

EL MARCO JURÍDICO EUROPEO PARA NEUTRALIZAR LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS EN CUANTO MANIFESTACIÓN DE ELUSIÓN FISCAL: LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS ATAD I Y ATAD II EN EL DERECHO ESPAÑOL

THE EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK TO NEUTRALIZE HYBRID MISMATCHES AS A MANIFESTATION OF TAX AVOIDANCE: THE TRANSPOSITION OF EU ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVES (ATAD I & ATAD II) IN SPANISH LAW

DAVID GARCÍA GUERRERO

*Profesor Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

Recibido:14.12.2021 / Aceptado:11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6684>

Resumen: La elusión fiscal supone un reto importante para el Derecho Internacional Tributario. Un paso decisivo se dio con la culminación del Proyecto BEPS de la OCDE, cuya Acción 2 se trasladó al Derecho de la Unión Europea mediante dos directivas -ATAD I y ATAD II- que componen lo que se ha venido denominando como “Paquete de lucha contra la elusión fiscal” de la Unión. En marzo de 2021 se llevó a cabo la transposición en el Derecho español de las medidas antielusión referentes a las asimetrías híbridas. Se propone un análisis de la cuestión tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno español desde la óptica jurídico-tributaria.

Palabras clave: elusión fiscal, asimetrías híbridas, Directiva ATAD I, Directiva ATAD II.

Abstract: Tax avoidance represents an important challenge for International Tax Law. A decisive step was taken with the completion of the OECD BEPS Project. BEPS Action 2 was transposed into European Union Law by Anti-Tax Avoidance Directives -ATAD I & ATAD II- which compose the European Union Anti tax avoidance package. In March 2021, measures against tax avoidance regarding hybrid mismatches were transposed into Spanish Law. What is proposed is to analyze the issue regarding European Union Law and Spanish Law from the legal-tax point of view.

Keywords: tax avoidance, hybrid mismatches, EU Anti-Tax Avoidance Directives, ATAD I, ATAD II.

Sumario: I. Ideas introductorias: la lucha contra la elusión fiscal en la Unión Europea a la luz del contexto actual de la fiscalidad internacional. II. El Derecho de la Unión Europea ante las prácticas elusivas de las empresas. Especial atención a las asimetrías híbridas. 1. Derecho originario e imposición directa. 2. Derecho derivado: las directivas ATAD I y ATAD II. III. Impacto en el Ordenamiento jurídico español. 1. Aspectos formales: transposición de las directivas mediante decreto-ley. 2. Aspectos materiales. A) Delimitación del concepto de elusión fiscal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. B) Las modificaciones del Impuesto sobre Sociedades. a) Ámbito de aplicación. b) Regulación de los distintos tipos de asimetrías híbridas contemplados ex lege. C) Breve referencia a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. IV. Reflexiones finales.

I. Ideas introductorias: la lucha contra la elusión fiscal en la Unión Europea a la luz del contexto actual de la fiscalidad internacional

1. Los mecanismos de actuación que ha aprobado la Unión Europea para combatir las asimetrías híbridas tienen una incidencia en los impuestos que gravan las rentas de las sociedades de los Estados miembros. Será necesario partir de las distintas ramas en las que se podría dividir el Derecho Internacional Tributario, dado que proporcionará las bases necesarias para realizar la estructuración de este estudio.

2. LÓPEZ ESPADAFOR afirma que el Derecho Internacional Tributario se compondría de dos ramas: por un lado, se encontraría la perspectiva que se ocupa del estudio de los convenios internacionales de naturaleza tributaria, que se denomina Derecho Internacional Convencional; y, en segundo lugar, se encontraría el Derecho de la Unión Europea en materia tributaria, que se divide, a su vez, en Derecho originario y en Derecho derivado. Así las cosas, el Derecho Internacional Tributario estaría conformado por normas de origen internacional, a diferencia del Derecho Tributario Internacional, que se compondría por normas de origen nacional. Este estudio se centrará en el ámbito del segundo, del Derecho de la Unión Europea, dado que es el Ordenamiento jurídico que establece la regulación para combatir las asimetrías híbridas.¹

3. Con respecto a MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ, CASADO OLLERO Y ORÓN MORATAL, estos autores parten de la definición dada por SAINZ DE BUJANDA de Derecho Comunitario Financiero, entendido como “el conjunto de pactos, normas y principios que regulan el ejercicio del Poder Financiero de los Estados miembros en el seno de las Comunidades Europeas [hoy en día, Unión Europea], así como la atribución a estas últimas [de nuevo, se debe entender esta referencia, en la actualidad, a la Unión Europea] de competencias para el establecimiento de sus propios recursos y la ordenación presupuestaria de los ingresos y gastos destinados a la consecución de sus objetivos fundacionales”. El concepto otorgado por una de las máximas referencias académicas del Derecho Financiero y Tributario español sigue teniendo vigencia hoy en día, con las modificaciones señaladas. En el Derecho Comunitario Financiero estaría integrado el Derecho Fiscal Europeo².

4. Por su parte, FALCÓN Y TELLA Y PULIDO GUERRA, cuando utilizan el término “Derecho Fiscal Internacional” no lo hacen teniendo en cuenta la fuente de producción jurídica -internacional o interna-, sino que atienden al objeto de esta parcela del Derecho. Para estos autores, las dos finalidades que habrá de perseguir el Derecho Fiscal Internacional serán evitar tanto la doble imposición como la elusión fiscal³. En el fondo, se trata de situaciones opuestas: el primero -la doble imposición- grava un mismo hecho imponible por distintos Estados u organizaciones internacionales⁴, mientras que el segundo -la elusión fiscal- pretende la minoración de la carga tributaria eludiendo su “responsabilidad tributaria”⁵, llegando a conocerse también como “doble no imposición”. Ahora bien, es natural pre-

¹ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Trends and sources of international taxation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11, vol. 1, 2019, pp. 442-444.

² J. Martín Queralt/ C. Lozano Serrano/ J. M. Tejerizo López/ G. Casado Ollero/ G. Orón Moratal, *Curso de Derecho Financiero y Tributario español*, 32ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 210.

³ R. FALCÓN Y TELLA/ E. PULIDO GUERRA, *Derecho Fiscal Internacional*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 11-12.

⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “La inclusión de los Impuestos Especiales en la base imponible del IVA como situación de sobreimposición”, *Quincena Fiscal*, nº 1, 2018, pp. 9, 21-23. Como bien señala LÓPEZ ESPADAFOR, cabría distinguir dos supuestos distintos de doble imposición: por un lado, se daría un supuesto de doble imposición internacional cuando confluyan recursos o tributos de una organización internacional -como los derechos de aduanas, cuya titularidad de la Unión Europea, si bien son los Estados miembros los encargados de recaudarlos reteniendo un porcentaje de la cantidad recaudada en concepto de gastos de recaudación- con tributos de titularidad de un Estado miembro -como el Impuesto sobre el Valor Añadido, el cual huelga recordar que es un impuesto de titularidad de los Estados miembros de la Unión Europea aunque esté armonizado por esta última-; por otro lado, existiría un supuesto de doble imposición interna cuando confluyan tributos cuya titularidad corresponda a los Estados miembros y también estén armonizados por la Unión con otras figuras tributarias que sean también titulares los Estados miembros, independientemente de si estos últimos son armonizados o no por la Unión Europea -sería el caso del Impuesto sobre el Valor Añadido y los Impuestos Especiales-.

⁵ Un efecto que se pretende con cualquier práctica de elusión fiscal es eludir la responsabilidad tributaria que tiene la sociedad como obligado tributario -elemento compartido con las prácticas constitutivas de fraude fiscal-, tal y como lo refleja el

guntarse cómo es posible que evitar una actuación legal -que podría encuadrarse en el fenómeno de la elusión fiscal- constituya una finalidad del Derecho Fiscal Internacional, según señalan estos autores. Pues bien, FALCÓN Y TELLA Y PULIDO GUERRA afirman que la planificación fiscal agresiva se aprovecha de las lagunas consecuencia de que los distintos sistemas tributarios no estén coordinados con el objetivo de que la carga fiscal que soportan las inversiones sea la mínima posible en un Estado o territorio diferente al del inversor⁶.

5. Sentado lo anterior, la crisis financiera del año 2008 trajo consigo que la Unión Europea pusiese su interés no solamente en prácticas de sociedades que podrían constituir fraude o evasión fiscal, sino que también amplió el punto de mira a prácticas que podrían encuadrarse en lo que se denomina elusión fiscal, en contraposición con los conceptos anteriores. Efectivamente, UKCMAR, CORASANITI Y DE' CAPITANI DI VIMERCATE subrayan la importancia de distinguir entre evasión fiscal y elusión fiscal: si la evasión fiscal conlleva la directa violación de la disciplina tributaria, la elusión fiscal -o el abuso de derecho- conlleva la utilización de formas y circunstancias legítimas para fines ilegítimos⁷. Ahondando un poco más en esta distinción, BEGHIN afirma que, por un lado, en las manifestaciones de evasión fiscal, el contribuyente esconde a la Hacienda Pública, en todo o en parte, la riqueza que él mismo habría debido indicar en su propia declaración, pagando, en consecuencia, una cantidad inferior a lo que le habría correspondido, siendo este pago inferior acorde a situaciones económicas que se han verificado concretamente; por su parte, si para este autor también en la elusión fiscal el contribuyente paga un *quantum* inferior, sin embargo, esta cantidad menor se debe, a diferencia de la evasión fiscal, a una operación económica que el contribuyente no ha perfeccionado nunca, pero que, a juicio del fisco, el contribuyente la habría debido poner en práctica si no hubiese burlado la ley⁸.

6. Así, la existencia de elusión fiscal dependerá de la técnica que haya sido utilizada por el Ordenamiento jurídico concreto de que se trate en la determinación de los límites tolerados de los fenómenos de ahorro fiscal, debiendo estar pendientes de aquellas manifestaciones específicas para las que el Derecho prevea instrumentos para combatirlos, pues solamente estas últimas deberían ser consideradas como elusión fiscal, en cuanto planificación fiscal no aceptable⁹ -frente a las denominadas economías de opción, que son fenómenos de planificación fiscal aceptables¹⁰-. Éste es el trasfondo que subyace en los distintos actos de la Unión aprobados para contrarrestar el fenómeno de la elusión fiscal, debiéndose destacar los que se señalan y analizan sucintamente a continuación.

7. En primer lugar, a través de la Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) la Unión Europea propone a sus Estados miembros la incorporación de una norma general antifraude gracias a la cual puedan contrarrestar las consecuencias de naturaleza tributaria de acuerdos artificiales que pretendan eludir el impuesto. Ahora bien, a fin de determinar la existencia del propósito citado -la elusión fiscal-, el acuerdo en cuestión debe ser contrario

considerando D de la citada anteriormente Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales. Sin embargo, en el Derecho interno español, el concepto de responsabilidad tributaria se restringe a un ámbito específico, como es el de los responsables tributarios en cuanto obligados tributarios, que son distintos de los sujetos pasivos -contribuyentes y sustitutos-; en particular, será la ley la encargada de establecer un responsable -subsidiario o solidario- en una determinada situación jurídica, al que colocará junto con el deudor principal o sujeto pasivo, atendiendo al artículo 41 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE de 18 diciembre 2003.

⁶ R. Falcón y Tella / E. Pulido Guerra, *ob. cit.*, p. 240.

⁷ V. UKCMAR, G. CORASANITI/ P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale. Manuale*, CEDAM, Padua, 2010, p. 54.

⁸ M. BEGHIN, *Diritto tributario*, 3ª ed., CEDAM, Padua, 2017, pp. 417-418.

⁹ Cf. R. SANZ GÓMEZ, "Elusión fiscal (regulación en la Unión Europea)", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 13, 2017, p. 252.

¹⁰ Cuando se analice de forma específica el Derecho español en relación a las asimetrías híbridas en cuanto manifestación del fenómeno de la elusión fiscal se estudiarán los matices en relación al concepto jurídico de elusión fiscal y su distinción con otras figuras. Se ha retenido que este apartado de la investigación no es el momento oportuno porque se está tratando el Derecho de la Unión Europea.

al objetivo, espíritu o finalidad de las normas fiscales que habrían de ser aplicables normalmente, sin importar la intención subjetiva del contribuyente¹¹.

8. Con respecto a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales, de 18 de marzo de 2015, se comienza señalando que toda actuación por parte del poder público contra la elusión fiscal es imprescindible en pro de la equidad y la eficiencia financiera en el marco del mercado único comunitario, haciendo especial hincapié en el impuesto que grava las rentas obtenidas por sociedades. Distingue esta institución de la Unión Europea entre “elusión fiscal” y “evasión fiscal”, afirmando que, por un lado, la primera no puede tildarse de ilegal, si bien existen manifestaciones específicas de elusión fiscal que van en contra del espíritu de la norma con el ánimo de minorar la carga fiscal soportada por la sociedad; y, por otro lado, la evasión fiscal sí que es una práctica contraria al Ordenamiento jurídico o, dicho de otro modo, ilegal¹².

9. Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales” insiste en la necesidad de que el mercado interior de la Unión sea más justo, representando un pilar fundamental la tributación de las sociedades. En relación estricta con el tema de esta investigación, la Comisión recuerda que, en los últimos años, los Estados miembros han realizado importantes ajustes presupuestarios y, sin embargo, ciertas empresas multinacionales utilizan la planificación fiscal agresiva con la finalidad de contribuir a las arcas públicas en el menor grado posible. Esta Comunicación de la Comisión del 17 de junio se diferencia con la Comunicación del 18 de marzo -la analizada anteriormente- en que mientras la de marzo pretende ahondar en una fiscalidad empresarial más transparente, la de junio se realiza con una óptica comunitaria más global, también en relación a la tributación de las sociedades¹³.

10. La citada Comunicación de la Comisión del 17 de junio en la que se establece un Plan de acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea nace como respuesta a un evento relevante en el ámbito de la fiscalidad internacional, como es la conclusión del Proyecto contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios -en adelante, BEPS, por sus siglas en inglés “*Base Erosion and Profit Shifting*”- de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -en adelante, OCDE-. Este Proyecto BEPS de la OCDE establece un plan global que tiene como objeto neutralizar las manifestaciones de elusión fiscal, habiendo sido apoyado tanto por el G-8 como por el G-20. Pues bien, la Comisión consideró que era necesario acoger el contenido del Proyecto BEPS y, en pro de una tributación más equitativa, aprobó el Plan de acción recogido en la Comunicación de la Comisión del 17 de junio¹⁴.

11. Pasando a otra institución comunitaria, se ha de destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales -publicada en el 2016-, en la cual las definiciones de evasión fiscal y de elusión fiscal se mantienen con respecto a los que ya se habían presentado por la Comisión en su Comunicación de 18 de marzo. En consecuencia, se percibe que ciertas instituciones comunitarias -la Comisión o el Parlamento Europeo- han empezado a poner bajo el foco no solamente el fraude y la evasión fiscal, sino también la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva¹⁵.

12. El Consejo ha llegado a hablar del “Paquete de lucha contra la elusión fiscal”, donde la Unión Europea decide ir más lejos a lo dispuesto en la Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) en la que aconsejaba a sus Estados miembros a incorporar en su Derecho interno una cláusula general antifraude en el sentido manifestado *supra*. En

¹¹ DOUE L 388 de 12 diciembre 2012, pp. 41-43.

¹² COM(2015) 136 final, p. 2.

¹³ COM(2015) 302 final, pp. 2-3.

¹⁴ R. Falcón y Tella / E. Pulido Guerra, *ob. cit.*, pp. 252-253.

¹⁵ DOUE C 55 de 12 febrero 2016, p. 54.

este paquete podrían encuadrarse dos directivas de la Unión Europea que resultan fundamentales para intentar atacar ciertas prácticas que podrían ser constitutivas de elusión fiscal, como son las asimetrías híbridas¹⁶: por un lado, se encuentra 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 interior¹⁷ -en adelante, Directiva ATAD I¹⁸-; y, por otro lado, la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países -en adelante, Directiva ATAD II¹⁹. Nos interesa, de cara a este estudio, la normativa que regula el marco para neutralizar las asimetrías híbridas, puesto que es la que ha sido trasladada al Derecho interno español en marzo de 2021.

13. La Directiva es un acto de la Unión que ha de ser transpuesto en los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros en el plazo establecido por este acto²⁰. La modificación que llevó a cabo la Directiva ATAD II a la Directiva ATAD I en sede de asimetrías híbridas habría debido ser transpuesta el 31 de diciembre de 2019, pero España no había realizado la transposición, por lo que la Comisión requirió su cumplimiento a nuestro país mediante dictamen motivado el 30 de octubre de 2020. El resultado fue la transposición de esta normativa comunitaria en materia de asimetrías híbridas mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas -en adelante, Real Decreto-ley 4/2021-²¹.

14. Se ha estructurado el presente trabajo de forma que se abordará, inicialmente, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea -diferenciando entre las normas originarias y las normas derivadas, siguiendo la distinción que realiza LÓPEZ ESPADAFOR expuesta *supra*²²- y, después, desde la óptica del Derecho interno español. Así, la primera cuestión que se debería resolver es cuáles son los preceptos jurídicos del Derecho Comunitario originario gracias a los cuales la Unión puede fundamentar su actuar en la lucha contra la elusión fiscal. Posteriormente, el análisis pasará a centrarse en los actos de la Unión de Derecho derivado que han introducido la regulación jurídica en sede de asimetrías híbridas cuando constituyan fenómenos específicos de elusión fiscal, poniéndolos necesariamente en relación con la norma española que ha transpuesto la Directiva ATAD I y la Directiva ATAD II, esto es, con el Real Decreto-ley 4/2021, teniendo en cuenta sus aspectos formales -la elección del tipo de norma empleada- y sus aspectos materiales -qué marco es el que se introduce específicamente-.

II. El Derecho de la Unión Europea ante las prácticas elusivas de las empresas. Especial atención a las asimetrías híbridas

1. Derecho originario e imposición directa

15. El Derecho originario comunitario en materia tributaria estaría compuesto por aquellos tratados que atribuyen competencias que, en nuestro caso, tienen naturaleza fiscal. Esta atribución de com-

¹⁶ En este sentido, *vid.* J. M. CALDERÓN CARRERO, “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016”, *Quincena Fiscal*, nº 6, 2016, pp. 9 y ss. (versión online).

¹⁷ DOUE L 193 de 19 julio 2016, p. 1.

¹⁸ “ATAD” hace referencia a las siglas de “Anti-Tax Avoidance Directive” -Directiva antielusión fiscal en español-.

¹⁹ DOUE L 144 de 7 junio 2017, p. 1.

²⁰ Artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²¹ BOE de 10 marzo 2021, Preámbulo, apartado III.

²² Profundizando aún más en la cuestión, MANGAS MARTÍN Y LIÑÁN NOGUERAS afirman que el sistema de normas de la Unión Europea se fundamenta en una *summa divisio* entre las normas originarias y las normas derivadas, división que ya se realizaba desde el primer momento de la construcción europea (A. MANGAS MARTÍN Y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 355).

potencias va a tener su reflejo en el Derecho derivado comunitario, dado que el sistema de reparto de competencias de la Unión Europea se rige por el principio de atribución de competencias, esto es, para que se pueda ejercer una competencia, ésta ha debido ser atribuida previamente a través de los Tratados comunitarios. Se trata de competencias que no son propias u originarias, sino derivadas porque, originariamente, son competencias internas de los Estados miembros²³.

16. En consecuencia, LÓPEZ ESPADAFOR señala que los campos de incidencia tributaria serán los recursos tributarios propios, la armonización fiscal y la cooperación entre Administraciones tributarias²⁴. De igual forma, MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ, CASADO OLLERO Y ORÓN MORATAL señalan que la Unión Europea, en virtud de los Tratados comunitarios, ostenta potestad de establecimiento de recursos tributarios propios, también tiene potestad imposición de límites, prohibiciones y controles al Poder Tributario de los Estados miembros por parte también de los Tratados y, por último, la Unión Europea puede incidir en la normativa fiscal de los Estados miembros a través de la armonización²⁵.

17. TESAURO afirmaba que la Unión Europea no tiene una competencia general en materia tributaria ni tampoco un sistema propio de impuestos, por lo que las denominadas disposiciones fiscales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en adelante, TFUE- no tienen como finalidad la obtención de ingresos a la Unión Europea, sino que tratan de garantizar que las normas fiscales de los Estados miembros no sean contrarias al Ordenamiento jurídico comunitario²⁶.

18. Con respecto al extremo afirmado por este autor de que no habría un sistema propio de impuestos comunitario, defendemos la tesis de LÓPEZ ESPADAFOR, quien afirma que sí que existiría un Ordenamiento jurídico-tributario en la Unión Europea en cuanto titular, esta última, de Poder Tributario al tener capacidad normativa en el establecimiento de tributos, aunque englobaría figuras tributarias que tendrían naturaleza indirecta, que son, en concreto, recursos tributarios propios -derechos de aduanas, derechos agrícolas, derechos compensatorios o *antidumping* y cotizaciones sobre el sector del azúcar, todos ellos regulados en la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom²⁷, por lo que quedarían fuera del alcance material de este estudio centrado en impuestos directos.

19. Como ya se ha adelantado, la Unión ha aprobado dos directivas para que los Estados miembros establezcan en su normativa interna mecanismos para combatir prácticas constitutivas de elusión fiscal. Para ello, deberán modificar los Estados miembros la regulación jurídica de los impuestos que gravan las rentas obtenidas por las sociedades²⁸. En consecuencia, las directivas ATAD I y ATAD II se circunscriben en los denominados impuestos directos.

20. La Unión Europea tiene la capacidad de armonizar impuestos indirectos -como es el caso del Impuesto sobre el Valor Añadido o de los Impuestos Especiales- atendiendo al artículo 113 del TFUE. Sin embargo, por lo que respecta los impuestos directos, no existe un precepto en el Derecho originario de la Unión que contemple de forma expresa la armonización de impuestos directos, siendo el artículo 115 del TFUE el mecanismo jurídico empleado por parte de la citada organización internacional con vocación de integración. Lo anterior quiere decir la armonización no está expresamente prevista para los impuestos directos en el Derecho de la Unión Europea, pero esta última puede actuar en el ámbito de los impuestos directos gracias al citado precepto del TFUE. En concreto, este artículo 115 permite que se

²³ A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *ob. cit.*, p. 69.

²⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, vol. 8, 2019, pp. 260-261.

²⁵ J. MARTÍN QUERALT/ C. LOZANO SERRANO/ J. M. TEJERIZO LÓPEZ/ G. CASADO OLLERO/ G. ORÓN MORATAL, *ob. cit.*, p. 210.

²⁶ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. I. Parte generale*, 14ª ed., UTET Giuridica, Milán, 2020, p. 82.

²⁷ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, "La discutible autonomía de la Unión Europea y su contemplación desde la perspectiva tributaria", *Quincena Fiscal*, nº 19, 2010, pp. 8-9.

²⁸ Artículo 1 de la Directiva ATAD I.

adopten directivas con la finalidad de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente, bien en el establecimiento, bien en el funcionamiento, del mercado interior de la Unión Europea. Este precepto de Derecho originario comunitario exige que la directiva sea adoptada por unanimidad por parte del Consejo²⁹.

21. Dado que la Unión Europea puede actuar aproximando las legislaciones de los Estados miembros tomando como fundamento que la directiva en sede de imposición directa que se use para realizar la citada aproximación incida de forma directa en el mercado interior, se ha de traer a colación el artículo 26 del TFUE, pues la Unión Europea debe adoptar medidas en relación a la instauración o funcionamiento del mercado interior, en cuanto espacio sin fronteras internas³⁰.

22. Por lo tanto, la armonización de los impuestos directos no está regulada de forma específica en los Tratados de la Unión Europea -en su Derecho originario-. A mayor abundamiento, piénsese que el proceso de armonización de aquellos impuestos que gravan la renta, que implica aspectos muy relevantes desde la óptica de la soberanía fiscal de los Estados miembros, no está regulado expresamente, como se decía, por el Derecho comunitario. Es por ello que BORIA afirma que la armonización de los impuestos directos representa uno de los temas más consistentes del proceso de integración europea de los sistemas fiscales de sus Estados miembros. Pues bien, para este autor, la regla contenida en el artículo 115 del TFUE ha venido siendo interpretada como el fundamento axiológico del uso de recomendaciones y de mecanismos de “*soft law*” dirigidos a los Estados miembros por parte de la Unión Europea relativos a la aproximación progresiva de sus disposiciones nacionales en materia de fiscalidad de la renta -especialmente, en relación a la tributación de las sociedades y del ahorro-. Consecuentemente, el “*soft law*” que se acaba de describir produce un nivel de aproximación de la legislación con un grado inferior a la armonización de impuestos indirectos. En todo este contexto, el principio de subsidiariedad ha de ser cumplido, sobre todo en relación a la aproximación de las legislaciones en materia de imposición directa, debiendo siempre tener como elemento clave se realizará en conexión con cualquier operación o transacción realizada en el territorio comunitario que pueda afectar, efectivamente, al funcionamiento del mercado interior o único. Así, con la armonización se pretende que en el mercado interior comunitario exista un modelo uniforme en relación a aquellas figuras tributarias que son comunes en los Estados miembros³¹.

23. Si se atiende al título de la Directiva ATAD I –“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”-, se puede comprobar que, de hecho, se ha acudido por parte de la Unión al artículo 115 del TFUE para que sus Estados miembros implanten los mecanismos específicos para luchar contra la elusión fiscal previstos en el citado acto de la Unión. Es más, se hace mención expresa en el contenido tanto de esta Directiva ATAD I como de la Directiva ATAD II que modifica la anterior.

2. Derecho derivado: las directivas ATAD I y ATAD II

24. Las asimetrías híbridas son aquellas prácticas que son el resultado de una calificación jurídica distinta de pagos -instrumentos financieros- o de entidades por la interacción de dos Ordenamientos jurídicos de jurisdicciones distintas. Los efectos más relevantes suelen ser que pueda ser deducida en ambos Estados -doble deducción- o la deducción en la renta de un Estado y, al mismo tiempo, su no inclusión en la base imponible de la renta del otro Estado. Se pretende contrarrestar estos efectos que

²⁹ R. FALCÓN / TELLA Y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, pp. 28-29.

³⁰ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*. 1. Parte generale, cit., p. 83.

³¹ P. BORIA, *Taxation in European Union*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore y Springer, Gewerbestrasse, 2014, pp. 145-146.

se podrían subsumir en el fenómeno de elusión fiscal a través de la fijación de mecanismos legales que permitan que uno de los dos Estados implicados deba denegar la citada deducción³².

25. Lo anterior constituye una definición genérica de asimetría híbrida, pues habrá que estar ante la situación concreta para ver si se trata de una práctica que pueda ser encuadrada en alguno de los preceptos contenidos en la Directiva ATAD I -la cual no podemos dejar de recordar que fue modificada en sede de asimetrías híbridas por la Directiva ATAD II-.

26. Por un lado, la Directiva ATAD I tiene como objeto coordinar las medidas que han de aplicar los Estados miembros para implantar el Proyecto BEPS de la OCDE³³ mediante el establecimiento de unos estándares mínimos en relación a cinco sectores específicos: limitar la deducibilidad de los intereses -artículo 4-, imposición de salida -artículo 5-, norma general contra las prácticas abusivas -artículo 6-, normas relativas a las sociedades extranjeras controladas -artículos 7 y 8- y normas para neutralizar las asimetrías híbridas -artículos 9 y 9 *ter*-.

27. En relación al último sector que abarca la Directiva ATAD I, la regulación de las normas que pretenden combatir el fenómeno de las asimetrías híbridas quedó reformado mediante la aprobación de la Directiva ATAD II con el objeto de poder contrarrestar las asimetrías híbridas con terceros Estados³⁴.

28. Con respecto al contenido material de las citadas directivas en sede de asimetrías híbridas, se estudiará más en profundidad en el apartado correspondiente al fondo de la norma española de transposición de estos dos actos de la Unión con la finalidad de poder entender cómo se ha regulado jurídicamente en España en comparación con las citadas directivas comunitarias.

III. Impacto en el Ordenamiento jurídico español

1. Aspectos formales: transposición de las directivas mediante decreto-ley

29. A través del Real Decreto-ley 4/2021 España ha traspuesto la Directiva ATAD I en la redacción otorgada por la Directiva ATAD II. Antes de entrar en el fondo, se considera relevante dedicar un breve análisis a la elección del uso del decreto-ley para transponer los citados actos de la Unión, máxime cuando su aprobación requiere de ciertas exigencias constitucionales que no pueden ser dejadas al margen. El Gobierno de España, que es el competente en el dictado de este tipo de normas, parece que es consciente de ello y dedica el apartado III del Preámbulo del citado Real Decreto-Ley a justificar el empleo del uso de un decreto-ley en la transposición de la Directiva ATAD I y la Directiva ATAD II.

30. Consideramos que confluirían en este caso de transposición tres aspectos muy relevantes: el primero sería si se dan las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad exigidas por el artículo 86 de la Constitución española; el segundo, si la transposición de una directiva comunitaria puede llevarse a cabo utilizando como instrumento el decreto-ley; y el tercero sería el uso del decreto-ley para la materia tributaria, estando directamente relacionado con el fondo, con las normas jurídicas objeto de transposición, que, en relación a las directivas ATAD I y ATAD II, tienen naturaleza tributaria.

31. Los dos primeros aspectos se deberían analizar al mismo tiempo, surgiendo, así, el siguiente interrogante: ¿se puede utilizar por parte de España el decreto-ley como instrumento habitual o común de transposición de normativa de la Unión Europea o han de verse estos dos aspectos necesariamente

³² Considerando 13 de la Directiva ATAD I.

³³ L. BOSCO / A. FASOLINO, "I disallineamenti da ibridi alla luce dell' *Action 2* del Progetto BEPS", en E. DELLA VALLE Y M. LUCA (Dir.), *I disallineamenti da ibridi*, CEDAM, Padua, 2021, p. 6.

³⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. 2. Parte speciale*, 12ª ed., UTET Giuridica, Milán, 2019, pp. 391-392.

relacionados y, en consecuencia, se podrá usar exclusivamente el decreto-ley para llevar a término la transposición siempre y cuando se den las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad?

32. Se habría de partir de la premisa de que el desarrollo normativo del Ordenamiento jurídico comunitario en el Derecho interno español se ha de realizar atendiendo escrupulosamente a la distribución horizontal de poderes constitucionalmente establecida, siendo esto jurisprudencia del Tribunal Constitucional asentada. Ello quiere decir que el Gobierno de turno no dispone de capacidad para alterar la distribución de competencias entre las Cortes Generales y el Gobierno con respecto a la producción de normas con rango de ley -fuentes primarias del Ordenamiento- fijada por la Constitución española. Si bien el fin, que es la transposición de la normativa comunitaria, es legítimo, ello no trae consigo que el instrumento jurídico utilizado sea razonable y proporcionado³⁵. Así, el Gobierno debe utilizar medios proporcionados en cumplimiento de los tratados y resoluciones que hayan nacido de organismos internacionales titulares de la cesión -artículo 93 de la Constitución-³⁶.

33. Para el Tribunal Constitucional, el uso del decreto-ley para la transposición del Derecho de la Unión Europea es válido cuando concurren, cumulativamente, tres elementos: temporal, causal y material³⁷. El apartado III del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021 afirma que se dan estos tres elementos de exigencia constitucional: el elemento temporal lo conformaría el patente retraso en la transposición de las directivas ATAD I y ATAD II, puesto que se daba por parte de la citada normativa comunitaria hasta el 31 de diciembre de 2019 para transponerla, siendo el Real Decreto-ley de 9 de marzo; el segundo elemento, el causal, se cumpliría con el dictamen motivado de la Comisión a España de 30 de octubre de 2020, concediéndole un plazo de dos meses para llevar a término la citada transposición -aunque España envió un escrito a la Comisión en el que se comprometía a adoptar las medidas necesarias al efecto, ha tardado mucho más, dado que, como se ha reiterado, el Real Decreto-ley es de 9 de marzo-; y el elemento material quedaría conformado por la necesidad de un marco normativo que prevea mecanismos para evitar la erosión de las bases imponibles mediante técnicas de evasión fiscal, poniéndolo en relación el Real Decreto-ley español con las directivas ATAD I y ATAD II. Con respecto al último extremo indicado, el Gobierno español parece obviar la tan importante diferencia entre evasión fiscal y elusión fiscal³⁸.

34. Una vez que el Gobierno español cree haber justificado dos de los tres aspectos -la extraordinaria y urgente necesidad junto con los elementos temporal, causal y material que han de darse para usar el decreto-ley para transponer normativa comunitaria al Derecho interno español-, quedaría el aspecto de si la materia tributaria queda excluida o no del ámbito que puede regular el decreto-ley.

35. Efectivamente, nuestra Carta Magna establece la reserva de ley en materia tributaria *ex* artículos 31.3 y 133.1 y 3. Ahora bien, la interpretación que hace nuestro Tribunal Constitucional parte de la premisa de que no tiene carácter absoluto esta reserva de ley en materia tributaria, sino carácter relativo, por lo que el decreto-ley podrá tener como contenido la materia tributaria siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la Constitución del presupuesto habilitante y, además, no haya una afección a las materias que se excluyen del mismo³⁹, siendo una de ellas el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 de la Constitución española⁴⁰.

³⁵ Fundamento Jurídico 10, STC 96/2002, 25 abril.

³⁶ Fundamento Jurídico 2, STC 252/1998, 20 diciembre; y Fundamento Jurídico 3, STC 33/2005, 17 febrero.

³⁷ Fundamento Jurídico 10, STC 1/2012, 13 enero.

³⁸ Se ha indicado al comienzo de este estudio jurídico la distinción entre ambos conceptos que existe en el seno de la Unión Europea y, posteriormente, también se analizará desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico interno español, dado que el presente apartado aborda aspectos de naturaleza formal, no material.

³⁹ Fundamento Jurídico 8, STC 182/1997, 28 octubre; Fundamento Jurídico 6, STC 137/2003, 3 julio; Fundamento Jurídico 7, STC 108/2004, 30 junio; Fundamento Jurídico 4, STC 245/2004, 16 diciembre; Fundamento Jurídico 7, STC 189/2009, 7 julio; y Fundamento Jurídico 9, STC 100/2012, 8 mayo.

⁴⁰ Fundamento Jurídico 6, STC 137/2003, 3 julio; Fundamento Jurídico 5, STC 245/2004, 16 diciembre; y Fundamento Jurídico 7, STC 189/2005, 7 julio.

36. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha matizado lo anterior afirmando que se habrá de analizar un análisis de la figura tributaria en particular de que se trate -a nivel interno y también externo o cómo se interrelaciona con el resto del sistema tributario-, cómo se relaciona con el principio de capacidad económica -en cuanto principio material de justicia tributaria-, su función redistributiva y cómo afecta a la presión fiscal que sufren los ciudadanos⁴¹.

37. Podría ser calificada de interesante la justificación que utiliza el Gobierno de cara a la no afectación del deber constitucional de contribuir al levantamiento de las cargas públicas en el apartado III del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021: por un lado, define las normas que son objeto de transposición al Derecho interno español como normas de cierre o precautorias, no teniendo como finalidad un incremento de la recaudación tributaria, sino evitar que disminuya ésta; por otro lado, que los supuestos específicos que se transponen tienen que ver con asimetrías híbridas, fenómeno que ya estaba previsto en el Ordenamiento jurídico español y, además, que “no parece probable” que la mayor parte de los supuestos de asimetrías híbridas que se incorporan de las directivas ATAD I y ATAD II se vayan a dar con habitualidad porque nuestro sistema tributario no favorece aquellas asimetrías que guarden relación con las denominadas entidades híbridas.

38. Este planteamiento requeriría de una serie de precisiones que, *a priori*, no deberían haberse ignorado por parte del Gobierno en relación a este último aspecto. El Impuesto sobre Sociedades, que es la norma jurídica que se ve afectada, junto con el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, con la transposición de las citadas directivas comunitarias, sí que tiene un peso o influencia relevante en el conjunto del Ordenamiento jurídico-tributario español, ya que ha llegado a ser definido por parte del Tribunal Constitucional español como una de las piezas básicas del sistema tributario: “otro tributo global sobre la renta, aunque en este caso de las personas jurídicas, que, con su integración con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, complementa el gravamen de uno de los índices de capacidad económica más importantes: la renta”⁴². Resulta especialmente llamativo que no se señale este pronunciamiento relevante y se limite únicamente el Gobierno a defender que no va a verse afectada especialmente la capacidad económica de los contribuyentes en relación a su deber de contribuir del art. 31.1 de la Constitución.

39. En consecuencia, se nos plantea el siguiente razonamiento en el citado Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021: se parte de la premisa del Real Decreto-ley español de que no se busca aumentar la recaudación, sino que no se reduzca, y, unos párrafos posteriores, se afirma que nuestro sistema tributario no favorece las asimetrías híbridas, por lo que los contribuyentes que se van a ver afectados van a ser pocos. Es cuanto menos sorprendente que el Gobierno se fundamente en esta hipótesis de que no afectará a nuestra recaudación, pero, sin embargo, la Comisión Europea estima que se deja de recaudar tanto por evasión fiscal como por elusión fiscal miles de millones de euros por año. Aunque la Comisión señala que son datos aproximados, sus estimaciones dejan ver que la elusión fiscal sí que afecta a la recaudación y, en consecuencia, hay operaciones económicas que pretende que sean gravadas⁴³, afectando, naturalmente, a la capacidad económica del sujeto pasivo en cuestión. Si ello ocurriera en España, el Real Decreto-ley 4/2021 estaría afectando a su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, en cuanto materia excluida del decreto-ley, y podría verse afectado de forma bastante notoria. Ahondando más en la cuestión, también afirma la Comisión que algunos Gobiernos de los Estados miembros han centrado ciertas subidas fiscales en relación a los rendimientos obtenidos del trabajo y de ciertas empresas con una menor facilidad de trasladarse fiscalmente a otros territorios como consecuencia directa de los factores: la reducción de las alícuotas de la imposición empresarial y su elu-

⁴¹ J. DE JUAN CASADEVALL, “La impermeabilización del Impuesto sobre Sociedades al Decreto-Ley: la dudosa constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre”, *Nueva Fiscalidad*, nº 1, 2021, p. 123.

⁴² Fundamento Jurídico 3, STC 73/2017, de 8 junio.

⁴³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales, de 18 de marzo 2015, COM(2015) 136 final, p. 7.

sión fiscal⁴⁴. Lo anterior equivale a afirmar que están dejando de entrar a las arcas públicas ingresos de naturaleza tributaria y, en consecuencia, que afecta a la recaudación tributaria, pues ciertas operaciones pasan a gravarse -evitándose lo que se ha señalado como la doble no imposición-, y habrá que atender a las circunstancias específicas de cada obligado tributario para determinar cómo influirá en su deber de contribuir al levantamiento de las cargas públicas.

40. Que el decreto-ley no modifique, de forma trascendental, el sistema tributario y que no altere de forma sensible la capacidad económica de los contribuyentes son dos límites fundamentales al uso del decreto-ley en materia tributaria⁴⁵, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional más reciente⁴⁶. Ello supone un elemento más en el estudio de la posible inconstitucionalidad en la transposición de normas comunitarias por decreto-ley y, en particular, en la transposición de las directivas ATAD I y ATAD II.

2. Aspectos materiales

A) Delimitación del concepto de elusión fiscal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español

41. En el Derecho español también se ha llevado a cabo una conceptualización de la elusión fiscal, distinguiéndola de la evasión fiscal y otros conceptos que podrían resultar, *a priori*, afines. Es menester destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, la cual tiene un gran carácter didáctico y pedagógico. El Alto Tribunal distingue entre elusión fiscal -no existe una infracción de la norma tributaria, si bien soslaya su aplicación-, evasión fiscal -vulneración directa de esa norma- y economía de opción -el obligado tributario escoge aquella elección que conlleva una menor presión fiscal de entre otras, siendo todas perfectamente lícitas y, por tanto, conformes al Ordenamiento jurídico vigente-. Los magistrados del Tribunal Supremo recurren incluso al Derecho comparado, afirmando que se suele recurrir a las siguientes categorías jurídicas en sede de elusión fiscal: el fraude de ley y las cláusulas antielusión, junto con otros mecanismos, como la doctrina del levantamiento de velo y la doctrina de la transparencia fiscal. Volviendo la mirada al Derecho interno español, la legitimidad constitucional de la adopción de cualquier medida tendente a combatir la elusión fiscal, si se entiende esta última como la “violación indirecta de la norma tributaria”, se fundamenta en dos pilares fundamentales: por un lado, la solidaridad o justa redistribución de la carga tributaria; y, por otro lado, los principios materiales de justicia tributaria establecidos en el artículo 31 de la Constitución -capacidad económica, generalidad, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad-⁴⁷.

42. Interesaría insistir en la diferencia que existiría entre la elusión fiscal y las economías de opción. En este sentido, el Tribunal Supremo -continuando con sus pronunciamientos- defendió la libertad que tiene el contribuyente de escoger la posibilidad más ventajosa que le ofrezca la ley, pudiendo elegir aquella que sea más beneficiosa desde el punto de vista fiscal, incluso utilizando una forma contractual que no sea habitual, normal o tradicional, siempre y cuando no conlleve una violación de obligaciones legales, que es lo que vino a denominar como economía de opción, la cual se fundamenta en la autonomía de las voluntades, en la libertad de contratación y en la libertad de empresa establecidas en el artículo 1.255 del Código Civil español⁴⁸. De lo anterior se desprende que la economía de opción puede confundirse fácilmente con la elusión fiscal, si bien el Derecho interno español permite la erradicación de toda práctica elusiva vía creación y aplicación de normativa específica, vía la función calificadora⁴⁹.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”, de 17 junio 2015, COM(2015) 302 final, pp. 5-6.

⁴⁵ J. MARTÍN QUERALT/ C. LOZANO SERRANO/ J. M. TEJERIZO LÓPEZ/ G. CASADO OLLERO/ G. ORÓN MORATAL, *ob. cit.*, p. 152.

⁴⁶ Se han de destacar las SSTC 100/2012, de 8 mayo; 73/2017, de 8 junio; y 78/2020, de 1 julio.

⁴⁷ Fundamento de Derecho Tercero, STS 30 mayo 2011, *RJ* 2011/4147.

⁴⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid* de 25 julio 1889.

⁴⁹ Fundamento Jurídico Sexto, STS 2 noviembre 2002, *RJ* 2002/7259. El Alto Tribunal español ha venido reiterando esta idea en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores, tales como STS 28 junio 2006, *RJ* 2006/6314; STS 23 febrero 2012, *RJ* 2012/4227; y STS 15 marzo 2012, *RJ* 2012/4802, entre otras.

43. La Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva estima como medida conveniente que los Estados miembros prevean en sus Ordenamientos jurídicos internos una cláusula general antiabuso que les permita en los supuestos de acuerdos artificiales que hayan sido adoptados para eludir el impuesto de que se trate, es decir, que vayan en contra al objetivo, espíritu o propósito de la norma tributaria en cuestión, que puedan desconocerlos⁵⁰. En el caso de España, esta cláusula general antiabuso existe, regulándose en el artículo 15 de la Ley General Tributaria, cuyo *nomen iuris* es el conflicto en la aplicación de la norma tributaria -el antiguo fraude de ley tributaria-. El citado precepto español conlleva la sujeción a la norma tributaria que correspondería y la supresión de aquellas ventajas fiscales que ha disfrutado, junto con la exigencia de los correspondientes intereses de demora. Ahora bien, la aplicación de este tipo de normas que tienen por objeto luchar contra la planificación fiscal agresiva en el marco de convenios internacionales, a excepción de que se estipule de forma expresa en estos últimos, es discutible.

44. En el actuar normal de la Hacienda Pública española y, más específicamente, de los sujetos activos de los tributos, esto es, de quienes ejecutan los procedimientos de gestión y recaudación, es imprescindible recordar que las Administraciones Públicas también están sujetas al imperio de la Ley. En consecuencia, resulta de plena aplicación el principio de seguridad jurídica y que la analogía no está permitida en la materia jurídico-tributaria en relación al hecho imponible y las exenciones⁵¹.

45. Hechas las precisiones anteriores, se procede a analizar qué regulación se ha dado a través del Real Decreto-ley 4/2021 a las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades -en adelante, IS- y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes -en adelante, IRNR-. La transposición de las directivas ATAD I y ATAD II se ha realizado mediante la reforma de la normativa reguladora de los citados impuestos españoles, si bien no sigue la estructura de estos actos de la Unión, sino que el Real Decreto-ley 4/2021 enumera las distintas asimetrías híbridas previstas en la normativa comunitaria junto con la regla de coordinación que sería de aplicación para cada una de ellas, pudiendo ser primaria o también primaria y secundaria⁵². La norma primaria es la respuesta jurídica adecuada de cara a suprimir los efectos fiscales que hubiere producido la asimetría híbrida -esto es, la no aceptación del gasto cuando no se haya generado un ingreso-, mientras que la norma secundaria resultará de aplicación por no haberse aplicado la norma primaria -esto es, que se incluya el ingreso cuando el Estado ordenante haya aceptado la inclusión del gasto-, pudiendo ser las razones distintas, como una discrepancia entre el resultado de la transposición de las directivas y el contenido de estos actos de la Unión aun cuando el Estado miembro haya obrado según las directivas, o también piénsese en el supuesto de que se trate de una situación donde esté implicado un tercer Estado, extracomunitario, cuyo Ordenamiento jurídico interno no prevea mecanismos jurídicos para evitar los resultados de una asimetría híbrida, tal y como dispone el apartado II del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021⁵³.

B) Las modificaciones del Impuesto sobre Sociedades

a) Ámbito de aplicación

46. En relación al IS, se han operado las siguientes modificaciones legislativas de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades⁵⁴ -en adelante, LIS-: derogación de la letra j) del artículo 15, creación del artículo 15 *bis* y modificación del artículo 16.1. Para abordar cuál es el actual marco jurídico de actuación contra las asimetrías híbridas en sede del IS, se estudiará, en primer lugar,

⁵⁰ DOUE L 388 de 12 diciembre 2012, p. 42.

⁵¹ R. FALCÓN Y TELLA Y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, pp. 241-242 y 245-256.

⁵² F. D. MARTÍNEZ LAGUNA, “Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades”, *Quincena Fiscal*, nº 10, 2021, p. 10.

⁵³ BOE de 10 marzo 2021.

⁵⁴ BOE de 28 noviembre 2014.

cuándo va a ser aplicable el conjunto de preceptos relacionados con las asimetrías híbridas y, posteriormente, los supuestos específicos que serán considerados como asimetrías híbridas y, por ende, como prácticas elusivas que el Ordenamiento jurídico debe combatir.

47. El ámbito de aplicación de los preceptos específicos sobre asimetrías híbridas se ha incorporado en los apartados 9 y 12 del nuevo artículo 15 *bis* de la LIS: por un lado, cuando se trate de operaciones que se produzcan en el seno de lo que se ha venido a denominar como mecanismo estructurado, entendido este último como aquel acuerdo en virtud del cual la ventaja fiscal que sea consecuencia de una asimetría híbrida que esté prevista en el citado artículo 15 *bis* de la LIS haya sido considerada en los términos del citado acuerdo o también que se haya diseñado el negocio jurídico con el fin de obtener esa ventaja fiscal por la asimetría híbrida, salvo que no hubieran podido conocer razonablemente estos resultados y no compartiesen este beneficio fiscal el contribuyente o una persona o entidad vinculada -apartado 9 del artículo 15 *bis* de la LIS-.

48. Por otro lado, el segundo ámbito de aplicación de la normativa sobre asimetrías híbridas se refiere a las citadas prácticas elusivas reguladas *ex* artículo 15 *bis* de la LIS que se lleven a término con personas o entidades vinculadas. Se establecen cuatro supuestos específicos sobre qué se debe entender por persona o entidad vinculada en el apartado 12 del artículo 15 *bis* de la LIS, pudiendo resumirse, *grosso modo*, de la siguiente manera: entre los sujetos que intervienen en la operación existe una relación de asociación, entre esos sujetos hay un ejercicio de influencia de forma significativa o hay una actuación conjunta en relación a los derechos de voto o de propiedad del capital⁵⁵.

b) Regulación de los distintos tipos de asimetrías híbridas contemplados *ex lege*

49. Una vez analizado el ámbito de aplicación, se han de abordar los supuestos específicos que deben ser considerados como asimetrías híbridas, estando contenidos todos ellos en el artículo 15 *bis* de la LIS -se hará referencia al articulado específico que se ha transpuesto de la Directiva ATAD I-.

50. El primer supuesto sería el relacionado con una asimetría híbrida de instrumento financiero: no deberá permitirse la deducción fiscal de aquellos gastos referentes a negocios jurídicos con personas o entidades vinculadas cuya residencia se encuentre en otro Estado o territorio que, tras una calificación jurídico-fiscal distinta del gasto o del negocio, no den lugar a un ingreso, provoquen un ingreso que esté exento, una minoración del tipo de gravamen, una deducción o una devolución de impuestos que sea diferente a las deducciones previstas para evitar la doble imposición jurídica - artículo 15 *bis*.1 de la LIS, que transpone el primer párrafo del artículo 2.9 a) en cuanto asimetría en resultados tipo “deducción sin inclusión” y el artículo 9.2 de la Directiva ATAD I en relación a la regla primaria⁵⁶.

⁵⁵ Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021.

⁵⁶ También está previsto en el artículo 9.2 de la Directiva ATAD I una regla secundaria, si bien no es objeto de transposición porque ya estaba establecido en el artículo 21 de la LIS: el ingreso se incluirá en la base imponible del IS en los supuestos de que el beneficiario o el inversor sean residentes en España y se haya permitido la deducción en el Estado o territorio del ordenante. En relación al segundo párrafo del artículo 2.9 a) de la Directiva ATAD I, no se producirá una asimetría híbrida con el pago de un rendimiento originado por un instrumento financiero transferido por parte de un operador financiero -entendido éste como la persona física o jurídica cuya actividad consiste en la compraventa habitual de instrumentos financieros por cuenta propia con la finalidad de la obtención de beneficios, *ex* artículo 2 de la Directiva ATAD I- en el contexto de una transferencia híbrida introducida en el mercado -esto es, que sea consecuencia no de un mecanismo estructurado, sino de la actividad profesional del operador económico, también definida en el artículo 2 de la Directiva ATAD I-, con la condición necesaria de que la jurisdicción del ordenante exija al operador financiero que incluya en concepto de renta toda cuantía obtenida que esté relacionada con el instrumento financiero transferido; pues bien, lo anterior está establecido en los artículos 21 y 32 de la LIS siempre y cuando el ordenante sea sujeto pasivo del IS español (Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021).

51. Con respecto a las asimetrías de entidades híbridas⁵⁷, no se va a poder deducir desde el punto de vista fiscal aquellos gastos derivados de negocios jurídicos contraídos con personas o entidades vinculadas que tengan su residencia en otro Estado o territorio que, a causa de que hayan sido calificadas fiscalmente de forma distinta en ese Estado o territorio y en el de su partícipe o inversor, no den lugar a un ingreso, en la parte que no se compense con ingresos generadores de una renta de doble inclusión⁵⁸. Por su parte, si el beneficiario o inversor es residente en España y el Estado o territorio del ordenante ha permitido la deducción del gasto, el ingreso se incluirá en la base imponible del IS español -artículo 15 *bis*.2 de la LIS y el primer párrafo del artículo 2.9 e) de la Directiva ATAD I en cuanto asimetría en resultados del tipo “deducción sin inclusión”, incorporándose al Ordenamiento jurídico español las reglas primaria y secundaria señaladas-.

52. El tercer supuesto que se transpone hace referencia a las entidades híbridas inversas⁵⁹, estableciéndose que no van a ser objeto de deducción fiscal los gastos que se deriven de operaciones que se hayan realizado con personas o entidades vinculadas cuya residencia se localice en un tercer Estado o territorio que, por haber sido calificadas desde el punto de vista jurídico-tributario distintamente en ese país y en el Estado de su partícipe o inversor, no den lugar un ingreso. Igualmente, lo anterior resultará de aplicación cuando el vínculo se produzca entre el contribuyente y el inversor o partícipe de manera exclusiva -artículo 15 *bis*.3 de la LIS y artículos 2.9 b) de la Directiva ATAD I, transponiéndose solamente la norma primaria en aplicación de lo que se afirma en el artículo 9.4 del citado acto de la Unión⁶⁰-.

53. El siguiente tipo de asimetría que se introduce es de resultado del tipo de doble deducción⁶¹: se trata de que un mismo gasto pueda ser deducido fiscalmente en dos Estados o territorios. Como regla primaria, se habría de aplicar la imposibilidad de aplicarse la deducción en el IS español cuando sea España el territorio del sujeto inversor; y, como regla secundaria, la imposibilidad de deducción en el sujeto pasivo que lo haya realizado en el caso de que España sea el Estado del ordenante y el otro Estado o territorio no haya impedido la deducción del mismo gasto -artículos 15 *bis*.4 y 15 *bis*.5 d) de la LIS; y primer párrafo del artículo 2.9 g) y del artículo 9.1 de la Directiva ATAD I-.

54. Se prevén otros tres supuestos relacionados con asimetrías de establecimientos permanentes: por un lado, en relación a las asimetrías que produzcan un resultado de deducción sin inclusión, se establece únicamente que no pueda deducirse fiscalmente el pago efectuado por el sujeto pasivo en el IS español como regla primaria -artículo 15 *bis*.5 a) y b) de la LIS; y artículos 2.9 c) y d) de la Directiva ATAD I-, aplicando la facultad de no transponer norma secundaria *ex* artículo 9.4 de la Directiva ATAD I -ya citado anteriormente-; y, por otro lado, no se podrán deducir los gastos estimados en operaciones internas que hayan sido efectuadas a través de un establecimiento permanente del sujeto pasivo en tanto en cuanto estén así reconocidos en un convenio para evitar la doble imposición internacional que deba aplicarse, cuando, atendiendo al Ordenamiento jurídico del Estado del establecimiento permanente, no den lugar a un ingreso, en la parte en que no se compense con ingresos del establecimiento permanente que generen renta de doble inclusión, si bien se prevé un plazo de hasta tres años para que se pueda deducir la cantidad pendiente y se habrá de compensar con ingresos que sí generen renta de doble inclusión -artículo 15 *bis*.5 c) de la LIS y artículo 2.9 f) de la Directiva ATAD I-.

⁵⁷ Atendiendo al artículo 2 de la Directiva ATAD I, será una entidad híbrida cualquier entidad o mecanismo sujetos a imposición según la legislación de una jurisdicción que generen rentas o gastos que se retengan como rentas o gastos de otro/s sujeto/s atendiendo a la legislación de otra jurisdicción.

⁵⁸ El artículo 15 *bis*.11 entiende que existirá una renta de doble inclusión cuando un ingreso esté sujeto a tributación por la LIS y también a la legislación de otro Estado o territorio.

⁵⁹ Una entidad híbrida inversa sería la entidad o mecanismo que no son contribuyentes en el país en que ha sido constituida, si bien sí que lo será en otro/s Estado/s. Por lo tanto, tendrá la condición de transparente en el territorio donde haya sido constituida, mientras que será opaca de cara a la aplicación del Ordenamiento jurídico de otros territorios (F. D. MARTÍNEZ LAGUNA (2021), *ob. cit.*, p. 19).

⁶⁰ Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021.

⁶¹ La doble deducción consiste en la deducción de un pago, gasto o pérdida en la jurisdicción en que se origine o se haya sufrido -jurisdicción del ordenante- y también en otra jurisdicción distinta -jurisdicción del inversor- (artículo 2 de la Directiva ATAD I).

55. Mención aparte merecen las denominadas asimetrías de establecimiento permanente no computado o, dicho de otro modo, para la legislación del Estado de la casa central va a existir el establecimiento permanente, pero no existirá en relación a Ordenamientos jurídicos de otro territorio. Serán asimetrías de doble no inclusión en el momento en que las rentas obtenidas por ese establecimiento permanente no van a verse sometidas al fisco de ningún país. En esta situación, no procederá la exención de rentas obtenidas en el extranjero mediante establecimiento permanente *ex* artículo 22 de la LIS -artículo 15 *bis*.6 de la LIS y artículo 9.5 de la Directiva ATAD I-.

56. Pasando a las asimetrías importadas, se impide la deducción fiscal en el contribuyente del IS español del gasto que sea consecuencia a una operación que haya sido realizada con personas o entidades vinculadas cuya residencia esté en otro país o territorio, cuando hayan financiado, bien directamente, bien indirectamente, gastos que sean deducibles y hayan sido efectuados en el contexto de transacciones que produzcan los efectos derivados de las asimetrías híbridas a los que se refieren los apartados 1 a 6 del artículo 15 *bis* de la LIS, salvo el supuesto en que un territorio afectado haya efectuado un ajuste con la finalidad de que no se produzca la deducción del gasto o de que el ingreso se sujete a imposición -artículo 15 *bis*.7 de la LIS y artículo 9.3 de la Directiva ATAD I-.

57. La LIS ya disponía de algunas herramientas para impedir los efectos perniciosos de las asimetrías de transferencias híbridas generadas por una doble utilización de retenciones, por lo que solamente ha debido transponer en su artículo 15 *bis*.8 lo establecido en el artículo 9.6 de la Directiva ATAD I⁶²: sí que se permite la deducción sobre la cuota íntegra del IS español del *quantum* de retención practicada a cuenta de éste en la proporción correspondiente con la renta integrada en la base imponible obtenida en una transferencia híbrida realizada con una persona o entidad vinculada que no resida en España.

58. Un último supuesto de asimetría híbrida que se transpone es el referente a la residencia fiscal, no permitiéndose la deducción de aquellos gastos o pérdidas que sí puedan deducirse en otro territorio en el que el contribuyente sea también residente fiscal, en la parte que se compense con ingresos que no generen renta de doble inclusión -artículo 15 *bis*.10 de la LIS y artículo 9 *ter* de la Directiva ATAD I-.

59. En suma, como bien indica TESAURO, la Directiva ATAD I tiene por objeto impedir a las multinacionales que obtengan una ventaja por asimetrías híbridas de los sistemas tributarios nacionales mediante la doble deducción o la doble “no deducción”, previendo su artículo 9 que, en el caso de que una asimetría provoque una doble deducción de un pago, la deducción se aplicará únicamente en el Estado miembro en el que tiene origen el citado pago. Por su parte, la Directiva ATAD II modifica la Directiva ATAD I en materia de asimetrías híbridas con terceros países⁶³.

C) Breve referencia a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta de No Residentes

60. En relación a los cambios normativos realizados en el 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 -en adelante, TRLIRNR-, se ha decidido regular cuatro supuestos específicos de asimetrías híbridas de los previstos en el artículo 2.9 de la Directiva ATAD I: en particular, los apartados c), f), g) y d), que son los supuestos ya analizados *supra* en relación a los establecimientos permanentes. Además, será de aplicación supletoria la regulación de las asimetrías híbridas realizada por la LIS, atendiendo a lo establecido por el artículo 18 del TRLIRNR.

⁶² Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021.

⁶³ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*. 2. Parte speciale, cit., pp. 392.

IV. Reflexiones finales

61. La lucha contra la elusión fiscal se ha convertido en una prioridad del Derecho Internacional Tributario, siendo el máximo exponente el Proyecto BEPS de la OCDE, que ha encontrado reflejo en la normativa comunitaria -Directiva ATAD I y Directiva ATAD II- y, en consecuencia, en el Derecho interno de los Estados miembros -en el caso de España, el Real Decreto-ley 4/2021-.

62. Se han ponderar distintos elementos que entran en juego en sede de elusión fiscal: por un lado, la Unión Europea puede actuar mediante aproximación de legislaciones, dado que las prácticas elusivas inciden de forma directa en el mercado interior comunitario, así como puede actuar España por el deber de transponer las citadas directivas y en estricto cumplimiento de los principios materiales de justicia tributaria establecidos en el artículo 31 de la Constitución -se trata de que aquellas manifestaciones de riqueza que escapan a la Hacienda Pública por las lagunas del Ordenamiento jurídico-tributario se sometan a imposición-; por otro lado, la elusión fiscal no conlleva una violación del Derecho, sino que se usan formas jurídicas que atentarían contra el espíritu de la norma, al contrario de la evasión fiscal, en la que sí que existe un incumplimiento de una obligación legal.

63. Son necesarias las actuaciones legislativas comunitarias o nacionales en pro de la equidad y transparencia fiscales y de los principios materiales de justicia tributaria. Tendiendo en cuenta esta premisa, se ha de añadir que, de una parte, desde la perspectiva del contribuyente, la Hacienda Pública española no puede aplicar la analogía en el ámbito del hecho imponible de los tributos para someter a tributación negocios jurídicos que no serían encuadrables en hechos imposables ya regulados, y, de otra parte, se estarían erradicando comportamientos elusivos que son contrarios a la solidaridad intrínseca del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que tenemos todos los ciudadanos.

64. Es preocupante la creciente complejidad del sistema fiscal español, que se suma a la complejidad del Derecho Internacional Tributario, lo cual va en detrimento del sumamente importante principio de seguridad jurídica que debe reinar en el ámbito tributario, más aún cuando se trata, en particular, de transacciones económicas internacionales. De igual manera, también se ha de denunciar el uso abusivo del decreto-ley que se ha implantado en España y que, en el caso que nos ocupa, es el Gobierno el que incumple el plazo de transposición y el que decide usar esta herramienta de urgente y extraordinaria necesidad por una actuación que él mismo cometió.

65. Con la transposición de las Directivas ATAD I y ATAD II por parte de los Estados miembros de la Unión Europea se está garantizando que, en territorio comunitario, habrá una lucha contra determinadas prácticas elusivas de forma homogénea, por lo que se está avanzando hacia la equidad y transparencia fiscales, que eran los objetivos que buscaba la Unión con la incorporación a su Ordenamiento jurídico de la Acción 2 del Proyecto BEPS.