de 6 de febrero de 2020 y, por todas, Consulta de la DGT V3557-15.

83 STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.

84 STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

pueda apreciar algún tipo de justificación para este tipo de medidas⁸⁵. Cuestión que analizaremos en el siguiente apartado.

4.5. Posibles causas de justificación

No entraremos a analizar en esta sección las causas de justificación que el TJUE recurrentemente ha inadmitido, como es la pérdida de recaudación⁸⁶. Hay otras causas de justificación que el TJUE sí ha admitido, como es la de garantizar la eficacia de los controles fiscales, pero que dejaremos también al margen del análisis por no tener relación con el objeto de las normas anti-híbridos.

Por ello analizaremos como posibles causas de justificación aquellas que tienen que ver con el comportamiento del contribuyente (la necesidad de prevenir el abuso) y aquellas causas que tienen que ver con determinados objetivos de política fiscal: la coherencia interna del sistema fiscal y la neutralidad.

4.5.1. La necesidad de prevenir el abuso

Como ya hemos advertido en secciones anteriores, una de las características esenciales de las normas anti-híbridos es que aplican de manera automática cuando hay un resultado de doble no imposición, sin que dichas normas exijan un comportamiento elusivo.

En el asunto *Halifax* el TJUE reconoció el principio de prohibición de abuso en el marco del Derecho secundario de la UE (en concreto, en el marco del Impuesto sobre el Valor Añadido)⁸⁷. Este caso no trata propiamente de justificar, por razones de abuso, la aplicación de una norma nacional discriminatoria, sino del reconocimiento de que los Estados Miembros deben poder luchar contra el abuso de las normas comunitarias⁸⁸.

También en el ámbito del IVA, nos encontramos con el asunto *RBS Deutschland Holdings*⁸⁹. Probablemente sea el caso más revelador por tratarse de un caso de doble no imposición derivado de un conflicto de calificación. En este supuesto, una entidad alemana soporta cuotas de IVA en el Reino Unido cuya deducción es denegada por las autoridades de dicho país alegando que las ope-

85 De acuerdo a Fibbe y De Graaf (2005), p. 264, este tipo de discriminaciones deberían estar justificadas ya que persiguen objetivos de neutralidad compatibles con el mercado interno.

86 Bundgaard (2013c), p. 587.

87 STJUE de 21 de febrero de 2006, C-255/02 (*Halifax*), párr. 71.

88 Sobre la eficacia del principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE véase Palao Taboada (2017), pp. 47 y ss. En el ámbito de la imposición indirecta, al tratarse de materia plenamente armonizada, el TJUE ha sido más enérgico en cuenta a la efectividad de dicho principio. Sin embargo, en el ámbito de la imposición directa el TJUE parece dar más discrecionalidad a los Estados Miembros en cuanto a su aplicabilidad. En este sentido véase la STJUE de 5 de julio de 2007, C-321/05 (*Kofoed*), párrs. 37 y ss. Aunque en nuestra opinión esta es una discusión un tanto improductiva por cuanto que es evidente que cualquier caso que llegue a instancias del TJUE se deberá precisamente a que un Estado Miembro ha pretendido aplicar tal principio para prevenir el abuso, correspondiéndole al TJUE apreciar, en aras de la seguridad jurídica, los límites que los Estados Miembros no pueden rebasar enarbolando la bandera de la prevención del abuso.

89 STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-277/09 (*RBS Deutschland Holdings*).

raciones de *leasing* que desarrolla dicha entidad no están sujetas a IVA en ningún país debido a un conflicto de calificación: en Reino Unido dichas operaciones eran consideradas prestaciones de servicios realizadas en Alemania y, consecuentemente, no sujetas al IVA en el Reino Unido; y en Alemania esas prestaciones eran consideradas entregas de bienes, realizadas en el Reino Unido y consecuentemente no sujetas al IVA en Alemania. El TJUE no aprecia abuso de Derecho ya que «los sujetos pasivos son libres de elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas, también a efectos de limitar sus cargas fiscales»⁹⁰.

Es evidente que el reconocimiento del principio de prohibición de abuso del Derecho de la UE, al igual que debe ser reconocido como un instrumento en manos de los Estados Miembros para evitar que los contribuyentes abusen de aquellas parcelas armonizadas mediante el Derecho secundario, debe ser igualmente reconocido como un instrumento en manos de los Estados Miembros para evitar que los contribuyentes abusen de las libertades comunitarias.

En el asunto *Cadbury Schweppes* el TJUE estableció que una restricción a las libertades fundamentales «puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate»⁹¹.

En el asunto *Lankhorst-Hohorst*, el TJUE consideró que un préstamo entre empresas vinculadas no tiene necesariamente un objeto elusivo «ya que el préstamo se realizó efectivamente para reducir, en favor de la demandante en el litigio principal, la carga del importe de los intereses derivados de su crédito bancario»⁹². Por ello el TJUE consideró ilegal una norma nacional alemana de subcapitalización dirigida a préstamos entre partes vinculadas y bajo determinados umbrales de endeudamiento, sin que cupiese justificación alguna por razón de abuso. Esta jurisprudencia sobre las normas de subcapitalización fue posteriormente ampliada en el asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, la cual estableció que una norma de subcapitalización dirigida a prevenir el abuso debería tener en cuenta evidencias tales como las condiciones particulares del préstamo (por ejemplo, si el interés pactado es un interés de mercado)⁹³.

Muy recientemente, el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse, en el caso *Lexel*, sobre una medida nacional sueca que condicionaba la deducibilidad de los intereses pagados a una entidad vinculada a que el préstamo del que derivasen tales intereses no hubiera sido contraído con la finalidad de disfrutar de una «ventaja fiscal significativa»⁹⁴. Dicha «cláusula de excepción» era discriminatoria ya que no resultaba aplicable a las transferencias financieras entre entidades de un mismo grupo cuando el beneficiario de la transferencia financiera estuviera «sujeto a tributación en Suecia por la actividad económica rela-

90 STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-277/09 (*RBS Deutschland Holdings*), párr. 53.

91 STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 51.

92 STJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), párr. 38.

93 STJUE de 13 de marzo del 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 81.

94 STJUE de 20 de enero de 2021, C-484/19 (*Lexel*), párr. 37.

cionada con dicha transferencia financiera»⁹⁵. En este caso, el TJUE considera que la medida discriminatoria no puede quedar justificada por la necesidad de combatir el fraude y la evasión fiscal ya que dicha cláusula de excepción era aplicable también a situaciones en las que, sin ser verdaderamente abusivas o artificiosas, el contribuyente obtenía una «ventaja fiscal significativa»:

«53. El objetivo específico de la cláusula de excepción no es luchar contra los montajes puramente artificiales y la aplicación de esa cláusula no se limita a tales montajes. (...) también pueden quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de excepción las transacciones celebradas en condiciones de plena competencia, es decir, en condiciones análogas a las que se aplicarían entre sociedades independientes.

54. En otras palabras, el aspecto ficticio de la transacción no constituye un requisito determinante para denegar el derecho a deducción, ya que la intención de la sociedad de que se trate de contraer una deuda, principalmente por motivos fiscales, es suficiente para justificar la denegación del derecho a deducir. La calificación de una transacción como de carácter principalmente fiscal se produce cuando se exceda un determinado porcentaje, a saber, el 75 %, del objetivo de la transacción.»⁹⁶

En resumen, no parece que las normas anti-híbridos puedan tener por objeto prevenir el abuso, ya que estas se aplican de manera automática sobre la base de presunciones *iuris et de iure*, bastando que exista, o bien una relación de vinculación entre las partes de la asimetría híbrida, o bien un mecanismo estructurado. En concreto, al igual que la «ventaja fiscal significativa» de la «regla de excepción» del caso *Lexel* no requería la existencia de un montaje puramente artificial, la existencia de un mecanismo estructurado tampoco implica necesariamente la existencia de un montaje puramente artificial, sino que basta con que «la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo»⁹⁷. Por otra parte, la mera relación de vinculación tampoco es una evidencia que pueda acreditar fehacientemente la existencia de un montaje artificial⁹⁸.

Probablemente, el único caso donde podría admitirse este motivo de justificación no es propiamente en las normas anti-híbridos ordinarias, sino en otras normas anti-abuso que pueden servir de manera accesoria para prevenir asimetrías híbridas. Tal es el caso de las normas de transparencia fiscal internacional, las cuales pueden ser utilizadas de manera efectiva para prevenir resultados de deducción sin inclusión derivados de la utilización de entidades híbridas inversas (o incluso de instrumentos financieros híbridos). En determinados casos, este tipo de entidades pueden estar vacías de toda sustancia en su país de constitución, de manera que solamente sirvan para canalizar el cobro de rentas pasivas sin tributación alguna. En este tipo de supuestos, las normas de transparencia fiscal internacional obligarían a imputar al inversor las rentas obtenidas por la entidad híbrida inversa.

95 STJUE de 20 de enero de 2021, C-484/19 (*Lexel*), párr. 38.

96 STJUE de 20 de enero de 2021, C-484/19 (*Lexel*), párrs. 53-54.

97 Artículo 2.11 de la Directiva ATAD.

98 STJUE de 13 de marzo del 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), párr. 73.

4.5.2. Coherencia interna vs. neutralidad

Las normas anti-híbridos no son más que medidas compensatorias, cuya finalidad es revertir una ventaja fiscal otorgada por otro sistema fiscal, ventaja que no se habría producido de tratarse de una situación interna equivalente. Como ya hemos avanzado, este tipo de medidas son potencialmente discriminatorias en la medida en que suelen ser discriminaciones encubiertas, que solo afectan a situaciones transfronterizas, en las que se ejercitan las libertades comunitarias.

El debate entorno a este tipo de medidas ha girado en torno a si los efectos tributarios de otro país deben tomarse en cuenta a la hora de valorar la discriminación. Es decir, si la ley extranjera debe valorarse a la hora de determinar la eventual ilegalidad de una discriminación. Como ya hemos dicho, no se deben confundir estas medidas con aquellas discriminaciones que son neutralizadas por créditos fiscales otorgados bajo el mismo marco jurídico, en cuyo caso deben quedar excluidas del mismo concepto de discriminación. Lo que ahora se analizará es la situación inversa, verdaderas discriminaciones cuya finalidad es anular previas ventajas fiscales otorgadas por otros países.

4.5.2.1. Coherencia

Una de las primeras sentencias que se asocian a este tipo de medidas compensatorias la encontramos en el asunto *Bachmann*⁹⁹. En *Bachmann* se enjuicia la negativa del Estado belga a deducir las primas de seguro abonadas en otro Estado Miembro (Alemania), utilizado como justificación la *coherencia del sistema fiscal interno*. Este tipo de medidas busca evitar el riesgo de que el contribuyente eluda las eventuales obligaciones fiscales futuras vinculadas a una ventaja fiscal presente, para lo cual se le deniega dicha ventaja. Así, la no deducibilidad de las primas de seguro pagadas en otro Estado Miembro requiere que las eventuales indemnizaciones asociadas a dichas primas queden igualmente exentas al objeto de que los gastos e ingresos asociados a estos reciban en el propio Estado Miembro un trato fiscal simétrico.

La justificación de coherencia iniciada con la jurisprudencia *Bachmann* ha venido exigiendo un vínculo directo entre una previa ventaja fiscal (la deducción de la prima) y una posterior desventaja fiscal (la tributación de la indemnización del seguro). En la medida en que la justificación de coherencia se predica respecto del régimen fiscal *interno*, el vínculo directo implica necesariamente que ambas, ventaja previa y posterior desventaja, se den con respecto al mismo impuesto (y por tanto con respecto al mismo sistema fiscal, del mismo país) y con respecto al mismo contribuyente. Así, la medida discriminatoria preservará la coherencia interna en las operaciones transfronterizas solo si el trato fiscal del ingreso asociado está exento, de manera que en este tipo de situaciones transfronterizas no se permita el diferimiento, pero tampoco se obligue a una posterior tributación: la dinámica general de deducción-tributación relativa a

99 STJUE de 28 de enero de 1992, C-204/90 (*Bachmann*), párrs. 21-27.

los gastos e ingresos con vínculo directo se sustituye por una dinámica de no deducción-exención en relación a situaciones transfronterizas.

En el asunto *Bachmann* no se enjuicia una medida que tenga por objeto compensar una ventaja fiscal otorgada por otro país, sino que por el contrario se enmarca como una medida de coherencia dentro de un mismo sistema fiscal que no puede entenderse sin la fiscalidad de su correlato: exención de los eventuales ingresos asociados a dichas primas (las indemnizaciones o pensiones pagadas por el seguro). De hecho, la propia norma belga es indiferente a los efectos fiscales de la norma extranjera: no tiene en cuenta si las primas pagadas en Alemania son deducibles o no en dicho país, o si las eventuales indemnizaciones están exentas o no en Alemania. Por tanto, se trata más de una justificación cuyo objetivo es proteger los intereses del Estado belga, con independencia de la tributación global del contribuyente.

Por tanto, ni siquiera procedería enmarcar la medida enjuiciada en *Bachmann* como una discriminación cuyo objetivo sea compensar una ventaja fiscal concedida *ex ante*, sino que discriminación y ventaja están emparejadas mutuamente, de manera que ambas se fundamentan mutuamente: ¿qué es primero (no en un sentido temporal), la exención por las indemnizaciones o la no deducibilidad de las primas? Por tanto, hay una dependencia mutua entre discriminación y beneficio fiscal: la ventaja depende de la discriminación y la discriminación de la ventaja, lo cual no ocurre en supuestos como los enjuiciados en los asuntos *Eurowings* o *Schempp*.

Por tanto, no creemos que sea correcto identificar la medida enjuiciada en el asunto *Bachmann* como una medida compensatoria ya que no compensa una ventaja *ex ante*, sino que el objetivo es preservar la coherencia del sistema fiscal interno: proteger la base imponible del propio Estado *territorializando* los ingresos y gastos correlacionados, de manera que ambos tengan un trato simétrico o coherente con independencia de su fuente.

Por el contrario, las auténticas medidas compensatorias tienen la finalidad de anular ventajas fiscales concedidas en un país extranjero. Se trata de normas tributarias que hacen depender sus efectos, de manera expresa o tácita, de la ley tributaria extranjera. Por tanto, su legitimidad se encuentra en preservar la neutralidad de las situaciones transfronterizas (proteger la base imponible del propio Estado en base a criterios de neutralidad y equidad del contribuyente)¹⁰⁰. Sin embargo, en el asunto *Eurowings* se deniega como justificación la neutralidad, la cual sin embargo sí parece reconocerse en el asunto *Schempp*. Sin embargo, a partir del asunto *Marks & Spencer* el TJUE parece fusionar ambos objetivos, coherencia y neutralidad, en una sola justificación.

100 Cordewener et al. (2009), pp. 1956-1957 y 1999, dividen las finalidades legítimas de una medida discriminatoria entre aquellas que persiguen una «*inter-jurisdictional equity*» y aquellas otras que buscan una «*taxpayer equity*». Para estos autores la coherencia del sistema fiscal solo debería ser válida como justificación cuando su finalidad no es meramente recaudatoria, sino preservar la equidad a la hora de gravar la capacidad económica del contribuyente (p. 1974). No obstante, no compartimos esta postura ya que en casos como *Bachmann* la norma enjuiciada no tiene en cuenta la tributación extranjera, por lo que necesariamente no se va a tener en cuenta la capacidad económica global del contribuyente, lo que a su vez implicará necesariamente que la coherencia del sistema

4.5.2.2. Neutralidad: las normas anti-híbridos como paradigma de medidas compensatorias

Las normas analizadas en este apartado, al contrario que en el asunto *Bachmann*, sí se enmarcan dentro de las medidas compensatorias, las cuales tienen por objeto preservar la neutralidad de las situaciones transfronterizas con respecto a las situaciones internas.

4.5.2.2.1. Las normas anti-híbridos con carácter general

4.5.2.2.1.1. Doctrina del TJUE en el ámbito de las medidas compensatorias

El TJUE por lo general no ha venido reconociendo la neutralidad como justificación en su jurisprudencia. Unas veces ha rechazado como justificación autónoma «el objetivo de evitar la doble imputación de las pérdidas»¹⁰¹, y otras ha rechazado como justificación el hecho de que la inversión transfronteriza esté sometida en otro país a una «carga fiscal menor»¹⁰². Pero lo que subyace detrás de todas estas justificaciones rechazadas por el TJUE es una medida compensatoria cuya finalidad es mantener una neutralidad en las situaciones transfronterizas: en unos casos lo que busca la norma simplemente es revertir una tributación general menor en el otro Estado, en otros revertir una ventaja fiscal unilateral y en otros busca eliminar situaciones de doble no imposición bilateral.

En el asunto *Eurowings* se enjuicia una norma tributaria alemana que en las situaciones transfronterizas anuda sus efectos a la tributación extranjera. En este caso, en el ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas alemán, se impone un gravamen especial compensatorio a un arrendatario alemán cuando el arrendador es irlandés, debido a que este último no está sujeto a un impuesto análogo en su país. El TJUE establece que en este caso no existe el vínculo directo que se exigía en el asunto *Bachmann*, es decir, la ventaja (la ausencia de tributación sobre el arrendador) y la discriminación (el gravamen especial sobre arrendatario) no se producen sobre el mismo contribuyente y respecto al mismo impuesto¹⁰³. Por tanto, no puede prosperar la justificación de coherencia del sistema fiscal. Esta postura no puede sorprendernos por cuanto que, en nuestra opinión, es evidente que la norma no persigue un objetivo de coherencia del sistema fiscal interno.

fiscal interno nunca pueda tener en cuenta la capacidad económica del contribuyente. Cuestión distinta es si la inherente finalidad recaudatoria de todo ejercicio del poder tributario está fundada en criterios de territorialidad que puedan legitimar un resultado discriminatorio de tal ejercicio. De hecho, cualquier medida discriminatoria, aunque este justificada (ya sea por razones de coherencia o incluso de neutralidad), va a estar fundada en última instancia en una finalidad recaudatoria. Una cosa es la finalidad inherentemente recaudatoria del ejercicio del poder tributario, y otra muy distinta son los fundamentos que puedan legitimar dicho ejercicio.

101 En la STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párr. 33, no se admitió como justificación autónoma el riesgo de doble imputación de pérdidas.

102 SSTJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97 (*Eurowings*), párrs. 43-44, y de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), párr. 49.

103 STJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97 (*Eurowings*), párrs. 20 y 42.

Sin embargo, en nuestra opinión es más interesante el hecho de que el TJUE deniega también como justificación el hecho de que el gravamen especial exigido en Alemania tenga la finalidad de compensar una «carga fiscal menor» producida en el Estado del arrendador (Irlanda)¹⁰⁴. Esta justificación, que se deniega por el TJUE en *Eurowings*, sí se enlaza claramente con la finalidad de neutralidad.

En el asunto *Philips Electronics*, el Reino Unido condiciona la posibilidad de incluir las pérdidas de un establecimiento permanente situado en dicho territorio dentro de un grupo de consolidación nacional a que dichas pérdidas no fueren deducibles en otro país. Por tanto, se enjuicia la validez de una *norma de vinculación (linking rule)* de naturaleza idéntica a las normas anti-híbridos. En este caso el TJUE descarta en primer lugar la justificación de coherencia ya que la medida discriminatoria enjuiciada no tiene como objetivo preservar una adecuada simetría entre los ingresos y gastos en el país de establecimiento¹⁰⁵, sino simplemente compensar una ventaja aplicada en otro Estado Miembro. El TJUE tampoco admite como justificación autónoma el riesgo de una doble imputación de pérdidas¹⁰⁶.

No obstante, hemos de señalar que en este caso el TJUE enjuicia la discriminación que supone que la *linking rule* únicamente se aplique a las pérdidas originadas en un establecimiento permanente de titularidad extranjera y no se aplique a las pérdidas de sociedades residentes (no hay que olvidar que las pérdidas de sociedades residentes también son susceptibles de ser imputadas en el extranjero: mediante de un régimen de consolidación internacional, mediante la utilización de entidades híbridas o mediante entidades con doble residencia)¹⁰⁷. Es evidente que aquí no hay ninguna discriminación encubierta, ya que la *linking rule* se aplica expresamente a establecimientos permanentes de titularidad extranjera y no a sociedades residentes. Esta circunstancia nos hace preguntarnos si el TJUE toma la decisión de no admitir como justificación el riesgo de doble imputación de pérdidas porque: a) considere que la aplicación de la *linking rule* es discriminatoria en la medida en que no se aplica también a las pérdidas de sociedades residentes que pertenezcan a grupos internacionales (y que por tanto exista riesgo de doble imputación de pérdidas), de manera que implícitamente el TJUE considere válido el principio de neutralidad como justificación pero no considere válida una aplicación discriminatoria de este (es decir que las *linking rules*, tendentes a asegurar la neutralidad transfronteriza, se apliquen solamente a unos casos y no a otros); b) o bien porque considere que la neutralidad no es válida como justificación en ningún caso.

En nuestra opinión, la neutralidad no es válida en ningún caso. En primer lugar, porque la propia sentencia no llega en ningún caso a admitir como justificación autónoma el riesgo de doble imputación de pérdidas¹⁰⁸. Y, en segundo lugar, porque si la *linking rule* se aplicase también a su comparador interno (una sociedad residente perteneciente a un grupo de consolidación fiscal interna-

104 STJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97 (*Eurowings*), párrs. 43-45.

105 STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 23-27.

106 STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 28-33.

107 STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 14-16 y 19-20.

108 STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párr. 33.

cional), entonces el propio comparador interno sería discriminado con respecto a un grupo de empresas puramente doméstico en la medida en que perteneciese a un grupo multinacional, susceptible de una doble imputación de pérdidas y por tanto susceptible de desencadenar la *linking rule*. Es decir, el comparador interno de un grupo de sociedades multinacional forzosamente tendría que valer para un establecimiento permanente perteneciente a una sociedad extranjera¹⁰⁹.

La mayor excepción a esta consolidada doctrina sobre la neutralidad es el asunto *Schempp*, donde sí parece reconocerse como legítima esta finalidad de neutralidad (enfoque global u *overall approach*). Realmente no es una excepción en sentido estricto ya que en el asunto *Schempp* el TJUE emplea un camino distinto al del análisis de justificación: utilizando el análisis de comparabilidad y, además, de manera muy sucinta y poco motivada¹¹⁰. En este caso, un contribuyente residente en Alemania paga una pensión alimenticia a su exesposa residente en Austria, país que no sujeta dicha pensión a tributación. La norma alemana establecía al respecto que la deducibilidad de tales pensiones, en caso de que el perceptor no estuviera sujeto al impuesto sobre la renta por razón personal en Alemania, quedaba condicionada a la efectiva tributación de las mismas por el perceptor. De aquí se suscitan dos cuestiones. La primera es si es discriminatorio el hecho de que la norma alemana haga depender la deducibilidad de la pensión de la efectiva tributación del perceptor en caso de ser un no residente alemán, mientras que dicha tributación efectiva no es necesaria si el perceptor es residente alemán. Esta cuestión no se enjuicia en la sentencia ya que el TJUE advierte que se trata de un caso en el que la pensión está no sujeta al impuesto personal del perceptor, por lo que la efectividad de la tributación queda fuera del análisis¹¹¹. Lo que se enjuicia por el Tribunal es si es discriminatorio denegar la deducción cuando la pensión no está sujeta al impuesto del país de residencia del perceptor. El análisis es tremendamente confuso ya que, como apunta Lang, el TJUE quiere abrazar un enfoque global (*overall approach*) de manera disimu-

109 Es decir, si A (la situación transfronteriza discriminada en *Philips*: la existencia de un EP perteneciente a una sociedad no residente) es comparable a B (una sociedad residente perteneciente a un grupo multinacional), y B es comparable a C (una sociedad residente perteneciente a un grupo puramente nacional), C debería ser comparable a A, y por tanto debería poder utilizarse como su comparador interno.

110 Parece intuirse que la argumentación que sigue el TJUE se basa en que quien ejerce la libertad de circulación no es el señor Schempp, sino su exesposa, la cual no soporta los efectos económicos de dicha discriminación (ya que se trata de una pensión obligatoria), de manera que siguiendo esta lógica los efectos fiscales de la no deducibilidad de la pensión resultarían en una disparidad y no en una discriminación (STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03, *Schempp*, 21-23 y 44-45). No podemos compartir esta argumentación ya que en nuestra opinión es falso que el señor Schempp no ejerciese la libertad de circulación. Si la situación hubiera sido la contraria (que el señor Schempp hubiera sido el que formalmente ejerciese la libertad de circulación y fuera el que se trasladase de Austria a Alemania), ¿qué habría cambiado? Por tanto, la cuestión no radica en determinar quién ejerce formalmente la libertad de circulación, sino en el hecho de que ambos residen en países distintos, lo cual ya implica en abstracto un ejercicio las libertades comunitarias por ambos. En el caso *Eurowings* se establece que «el Tratado confiere derechos no sólo al propio prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios», STJUE de 26 de octubre de 1999, C-294/97, párr. 34.

111 STJUE de 12 de julio de 2005, C-403/03 (*Schempp*), párrs. 37-38.

lada sin tener que realizar abiertamente un examen de justificación¹¹². En nuestra opinión, el análisis de comparabilidad del que se vale el TJUE en *Schempp* adolece de una importante falta de motivación¹¹³.

En el asunto *Schempp* se enjuicia una medida compensatoria esencialmente similar a las tratadas en los asuntos *Eurowings* y *Philips Electronics*, y que por tanto debería haber sido examinada de acuerdo al análisis de justificación¹¹⁴. Probablemente, y de haber seguido los postulados del asunto *Eurowings*, este análisis debería haber concluido en un resultado de discriminación ilegal. Al igual que en *Eurowings*, la medida enjuiciada en *Schempp* no consiste en una medida tendente a asegurar la coherencia del sistema fiscal interno (no existe el vínculo directo), sino que se trata de una medida cuyo objetivo es asegurar la neutralidad de las situaciones transfronterizas, justificación que ya fue desestimada en el asunto *Eurowings*¹¹⁵.

De haber seguido un examen de justificación, la coherencia fiscal nunca podría haber servido de justificación por cuanto que no se daba el presupuesto de hecho para la aplicación de dicha justificación: el vínculo directo. Sin embargo, la norma enjuiciada en el caso *Schempp* sí cumplía con el presupuesto de hecho propio de la finalidad de neutralidad. Cuestión diferente es que el TJUE pudiera haber aceptado dicha justificación como válida¹¹⁶. En este sentido, parece difícil poder defender la validez de dicha medida si seguimos la jurisprudencia derivada de los asuntos *Eurowings* y *Philips Electronics*, donde reiteradamente el TJUE deniega como válidas todas aquellas justificaciones basadas en la neutralidad.

Como ya pusimos de manifiesto anteriormente, el examen de comparabilidad no puede ser utilizado para eludir el examen de justificación y proporcionalidad,

112 Lang (2006), p. 60. Como acertadamente señala Martínez Laguna (2019), sección 4.04[A][2][a][i], contrariamente a lo que alega el TJUE, no estamos ante una «disparidad» fruto de la falta de coordinación fiscal entre los Estados Miembros, sino precisamente es la disparidad la que es la causa de que Alemania estableciese una norma de coordinación, por lo que según este autor el TJUE debería haber confirmado la existencia de comparabilidad y haber considerado discriminatoria la norma alemana enjuiciada.

113 Aunque sin demasiado tino, probablemente lo que pretendió señalar el TJUE en el asunto *Schempp* era que cuando la definición de los requisitos que conforman el presupuesto de hecho de una norma nacional desfavorable (por ejemplo, que el pago esté «no sujeto» al impuesto personal de beneficiario) puedan depender en última instancia de las condiciones que establezca el ordenamiento extranjero, el eventual trato desfavorable de una situación transfronteriza se debe realmente a una «disparidad» y no propiamente a una discriminación (ya que el presupuesto de hecho de la norma desfavorable es susceptible de darse tanto en situaciones internas como en situaciones transfronterizas). No obstante y en nuestra opinión, tal interpretación abriría la puerta a validar las discriminaciones encubiertas cuyo objetivo real fuera anular los beneficios fiscales de otras jurisdicciones.

114 Si se trata de una discriminación encubierta, que encubre el elemento transfronterizo como elemento de discriminación, o si por el contrario se trata de una discriminación abierta o directa, es quizás en este caso una discusión un tanto bizantina. Es irrelevante si el factor de discriminación es la no sujeción de la pensión a cualquier impuesto personal (ya sea el impuesto alemán o el impuesto de otro país) o si por el contrario el factor de discriminación es la no sujeción a un impuesto personal extranjero, ya que en ambos casos la conclusión necesariamente debe ser la misma.

115 Véase nota 104.

116 No se debe confundir el cumplimiento del presupuesto de hecho de una legitimación con el hecho de que el TJUE no considere dicha legitimación válida como justificación. Es decir, una norma discriminatoria puede estar legitimada internamente por una determinada razón (se da el presupuesto de hecho que vincula a una norma con una determinada finalidad) pero el TJUE no acepta la validez de dicha legitimación como causa justificativa.

ya que de otro modo se estaría vaciando de contenido y desnaturalizando la finalidad del principio de no discriminación. Por ello creemos más consistente el enfoque seguido en casos como *Eurowings* o *Philips Electronics* que el seguido en el caso *Schempp*¹¹⁷. Por ello, siguiendo esta jurisprudencia del TJUE, creemos que las normas anti-híbridos son discriminatorias, sin que tal discriminación pueda quedar justificada por razones de neutralidad.

4.5.2.2.1.2. Propuesta interpretativa: macro-coherencia

No obstante, Rust señala que quizás pudiera reconocerse como válida una medida compensatoria que tuviera como objetivo combatir las asimetrías híbridas. De acuerdo con Rust, mientras que la mayoría de las medidas compensatorias examinadas por el TJUE, y que han sido declaradas discriminaciones ilegales, son normas que buscan combatir la baja tributación o las ventajas fiscales deliberadas de un país extranjero, la medida compensatoria enjuiciada en el asunto *Schempp* tiene como objetivo combatir la doble no imposición no deliberada¹¹⁸.

El problema de adoptar este enfoque es que dejaríamos en manos del TJUE la labor de tener que identificar cuándo la doble no imposición es fruto de la voluntad de algún Estado o cuándo es un resultado involuntario. Extremo que es una discusión estéril. Es prácticamente imposible discernir cuándo una exención sobre dividendos tiene por objeto eliminar la doble imposición económica y cuándo tiene por objeto incentivar fiscalmente la internacionalización de las empresas nacionales, y eso suponiendo que sea una cuestión binaria, ya que no necesariamente el legislador se tiene que decantar entre esos dos extremos.

Es evidente que si los dos países implicados en una asimetría híbrida han implementado normas anti-híbridos, para ambos países estamos ante resultados no deseados, de manera que sí podríamos aseverar que se trata de una doble no imposición involuntaria. No obstante, sigue habiendo riesgo de que el otro país extranjero derogue o modifique unilateralmente sus normas anti-híbridos para dejarlas total o parcialmente sin efecto, de manera que el carácter voluntario o no de la doble imposición, desde una perspectiva conjunta o bilateral, sigue quedando eventualmente en manos de un país distinto al que está aplicando la *linking rule*. Así, la legalidad de la norma anti-híbridos seguiría dependiendo en última instancia de la voluntad de otro país. Esta circunstancia puede ocurrir en las asimetrías híbridas que se den entre un Estado Miembro y un país tercero, y que nos hacen cuestionarnos su legalidad.

Sin embargo, la naturaleza vinculante de la Directiva ATAD sobre todos los Estados Miembros hace que esta problemática no se dé en las asimetrías híbridas *intracomunitarias*. Por lo que en estos casos cabría aceptar la validez las *linking rules* que combatan las asimetrías híbridas intracomunitarias, sobre

¹¹⁷ En el mismo sentido se manifiesta Parada (2017), pp. 566-572.

¹¹⁸ Rust (2015), p. 317.

todo habida cuenta de que la eliminación de la doble no imposición se realiza de manera consensuada por todos los Estados Miembros, de manera que se puede aseverar que la doble no imposición es completamente involuntaria en todos los Estados Miembros. Además, este objetivo de neutralidad subyacente a las *linking rules* es un principio programático del Derecho de la UE, el cual ha cristalizado en la Directiva ATAD como instrumento idóneo para asegurar un *marco de competencia igualitario* entre las empresas comunitarias y mejorar el funcionamiento del mercado interno.

Esto no significa que pueda aplicar como justificación autónoma la reciprocidad inherente a las medidas de la Directiva ATAD. No se debe confundir una medida discriminatoria (en la medida en que afecta desfavorablemente a determinadas situaciones transfronterizas) establecida en una norma internacional con la situación

inversa: una medida interna dirigida a situaciones transfronterizas de carácter general deviene en potencialmente discriminatoria en la medida en que un convenio internacional establezca un beneficio fiscal para un residente en un país concreto. Este segundo tipo de medidas sí han sido justificadas conforme al principio de reciprocidad de los convenios, el cual no exige una extensión unilateral de los beneficios de un convenio a situaciones no cubiertas por este¹¹⁹. No obstante, el primer tipo de medidas (aquellas discriminaciones establecidas en un convenio) implica un ejercicio de potestades tributarias que tiene que respetar en todo caso las libertades fundamentales. Así, algunos autores han apuntado que las cláusulas LOB de los CDIs no son normas de atribución de potestades tributarias, sino normas de «ejercicio de potestades tributarias»¹²⁰, naturaleza que es extensible a las normas de la Directiva ATAD.

Por tanto, lo que legitima las normas anti-híbridos de la Directiva ATAD no es propiamente la reciprocidad de las mismas, sino que en un contexto de reciprocidad como es la Directiva ATAD, persiguen un objetivo de neutralidad intrínseco al mercado común. En nuestra opinión, esta suma de reciprocidad y neutralidad transfronteriza que caracteriza a las normas anti-híbridos de la Directiva ATAD se asemeja bastante al enfoque de macro-coherencia que en su momento la sentencia *Wielockx* anticipó de una manera elemental y que la jurisprudencia posterior pareció desarrollar sin demasiado acierto, como veremos en la sección siguiente¹²¹.

119 STJUE de 5 de julio de 2005, C-376/03 (*D*), párr. 61.

120 De Broe (2008), pp. 1055-1056; Debelva et al. (2015), p. 136. Para estos autores, la naturaleza impositiva (y no atributiva) de las cláusulas LOB hace francamente difícil respaldar la decisión del TJUE en *Class IV ACT* (STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-374/04), en la cual el TJUE se amparó en el principio de reciprocidad de los convenios para validar una cláusula LOB. De hecho, el problema que subyace a *Class IV ACT* es que el TJUE parece asumir que se trata de una situación de discriminación horizontal, situación que sí es justificable por el principio de reciprocidad (véase nota 119). No obstante, en nuestra opinión se trata de una clara situación de discriminación vertical ya que realmente se está comparando a dos residentes de un mismo Estado, uno en una situación transfronteriza (el contribuyente controlado por una entidad extranjera) y otro en una situación puramente interna (el contribuyente controlado por una entidad residente). En este sentido, Martins (2016), p. 279.

121 STJUE de 11 de agosto de 1995, C-80/94 (*Wielockx*).

4.5.2.2.2. La regla anti-híbridos secundaria en los resultados de deducción sin inclusión

En las asimetrías híbridas con resultado de deducción sin inclusión, la regla secundaria o defensiva plantea cuestiones específicas que las hace merecedoras de un análisis *ad hoc*¹²². La regla secundaria en este tipo de asimetrías exige a la jurisdicción del perceptor del pago que no exima de gravamen dicho pago cuando este es deducible en la jurisdicción del pagador. Por lo general se trata de supuestos relativos a instrumentos financieros en los que el perceptor califica el pago como dividendo exento conforme al régimen de exención matriz-filial.

En abstracto, y al margen de los requisitos adicionales en relación a la tributación efectiva que se harán un poco más adelante¹²³, este tipo de medidas sí parecen ser válidas conforme a la jurisprudencia del TJUE cuando la denegación de la exención no excluya la aplicación del método de imputación mediante un crédito fiscal indirecto por el impuesto subyacente pagado en el extranjero¹²⁴. Así, el TJUE ha establecido que «obligar al Estado miembro donde reside la sociedad beneficiaria de los dividendos a eximir del impuesto sobre sociedades los dividendos de origen extranjero afectaría a la competencia de dicho Estado miembro para gravar, respetando el principio de no discriminación, los beneficios así distribuidos al tipo establecido en su propia legislación»¹²⁵.

A tenor de esta jurisprudencia, un Estado Miembro puede aplicar el método de exención a los dividendos de fuente interna y el método del crédito fiscal indirecto a los dividendos de fuente extranjera por cuanto que para el TJUE ambos son métodos equivalentes¹²⁶. En concreto, la regla anti-híbridos secundaria (y la regla anti-híbridos especial del artículo 4.1(a) la Directiva Matriz-Filial) en la teoría no excluye la aplicación del método de imputación del crédito fiscal indirecto; cuestión distinta es que, como el método de imputación exige admitir un crédito fiscal indirecto por el impuesto efectivo pagado en el extranjero, este crédito fiscal sea 0 en los dividendos deducibles.

La citada jurisprudencia, en concreto el caso *FII Group (2)*, aclara que lo que puede romper la equivalencia entre ambos métodos, exención e imputación, es que el contribuyente demuestre que el nivel de tributación efectiva en el Estado Miembro que aplica ambos métodos (el de exención para los dividendos internos y el de imputación para los dividendos de fuente extranjera) es inferior al tipo

122 Las consideraciones hechas en esta sección con respecto a la regla secundaria son también aplicables a la regla anti-híbridos especial del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial.

123 STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 41-52.

124 Rust (2015), pp. 320-321.

125 STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párr. 40.

126 SSTJUE de 12 de diciembre 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 48 y 57; de 23 de abril de 2008, C-201/05 (*The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*), párrs. 38-39; y de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 (*Haribo/Salinen*), párrs. 86-89. Para un estudio detallado sobre la equivalencia de ambos métodos, exención e imputación, véase De Groot (2016).

impositivo nominal¹²⁷, de forma que el método de exención traslada esta ventaja al accionista (en la medida en que el beneficio subyacente del que derivan los dividendos se ha beneficiado de ese diferencial) mientras que el método de imputación no permite al accionista aprovecharse de dicha ventaja ya que los dividendos tributarán al tipo nominal¹²⁸.

No obstante, si el método de imputación aplicado a los dividendos de fuente extranjera permitiese imputar un crédito fiscal calculado sobre el tipo impositivo nominal extranjero, y no sobre el impuesto efectivamente pagado, entonces para el TJUE sí que habría equivalencia con el método de exención¹²⁹.

Esta solución (aplicar el método de imputación sobre el tipo nominal extranjero) nos parece válida en un contexto en el que el diferencial entre el tipo efectivo y el tipo nominal del país extranjero del que deriva el dividendo fuera de una proporción similar al diferencial del Estado Miembro en cuestión. El problema es que en las asimetrías híbridas el diferencial entre el tipo efectivo y el tipo nominal del país extranjero que reparte el dividendo es del 100% (ya que el dividendo es deducible), por lo que aplicar un método de imputación calculado sobre el tipo nominal del país extranjero supondría vaciar de contenido la regla anti-híbridos y perpetuar la doble no imposición. Por ello, en nuestra opinión, si para el TJUE la equivalencia entre ambos métodos se rompe cuando el método de exención sobre dividendos internos traslada al accionista una ventaja (el diferencial entre la tributación efectiva y la nominal) que no traslada el método de imputación, entonces *a contrario sensu* sí debería haber equivalencia cuando el país extranjero del que procede el dividendo tiene un diferencial entre tributación efectiva y nominal muy superior (como es el caso en las asimetrías híbridas, de un 100%) al diferencial del Estado Miembro.

4.5.2.3. Coherencia y neutralidad: el overall approach de Marks & Spencer

En el asunto *Marks & Spencer* el TJUE valida un novedoso motivo de justificación: *el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros*. Este nuevo motivo de justificación esencialmente comprende una combinación de los principios de coherencia y de neutralidad¹³⁰. En este caso se enjuicia una norma británica que no permite a una entidad matriz británica deducir las pérdidas de sus filiales extranjeras, mientras que sí permite deducir

127 Sobre esta cuestión, véase De Groot (2016), p. 166. En el caso de España, el tipo efectivo del Impuesto sobre Sociedades se ha situado entorno a un 20-21% en los últimos años, teniendo en cuenta que el tipo nominal es del 25%.

128 STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 41-52.

129 STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), párrs. 61-64.

130 STJUE de 13 de diciembre de 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer*), párr. 51. Aunque la sentencia no habla expresamente de la coherencia del sistema fiscal avalada por *Bachmann*, sí emplea como justificación la necesidad preservar la simetría de ingresos y gastos: «los beneficios y las pérdidas constituyen, en materia tributaria, las dos caras de una misma moneda, que habrán de tratarse de modo simétrico en el marco de un mismo sistema fiscal», en párr. 43. Asimismo, el TJUE tampoco alude expresamente a la neutralidad, pero sí que dice que los Estados Miembros deben ser capaces de combatir «el riesgo de doble imputación de las pérdidas», en párr. 47.

las pérdidas de las filiales nacionales bajo un régimen de consolidación fiscal. Se trata de una norma de no deducibilidad incondicional, es decir, no vinculada a la tributación extranjera. Sin embargo, el TJUE no aplica la jurisprudencia clásica del asunto *Bachmann*, lo que justificaría la no deducibilidad de las pérdidas extranjeras en todo caso, sino que aplica un nuevo enfoque por el cual dicha discriminación está justificada salvo que las propias filiales extranjeras hayan agotado toda posibilidad de deducir sus pérdidas (las denominadas «pérdidas definitivas»).

No obstante, a nuestro juicio, coherencia y neutralidad son dos justificaciones cuya concurrencia en una norma es incompatible. Así, las cláusulas de sujeción efectiva (*subject-to-tax*) y las normas vinculadas (*linking rules*) buscan precisamente evitar situaciones de infraimposición o de doble no imposición de manera que solo se aplican en la medida en que en el otro país exista una tributación reducida o una ventaja fiscal, pero en ningún caso pueden asegurar la preservación de la coherencia del sistema fiscal interno ya que suelen alterar precisamente las reglas generales de coherencia que rigen para las situaciones internas. Por el contrario, las normas orientadas a la coherencia del sistema fiscal, como son las medidas de no deducibilidad incondicionadas (no están condicionadas a la tributación extranjera)¹³¹, pueden solamente evitar situaciones de doble no imposición pero pueden incurrir en riesgos de sobreimposición cuando el gasto no es deducido en ningún país.

A nuestro juicio, las medidas enjuiciadas en el asunto *Bachmann* y en el asunto *Marks & Spencer* no distan tanto entre sí. No obstante, algunos autores han considerado que en *Marks & Spencer* no cabe la justificación de coherencia alegando que no existe un vínculo directo entre la desventaja y la ventaja ya que ambos se dan en sede de contribuyentes distintos, la matriz y la filial extranjera¹³². Probablemente esta conclusión se deba a la errónea identificación por parte de alguna doctrina de lo que es «desventaja» y lo que es «ventaja» a los efectos de la aplicación del principio de coherencia del sistema fiscal. Así, si bien es cierto que la no deducibilidad por la matriz de las pérdidas de las filiales extranjeras suele venir acompañada de la más que probable deducción de dichas pérdidas por la propia filial extranjera, este resultado de *no deducción-deducción* tiene que ver con la neutralidad transfronteriza y no con la coherencia del sistema fiscal británico. Para analizar si se da el vínculo directo que requiere el requisito de coherencia, hay que mirar hacia el tratamiento de los *ingresos y gastos de la propia filial extranjera* en sede de la matriz británica y analizar, en relación a su com-

131 La coherencia como justificación no tiene en cuenta la tributación global de una situación transfronteriza, solo pretende asegurar una *coherente* territorialización de aquellos ingresos y gastos que estén correlacionados.

132 Véase Dahlberg (2005), p. 255; y Helminen (2011), pp. 132-133. La existencia de vínculo directo entre la ventaja y la desventaja exige que ambas se apliquen en sede del propio contribuyente discriminado, tal y como estableció la STJUE de 18 de septiembre de 2003, C-168/01 (*Bosal Holding*), párrs. 29-31. La norma enjuiciada establecía que los gastos incurridos por una entidad matriz en la gestión de sus participaciones eran deducibles únicamente si dichos gastos estaban relacionados con participaciones en entidades cuya actividad subyacente se desarrollase en los Países Bajos. Acertadamente, el TJUE consideró discriminatoria esta norma ya que no existe vínculo directo entre la tributación de la actividad de una entidad filial y el tratamiento fiscal de los gastos de su entidad matriz.

parador interno, si el trato fiscal tiene por objeto realmente preservar la coherencia del sistema fiscal interno. En nuestra opinión sí se da el vínculo directo, en la medida en que dichos gastos no son deducibles en Reino Unido y los ingresos a ellos asociados no están sujetos en este país¹³³.

Es probable que el novedoso enfoque combinado inaugurado en *Marks & Spencer* pueda trazar su origen al enfoque de macro-coherencia del asunto *Wielockx*¹³⁴. De acuerdo a *Wielockx*, la coherencia deja de ser motivo de justificación cuando la ventaja correlacionada con la discriminación (es decir, los ingresos relacionados a los gastos no deducibles) queda exenta en virtud de un convenio internacional. En estos casos, la coherencia «se desplaza a otra esfera, la de la reciprocidad de las normas aplicables en los Estados contratantes»¹³⁵. Así, «se presume que el Estado Miembro en cuestión disfruta de un correspondiente flujo de recaudación procedente de los contribuyentes en la situación inversa»¹³⁶. De acuerdo al enfoque de macro-coherencia podríamos concluir que el objetivo de preservación de la coherencia del sistema fiscal interno no puede justificar por sí solo y de manera incondicional la no deducibilidad de las pérdidas de fuente extranjera en la medida en que el Estado de residencia del inversor haya suscrito un convenio internacional que reparta los derechos tributarios sobre los correspondientes beneficios de fuente extranjera¹³⁷. Esta explicación parece plausible para explicar que la no deducibilidad de pérdidas no sea justificable en aras de mantener una simetría interna de ingresos y gastos, ya que la coherencia *intranacional* se sustituye por una coherencia *internacional*, sin importar en qué Estado contratante tributen los ingresos. El problema es que esta obligación sobre el Estado de residencia de admitir las pérdidas de fuente extranjera puede conducir a una doble imputación de pérdidas, lo que a nivel macro llevaría a romper la simetría de ingresos y gastos (los ingresos se incluyen una vez y los gastos se deducen dos veces). Razón por la cual parece razonable que el TJUE admitiese la no deducibilidad de las pérdidas extranjeras para evitar que se imputen doblemente, ya que en un contexto de mutua reciprocidad sí parece razonable que el TJUE acepte la neutralidad como motivo de justificación en la medida en que se trata de un objetivo propio de las instituciones comunitarias: evitar que determinados sectores gocen de ventajas fiscales que erosionen el marco de competencia igualitario y la libre competencia.

En general, las posteriores sentencias relativas a la deducibilidad de pérdidas extranjeras han seguido reconociendo con carácter general el enfoque

133 La cuestión de que la filial extranjera sea un contribuyente diferente a la matriz británica que sufre formalmente la discriminación es una pura cuestión semántica a los efectos de la coherencia. Es decir, la existencia de una finalidad de coherencia en la norma enjuiciada no debería depender de que los ingresos y gastos se califiquen como exentos (el contribuyente discriminado y el contribuyente que obtiene dichos ingresos/gastos de fuente extranjera son el mismo) o como no sujetos (el contribuyente discriminado y el contribuyente que obtiene dichos ingresos/gastos de fuente extranjera son distintos).

134 Schön (2015), p.288; Lang (2006), p. 57; Cordewener et al. (2009), pp. 1971-1972 y 1974.

135 STJUE de 11 de agosto de 1995, C-80/94 (*Wielockx*), párr. 24.

136 Schön (2015), p. 279.

137 Lang (2014), p. 538.

mixto de *Marks & Spencer*¹³⁸, si bien han sido matizados determinadas cuestiones como el concepto de «pérdidas definitivas»¹³⁹. Sin embargo, nos encontramos con dos sentencias que aparentemente sí parecen reconocer la validez del principio de coherencia de manera incondicional, *Nordea Bank* y *Timac Agro*. Ambas lo hacen vía análisis de comparabilidad, que como ya hemos dicho, prescinde del análisis de proporcionalidad, de manera que el TJUE considera que un establecimiento permanente extranjero no se encuentra en una situación comparable a un establecimiento permanente nacional cuando el país de residencia de la casa central no ejercita su potestad tributaria sobre los beneficios de dichos EPs extranjeros (método de exención)¹⁴⁰.

No obstante, la reflexión final en relación a las normas anti-híbridos no queda alterada por esta jurisprudencia un tanto voluble. Así, una medida discriminatoria justificada en base a objetivos de coherencia interna, tomen el nombre que tomen, se caracteriza por su tratamiento fiscal simétrico en una misma jurisdicción respecto de una ventaja fiscal con la que tiene un vínculo directo. Precisamente, la no deducibilidad de pérdidas de fuente extranjera por un Estado Miembro está justificada por el TJUE en base al objetivo de preservar un *reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados Miembros* cuando el mismo Estado Miembro deja igualmente exentos (o no sujetos) los ingresos vinculados con dichas pérdidas.

Por el contrario, las normas anti-híbridos tendentes a combatir los resultados de deducciones dobles son medidas compensatorias que buscan neutralizar una ventaja fiscal en otro país, de manera que en el propio Estado Miembro que aplica la *linking rule* queda desalineado el tratamiento fiscal de los ingresos y los gastos: la *linking rule* deniega la deducibilidad en un Estado Miembro de los gastos realizados por una entidad híbrida, mientras que por el contrario dicho Estado Miembro sí grava los ingresos de la entidad híbrida.

Así, tal y como se desprende de *Nordea Bank*¹⁴¹, la norma anti-híbridos aplicada por la jurisdicción del inversor en una entidad híbrida (regla primaria) no podría justificarse en base a objetivos de preservación de un *reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros*, ya que los beneficios de la entidad híbrida sí son imputados fiscalmente a los inversores en su jurisdicción de residencia. Y por tanto no hay un trato simétrico entre gastos e ingresos que justifique la no deducibilidad.

Igualmente, cuando la norma anti-híbridos es aplicada por la jurisdicción de la entidad híbrida (regla secundaria) los objetivos de coherencia tampoco

138 STJUE de 15 de mayo de 2008, C-414/06 (*Lidl Belgium*). En este caso se analiza la tributación de una entidad alemana en relación a las pérdidas originadas en sus establecimientos permanentes extranjeros. La entidad alemana aplica un sistema territorial o de exención en relación con los beneficios de sus establecimientos permanentes extranjeros, sistema que determina que las pérdidas originadas en dichos establecimientos tampoco fueran deducibles. La solución dada por el TJUE es similar a la del asunto *Marks & Spencer*. Más recientemente nos encontramos con la STJUE de 12 de junio de 2018, C-650/16 (*Bevola*). Véase Jiménez-Valladolid (2018), p. 269.

139 STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-388/14 (*Timac Agro*), párrs. 54-55; STJUE de 23 de octubre de 2008, C-157/07 (*Krankenheilm*), párr. 47.

140 SSTJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24, y de 17 de diciembre de 2015, C-388/14 (*Timac Agro*), párrs. 64-65.

141 STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.

podrían justificar la aplicación de la norma anti-híbridos ya que los beneficios de la entidad híbrida se imputan fiscalmente a dicha entidad en su jurisdicción y por lo tanto no existe un trato simétrico entre ingresos y gastos que pudiera justificar tal medida¹⁴².

4.6. Conclusión

Las medidas anti-híbridos de la Directiva ATAD tienen el objetivo de revertir beneficios fiscales (deducción sin inclusión o deducción doble) que, en la práctica, solo se dan en situaciones transfronterizas, por lo que suponen una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales.

El TJUE ha venido considerando que no es una justificación válida la finalidad de compensar beneficios fiscales otorgados en otro Estado en aras de preservar la neutralidad transfronteriza. Además, las medidas anti-híbridos no parece que puedan tener otro tipo de objetivos que el TJUE sí ha admitido como justificaciones válidas. Así, las medidas anti-híbridos no tienen como finalidad prevenir el abuso ya que se aplican sin necesidad de que exista un montaje puramente artificial, sino que basta para su aplicación que exista un resultado de doble no imposición. De la misma manera, las medidas anti-híbridos no tienen como objetivo preservar la coherencia del sistema fiscal interno, ya que precisamente las medidas anti-híbridos «derogan» en muchos casos la coherencia interna (la debida simetría entre ingresos y gastos) para asegurar la neutralidad transfronteriza.

No obstante, creemos que el hecho de que las medidas anti-híbridos se hayan acordado de manera consensuada entre los Estados Miembros, asegurando una reciprocidad entre todos ellos, a través de una directiva europea cuyo objetivo es asegurar objetivos intrínsecos del mercado interno, como es preservar un marco de competencia igualitario, debería servir como justificación válida en la medida en que permite superar los rigores y limitaciones del principio de no discriminación. Además, la presunción de legalidad que tienen los actos de la UE, como es una directiva, refuerza desde un punto de vista procesal la validez de estas medidas. No obstante, por faltar ese elemento de reciprocidad, tenemos serias dudas de que la aplicación de medidas anti-híbridos a las asimetrías híbridas producidas con terceros Estados pudiera estar válidamente justificada.

Sin embargo, no hay que olvidar dos cuestiones que pueden afectar a su validez. La primera es que estas medidas deben gozar de proporcionalidad en su

142 Haciendo una lectura analógica de la STJUE de 15 de mayo de 1997, C-250/95 (*Futura Participations*), párrs. 20-22, los gastos territorializados (que guarden una relación económica con los ingresos de la entidad) en la jurisdicción de la entidad híbrida deben ser deducibles en las mismas condiciones que si la entidad híbrida tuviera accionariado puramente doméstico. Si la regla secundaria se aplicase, en vez de a una entidad híbrida, a un EP (por generar una deducción doble en la jurisdicción del EP y en la jurisdicción de la casa central), entonces la respuesta es la misma ya que un EP de titularidad extranjera se encuentra en una situación comparable a la de una sociedad residente y por tanto, en la medida en que su jurisdicción de establecimiento le impute fiscalmente los beneficios de este, deberá también admitir la deducción de sus gastos; véanse al respecto las SSTJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97 (*Saint-Gobain*), párrs. 48-49, y de 6 de septiembre de 2012, C-18/11 (*Philips Electronics*), párrs. 23-27.

aplicación, sin ir más allá del sus objetivos de preservar este marco de competencia igualitario.

En este sentido, por ejemplo, las normas anti-híbridos se aplican cuando la asimetría híbrida se produce como consecuencia de la utilización de un «mecanismo estructurado». La Directiva ATAD define como *mecanismo estructurado* aquel «mecanismo que implique una asimetría híbrida en la que la asimetría en resultados se tarifique en las condiciones del mecanismo o mecanismo diseñado para producir un resultado de asimetría híbrida, a menos que el contribuyente o una empresa asociada no pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida y no compartiera el valor de la ventaja fiscal resultante de la asimetría híbrida»¹⁴³.

Como se puede observar, la norma anti-híbridos se aplica a un contribuyente sin necesidad de que este haya obtenido un beneficio fiscal, bastando simplemente con que «pudiera haber esperado razonablemente conocer la asimetría híbrida». Esta potencial aplicación de las medidas anti-híbridos a contribuyentes que no obtienen ventaja alguna de la asimetría híbrida nos parece desproporcionada en la medida en que va más allá del objetivo de las mismas.

Otro ejemplo lo encontramos en relación al requisito de causalidad del elemento híbrido en los instrumentos financieros híbridos. En concreto, el párrafo 16 del Preámbulo de la Directiva ATAD II establece que «no procede considerar que los pagos en virtud de un instrumento financiero dan lugar a una asimetría híbrida cuando la compensación fiscal otorgada en la jurisdicción del destinatario se deba únicamente al estatuto fiscal del destinatario o al hecho de que el instrumento esté sujeto a los términos de un régimen especial» (énfasis añadido).

Una lectura *a contrario sensu* de tal declaración nos conduce a la conclusión de que la Directiva ATAD parece ir en la misma línea de la Acción 2 de BEPS, que requiere la aplicación de la regla anti-híbridos incluso cuando la asimetría no se debe exclusivamente al elemento híbrido del instrumento, sino que también se debe al estatus tributario especial de la contraparte. En estos casos, creemos que esta interpretación podría contravenir el principio de proporcionalidad¹⁴⁴, tanto a los efectos del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea como a los efectos de las libertades fundamentales del TFUE. Por lo cual, aunque el párrafo 16 del Preámbulo de la Directiva ATAD II establezca tal declaración, creemos que tal interpretación debería evitarse, tal y como dispone el párrafo 28 del Preámbulo de la Directiva ATAD II cuando establece que sus medidas solo se interpretarán conforme al informe de la Acción 2 de BEPS «en la medida en que sean coherentes con las disposiciones de la presente Directiva y del Derecho de la Unión».

En segundo lugar, no debemos olvidar que la Directiva ATAD es una regla de mínimos, tal y como establece su artículo 3. Por ello, los Estados Miembros pueden implementar un nivel de protección de sus bases imponibles más elevado que el derivado de la Directiva ATAD. En el momento en que un Estado Miembro

¹⁴³ Artículo 2.11 de la Directiva ATAD.

¹⁴⁴ Jiménez-Valladolid (2015), pp. 145 y 146.

establece en su legislación nacional unas medidas anti-híbridos con un alcance más amplio que el establecido en la Directiva ATAD, tal implementación extensiva ya no va a gozar de la presunción de legalidad de la que gozan las directivas de la UE. Por ello, tales medidas pueden ser enjuiciadas por los tribunales directamente a la luz del Derecho primario de la UE y en concreto de las libertades fundamentales.

5. Las normas anti-híbridos en el ordenamiento español

5.1. Primeras reacciones en el ordenamiento español frente a las asimetrías híbridas

Sin perjuicio de que los tribunales sí se habían pronunciado varias veces sobre los instrumentos financieros híbridos, el antiguo TRLIS no preveía medidas específicas para eliminar las asimetrías híbridas. Las primeras incorporaciones de reglas orientadas a combatir este tipo de estructuras se hicieron con la aprobación de la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) en 2014¹⁴⁵. En esta Ley se incorporaron, además de la regla anti-híbridos especial introducida por la Directiva Matriz-Filial, determinadas medidas muy generales al abrigo de la incipiente preocupación por las asimetrías híbridas de las que se hizo eco la OCDE en su proyecto BEPS y de determinadas recomendaciones de la UE.

En primer lugar, con la aprobación de la actual LIS en 2014 se incorporó la regla anti-híbridos especial aplicable a los dividendos establecida en el artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial¹⁴⁶. Dicha regla anti-híbridos, incorporada en la norma de exención del artículo 21.1 de la LIS, establece que«[n]o 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». Esta regla alcanza a todos los«dividendos o participaciones en beneficios» que se califiquen como tal a los efectos de la exención. Así, la regla anti-híbridos no solo se aplica a los dividendos y participaciones en beneficios derivados de participaciones en un instrumento de capital en sentido mercantil, sino que también se aplica a los intereses derivados de préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades.

En el mismo artículo 21 de la LIS se implementa también en su apartado 2 (subapartado 3º) una regla especial para los préstamos de valores, de manera que si una entidad es prestataria de unos valores, el dividendo procedente de estos valores durante el préstamo no podrá estar exento si en virtud del referido contrato de préstamo dicho importe debe ser entregado al prestamista refle-

¹⁴⁵ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

¹⁴⁶ Esta regla es también el equivalente de la regla especial de la Recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), p. 45.

jando un gasto deducible al efecto¹⁴⁷. Esta regla especial es también aplicable en relación al crédito fiscal indirecto derivado de dividendos de filiales extranjeras, tal y como se establece en el artículo 32.2.2º de la LIS, de manera que se evita un potencial doble aprovechamiento de un crédito fiscal (en España como jurisdicción del prestatario y en la jurisdicción del prestamista).

Por último, con la aprobación de la LIS en 2014 también se introdujo en el artículo 15.j la regla anti-híbridos primaria para combatir las asimetrías híbridas en forma de deducción sin inclusión:

«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.»

Por su extrema simplicidad esta regla es susceptible de aplicar fundamentalmente a las asimetrías híbridas derivadas de la utilización de instrumentos financieros¹⁴⁸. Así, no parece cubrir asimetrías en las que el elemento híbrido sea la entidad o el establecimiento permanente.

Con respecto a la no aplicación de la norma cuando el pago esté sometido en la jurisdicción del beneficiario a un tipo nominal que sea igual o superior al 10%, se podrían generar determinadas contradicciones¹⁴⁹. En concreto, una exención parcial sobre un pago que determine una tributación efectiva inferior al 10% (por ejemplo, una exención de un 50% del pago recibido en una jurisdicción cuyo tipo nominal ordinario es del 15% originaría una tributación efectiva del 7,5%) debería obligar al pagador a limitar la deducibilidad del pago solo en la medida

147 Entendemos que esta regla especial también es aplicable al prestatario en los casos de préstamos estructurados como venta de valores con pacto de recompra, véase OCDE (2015), ejemplo 1.31. Véase también López Ribas (2018), p. 235.

148 En la Consulta de la DGT V0054-20 se analiza un pago de un arrendamiento por una entidad a otra entidad exenta, concluyendo la DGT que «en la medida en que se trata de una operación de arrendamiento para ambas partes no puede afirmarse que exista una diferente calificación fiscal y, en consecuencia, no procede analizar la aplicación del artículo 15.j de la LIS». En la Consulta V3117-15, la DGT establece lo siguiente: «Tampoco procederá de aplicación la letra j) del artículo 15 de la LIS, por cuanto, tal y como señala el consultante, los instrumentos financieros señalados, tanto las emisiones de perpetual securities como de dated securities tienen la consideración fiscal en Países Bajos de instrumentos de deuda. Igual calificación poseen los préstamos subordinados generando por tanto un ingreso financiero en dicho país y estando dicha renta sujeta y no exenta a tributación en Países Bajos, sometida a un tipo de gravamen del 25%. Por tanto, no existe distinta calificación fiscal en la entidad de Países Bajos, no resultando así de aplicación la referida letra j)».

149 Hay autores que se han planteado la cuestión de si la aplicación de la regla anti-híbridos del artículo 15.j de la LIS se aplicaría en cualquier conflicto de calificación en el que el perceptor tribute a un tipo nominal inferior al 10%, con independencia de si se trata de un tipo reducido o no. Para López Ribas (2014), p. 13, la regla anti-híbridos aplicaría siempre que el perceptor del pago esté sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%. Jiménez-Valladolid (2015), p. 145, niega esta posibilidad acudiendo al principio de proporcionalidad, ya que entonces la regla anti-híbridos gravaría supuestos en los que no hay ventaja fiscal alguna. En nuestra opinión, ni siquiera es necesario acudir a principios generales del Derecho ni de justicia financiera para dar una respuesta a este interrogante. En nuestra opinión, la propia redacción del referido artículo establece que para aplicar la regla anti-híbridos el tipo nominal inferior al 10% debe ser «consecuencia de una calificación fiscal diferente», de manera que si el tipo de gravamen general de la jurisdicción del perceptor es inferior al 10% no se cumplirá el nexo de causalidad entre la calificación fiscal diferente y la baja tributación. Por tanto, la norma anti-híbridos solo aplicará cuando el tipo nominal inferior al 10% sea un tipo reducido respecto del tipo nominal aplicable a las rentas ordinarias. Admitir lo contrario sería proclamar la irrelevancia de la calificación híbrida, que es precisamente la razón de ser de la regla anti-híbridos.

de la exención parcial (limitando solo la deducibilidad del 50% del pago); mientras que si la jurisdicción del perceptor tiene un tipo reducido del 7,5% obligaría al pagador a limitar íntegramente la deducibilidad del pago (el 100% del pago sería no deducible), resultado que nos parece claramente desproporcionado.

Otra de las cuestiones importantes a analizar es qué ocurre en aquellos casos en los que el perceptor sí grava el pago realizado por la entidad española, pero lo grava en un período impositivo posterior debido a un desajuste en las reglas de imputación temporal del pago en ambas jurisdicciones. La regla del artículo 15.j de la LIS no establece que el pago deba quedar exento en el mismo período impositivo en que el pagador deduce fiscalmente el gasto, por lo que probablemente la manera más razonable sea interpretar esta regla a la luz del informe de la Acción 2 de BEPS¹⁵⁰. De manera que el contribuyente podrá deducir el gasto siempre que demuestre a la Administración que la jurisdicción del perceptor gravará el pago dentro de un período razonable de tiempo¹⁵¹.

5.2. La transposición de las normas anti-híbridos de la Directiva Anti-Elusión Fiscal: el Real Decreto-ley 4/2021

Por su complejidad y por gozar de un plazo de implementación más holgado¹⁵², las medidas anti-híbridos de la Directiva ATAD han sido objeto de una implementación separada con respecto al resto de medidas adoptadas en la Directiva ATAD¹⁵³. Así, muy recientemente se ha aprobado la norma española

150 Jiménez-Valladolid (2015), p. 146, sugiere la posibilidad de alinear temporalmente la deducibilidad fiscal del gasto a la imputación temporal del ingreso por la jurisdicción del perceptor, de manera que se haga un ajuste positivo en el período impositivo en que el gasto es imputado contablemente y un posterior ajuste negativo en el período impositivo en el que la jurisdicción del perceptor haya imputado fiscalmente el correlativo ingreso. En nuestra opinión este posterior ajuste negativo, por no estar previsto expresamente en la norma anti-híbridos española, no sería posible a tenor de las normas de imputación temporal del artículo 11.3 de la LIS, que exige la inscripción contable del gasto como requisito de deducibilidad fiscal. Por tanto, solo cabría la opción de que el contribuyente alinee contablemente la imputación temporal del gasto a la imputación temporal del ingreso por el perceptor. De manera que el contribuyente español, ante aquellos casos en que el ingreso no vaya a ser imputado fiscalmente por el perceptor dentro de un período razonable de tiempo, debería esperar a contabilizar dicho gasto hasta que el perceptor impute el ingreso. Esta alternativa sería válida toda vez que el artículo 11.3 de la LIS permite la imputación contable y fiscal de gastos en períodos impositivos posteriores al de su devengo.

151 Para desactivar la asimetría, y por tanto inaplicar la regla anti-híbridos, el pagador debe demostrar que se espera que el perceptor impute fiscalmente el ingreso dentro de un período razonable de tiempo. No se considerará cumplido este requisito cuando, en el contexto de un pago entre entidades de un mismo grupo, quede al arbitrio del perceptor la imputación fiscal futura del pago. Véase OCDE (2015), pp. 34-35 y ejemplos 1.21 y 1.22.

152 No obstante, el plazo general de transposición de las medidas anti-híbridos recogidas en la Directiva ATAD finalizaba el 31 de diciembre de 2019 (habiendo debido aplicar dichas disposiciones a partir del 1 de enero de 2020). Excepto para la regla anti-híbridos especial recogida en el artículo 9 bis de la Directiva ATAD (relativa a las entidades híbridas inversas), cuyo plazo de transposición finaliza el 31 de diciembre de 2021, debiendo aplicarse a partir del 1 de enero de 2022.

153 Actualmente, el resto de medidas de la Directiva ATAD se encuentran en fase de aprobación a través del Proyecto (número 121/000033) de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la 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, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 23 de octubre de 2020).

de transposición de las medidas anti-híbridos de la Directiva ATAD mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, sobre asimetrías híbridas. Este Real Decreto-ley introduce en la LIS un nuevo artículo 15 bis titulado «Asimetrías híbridas» y añade los apartados 6 y 7 al artículo 18 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, TRLIRNR)¹⁵⁴, y despliega sus efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a su entrada en vigor.

5.2.1. El alcance las nuevas medias anti-híbridos: cuestiones controvertidas

Las reglas anti-híbridos del nuevo artículo 15 bis no serán aplicables «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»¹⁵⁵. Tanto la Directiva ATAD como la Acción 2 de BEPS establecen que las reglas anti-híbridos relativas a los instrumentos financieros híbridos no se aplican cuando la asimetría «se deba únicamente al estatuto fiscal del destinatario o al hecho de que el instrumento esté sujeto a los términos de un régimen especial» (énfasis añadido)¹⁵⁶.

Esta sutil diferencia en la redacción nos hace pensar que las reglas anti-híbridos españolas no se aplican cuando la asimetría híbrida derivada de un conflicto en la calificación fiscal de un instrumento financiero se solape con la existencia en la otra jurisdicción de un régimen especial de exención sobre el contribuyente (es decir, se solapen asimetría híbrida y beneficio fiscal especial o deliberado), postura que además nos parece más apropiada y conforme con el principio de proporcionalidad y con la finalidad de las normas anti-híbridos.

En los casos de utilización de entidades híbridas y establecimientos permanentes híbridos, el Real Decreto-ley parece seguir el criterio original de la Acción 2 de BEPS por el cual la regla anti-híbridos se aplicaba de modo preventivo, sin necesidad de que hubiera doble no imposición efectiva (es decir, siempre que la deducción pudiera ser compensada potencialmente con una renta que no fuera de doble inclusión). Así, en la redacción del Real Decreto-ley se requiere la aplicación de la regla anti-híbridos siempre que el gasto «no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión», y ello con independencia de que se haya compensado o no con rentas que no sean de doble inclusión¹⁵⁷. En concreto, los gastos de un EP extranjero que no calificase para la exención del

154 Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

155 Apartado 13 del artículo 15 bis de la LIS.

156 Párrafo 16 del Preámbulo de la Directiva ATAD II. Véase también la Recomendación 1.3 del informe final de la Acción 2 de BEPS, en OCDE (2015), párr. 95.

157 Las *rentas de doble inclusión* se integran en la base imponible de la entidad híbrida (o EP híbrido) y en la base imponible de sus socios, por lo que anulan el efecto de la doble deducción. Por el contrario, cuando una deducción doble se compensa en la jurisdicción de la entidad híbrida con *rentas que no son de doble inclusión* (por ejemplo, rentas generadas por otras entidades con las que la entidad híbrida forma un grupo de consolidación) la doble no imposición es realmente efectiva. Hasta ese momento la doble no imposición es solo una expectativa.

artículo 22 de la LIS, pero sí para un crédito fiscal por el impuesto extranjero (artículo 31 de la LIS), no podrían deducirse en España hasta que dicho EP extranjero generase rentas de doble inclusión¹⁵⁸.

Para estos casos en que un contribuyente español aplicase la regla anti-híbridos sin que la deducción se hubiese compensado efectivamente en la otra jurisdicción, el Real Decreto-ley no establece una regla de reversión de la norma anti-híbridos para evitar los supuestos de «pérdidas definitivas», tal como sí hace la Acción 2 de BEPS¹⁵⁹, sino que la redacción del Real Decreto-ley incluso va más allá y aplica un plazo de caducidad de tres años al derecho a la compensación de dichos gastos con rentas de doble inclusión.

En concreto el Real Decreto-ley establece lo siguiente respecto de los gastos no deducidos fiscalmente por aplicación de la regla anti-híbridos:

«Los importes no deducidos conforme a lo establecido en el párrafo anterior podrán ser deducidos en los períodos impositivos que concluyan en los tres años siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se devengaron tales gastos, en la medida en que se compensen con ingresos de la persona o entidad vinculada que generen renta de doble inclusión.»

Teniendo en cuenta que consideramos que la Directiva ATAD debe interpretarse de conformidad con el Derecho primario de la UE¹⁶⁰, entendemos que el ajuste de la regla anti-híbridos únicamente debería realizarse en la medida en que haya doble no imposición efectiva (que la deducción sobre la que se aplica la regla anti-híbridos en España haya sido efectivamente compensada en la otra jurisdicción con rentas que no sean de doble inclusión), tal y como propone el propio Preámbulo de la Directiva ATAD II¹⁶¹. De otro modo, es dudoso que anticipar la aplicación de la regla anti-híbridos a situaciones en los que aún no hay doble no imposición efectiva pudiera ser conforme al Derecho primario de la UE¹⁶².

Pero incluso de entenderse que la redacción de la Directiva ATAD permitiese aplicar el criterio inicial de la Acción 2 de BEPS (y aplicar la regla anti-híbridos de manera preventiva antes de que haya efectiva compensación de la deducción en la otra jurisdicción con rentas que no sean de doble inclusión), aún así entendemos que el Real Decreto-ley extiende el alcance de las reglas anti-híbridos más allá del contenido *de minimis* de la Directiva ATAD en la medida en que

158 Véase la letra d) del apartado 5 del nuevo artículo 15 bis de la LIS. Sin embargo, esta aplicación a nuestro entender desproporcionada de la norma anti-híbridos es improbable que se dé en el ámbito de las entidades híbridas ya que, cuando España es la jurisdicción del inversor en una entidad extranjera, la calificación fiscal de la entidad extranjera a los efectos de la norma española sigue la calificación fiscal del país de establecimiento, por lo que no sería necesario aplicar la regla anti-híbridos (véase al respecto la Resolución de la DGT de 6 de febrero de 2020 y, por todas, la Consulta de la DGT V3557-15).

159 OCDE (2015), Recomendación 6.1(d) y párr. 202. En estos casos, la aplicación de la regla anti-híbridos debe revertirse cuando el contribuyente demuestre que los gastos no deducidos en la jurisdicción que aplica la regla anti-híbridos se han convertido en «pérdidas definitivas» imposibles de compensar con rentas positivas en la otra jurisdicción (por ejemplo, por cese de actividad).

160 Párrafo 28 del Preámbulo de la Directiva ATAD II.

161 Párrafos 20 y 21 del Preámbulo de la Directiva ATAD II.

162 Véase al respecto la sección 4.5.2.3 del presente trabajo, y la STJUE de 17 de julio de 2014, C-48/13 (*Nordea Bank*), párr. 24.

dicho Real Decreto-ley no solo no permite la reversión de la regla anti-híbridos en los casos de «pérdidas definitivas»¹⁶³ sino que además fija un plazo de 3 años para que los efectos de la regla anti-híbridos se *consoliden*, impidiendo revertir dicha regla pasado dicho plazo aunque se generen rentas de doble inclusión.

En este punto, el problema es que las medidas incorporadas por el Real Decreto-ley que excedan del contenido mínimo de la Directiva ATAD no van a gozar de la presunción de validez propia de la que gozan las normas armonizadoras de la Unión Europea¹⁶⁴.

Otra de las cuestiones relevantes de este Real Decreto-ley es que amplía, con respecto a la Directiva ATAD, el alcance subjetivo de las reglas anti-híbridos aplicables a las asimetrías híbridas derivadas de la utilización de entidades híbridas (inversas) y EPs híbridos. En la Directiva ATAD estas reglas anti-híbridos solo son aplicables, además de en los casos de mecanismos estructurados, cuando las partes implicadas en una asimetría híbrida formen parte de un mismo grupo de control. En el Real Decreto-ley estas reglas anti-híbridos se aplican también cuando estas asimetrías híbridas tengan lugar entre partes que, sin pertenecer a un mismo grupo de control, estén vinculadas de acuerdo con los criterios del artículo 18 de la LIS. Esto supone que para aplicar cualquiera de las reglas anti-híbridos bastará con que se dé alguna de las circunstancias de vinculación del artículo 18 de la LIS, sin que por ello sea necesario que las partes implicadas formen parte de un mismo grupo de control. Esto puede suponer un problema en aquellas asimetrías híbridas que no deriven de relaciones socio-sociedad (como, por ejemplo, los pagos a una entidad híbrida inversa), ya que si las partes vinculadas no pertenecen a un mismo grupo de control no necesariamente una de las partes se va a beneficiar de la asimetría híbrida. Esta ampliación del alcance subjetivo de estas reglas podría colisionar con el principio de capacidad económica, e incluso con el Derecho primario de la UE, en la medida en que se den situaciones en las que el contribuyente sobre el que recae la aplicación de la regla anti-híbridos no se beneficie económicamente, ni directa ni indirectamente, de la asimetría híbrida.

5.2.2. La regla primaria

Como consecuencia de la incorporación en la LIS del nuevo artículo 15 bis por el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas, queda derogada la regla anti-híbridos general recogida en el artículo 15.j de la LIS. La nueva regla anti-híbridos primaria aplicable a los pagos derivados de instrumentos financieros híbridos queda redactada de la siguiente manera:

163 Aunque la Directiva ATAD no habla de los supuestos de «pérdidas definitivas», en nuestra opinión debe seguirse el criterio de la Acción 2 de BEPS (permitiendo revertir la aplicación de la regla anti-híbridos en los supuestos de pérdidas definitivas) no solo porque es parte del contexto sino porque tal criterio alinea la regla anti-híbridos con el Derecho primario de la UE (párr. 28 del Preámbulo de la Directiva ATAD II). Precisamente la doctrina jurisprudencial de los asuntos *Marks & Spencer* y *Lidl* (véase al respecto la sección 4.5.2.3 del presente trabajo) consagra que es contrario a las libertades fundamentales del TFUE que el Estado de residencia de una entidad impida a esta deducir las pérdidas definitivas de un EP extranjero.

164 Véase nota 29 y texto que la acompaña.

«1. No 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, 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.

En 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 contribuyente, dicho gasto será fiscalmente deducible en el período impositivo en el que el mencionado ingreso se integre en la base imponible del beneficiario.»¹⁶⁵

El apartado primero del artículo 15 bis de la LIS no supone un cambio sustancial al derogado artículo 15.j. Merece la pena subrayar que la nueva redacción, al contrario que su predecesor (el derogado artículo 15.j de la LIS), sí incluye dentro de su alcance aquellas asimetrías híbridas en las que la jurisdicción del beneficiario del pago aplique un tipo nominal reducido¹⁶⁶ o cualquier otra reducción impositiva sobre la tributación ordinaria.

Esta regla cederá cuando sea aplicable la regla especial relativa a los préstamos de valores de los artículos 21.2.3º y 32.2.2º de la LIS¹⁶⁷.

Se pretenden resolver algunos de los problemas de imputación temporal planteados en la redacción del derogado artículo 15.j, pero la redacción genera cierta confusión. En este sentido, la regla primaria parece aplicarse incluso en los casos en los que la asimetría híbrida se debe a un conflicto transitorio de imputación temporal.

La Directiva ATAD excluye de su alcance los conflictos de imputación temporal, de manera que establece que no hay asimetría híbrida cuando: a) la jurisdicción del beneficiario incluya el pago dentro del 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 contribuyente; o b) cuando pueda preverse razonablemente que el pago será incluido por la jurisdicción del bene-

¹⁶⁵ Apartado primero del artículo 15 bis de la LIS.

¹⁶⁶ Véase nota 149. Si no se refiriese a una tributación reducida respecto de la ordinaria, la regla se aplicaría también a situaciones en las que no hay asimetría. Tanto en la Acción 2 de BEPS como en la Directiva ATAD la existencia de una asimetría híbrida viene determinada por una «no inclusión» del pago en la jurisdicción del beneficiario. La «no inclusión» no solo incluye los casos de exención, sino también los casos en que el pago tribute a un tipo inferior al ordinario, fuera cual fuera este. Así, en el párrafo 16 del Preámbulo de la Directiva ATAD II se establece que existe deducción sin inclusión cuando en la jurisdicción del beneficiario el pago dé derecho a «una exención del impuesto, una reducción del tipo impositivo o cualquier crédito o reembolso del impuesto».

¹⁶⁷ En la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley se aclara que, siguiendo los criterios de la Directiva ATAD, no se aplica la regla anti-híbridos respecto del pago de un *dividendo fabricado* cuando la obtención del dividendo del que trae causa aquel se integre en la base imponible del pagador. Por tanto, en la medida en que los artículos 21.2.3º y 32.2.2º de la LIS obligan a integrar en la base imponible «los dividendos o participaciones en beneficios recibidos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden», la regla anti-híbridos primaria no se aplicará.

ficiario en un período fiscal futuro y las condiciones del pago sean las que puede preverse que se acuerden entre dos empresas independientes¹⁶⁸.

Sin embargo, de la redacción del apartado primero del artículo 15 bis parece inferirse que el pagador español debe denegar permanentemente (es decir, una diferencia permanente positiva) la deducibilidad de un pago cuando la jurisdicción del beneficiario lo haya gravado en un período impositivo que se inicie pasados los doce meses siguientes a la finalización del período impositivo en que se devengó dicho gasto para el contribuyente español. Así, más allá de este umbral de doce meses, no parece que el contribuyente pueda demostrar que, debido a un diferente criterio de imputación temporal en ambas jurisdicciones, el pago va a ser incluido con seguridad en un período futuro. Posibilidad que sí se contempla en la Directiva ATAD y en la Acción 2 de BEPS.

Esta lectura literal de la norma nos parece absolutamente desproporcionada ya que generaría supuestos de sobreimposición por conflictos de imputación temporal de carácter meramente transitorio. Por lo que entendemos que este umbral de doce meses debe operar como una suerte de *puerto seguro* que, en caso de no satisfacerse, en todo caso permita al contribuyente poder demostrar que el pago va a ser integrado en la base imponible del beneficiario extranjero en un período razonable, tal y como se establece en la Directiva ATAD¹⁶⁹.

No obstante, el contribuyente español podría evitar estas dudas interpretativas simplemente alineando temporalmente la contabilización del gasto a la tributación del ingreso en la jurisdicción del beneficiario¹⁷⁰.

El Real Decreto-ley también incluye la regla primaria para supuestos de deducción sin inclusión derivados de pagos *ignorados* entre una entidad híbrida y sus socios o de pagos realizados a una entidad híbrida inversa. En estos casos la regla primaria es aplicable cuando España sea la jurisdicción del pagador, denegando así la deducibilidad del pago.

Se incluye también la regla primaria relativa a los supuestos de deducciones dobles derivados de gastos incurridos por una entidad híbrida, regla que es aplicable cuando España sea la jurisdicción del inversor. Aunque es difícil que esta regla se llegue a aplicar en la práctica dado que el criterio seguido por la Dirección General de Tributos hace que no puedan surgir asimetrías híbridas cuando España es el país del inversor¹⁷¹.

Por último, también se incluyen las reglas primarias en relación a las asimetrías híbridas a través de establecimientos permanentes híbridos. Así, la regla primaria se aplica a los supuestos de deducción sin inclusión derivados de pagos

168 Letra a) del párrafo primero del artículo 2.9 de la Directiva ATAD. Véase el párrafo 22 del Preámbulo de la Directiva ATAD II. Esta regla pretende evitar que, en aquellos países donde el país del pagador utilice el criterio de devengo y el país del beneficiario el criterio de caja, pagador y beneficiario establezcan respecto de un pago términos contractuales artificiales (por motivos puramente fiscales) para explotar dichas diferencias; véase al respecto nota 151. Aunque es cierto que dichas técnicas pueden ser combatidas con medidas generales anti-abuso. Fuera de dichos casos, la mera existencia de diferencias de imputación temporal no da lugar a una asimetría híbrida.

169 De hecho, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas se hace eco del criterio seguido por la Directiva ATAD en cuanto al «plazo razonable» de imputación temporal.

170 Véase nota 150.

171 Véase nota 158 en relación a la Resolución de la DGT de 6 de febrero de 2020.

a EPs *no computados*¹⁷² y de conflictos en la atribución de los beneficios entre la casa central y sus EPs (por pagos procedentes de terceros o por pagos internos presumibles o estimados). En estos casos la regla primaria será aplicable cuando España sea la jurisdicción en la que se ha deducido fiscalmente el pago (ya sea real o presumible). También se incluyen los supuestos de deducciones dobles derivados de los gastos realizados por EPs híbridos, en cuyo caso la regla primaria será aplicable cuando España sea la jurisdicción de la casa central.

5.2.3. La regla secundaria

El Real Decreto-ley opta por ejercer la opción prevista en la Directiva ATAD y no implementar la regla secundaria respecto de las situaciones de deducción sin inclusión derivadas de pagos a entidades híbridas inversas, de pagos a EPs no computados y de conflictos en la atribución de pagos entre la casa central y sus EPs¹⁷³.

No obstante, la regla secundaria sí se incorpora en relación a los supuestos de deducciones dobles, tanto en situaciones que impliquen a una entidad híbrida como en las que impliquen a un EP híbrido. En este caso la regla secundaria se aplica cuando España sea la jurisdicción de establecimiento de la entidad híbrida o el EP híbrido que incurre en el gasto. Y también se incorpora la regla secundaria para los supuestos de deducción sin inclusión derivados de pagos internos ignorados entre una entidad híbrida y sus socios, regla que será aplicable cuando España sea la jurisdicción del socio (en cuyo caso se debe incluir el pago como renta imponible).

Por último, merece mención especial que el Real Decreto-ley no incorpora la regla anti-híbridos secundaria relativa a las situaciones de deducción sin inclusión derivadas de pagos procedentes de instrumentos financieros híbridos, aplicable en la jurisdicción del beneficiario. La razón alegada en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley es que es que esta regla secundaria es innecesaria toda vez que la regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS ya cubre los supuestos de obtención de dividendos que sean deducibles para quien los distribuye. Sin embargo, determinados supuestos de *transferencias híbridas* con resultado de deducción sin inclusión no quedan cubiertos por la regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS, lo que exigiría a nuestro juicio haber incorporado la regla anti-híbridos secundaria. Así, la regla anti-híbridos especial del artículo 21.1 de la LIS no aplicaría al prestamista que recibe dividendos procedentes de valores cedidos en préstamo, y por lo tanto sí tendría derecho a la

¹⁷² El artículo 2.9 de la Directiva ATAD define el «establecimiento permanente no computado» como «cualquier mecanismo que se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la jurisdicción de su sede de dirección y que no se considere que da lugar a un establecimiento permanente con arreglo a la legislación de la otra jurisdicción». Así, cuando la jurisdicción de la casa central exime de tributación las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente no computado (que no es gravado en la jurisdicción de establecimiento por considerar dicha jurisdicción que no tiene presencia física suficiente como para ser sometido a gravamen) dichas rentas no tributan en ninguna jurisdicción.

¹⁷³ Artículo 9.4(a) de la Directiva ATAD.

exención del artículo 21.1 de la LIS en la medida en que dichos dividendos no fueran deducibles en sede de la entidad que los distribuye¹⁷⁴.

5.2.4. Reglas especiales

El Real Decreto-ley transpone, a través del apartado sexto del artículo 15 bis de la LIS, la regla especial del artículo 9.5 de la Directiva ATAD relativo a los pagos a EPs no computados. Así, la exención sobre los beneficios obtenidos a través de un EP extranjero (artículo 22 de la LIS) no será aplicable cuando dicho EP sea no computado en su jurisdicción de establecimiento. Sin embargo, al contrario que la Directiva ATAD, la regla española no excluye expresamente la aplicación de esta regla especial cuando un CDI suscrito entre España y un Estado no miembro de la UE prevea una exención sobre tales rentas. No obstante, tal omisión es irrelevante toda vez que una exención prevista por un CDI suscrito por España debe prevalecer sobre la norma interna española (ya que en este caso ni siquiera la norma comunitaria ampara la aplicación de la norma anti-híbridos cuando hay exención en un CDI suscrito con un país tercero).

Incluye también una regla especial para asimetrías híbridas importadas¹⁷⁵, que será aplicable cuando un contribuyente residente en España realice pagos que financien, directa o indirectamente, gastos deducibles en otra jurisdicción que den lugar a una asimetría híbrida. De acuerdo a esta regla especial, dichos pagos no serán deducibles para el contribuyente español. De manera que esta regla especial tiene como objetivo prevenir el traslado de bases imponibles a jurisdicciones en las que no existan normas anti-híbridos¹⁷⁶.

Asimismo, el Real Decreto-ley incorpora, a través del apartado octavo del artículo 15 bis de la LIS, la regla especial del artículo 9.6 de la Directiva ATAD relativa al doble aprovechamiento de un crédito fiscal en las transferencias híbridas, aquéllas en las que las ambas partes de la operación, cedente y el cesionario, se atribuyen conforme la legislación de su país el rendimiento de un instrumento financiero, de manera que ambas partes también se atribuyen el crédito fiscal por la retención en fuente pagada sobre el rendimiento de dicho instrumento financiero; y a la par una de las partes, la que es la prestataria en la operación, genera un gasto financiero deducible fiscalmente. Las transferencias híbridas se articulan básicamente a través de préstamos de valores o de préstamos estructurados como venta de valores con pacto de recompra. El pro-

174 Véase el artículo 21.2.3º de la LIS. En estos casos, podría seguir habiendo una potencial asimetría híbrida si el prestatario de los valores reside en una jurisdicción que no ha implementado normas anti-híbridos y, conforme a su legislación, se atribuye también el dividendo (que también es declarado exento) procedente de los valores cedidos en préstamo, a la par que se deduce fiscalmente el pago del *dividendo fabricado* al prestamista. Lo mismo pasaría en caso de aplicar el crédito fiscal indirecto del artículo 32.1 de la LIS, de manera que seguirían siendo posibles los casos de doble aprovechamiento de un crédito fiscal indirecto en los préstamos de valores cuando el prestamista resida en España y el prestatario en un país sin reglas anti-híbridos.

175 Apartado séptimo del artículo 15 bis de la LIS.

176 Aunque la operativa puede ser muy compleja, el mecanismo general es simple. Una entidad residente en un país con normas anti-híbridos traslada, en virtud de un pago fiscalmente deducible, sus bases imponibles a una jurisdicción en la que no existan reglas anti-híbridos al objeto de crear una asimetría híbrida con un tercer país en el que tampoco existan normas anti-híbridos, y así anular toda la base imponible.

blema de estas operaciones es que no permiten aplicar las reglas anti-híbridos ordinarias cuando el doble crédito fiscal es un crédito fiscal directo para eliminar la doble imposición jurídica (ya que en ese caso no hay un resultado de deducción sin inclusión)¹⁷⁷. En el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas solo se incorpora esta regla en lo atinente a los créditos fiscales derivados de retenciones a cuenta del propio Impuesto sobre Sociedades, dejando fuera del ámbito de aplicación de esta regla a los créditos fiscales por retenciones de fuente extranjera bajo la asunción de que la LIS ya «dispone de preceptos»¹⁷⁸. Entendemos que esta decisión se basa en que las retenciones de fuente extranjera solo son deducibles en la medida en que no excedan de la parte de la cuota impositiva española atribuible a dichos rendimientos. De manera que el presuntario español, en la medida en que no obtiene renta neta positiva en estas operaciones, no podría deducir las retenciones de fuente extranjera¹⁷⁹. No así con las retenciones a cuenta del propio Impuesto sobre Sociedades. De hecho, muchas de estas operaciones pueden ser combatidas por la vía de la propia calificación¹⁸⁰ (ya sea por la vía del artículo 13 de la LGT o por la vía del artículo 16 de la LGT) o por la vía del artículo 15 de la LGT¹⁸¹. Por ejemplo, muchos préstamos de valores realmente son operaciones de simulación absoluta en la

177 De acuerdo al artículo 15 bis.1 de la LIS solo hay resultado de deducción sin inclusión cuando los pagos «no generen un ingreso, 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 añadido). Así, el hecho de que un pago goce de un crédito fiscal directo por el impuesto retenido en fuente no desnaturaliza su condición de pago «incluido como renta ordinaria», véase OCDE (2015), párr. 32.

178 Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo: «En relación con las asimetrías de transferencias híbridas generadas por una doble utilización de retenciones, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, dispone de preceptos que impiden una parte de los efectos de dichas asimetrías por lo que solo resulta necesario transponer en el artículo 15 bis.8 el precepto regulado en el artículo 9.6 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, en lo atinente a las retenciones a cuenta del Impuesto sobre Sociedades, lo que se lleva a cabo en conexión con la recomendación contenida en el considerando 23 de la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017».

179 La STS de 14 de junio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 1256/2011), establece que «el propio art. 23 [del CDI] establece que la deducción de los impuestos soportados en Brasil tienen como límite lo que hubiera soportado como tributación de haber sido obtenida la renta en España, para cuya determinación, como señala el Abogado del Estado, se aplica la normativa española, la cual, conforme a los artículos 10 a 23 del Impuesto sobre Sociedades, considera a efectos fiscales como renta gravada la resultante de los ingresos menos gastos». En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de diciembre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 109/2011). El TEAC, por su parte, confirma en su resolución de 8 de octubre de 2019 (R.G. 5548/2018) que para determinar la base de la deducción, deben computarse tanto los ingresos por los intereses percibidos, como los gastos relacionados con los mismos (gastos financieros, servicios exteriores y diferencias de cambio). Véase también López Ribas (2018), p. 235, para quien el «método de imputación ordinaria para impuestos retenidos en el extranjero no parece que facilite el aprovechamiento de créditos sin integración de ingreso en la base imponible».

180 Aunque la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se determina a partir del resultado contable, la determinación del elemento subjetivo del hecho imponible (la atribución de la renta) se debe hacer de acuerdo a criterios materiales de determinación de quién obtiene realmente la renta. No obstante, una interpretación adecuada de las normas contables debería llevarnos a similares resultados. Para un estudio en profundidad de estas cuestiones véase Báez Moreno (2009), pp. 71-73 y 156-170.

181 López Ribas (2018), p. 236, y párrafo 23 del Preámbulo de la Directiva ATAD II.

medida en la que las partes de la operación solo buscan los efectos fiscales de la misma¹⁸².

Para combatir los casos de doble residencia se incorpora, a través del apartado décimo del artículo 15 bis de la LIS, la regla especial del artículo 9 ter de la Directiva ATAD. En estos casos el Real Decreto-ley se aparta del criterio seguido para los casos de deducciones dobles derivados de entidades híbridas y EPs híbridos, y únicamente impone la obligación de aplicar la regla anti-híbridos en el momento y en la medida en que haya doble no imposición efectiva («en la parte que se compense con ingresos que no generen renta de doble inclusión» y «en el período impositivo en que esta se produzca»). No obstante, tal y como establece el artículo 9 ter de la Directiva ATAD, cuando la doble residencia se produzca con otro Estado Miembro y España sea el país de residencia de acuerdo con el CDI suscrito entre ambos, España no debe aplicar la norma anti-híbridos.

Por último, es reseñable señalar que el Real Decreto-ley elude incorporar el artículo 9 bis de la Directiva ATAD¹⁸³ bajo el argumento de que la «doble no inclusión» propia de las entidades híbridas inversas no tiene cabida en nuestro ordenamiento tributario «toda vez que lo establecido en la regulación de los impuestos que gravan la renta impiden que surja la asimetría señalada»¹⁸⁴. En nuestra opinión, la actual legislación española únicamente «cubre» los supuestos de entidades híbridas inversas cuando España es la jurisdicción del socio en la entidad híbrida inversa¹⁸⁵, pero no cubre aquellos casos en que la entidad híbrida inversa estuviera establecida en España. Y entrecomillamos «cubre» porque es dudoso que la redacción del artículo 87.1 de la LIRPF permita a las autoridades fiscales españolas calificar a las entidades extranjeras conforme a la calificación fiscal de su jurisdicción de establecimiento. No obstante, entendemos que las normas españolas sobre transparencia fiscal internacional también podrían ser efectivas en estos casos.

Así, consideramos que España no tiene normas efectivas que cubran los supuestos contemplados por el artículo 9 bis de la Directiva ATAD. En este sentido piénsese que se estableciese en España una sociedad civil con objeto profesional (que no es contribuyente por el Impuesto sobre Sociedades) que fuera considerada entidad opaca en la jurisdicción de los socios¹⁸⁶. Incluso cabría la posibilidad de que la constitución de una comunidad de bienes en España pudiera ser visto en la jurisdicción de los partícipes como un verdadero contrato de sociedad, con verdadera personalidad jurídica, y por tanto se calificase como opaca en su jurisdicción. En todos estos casos, el TRLIRNR tampoco nos ofrece

182 Véanse las sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2019 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, rec. 146/2016) y de 23 de julio de 2020 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, rec. 213/2017).

183 Véase la Disposición final segunda del Real Decreto-ley 4/2021 de 9 de marzo.

184 Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley 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. El Anteproyecto puede consultarse en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/impuesto-sociedades.pdf>.

185 Resolución de la DGT de 6 de febrero de 2020 y, por todas, Consulta de la DGT V3557-15.

186 El mismo problema podría darse con respecto a las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, ya que están sujetas a un régimen de transparencia fiscal (artículo 44 de la LIS). Véase al respecto, Sanz Gadea (2014), p. 41.

soluciones efectivas si esta entidad no realiza actividades económicas en España (de manera que no se le pueda imputar la existencia de un EP) y los ingresos que recibe no son de fuente española¹⁸⁷.

6. Reflexiones finales: la interacción de las normas anti-híbridos españolas con la Directiva Anti-Elusión Fiscal en sus distintas etapas de implementación

La primera batería de normas anti-híbridos, de carácter muy sucinto y simple, se incorporó en la redacción original de la actual LIS, que entró en vigor el 1 de enero de 2015 y con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015.

Salvo la medida anti-híbridos incorporada en el artículo 21.1 de la LIS relativa a la exclusión del régimen de exención de participaciones para los dividendos que fueren deducibles en la jurisdicción del pagador, que con respecto a los dividendos intracomunitarios contaba ya con la cobertura de la Directiva Matriz-Filial en su redacción dada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014, el resto de medidas anti-híbridos no derivaban de ninguna directiva europea. En concreto, el artículo 15.j relativo a la deducibilidad de los pagos no gravados en la jurisdicción del beneficiario.

Una de las primeras consecuencias es que, sin contar con amparo de directiva europea alguna, las medidas anti-híbridos podrían ser contrarias a las libertades fundamentales del TFUE ya que las normas anti-híbridos discriminan las operaciones transfronterizas y su finalidad esencialmente «compensatoria» no puede justificar una restricción de las libertades fundamentales¹⁸⁸.

Por tanto, en nuestra opinión, la aplicación de la norma anti-híbridos del artículo 15.j de la LIS pudo ser incompatible con las libertades del TFUE hasta la entrada en vigor de la Directiva ATAD, el 8 de agosto de 2016. De la misma forma, la aplicación de la norma española a las asimetrías híbridas con países extracomunitarios pudo ser incompatible con el TFUE hasta la entrada en vigor de la modificación de la Directiva ATAD (mediante la Directiva ATAD II, que dio cobertura a las normas anti-híbridos aplicables a las asimetrías híbridas con países terceros), el 27 de junio de 2017.

A partir de ese momento, al margen de que, como ya hemos visto en este trabajo, defendemos con carácter general la conformidad de las normas anti-híbridos con las libertades fundamentales del TFUE en la medida en que derivan de una Directiva europea cuya finalidad es asegurar los objetivos de la Unión Europea (como es preservar un adecuado marco de competencia empresarial en condiciones de igualdad), lo que no ofrece dudas es que, como mínimo, las nor-

¹⁸⁷ Véanse los artículos 35 y 36 del TRLIRNR. Véanse las Consultas de la DGT V1753-08 y V2483-07.

¹⁸⁸ Sobre esta cuestión, véase el Capítulo IV, sección 4.5.2.2.1.1.

mas anti-híbridos nacionales aprobadas bajo la cobertura legal de una directiva europea, como es la Directiva ATAD, gozan de presunción validez¹⁸⁹.

No obstante, lo que no podemos perder de vista es que las normas anti-híbridos establecidas en la Directiva ATAD son unas normas de mínimos que obligan a los Estados Miembros a transponer unos estándares mínimos. Esta circunstancia nos sitúa ante una doble problemática.

En primer lugar, es preciso plantearse qué ocurre cuando un Estado Miembro no ha implementado, dentro del plazo de transposición, los estándares mínimos del artículo 9 de la Directiva ATAD. Las medidas actualmente vigentes de la Directiva ATAD (en su redacción dada por la Directiva ATAD II en 2017) debían estar transpuestas en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros para el 31 de diciembre de 2019, debiendo ser aplicadas a partir del 1 de enero de 2020¹⁹⁰.

No obstante, España no transpuso las normas anti-híbridos de la Directiva ATAD hasta el año 2021, mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, sobre asimetrías híbridas. La Disposición final cuarta del referido Real Decreto-ley establece que las medidas contenidas en el mismo tendrán «efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2020 y que no hayan concluido a su entrada en vigor».

De manera que, en aras de cumplir con las limitaciones constitucionales a la retroactividad de las normas tributarias, el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas no es aplicable a los períodos impositivos ya concluidos a su entrada en vigor (el 11 de marzo de 2021).

Además, sobre dichos períodos impositivos ya concluidos a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas, la Directiva ATAD tampoco es directamente aplicable por las autoridades fiscales españolas. Cabe recordar que las directivas europeas no son directamente aplicables por los Estados Miembros en cuanto supongan perjuicios u obligaciones para el contribuyente; es decir, se prohíbe el efecto directo vertical inverso o descendente de las directivas¹⁹¹. Esto supone que la Administración tributaria española no puede aplicar, para aquellos períodos impositivos concluidos antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas, aquellas medidas anti-híbridos de la Directiva ATAD que, debiendo haber sido ya transpuestas, no habían sido aún implementadas en el ordenamiento español, como

189 Véase al respecto nota 29 y texto que la acompaña. Para un estudio más pormenorizado sobre el efecto de las directivas comunitarias antes del vencimiento del plazo de transposición, véase Gimeno Feliú (2016), pp. 107-115.

190 Salvo en lo relativo a la regla especial del artículo 9 bis de la Directiva ATAD, cuyo plazo de transposición termina el 31 de diciembre de 2021, debiendo ser aplicable a partir del 1 de enero de 2022.

191 El TJUE abordó por vez primera el efecto de las directivas europeas en el caso *Van Duyn* (asunto 41/74), cuya sentencia de 4 de diciembre de 1974 estableció que un particular podía invocar los derechos de una directiva si esta es lo suficientemente clara y precisa. No obstante, en el caso *Nijmegen* (asunto 80/86) el TJUE estableció en su sentencia de 8 de octubre de 1987 que un Estado Miembro no puede invocar, para imponer obligaciones a los particulares, los preceptos de una directiva que no

las medidas relativas a las entidades híbridas (inversas), a los EPs híbridos, y a la doble residencia.

No obstante, el hecho de que la Directiva ATAD sea una norma de mínimos, tal y como consagra el propio artículo 3 de la Directiva ATAD, faculta a los Estados Miembros para establecer normas más restrictivas o gravosas para los contribuyentes que las que se derivan de dicha directiva. Por lo que el contribuyente tampoco podría ampararse en el efecto directo vertical ascendente¹⁹² (en favor del contribuyente) de las directivas para pretender invocar la aplicabilidad de las medidas de la Directiva ATAD que pudieran ser menos gravosas que las que se derivasen de la aplicación del artículo 15.j de la LIS.

El segundo problema que deriva del hecho de que la Directiva ATAD sea una norma de mínimos, y el más importante, es que toda aquella transposición nacional que exceda de los estándares mínimos de la Directiva ATAD, en la medida en que no tiene cobertura legal de la directiva, ya no gozaría de una presunción de validez conforme al Derecho de la UE y muy probablemente sería incompatible con las libertades del TFUE. Así, determinadas medidas incorporadas en el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas van más allá de los mínimos requeridos por la Directiva ATAD, e incluso algunas tienen carácter desproporcionado por ser susceptibles de provocar situaciones de sobreimposición.

Un ejemplo de ello lo encontramos en que el Real Decreto-ley sobre asimetrías híbridas amplía, con respecto a la Directiva ATAD, el alcance subjetivo de las medidas anti-híbridos relativas a las entidades híbridas (inversas) y EPs

hubiera sido transpuesta. En el ámbito de la fiscalidad, el TJUE reiteró la prohibición del efecto directo vertical descendente en su sentencia de 5 de julio de 2007, C-321/05 (*Kofoed*), párrs. 40-42. Véase al respecto Weber (2009), p. 52. En España el TEAC ha asumido este principio europeo de interdicción del efecto directo vertical descendente. No obstante, es extremadamente fina la línea divisoria que separa el principio de interdicción del efecto directo vertical descendente del principio de «interpretación conforme», por el cual las normas nacionales que transpongan una directiva tienen que ser interpretadas a la luz de la letra y la finalidad de esta. Por lo que la cuestión estriba en determinar hasta qué punto una norma nacional de transposición de una directiva se ha transpuesto deficientemente (en cuyo caso las autoridades nacionales del Estado Miembro no pueden invocar la directiva en perjuicio del contribuyente) o si por el contrario hay un simple error de interpretación de la norma nacional por parte de las autoridades fiscales nacionales. La resolución de esta cuestión actualmente está pendiente de resolución por el Tribunal Supremo en relación a un supuesto sobre la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido por una entidad mercantil (Auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, rec. 1045/2020). Para Almudí Cid, «el principio de interpretación conforme determina que el juez nacional, en la medida en que así lo permita el Derecho interno [interpretado conforme a los métodos de interpretación previstos en el artículo 12 de la Ley General Tributaria y 3.1 del Código Civil], resulta obligado a interpretar y aplicar dicho ordenamiento de forma conforme con el Derecho de la Unión Europea» (énfasis añadido), en «La Transmisión de Participaciones como Operación Financiera Accesorias a Efectos del Cálculo de Regla de Prorrata del IVA: Análisis a Luz de la Doctrina del Acto Aclarado y del Principio de Interpretación Conforme, Comentario a la STS de 2 marzo de 2020, Rec. 2465/2017», disponible en: <https://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/47073/la-transmision-de-participaciones-como-operacion-financiera-accesoria-a-efectos-del-calculo-de-regla-de-prorrata-del-iva-analisis-a-luz-de-la-doctrina>.

192 Véase nota 191, caso *Van Duyn*.

híbridos¹⁹³; de tal forma que dichas medidas son aplicables en cualquiera de los casos de vinculación del artículo 18 de la LIS. Otro ejemplo lo encontramos en la regla primaria relativa a los instrumentos financieros híbridos, establecida en el artículo 15 bis.1 de la LIS, cuya reversión parece ser posible únicamente si la jurisdicción del beneficiario del pago grava la renta «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 contribuyente».

Otro caso de posible incompatibilidad con las libertades fundamentales del TFUE lo encontramos en el alcance objetivo de las normas anti-híbridos relativas a las entidades híbridas y EPs híbridos. Por un lado la norma española no requiere para su aplicación la existencia de doble no imposición efectiva, sino que la norma anti-híbridos se aplica ante una doble no imposición potencial, bastando simplemente que la deducción «no se compense con ingresos (...) de doble inclusión». Y por otro lado, la norma española ni siquiera prevé un sistema de para evitar el no aprovechamiento de *pérdidas definitivas*, sino que va más allá y establece una limitación temporal de tres años (que en ningún modo está prevista en la Directiva ATAD) para revertir la aplicación de la norma anti-híbridos; es decir, la norma española únicamente permite compensar las deducciones con rentas de doble inclusión dentro del plazo de los tres periodos impositivos posteriores a la aplicación de la regla anti-híbridos.

Bibliografía

Baete, R. (2020). The Tax Treatment of Hybrid Entities under Primary EU Law and CJEU Jurisprudence. En S. Govind & J.-P. Van West (Eds.), *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*, Series on International Tax Law (pp. 509- 530).

Báez Moreno, A. (2009). *Los Negocios Fiduciarios en la Imposición sobre la Renta*. Aranzadi.

Bammens, N. (2012). *The Principle of Non-discrimination in International and European Tax Law*. Doctoral Series (Vol. 24). Amsterdam: IBFD.

Bärsch, S.-E., & Spengel, C. (2013). Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice. *Bulletin for International Taxation*, 67, 520-528.

Bundgaard, J. (2013a). Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross Border Tax Arbitrage –The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments. *Bulletin for International Taxation*, 67, 200-204.

193 Quizás otro ejemplo de posible incompatibilidad con las libertades del TFUE podría ser la norma anti-híbridos del artículo 21.1 de la LIS (relativa a la percepción de dividendos deducibles) en los supuestos en que se aplique a aquellos dividendos pagados por entidades extracomunitarias sobre las que el beneficiario ostente una participación inferior al 25%. En estos casos, tal aplicación no cuenta con la cobertura legal de la regla anti-híbridos especial del artículo 4.1(a) de la Directiva Matriz-Filial, que solo es aplicable a los dividendos intracomunitarios, ni con la cobertura de la regla anti-híbridos secundaria de la Directiva ATAD (artículo 9.2(b)), cuya aplicación exige una participación mínima de un 25% (o influencia significativa) o la existencia de un mecanismo estructurado.

Bundgaard, J. (2013b). Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 1. *European Taxation*, 53, 539-554.

Bundgaard, J. (2013c). Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 2. *European Taxation*, 53, 587-594.

Bundgaard, J. (2017). *Hybrid Financial Instruments in International Tax Law*. Kluwer Law International. Bünning, M. (2003). Germany: Use of Partnership and other Hybrid Instruments in Cross-Border Transactions.

Intertax, 31, 401-409.

Calderón Carrero, J. M. (2012). A Vueltas con las Reglas Interpretación y Calificación de los Convenios de Doble Imposición al Hilo de una Resolución del TEAC sobre Híbridos Financieros: La Reciente Reacción de la OCDE frente al Arbitraje Fiscal Internacional. *Quincena Fiscal*, 12/2012. Consultado en Aranzadi Digital.

Calderón Carrero, J. M., & Báez Moreno, A. (2009). The Columbus Container Services ECJ Case and Its Consequences: A Lost Opportunity to Shed Light on the Scope of the Non-discrimination Principle. *Intertax*, 37, 212-222.

Cordewener, A., Kofler, G., & Schindler, C. P. (2007). Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with Lasertec, A and B and Holböck. *European Taxation*, 47, 371-376.

Cordewener, A., Kofler, G., & Van Thiel, S. (2009). The Clash Between European Freedoms and National Direct Tax Law: Public Interest Defences Available to the Member States. *Common Market Law Review*, 46, 1951-2000.

Dahlberg, M. (2005). *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*. EUCOTAX Series on European Taxation. Kluwer Law International.

De Boer, R., & Marres, O. (2015). BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements.

Intertax, 43, 14-41.

De Broe, L. (2008). *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Doctoral Series (Vol. 14). Amsterdam: IBFD.

De Groot, I. (2016). The Switch-Over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms. *EC Tax Review*, 25, 162-169.

Debelva, F., Scornos, D., Van den Berghen, J., & Van Braband, P. (2015). LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? *EC Tax Review*, 24, 132-143.

Douma, S. (2011). *Optimization of Tax Sovereignty and Free Movement*. IBFD Doctoral Series. IBFD.

Dziurdz, K. (2013). «Circularly Linked» Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test. *Bulletin for International Taxation*, 67, 306-310.

Fibbe, G., & De Graaf, A. (2005). Is Double Taxation Arising from Autonomous Tax Classification of Foreign Entities Incompatible with EC Law? En H. Van Arendonk, F. Engelen, & S. Jansen (Eds.), *A Tax Globalist: Essays in Honour of Maarten J. Ellis* (pp. 237-265). IBFD.

Gimeno Feliú, J. M. (2016). El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. (La orientación estratégica de la contratación pública). En S. Rodríguez-Campos (Ed.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición* (pp. 15-127). Marcial Pons.

Ginevra, G. (2017). The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level. *Intertax*, 45, 120-137.

Helminen, M. (2011). *EU Tax Law: Direct Taxation*. IBFD.

Jiménez-Valladolid L'Hotellerie-Fallois, D. J. (2015). Doble (no) imposición e híbridos financieros: Tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades. En C. García-Herrera Blanco (Ed.) (Vol. 10/2015, pp. 137-147). Presentado en Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª edición), «La reforma del sistema tributario español», Madrid: IEF. Recuperado a partir de https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2015_10.pdf

Jiménez-Valladolid L'Hotellerie-Fallois, D. J. (2018). Pérdidas Finales, Establecimientos Permanentes y la Rehabilitación de la «Excepción Marks & Spencer»: Análisis de las SSTJUE de 12 de junio de 2018, «Bevola» (asunto C-650/16), y de 4 de julio de 2018, «NN» (asunto C-28/17). *Nueva Fiscalidad*, 255-269.

Kofler, G. (2011). Tax Treaty «Neutralization» of Source State Discrimination under the EU Fundamental

Freedoms? *Bulletin for International Taxation*, 65, 684-690.

Kofler, G., & Mason, R. (2007). Double Taxation: A European «Switch in Time»? *Columbia Journal of European Law*, 14, 63-98.

Lang, M. (2006). The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word. *European Taxation*, 46, 54-67.

Lang, M. (2008). ECJ Case Law on Cross-Border Dividend Taxation—Recent Developments. *EC Tax Review*, 17, 67-77.

Lang, M. (2014). Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line? *European Taxation*, 54, 530-540.

Lazarov, I. (2020). The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation. En M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, A. Rust, G. Kofler, & K.

Spies (Eds.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (Sexta., pp. 63-104). Linde.

López Ribas, S. (2014). Plan BEPS, Acción 2: Recomendaciones sobre Híbridos. *Carta Tributaria. Monografías*, 12, 1-20.

López Ribas, S. (2018). Asimetrías Híbridas. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez, & P. A. Hernández González-Barreda (Eds.), *La Armonización de las Normas contra la Elusión Fiscal relativas a la Fiscalidad Directa en la Unión Europea* (pp. 221-241). Thomson Reuters Aranzadi.

Marchgraber, C. (2018). *Double Non-Taxation and EU Law*. EUCOTAX Series on European Taxation. Kluwer Law International.

Martínez Laguna, F. D. (2016). Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain. *Intertax*, 44, 447-462.

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

Martins, J. (2016). Limitation on Benefits and EU Law. En D. W. Blum & M. Seiler (Eds.), *Preventing Treaty Abuse*, Series on International Tax Law (pp. 271-292). Linde.

OCDE. (2012). *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. 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.

OCDE. (2017). *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing.

Palao Taboada, C. (2017). El Abuso del Derecho en Materia Tributaria en el Derecho Comunitario Europeo.

Revista Española de Derecho Europeo, 61, 13-62.

Parada, L. (2017). *Double Non-Taxation and the Use of Hybrid Entities*. Universidad de Valencia.

Ring, D. M. (2002). One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage. *Boston College Law Review*, 44, 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 the Tax Treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union. *British Tax Review*, 308-324.

Sanz Gadea, E. (2014). Recetas para Neutralizar los Efectos Perniciosos de los Híbridos. *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad* (4), 35-48.

Schön, W. (2015). Neutrality and Territoriality – Competing or Converging Concepts in European Tax Law?

Bulletin for International Taxation, 69, 271-293.

Strik, P. (2014). *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*. Hart Publishing. Traversa, E. (2007). National Report: Belgium. En M. Lang & P. Pistone (Eds.), *The EU and Third Countries: Direct Taxation* (pp. 147-176). Linde.

Vanden Berghe, B. (2017). Enforceability of OECD Linking Rules in the Light of EU Law. *LSE Law Review*, 2, 63-92.

Vilhena de Moraes, L. E. (2015). Underlying Tax Credit in the Case of a Deduction and Non-Inclusion Scheme? En K. Dziurdz & C. Marchgraber (Eds.), *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law: Open Issues and Recent Challenges*, Series on International Tax Law (Vol. 94, pp. 217-242). Linde.

Weber, D. (2009). Some Remarks on the Application of Community Law, its Legal Effects and the Relationship between these Concepts. En P. Pistone (Ed.), *Legal Remedies in European Tax Law* (pp. 45-67). IBFD.

West, P. R. (1996). Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards. *Florida Tax Review*, 3, 147-185.