

Departamento de Derecho Financiero y Tributario  
Facultad de Derecho

# **ANÁLISIS JURÍDICO- ECONÓMICO DE LA DIRECTIVA 2016/1164 DE 12 DE JULIO**

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ECONOMÍA



Presentado por: Juan Ojeda Plasencia  
Tutelado por: Antonio Manuel Cubero Truyo  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA, 2021

# **ÍNDICE DE CONTENIDOS**

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
1) <b>ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>3</b>
2) <b>OBJETIVOS.....</b>	<b>4</b>
3) <b>ESTADO DE LA CUESTIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>II. DESARROLLOS PREVIOS A LA DIRECTIVA.....</b>	<b>9</b>
1) <b>LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 2012 .....</b>	<b>10</b>
2) <b>LA PLATAFORMA PARA LA GOBERNANZA FISCAL.....</b>	<b>10</b>
3) <b>EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA Y EL PASO LÓGICO DE ATAD II.....</b>	<b>12</b>
<b>III. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA.....</b>	<b>15</b>
1) <b>EXPOSICIÓN GENERAL.....</b>	<b>16</b>
2) <b>EXPOSICIÓN EJEMPLIFICADA DE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS .....</b>	<b>20</b>
<b>IV. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL DERECHO ESPAÑOL .....</b>	<b>26</b>
1) <b>CAMBIOS LEGALES.....</b>	<b>27</b>
2) <b>CAMBIOS JURISPRUDENCIALES.....</b>	<b>34</b>
<b>V. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA DIRECTIVA Y CONCLUSIONES PARA SU MEJORA.....</b>	<b>41</b>
1) <b>EVALUACIÓN CRÍTICA .....</b>	<b>42</b>
2) <b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>43</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>47</b>

# I. INTRODUCCIÓN

# 1) ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es la Directiva 2016/1164, conocida como ATAD (Anti-Tax Avoidance Directive). Esta iniciativa normativa de la Comisión<sup>1</sup> pretende afrontar el fenómeno de la elusión fiscal, definido como la minimización de la carga impositiva del sujeto tributario por todos aquellos medios legales que permitan reducirla, incluidos la formación de complejos sistemas de vínculos financieros que la facilitan<sup>2</sup>. En el ámbito de las empresas de implantación internacional dicho fenómeno adquiere una gran complejidad, puesto que su entorno legislativo se compone de una pluralidad de ordenamientos tributarios en continuo cambio, lo cual motiva cambios en el diseño estratégico de su negocio<sup>3</sup>.

Lo recíproco también es cierto, el cada vez mayor peso específico de dichas empresas sobre el desarrollo de los mercados en que actúan y las economías en que se implantan compelen a los poderes públicos a actualizar continuamente su modelo de gobernanza económica<sup>4</sup>. La gestación de esta Directiva parte pues, de un renovado interés en la cooperación fiscal internacional, como veremos en la sección de desarrollos previos<sup>5</sup>. Precisamente es esta clara vinculación al funcionamiento de los mercados lo que se traduce en la base competencial del art. 115 del TFUE, norma de derecho europeo primario que ha permitido la puesta en marcha de la Directiva. En conjunción con el artículo 113 del TFUE, dichas normas<sup>6</sup> han permitido el despliegue de un nuevo modelo de gobernanza fiscal del legislador europeo, que pivota sobre la armonización de la imposición indirecta (Reglamento 2018/1541, Directiva 2018/1910 y Directiva 2018/2057) y la aproximación dentro de un marco europeo de la imposición directa

---

<sup>1</sup> Hidalgo, G. S.-A. *La erosión de las bases imponibles societarias* (Tesis Doctoral). Universidad de Málaga, Málaga. (2018). Recuperado de <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/17403>  
En efecto en el Derecho de la Unión actual, el principal procedimiento para la aprobación de Directivas es el procedimiento de codecisión, en el que el derecho de Iniciativa pertenece a esta Institución.

<sup>2</sup> Isac, L. European Experience in tackling tax evasion schemes. *Knowledge Horizons.Economics*, (2019). 11(1), 75-81.

<sup>3</sup> Hines Jr, J. R. (1996). Tax policy and the activities of multinational corporations (No. w5589). National Bureau of Economic Research.

<sup>4</sup> Herrero de la Escosura, P., Cubero Truyo, A. et al (2017), Convergencia económica y gobernanza fiscal en la Unión Europea. *Convergencia económica y gobernanza fiscal en la Unión Europea*, 1-262.

<sup>5</sup> "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion." 6 de diciembre de 2012. COM (2012) 722 final. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/com\\_2012\\_722\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_722_en.pdf)

<sup>6</sup> de la Unión Europea, D. O. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (2016). C202/01–C202/02, 7 de junio.

dentro de la cual se encuadra el presente objeto de estudio, junto con otras medidas<sup>7</sup> (Propuesta de Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades, la propuesta BICIS<sup>8</sup> (COM (2016) 685), el Código de Conducta para la Fiscalidad de las Empresas, la Directiva 2011/96, de Matrices y Filiales, la Directiva 2003/49 reguladora del Pago de Intereses y Cánones, y las Directivas Europeas relativas a la obligatoriedad del intercambio de información en el ámbito de la fiscalidad, 2014/107, 2018/822 y el Marco Común de Precios de Transferencia establecido para las fusiones empresariales en la Directiva 2009/133 y por último, la Directiva 2017/1852, reguladora de los Procedimientos Arbitrales de resolución de disputas en la doble imposición internacional y la Directiva 2015/2376 para el Intercambio automático de información.

La justificación de la elección del tema es examinar el diálogo entre organizaciones internacionales (UE y OCDE) y las relaciones entre estas y los Estados (se examina la legislación española), partiendo del marco de la Directiva como elemento de enlace. Se proporcionan fuentes de interpretación (recorrido previo a la Directiva, modelos y conceptos del Plan BEPS, límites jurisprudenciales al desarrollo y aplicación de la Directiva) al objeto de evaluar los avances propuestos ante el reto de coordinar las reglas antielusión de los países sin coartar el ejercicio de su potestad tributaria. Finalmente, se realiza una evaluación crítica de las posibilidades de mejora de la Directiva al efecto de conseguir un impacto más duradero y una regulación más eficiente desde el punto de vista económico, tanto para mejorar los ingresos tributarios como para presentar un marco más claro e intuitivo para su cumplimiento por las empresas.

## **2) OBJETIVOS**

Mediante este examen de la Directiva y de su fundamentación jurídica se pretende clarificar el marco jurídico de tributación al que se enfrentan las multinacionales en Europa y la influencia del derecho de la UE sobre sus deberes tributarios. Además, se persigue hacer más accesible la comprensión de los mecanismos antielusión y la relación entre estos y casos de la jurisprudencia española y europea reciente. Se mostrará como la Directiva, mediante el juego de reglas generales y específicas

---

<sup>7</sup>Cubero Truyo., A, Toribio Bernárdez., L. Manual Básico de Fiscalidad Internacional. Aranzadi Thomson Reuters. 2018.

<sup>8</sup> Nicolay, K., & Spengel, C. The European Commission's CC (C) TB re-launch (No. 1/2017). ZEW-Leibniz Centre for European Economic Research.

contribuye no sólo a la prevención de la elusión, sino al reparto de la potestad tributaria entre los Estados, y a la cooperación entre estos para garantizar que las multinacionales no queden completamente ajenas a la tributación en la Unión Europea, provocando distorsiones de su Mercado interior. Finalmente se pretende demostrar el incentivo que tienen los Estados (tanto los miembros de la UE como terceros Estados) para avanzar en sus mecanismos de coordinación y asistencia fiscal mutua.

### 3) ESTADO DE LA CUESTIÓN

El enfoque de la Directiva es amplio, puesto que también se pretenden abarcar otros fenómenos tributarios como la evasión y la planificación fiscal agresiva<sup>9</sup>. Los tres provocan una desconexión entre las funciones productora y distribuidora de la multinacional (actividad real), y las funciones inversoras, canalizadoras del ahorro y asignadoras de beneficios (actividad financiera, contable e incluso, informativa) de esta<sup>10</sup>. La complejidad de esta tendencia a la desvinculación, así como sus connotaciones políticas ha quedado patente en la jurisprudencia reciente del TJUE<sup>11</sup>, empezando por las sentencias C-196/04 de 12 de septiembre de 2006 - Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, contra Inland Revenue (sobre la inclusión de los beneficios de la filial en la matriz, cuando dicha filial es completamente artificial por no contar con oficinas, equipos y trabajadores) y C-414/06, de 15 de mayo de 2008 – Lidl Belgium GmbH & Co. KG contra Finanzamt Heilbronn (sobre la compensación de pérdidas de los establecimientos permanentes en otro EM), y los procedimientos de la investigación más actuales, Decisión (UE) 2017/502 de la Comisión, de 21 de octubre de 2015, Decisión (UE) de la Comisión, de 30 de agosto de 2016, Decisión (UE) 2018/859 de la Comisión, de 4 de octubre de 2017 y Decisión (UE) 2017/502 de la Comisión. Dirigidos respectivamente contra Starbucks<sup>12</sup> y las empresas tecnológicas

---

<sup>9</sup> Commission, Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU of 17 June 2015 (IP/15/5188).

<sup>10</sup> Falkinger, J. On understanding economic reality at the beginning of the twenty-first century: An essay in remembrance of Professor Laski: *Europäische zeitschrift für Ökonomie und Wirtschaftspolitik. European Journal of Economics and Economic Policies*, (2019). 16(3), 403-403–419. doi:<http://dx.doi.org/10.4337/ejeep.2019.0051>

<sup>11</sup> Vid supra nota (4).

<sup>12</sup> Asfar, O. Fiat and Starbucks: The repurposing of competition law for anti-tax-avoidance schemes. *Business Law International*, (2020). 21(1), 69-77. Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/flat-starbucks-repurposing-competition-law-anti/docview/2344181313/se-2?accountid=14744>

(Apple, Amazon por este orden<sup>13</sup>), son procesos en los cuales se han personado como parte Estados como Irlanda, Países Bajos, Luxemburgo y Estados Unidos<sup>14</sup>, cuyo sistema fiscal permitirá examinar posteriormente la necesidad de luchar contra las asimetrías híbridas y otras medidas de la Directiva. Especialmente en el caso de estos últimos procesos se ha puesto de manifiesto la escasa preparación del marco fiscal actual para el modelo de comercio electrónico y prestación de servicios digitales de estas compañías<sup>15</sup>.

El reverso de esta realidad es la erosión de la base imponible que se produce en las economías en las que las empresas concentran su actividad real, es decir sus mercados de bienes y servicios. Dicha erosión queda en el punto de mira de la OCDE (Plan BEPS 2017<sup>16</sup>), organización con la cual la UE ha intentado coordinar sus esfuerzos<sup>17</sup>. En este sentido, por ejemplo, véase la relación entre la acción 6 del Plan BEPS y la Recomendación de la Unión sobre la Implementación de Medidas antiabuso en los Tratados de Doble Imposición (criterio de interpretación teleológica del instrumento BEPS vs criterio de actividad económica genuina de la Directiva<sup>18</sup>), la coordinación en los mecanismos de intercambio de Información Tributaria<sup>19</sup>, el principio de valoración de operaciones entre sociedades vinculadas a precios de mercado (Arm's Length Principle)<sup>20</sup> o incluso la preocupación común por abordar los desajustes híbridos, que ha llevado a que la Directiva proponga entre las fuentes de interpretación para su

---

<sup>13</sup> C-633/18 contra Apple, T-318/18 y T-19/21 contra Amazon y C-482/18 contra Google

<sup>14</sup> Gormsen, L. L. State aid and direct taxation and the big eruption between the U.S. and the EU. *Antitrust Bulletin*, (2017). 62(2), 348-366. doi:<http://dx.doi.org/10.1177/0003603X17708359>

<sup>15</sup> Merlin, X., & Weill, M. (2018). Quel avenir numérique pour l'europe ? *Réalités Industrielles*, (2018), 42-45,97,103-104. Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/quel-avenir-numerique-pour-leurope/docview/2012401795/se-2?accountid=14744>

<sup>16</sup> Lippert, Tyler H, PhD., J.D. OECD base erosion & profit shifting: Action item. *Northwestern Journal of International Law & Business*, (2017). 37(3), 541-563. Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/oecd-base-erosion-amp-profit-shifting-action-item/docview/1945555756/se-2?accountid=14744>

<sup>17</sup> Ginevra, G. 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(2). (2017).

<sup>18</sup> Koriak, O. The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework? *European taxation*, 2016, ISSN 0014-3138, Vol. 56, Nº. 12, 2016, págs. 552-559.

<sup>19</sup> Correspondent, I. Greece aligns tax rules with BEPS actions. *International Tax Review*, (2019). Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/greece-aligns-tax-rules-with-beps-actions/docview/2341183557/se-2?accountid=14744>

<sup>20</sup> Vid supra nota (17).

transposición los ejemplos y conceptos desarrollados en el Plan BEPS (artículo 2.9 de la Directiva)<sup>2122</sup>.

Dado que las principales fuentes de ingresos públicos de que disponen los Estados son los ingresos tributarios y la deuda pública<sup>23</sup>, cabe entender que ante una caída de la base imponible se reducen los primeros, y se obliga a los Estados a apoyarse en la última<sup>24</sup>. Además, en tanto que las medidas para luchar contra la evasión permiten aumentar la base imponible, y por tanto los ingresos sin necesidad de recurrir a nuevos impuestos, ni a alterar los tipos de los ya existentes, dichas medidas son más favorables a la seguridad jurídica, y más favorables a la competencia entre las empresas de los Estados miembros más endeudados (que deberán incrementar más sus ingresos públicos) y las de los que menos<sup>25</sup>.

Para concluir con esta sección, es necesario estudiar el contexto económico de la medida. En el momento de la elaboración de este TFG se recogen hasta los datos consolidados para el año 2020 según Eurostat (incluyendo por tanto los efectos de la primera ola de Covid-19 y de los confinamientos nacionales)<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2—2015 Final Report*. OECD. (2015). <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>

<sup>22</sup> Laguna, F. D. M. (2021). Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: el nuevo artículo 15 bis de la LIS. *Quincena fiscal*, (10), 73-110.

<sup>23</sup> Queralt, J. M., Serrano, C. L., López, J. M. T., & Ollero, G. C. *Curso de derecho financiero y tributario*. Comercial Grupo ANAYA. (2016).

<sup>24</sup> Sebastian, D., Theobald, T., Silke, T., & Watt, A. Why current EU proposals for corona-related financial aid cannot replace coronabonds. *Intereconomics*, 55(3), 152-155. (2020). doi:http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0892-2

<sup>25</sup> Vid supra nota (24). Raffaele, F. Adapting the EU economic governance to new macroeconomic and political realities. *Intereconomics*, 55(5), 320-324. (2020). doi:http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0922-0

<sup>26</sup> Achim, T. Reforming EU fiscal rules: More leeway, investment orientation and democratic coordination. *Intereconomics*, 55(5), 277-281. (2020). doi: http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0915-z

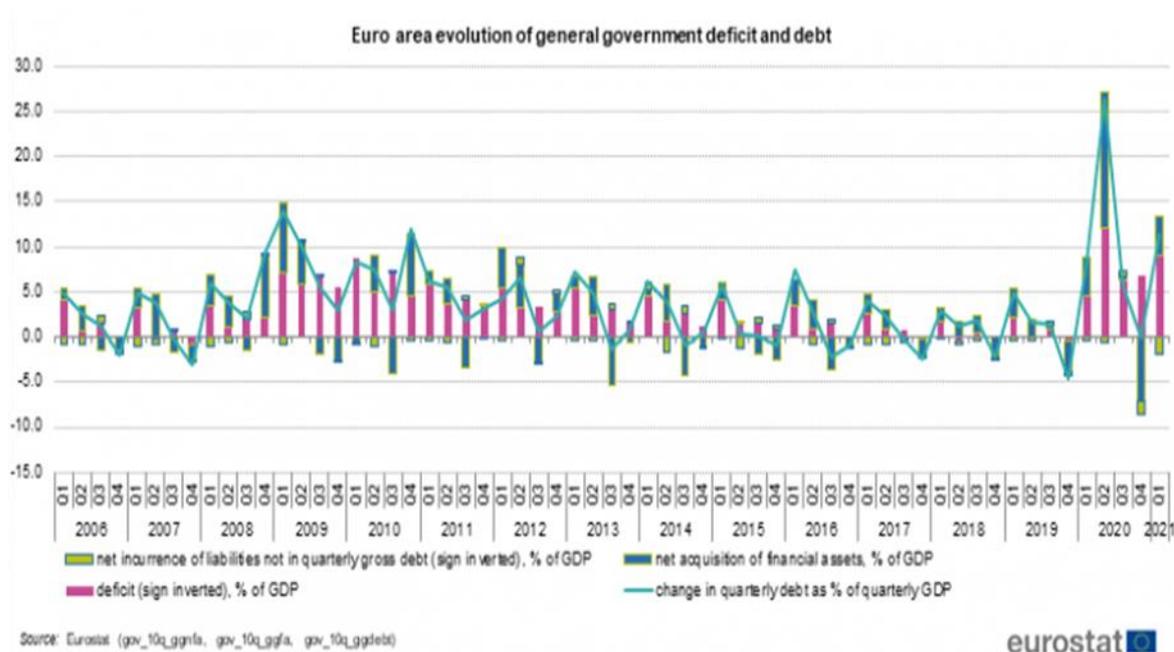


Gráfico 1. Informe de Eurostat (Servicio y Base Estadística de la Comisión Europea) Eurostat. (s. f.). Government finance statistics—Quarterly data—Statistics Explained. Recuperado 25 de agosto de 2021, de [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Government\\_finance\\_statistics\\_-\\_quarterly\\_data#Quarterly\\_non-financial\\_accounts\\_for\\_general\\_government](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Government_finance_statistics_-_quarterly_data#Quarterly_non-financial_accounts_for_general_government)

Con los datos actuales, los del primer trimestre de 2021, encontramos que el déficit relativo al PIB era de 7,4 % en la Zona euro y de un 6,8% en el conjunto de la UE (señalados con barras moradas en el gráfico). Además 14 de los 27 países de la UE (incluidas todas las grandes economías) y el Reino Unido superaban ampliamente tanto el criterio de déficit (por el que se rige el procedimiento por exceso del Semestre Europeo)<sup>27</sup> como el de deuda pública (inferior al 60% del PIB para cumplir con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento)<sup>28</sup>. Por tanto, la situación actual es que se incumplen los parámetros de disciplina fiscal y macroeconómica de la UE, y que crece el recurso a la deuda como fuente de ingresos públicos, como puede verse en el gráfico, en las líneas celestes (crecimiento del endeudamiento público por trimestre relativo al PIB trimestral).

<sup>27</sup> Savage, J. D., & Howarth, D. Enforcing the European Semester: the politics of asymmetric information in the excessive deficit and macroeconomic imbalance procedures. *Journal of European Public Policy*, 25(2), 212-230. (2018).

<sup>28</sup> De Jong, J. F., & Gilbert, N. D. Fiscal discipline in EMU? Testing the effectiveness of the Excessive Deficit Procedure. *European Journal of Political Economy*, 61, 101822. (2020).

## **II. DESARROLLOS PREVIOS A LA DIRECTIVA**

Esta Directiva, y su posterior ampliación por la Directiva 2017/952, han pasado por una evolución hasta su aprobación final que consta de tres hitos, la comunicación de la Comisión Europea el 27 de junio de 2012, La creación de la Plataforma para la Gobernanza Fiscal, y la formulación propiamente dicha de la Directiva junto a el Paquete de Transparencia Fiscal de marzo de 2015.

## **1) LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 2012**

Redactado a mediados de 2012<sup>29</sup>, a instancias del Consejo Europeo, esta Comunicación designaba una serie de objetivos a corto (hasta 2013) y largo plazo (desde 2014). Entre los primeros objetivos se encontraba la creación de una política exterior de apoyo al establecimiento de estándares mínimos de buena gobernanza en el ámbito fiscal, y la colaboración administrativa con terceros países. Igualmente, en ella se define el concepto de planificación fiscal agresiva: son ajustes complejos y artificiales para trasladar la base imponible desde las jurisdicciones donde se generan los beneficios hacia otras jurisdicciones, tanto europeas como de terceros países, aprovechando para ello las incongruencias entre las leyes nacionales, de forma que se evite el gravamen de esa base (doble no imposición) o bien se minimice.

Entre las acciones a largo plazo la Comisión instaba a los países a revisar sus Convenios de doble imposición con objeto de evitar esta doble no imposición, o incluso revocarlos con jurisdicciones no cooperativas. Dicha institución solicitaba a los Estados miembros incluir en sus legislaciones cláusulas generales antiabuso (GAAR). Finalmente, se comprometía a reformar y reforzar el carácter antielusivo de las Directivas 2011/96, de Matrices y Filiales, 2003/49, reguladora del Pago de Intereses y Cánones, y 2009/133, del Marco Común de precios de transferencia en fusiones empresariales.

## **2) LA PLATAFORMA PARA LA GOBERNANZA FISCAL**

---

<sup>29</sup> “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion.” 27 de junio de 2012. COM (2012) 351 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0351:FIN:ES:PDF>

Este grupo de trabajo<sup>30</sup> fue establecido el 10 de junio de 2013 y se compone de representantes de la Dirección General de Impuestos y Aduanas de la UE, de representantes de las autoridades fiscales de los Estados miembros y de 15 organizaciones de la sociedad civil, del ámbito empresarial y de las asociaciones de asesores fiscales. Entre las primeras encontramos por ejemplo al grupo de expertos independientes de monitoreo de la implementación del Plan BEPS, y a la Cámara de Comercio de los EE. UU ante la Unión Europea.

El objetivo de este grupo de discusión es reflejar el impacto de las nuevas políticas europeas en la sociedad, y mantener un diálogo sobre el equilibrio entre justicia fiscal y eficiencia del sistema impositivo<sup>31</sup>.

En el informe de reflexión de 2016<sup>32</sup> se previó la modificación futura de la Directiva original objeto de estudio para alinearla con el principio de inclusión de ingresos del modelo BEPS, en concreto la Regla de Empresas Extranjeras Controladas. Por un lado, los desarrollos del modelo OCDE alientan a desarrollar un modelo común de base imponible del Impuesto sobre sociedades. Por otro lado, el hecho<sup>33</sup> de que este instrumento es “soft law” también implica que la implementación de las propuestas a distinto ritmo entre los Estados Parte puede dar lugar a desequilibrios competitivos para sus empresas multinacionales. Precisamente por ello, este comité revisa y actualiza la respuesta común de los Estados de la UE ante los avances en el modelo BEPS.

Por ejemplo, en enero de 2021 este grupo ha publicado un informe de reflexión sobre la necesaria reciprocidad entre los avances del modelo OCDE en materia de imposición sobre la economía digital (cuyos pilares<sup>34</sup> son compartidos por la UE: el primero de

---

<sup>30</sup>Unión Europea. Decisión (UE) 2013/2236 de la Comisión de 23 de abril de 2013 relativa al Establecimiento de un Grupo de Expertos de la Comisión con el nombre de Plataforma para el Buen Gobierno Fiscal, la Planificación Fiscal Agresiva y la Doble Imposición. Disponible en [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/c\\_2013\\_2236\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2013_2236_en.pdf)

<sup>31</sup> Cédelle, A. The EU Anti-Tax avoidance directive: A UK perspective. *British Tax Review*, (2016). (4), 490-507.

<sup>32</sup> Plataforma para el Buen Gobierno Fiscal. Informe de Reflexión DOC: Platform/21/2016/EN relativo a las Asimetrías Híbridas con Países Terceros. Grupo de la Comisión de Imposición Directa, Coordinación Fiscal, Análisis y Evaluación Económicos, 16 de septiembre de 2016, Bruselas. Disponible en: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/platform\\_20161117-091932\\_discussion\\_paper\\_atad2.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/platform_20161117-091932_discussion_paper_atad2.pdf)

<sup>33</sup>Vid supra (7)

<sup>34</sup> Avi-Yonah, R. S. A Positive Dialectic: Beps and The United States. *AJIL Unbound*, (2020). 114, 255-259.

reconstrucción del vínculo entre actividad real e imponibilidad, y el segundo de creación de estándares internacionales de mínimos para los ingresos fiscales).

### **3) EL PROCESO DE APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA Y EL PASO LÓGICO DE ATAD II**

La Directiva antiabuso fue fruto de negociaciones entre el Consejo de la UE<sup>35</sup>, que representaba a los Estados, y la Comisión, que representaba el interés general de la Unión. En este sentido algunas propuestas de esta última salieron adelante<sup>36</sup> (la limitación de la deducibilidad de los intereses y la regla sobre filiales controladas) y otras fueron eliminadas de los borradores (la cláusula de reversión, por la cual se otorgarían créditos fiscales a los dividendos y ganancias de capital de empresas europeas que invirtieran en terceros países de tributación inferior al 40% de la media de la UE por el importe de la carga fiscal asumida sobre esas transferencias, pero sometiéndose la diferencia entre esa carga y la tributación correspondiente en el país con menor tributación de la UE a gravamen en el Estado de la empresa). Debe tenerse en cuenta que, en esta materia, todos los países tienen, de facto, un derecho de veto, ya que su aprobación en el Consejo debe ser unánime<sup>37</sup>. Igualmente, la propuesta también recibió correcciones por parte de los parlamentos nacionales de Suecia y Malta<sup>38</sup>.

Del resultado de estas propuestas quedó el esquema general de la Directiva<sup>39</sup>, que se estructura de la siguiente manera: una cláusula de limitación de la deducibilidad de los intereses, otra para el impuesto de salida, otra cláusula para las participadas extranjeras, otra general antiabuso, y una regla sobre desajustes híbridos, que se definen como las discordancias entre sistemas fiscales que generen doble no imposición, doble deducción, deducción sin inclusión en la base imponible y no imposición sin inclusión en la base imponible. Se eligió precisamente este instrumento de derecho derivado ya

---

<sup>35</sup> Vid supra nota (31)

<sup>36</sup> Unión Europea. Propuesta de Directiva (Consejo de la UE) 2016/0011 del consejo de 28 de enero de 2016, sobre reglas para prevenir las prácticas de Evasión Fiscal que inciden sobre el Mercado Interior. Bruselas, 2016.

<sup>37</sup> Vid supra nota (7)

<sup>38</sup> Vid supra nota (31)

<sup>39</sup> Unión Europea. Directiva (CE) nº 1164/2016 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contras las prácticas de evasión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea* [en línea], 19 de julio de 2016, [consulta: 22 de agosto de 2021], núm. 193, pp 1-14. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/1164/2020-01-01>

que ofrece una protección de mínimos, a partir de esa base común los Estados miembros pueden continuar desarrollando su política fiscal y contando, además, con un margen de tiempo para su transposición al derecho nacional<sup>40</sup>.

La Directiva vino enmarcada por el plan de la Unión Europea en materia de transparencia fiscal<sup>41</sup>, el plan de acción para una imposición justa y efectiva a las empresas<sup>42</sup> y el paquete de medidas contra la evasión fiscal<sup>43</sup>. Dentro de este paquete destaca la Directiva como medida principal, pero también podemos incluir una enmienda a la Directiva de Contabilidad Europea<sup>44</sup>, introductora de la obligación para las multinacionales europeas y las filiales de multinacionales que operan en la zona euro y cuyos ingresos brutos a nivel corporativo superen los 750 millones de euros, de publicar información contable sobre todas las filiales, el beneficio antes de impuestos, los impuestos satisfechos, el capital declarado, el número de empleados, etc... Adicionalmente, la Unión someterá a la revisión periódica unas listas europeas de jurisdicciones fiscales no cooperativas. Además, se han iniciado estudios sobre la planificación fiscal agresiva y la Comisión ha enviado una recomendación a los Estados miembros instándoles a revisar sus Convenios de doble imposición para adaptarlos a la nueva normativa antievasión.

Ya en septiembre de 2016, al poco de aprobarse la Directiva, la Comisión publicó un informe de reflexión<sup>45</sup> en el que se planteaba igualar los requerimientos que se hacían a los Estados miembros a empresas de terceros países para eliminar sus desajustes híbridos, de forma que se igualara la posición competitiva al requerirse las mismas reglas a las multinacionales europeas y extranjeras. Además, algunos desajustes híbridos no habían quedado incluidos en la Directiva, como los referidos a los establecimientos permanentes. En este sentido el grupo de ministros de finanzas de la zona euro (ECOFIN), una de las más destacadas instituciones de gobernanza económica

---

<sup>40</sup> Vid supra nota (7).

<sup>41</sup> Commission, Tax Transparency Package of 18 March 2015 (IP/2015/4610). Commission, Anti-Tax Avoidance Package of 28 January 2016 (IP/16/159).

<sup>42</sup> Vid supra nota (9).

<sup>43</sup> Commission, Anti-Tax Avoidance Package of 28 January 2016 (IP/16/159).

<sup>44</sup> Collier, R., Kari, S., Ropponen, O., Simmler, M., & Todtenhaupt, M. (s. f.). *Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems*. EconPol Policy Report, No. 08, ifo Institute - Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, Munich.

<sup>45</sup> Vid supra nota (32).

de la UE<sup>46</sup>, encargó a la Comisión la redacción de la que sería la nueva Directiva antielusión (ATAD2 por sus siglas en inglés).

Esta Directiva<sup>47</sup> no es autónoma, sino que es fruto de la reforma de la original para incluir nuevas reglas sobre los híbridos provocados por la doble residencia, las entidades híbridas directas o inversas, los referidos a establecimientos permanentes, las transferencias híbridas y las asimetrías importadas. El nuevo foco es por tanto la residencia fiscal de una empresa o un establecimiento permanente, y el nivel de participación efectiva de la matriz o la multinacional controladora de esta (la nueva regla general será el 50%).

---

<sup>46</sup> Mulas-Granados, C. (2009). Mejorando la gobernanza económica en la UE. Boletín Elcano, (113), 9.

<sup>47</sup> Unión Europea. Directiva (CE) nº 952/2017 del Consejo de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. Boletín Oficial del Estado [en línea], 7 de junio de 2017, [consulta: 22 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2017/144/L00001-00011.pdf>

### **III. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA**

## 1) EXPOSICIÓN GENERAL

Para abordar la exposición general de la Directiva<sup>48</sup> se hace necesario definir claramente los conceptos sobre los que se sustenta cada medida adoptada.

Así, en primer lugar, la Directiva empieza por detallar en su artículo 1<sup>49</sup> que su ámbito de aplicación subjetivo son todos los contribuyentes sujetos al Impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en territorio de la UE de entidades residentes en terceros países.

Así, comencemos por la primera norma sustantiva, la Limitación de los Intereses (artículo 4)<sup>50</sup>. La cláusula general establece que, en caso de que los gastos financieros de la empresa superen a sus ingresos financieros, la deducibilidad del diferencial para la empresa se limitará, como máximo al 30% de los Beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA, en inglés). La razón de ser de la medida es que los préstamos intercorporativos con tipos de intereses superiores a los que se fijan entre partes independientes (arm's length principle) pueden ser explotados para transferir beneficios a jurisdicciones de baja tributación<sup>51</sup>. La regla propuesta pretende evitar esto al eliminar el incentivo a elevar artificialmente los gastos financieros, ya que ello no permitirá deducirlos de la base imponible (que generalmente se calcula sobre los beneficios después de los gastos reales e intereses).

En segundo lugar, la Imposición de Salida (artículo 5)<sup>52</sup>. El impuesto de salida se devengará cuando el Estado de residencia del contribuyente (sea este un establecimiento permanente o una sede de dirección efectiva) traslade sus activos a otro Estado miembro o país tercero, y se pierda el derecho al gravamen del primer Estado, ya sea por el mero desplazamiento de estos activos, por el cambio de residencia del contribuyente, o por la desafectación del activo o la deslocalización de la actividad en la que se emplea. Este impuesto gravará la plusvalía entre el valor fiscal de ese activo al incorporarlo al balance y su valor de mercado determinado en el primer Estado. Un ejemplo sería el

---

<sup>48</sup> Vid supra nota (39).

<sup>49</sup> Vid supra nota (39).

<sup>50</sup> Vid supra nota (39).

<sup>51</sup> OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4—2016 Update*. OECD. (2016). <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268333-en.pdf?expires=1629228836&id=id&accname=guest&checksum=B6DD2842B64E1DAC90E2004D8E655146>

<sup>52</sup> Vid supra nota (39).

desarrollo de una patente en la UE, y su posterior registro a nombre de una empresa asociada en un país que no imponga tasas y anualidades por su protección, o en las que los ingresos por cánones que se obtengan de ellas tributen a tipos bajos. Se trata por tanto de poner una primera barrera a que los activos producidos en la UE se deslocalicen de esta, y a que los ingresos futuros derivados de su explotación dejen de tributar en esta<sup>53</sup>.

Esta medida está dirigida a cerrar los conocidos como Centros Financieros Offshore de Transferencia<sup>54</sup>, entre los que destaca el que resulta del régimen fiscal neerlandés<sup>55</sup>, especialmente favorable en cuanto a la propiedad intelectual se refiere. De hecho, y a diferencia de la gran mayoría de regímenes fiscales de la UE (excepto Irlanda, para transferencias a compañías de la UE)<sup>56</sup> este sistema impositivo no impone una imposición complementaria cuando se transfieren los beneficios obtenidos por el cobro de propiedad intelectual<sup>57</sup>, ni aplicaba retenciones sobre los cánones que pagaban empresas neerlandesas a países de fuera de la UE<sup>58</sup>. Por tanto, los Países Bajos se convierten en la jurisdicción de referencia para cobrar cánones de países europeos y luego transferirlos a jurisdicciones consideradas paraísos fiscales<sup>59</sup> y es lo que hace que justamente, sea tan rentable deslocalizar la propiedad industrial a estas jurisdicciones, tanto que pueden ser percibidos por unas cifras de importación de propiedad industrial relativas al PIB en su balanza de pagos muy superiores a la media europea<sup>60</sup>.

La norma general antiabuso (GAAR) se trata en el artículo 6<sup>61</sup> y recoge que no serán fiscalmente admitidos aquellos mecanismos que se realicen en fraude de las normas tributarias de los EM, con el único o principal propósito de obtener ventajas fiscales, y

---

<sup>53</sup> Vid supra nota (44).

<sup>54</sup> Phillips, R., Petersen, H., & Palan, R. (2021). Group subsidiaries, tax minimization and offshore financial centres: Mapping organizational structures to establish the 'in-between' advantage. *Journal of International Business Policy*, 4(2), 286-307.

<sup>55</sup> Yuskavage, R. E. (2018). Comment on "The Relationship between Tax Payments and MNE's Patenting Activities and Implications for Real Economic Activity: Evidence from the Netherlands". In *The Challenges of Globalization in the Measurement of National Accounts*. University of Chicago Press.

<sup>56</sup> Barry, F. (2019). Aggressive tax planning practices and inward-FDI implications for Ireland of the new US corporate tax regime. *The Economic and Social Review*, 50(2, Summer), 325-340.

<sup>57</sup> Vid supra nota (55).

<sup>58</sup> Jenniges, D., Mataloni Jr, R., Stutzman, S., & Xin, Y. (2019). Strategic movement of Intellectual Property within US multinational enterprises. In *The Challenges of Globalization in the Measurement of National Accounts*. University of Chicago Press. Cobham, A., & Garcia-Bernardo, J. (2020). Time for the EU to close its own tax havens. *Tax Justice Network*, 4.

<sup>59</sup> Vid supra nota (54).

<sup>60</sup> Vítek, I. K. L. (2019). Aggressive Tax Planning and Balance of Payments. *Theoretical and Practical Aspects of Public Finance 2019*, 45.

<sup>61</sup> Vid supra nota (39).

no por razones económicas y empresariales válidas. El castigo de estos abusos sería la aplicación integral de la legislación nacional defraudada. Esta es una regla subsidiaria, de aplicación en defecto de las reglas específicas antiabuso (nacionales o europeas) recogidas. En el ordenamiento español, dicha regla general encuentra su contraparte en el art 15 de la Ley General Tributaria. En efecto, esta norma comprende los elementos de hecho esenciales señalados en el artículo 6<sup>62</sup>: identifica un mecanismo o mecanismos que tienen en su conjunto como propósito principal una ventaja u ahorro fiscal, dicha ventaja desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable (test de los efectos)<sup>63</sup> y en consecuencia el mecanismo está falseado, pues puede descartarse que se apoye en razones comerciales válidas que se basen en la realidad económica (test de artificiosidad)<sup>64</sup>. En cambio, el artículo 15 LGT es más restrictivo, pues debe aplicarse cuando el único motivo para la realización del negocio sea el ahorro fiscal, mientras que la GAAR contempla el hecho de que sea el principal, pero no el único motivo<sup>65</sup>.

El conflicto en aplicación de la norma tributaria lleva por tanto a la aplicación de la consecuencia perseguida por la Directiva, el cálculo de la deuda tributaria en aplicación de la legislación nacional anulando los efectos perseguidos por el mecanismo, a través de un procedimiento propio recogido en el 159 LGT. El mecanismo consistirá pues en un negocio típico del ordenamiento y celebrado conforme a este, pero con una finalidad distinta de la prevista por el ordenamiento. Es en función de esta finalidad (en este caso la elusión fiscal) que el negocio se valorará como en fraude de ley o no<sup>66</sup>. Por otra parte, la expresión ‘falseado’ de la Directiva no debe implicar simulado, sino abusivo, en manifiesto fraude de ley<sup>67</sup>. Finalmente, la Directiva permite que la consecuencia jurídica vaya más allá y se prevean sanciones, como desde 2015 prevé la LGT cuando se

---

<sup>62</sup> A.Báez Moreno, J. Zornoza Pérez, La norma general contra las prácticas abusivas de la ATAD, en J.M. Almudí Cid, J.A. Ferreras Gutiérrez, P. A. Hernández González-Barreda (directores) La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea, *Thomson Reuters Aranzadi*, Pamplona, 2018.

<sup>63</sup> A.Báez Moreno, J. Zornoza Pérez, Spain, en M. Lang, J. Owens, P. Pistone, A. Rust, J. Schuch, C. Staringer (editores) GAARs –A key element of tax systems in the post-BEPS tax world, IBFD, Ámsterdam, 2016.

<sup>64</sup> Barreiro Carril, M. C. (2019). La cláusula general antiabuso en España. ¿Es necesaria una transposición expresa de la GAAR establecida en la ATAD al ordenamiento tributario español?. *Studi Tributari Europei*, 9(1), 1 –. <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/10831>

<sup>65</sup> I.J.Mosquera, I.J.J. Burgers, Review of anti-avoidance measures of a general nature and scope – general anti-avoidance rules and other measures, en *Bulletin for International Taxation*, vol. 73, 10, 2019.

<sup>66</sup> F. Pérez Royo, Derecho financiero y tributario. Parte general, *Thomson Reuters Aranzadi*, Cizur Menor, 2019, 276.

<sup>67</sup> C. Palao Taboada, El abuso del derecho en materia tributaria en el derecho comunitario europeo, en *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Guipuzkua*, 223, 2016, 24.

produce una infracción tributaria y la administración las haya declarado previamente como fraude de ley<sup>68</sup>.

Los artículos 7 y 8<sup>69</sup> describen la normativa relativa a las sociedades extranjeras controladas. Esta norma las define como aquellas en las que una persona o una sociedad tenga, al menos, el 50% de los siguientes conceptos:

- Participación en el capital.
- Derechos de voto.
- Derecho a percepción de beneficios.

Y en las que lo pagado en el país donde se han transferido los beneficios sea menor que la diferencia entre la deuda tributaria de la empresa si los beneficios no se hubieran transferido en el Estado miembro y lo que paga la empresa en dicho Estado después de la transferencia de beneficios. La consecuencia no está en que se impidan transferir los beneficios, sino en que estos no se descontarán de la base imponible de la matriz a efectos del Impuesto sobre sociedades en los Estados miembros. Esta medida de transparencia fiscal a su vez da lugar a dos opciones de regímenes de transparencia fiscal<sup>70</sup>, el primero de los cuales se basa en incluir algunos tipos de ingresos derivados de la mera tenencia de activos o créditos (ingresos pasivos), y un segundo tipo, que incluye todos los tipos de rendimientos obtenidos por la empresa.

En último lugar, deben abordarse las medidas sobre los desajustes híbridos. El núcleo del problema<sup>71</sup> es la distinta calificación jurídica que reciben en cada ordenamiento un determinado instrumento o entidad financiera. Son precisamente estas discordancias las que generan los fenómenos de doble no imposición, doble deducción, deducción sin inclusión en la base imponible y no imposición sin inclusión en la base imponible<sup>72</sup>, y pueden explotarse bien por medio de la estructura empresarial del grupo corporativo (entidades vinculadas)<sup>73</sup>, bien por un acuerdo privado (mecanismo estructurado)<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> Vid supra nota (66).

<sup>69</sup> Vid supra nota (39).

<sup>70</sup> Vid supra nota (44).

<sup>71</sup> Peeters, B., & Vanneste, L. (2020). The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD. *Intertax*, 48(1).

<sup>72</sup> OECD, Hybrid mismatch Arrangements—Tax Policy and Compliance Issues5 (OECD Publishing 5 Mar. 2012), [http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf) (visto el 20 de Agosto de 2021).

<sup>73</sup>Vid supra nota (21).

## 2) EXPOSICIÓN EJEMPLIFICADA DE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

El artículo 9<sup>75</sup>, que regula los desajustes híbridos, ha sido objeto de la mayor modificación y ampliación de la Directiva 2017/952 o ATAD2, y debe leerse teniendo en cuenta lo que la misma Directiva establece en sus considerandos, siendo que las asimetrías híbridas deben aplicarse cuando existe una situación de vinculación o control entre las empresas o cuando se den los requisitos necesarios propios de un mecanismo estructurado. En este sentido, es interesante explorar varios supuestos de la Directiva y relacionarlos con ejemplos teóricos.

Respecto al, artículo 9.1<sup>76</sup>, sobre la Doble Deducción: Aquí el criterio general (apartado a) de ATAD I y II ha sido que el único Estado miembro donde se debe permitir la deducción es aquel donde se produce el pago. La regla especial es que en caso de que ya se haya producido la deducción en el Estado del beneficiario, se denegará en el del pagador.

Imaginemos el supuesto de una multinacional de Corea del Sur que cuenta con una división financiera a la que la matriz le ha hecho un préstamo para que, a su vez, dicha división disponga de capitales para que pueda prestar dinero a una empresa europea necesitada de liquidez durante la crisis del coronavirus. Supongamos también que la ley de Corea del Sur prohíbe la deducibilidad de los préstamos entre compañías asociadas, al objeto de que estos no se produzcan con tasas de interés excesivas. En ese caso, se aplicará el supuesto general, y la deducción de la empresa europea se producirá exclusivamente en el Estado miembro.

Si, por el contrario, la ley de Corea del Sur calificara el préstamo como compensable ya que supone simultáneamente un ingreso y un gasto en las cuentas del grupo, entonces el Estado miembro no puede aplicar la regla general, sino la regla especial (apartado b), de manera que no podrá permitirse que la empresa europea se deduzca de su base imponible los gastos financieros que le suponen los intereses del crédito.

---

<sup>74</sup> Valiante, G. C. (2019). Hybrid mismatches: the anti-tax avoidance directive.

<sup>75</sup> Vid supra nota (39).

<sup>76</sup> Vid supra nota (39).

En cuanto al artículo 9.2<sup>77</sup>, sobre la Deducción en la jurisdicción del pagador, sin adición a la base imponible de la jurisdicción que recibe el pago. En estos supuestos la regla general es que se deniega la deducción en la jurisdicción del Estado miembro del pagador. Cuando por el motivo que fuere, un Estado miembro o un tercer Estado han admitido la deducción, entonces la jurisdicción del Estado miembro cobrador incorporará ese ingreso a la base imponible, aunque su legislación nacional no lo considerase como tal.

Se daría este caso en el supuesto de que una matriz china estableciese un establecimiento permanente en España con el objeto de promocionar sus productos y poder venderlos en el mercado europeo. A continuación, el establecimiento permanente establece una filial financiera residente en Portugal que, imaginariamente, no cobra impuestos a las filiales financieras establecidas por Estados miembros porque desea impulsar la inversión en su país. De esta manera, la matriz China podrá transferir capitales a Portugal, desde donde realizar préstamos a la filial española para que expanda su mercado. La entidad portuguesa no pagará impuestos (no inclusión) y la española podrá deducirse por los intereses pagados a su filial.

En España, los intereses pagados a la sociedad portuguesa son legalmente deducibles, al tiempo que en Portugal los ingresos financieros no son sometidos a imposición. Aplicando la regla general, serían las autoridades españolas las que deben denegar la deducción, pero, si por el motivo que fuere la Agencia tributaria no dispusiere de la información para determinar que se están transfiriendo beneficios a una jurisdicción que no los incorpora en la base imponible, serían las autoridades portuguesas, donde se sitúa la entidad cobradora, las que deben considerar como ingreso sometido a tributación la cuantía de lo deducido artificialmente en España.

El artículo 9.3<sup>78</sup> aborda una cláusula específica para los híbridos importados, por la que cualquier EM deviene obligado a rechazar la deducción por pagos que se transfieran entre empresas asociadas o mecanismos concertados al fin de, directa o indirectamente, compensar los gastos e ingresos de estas (es decir, usando instrumentos financieros híbridos), siempre y cuando otro de los Estados involucrados no haya rechazado ya la deducción. Este artículo está especialmente concebido para terceros Estados que no dispongan de cláusulas anti híbridos en su legislación.

---

<sup>77</sup> Vid supra nota (39).

<sup>78</sup> Vid supra nota (39).

Cabe detenerse en el concepto de directa o indirectamente. Ciertamente, este tipo de conceptos son susceptibles de una interpretación distinta por parte de los Estados miembros en ejercicio de su legítima política fiscal<sup>79</sup>. Haremos referencia a ello cuando realicemos la evaluación crítica de la Directiva.

El artículo 9.4<sup>80</sup> establece cláusulas derogatorias, de manera que los Estados miembros pueden desmarcarse de ciertas medidas de ambas Directivas (2016/1164 y 2017/952).

El 9.5<sup>81</sup>, por su parte, establece una regla para aquellos casos en que haya discrepancia de criterio entre los Estados sobre la figura del establecimiento permanente. Nos situamos en el punto de vista del Estado miembro donde se gestione ese establecimiento permanente, y se asignen los ingresos y los gastos, que normalmente será el de la matriz. Este Estado deviene obligado a incluir los ingresos obtenidos por ese establecimiento (no considerado permanente en el otro Estado). Puesto que esta regla solo se aplica en asimetrías híbridas, un requisito es que el Estado de la matriz no incluya como rentas las obtenidas por el establecimiento a efectos de su Impuesto sobre sociedades.

Ejemplo, sería el caso de Dell España hasta que la Administración tributaria no estableció la relación de administración y dependencia que tenía la filial en España con su matriz irlandesa<sup>82</sup>. En aquel momento, la empresa afirmaba que era una empresa de márketing y ventas que había obtenido una subcontrata para gestionar las ventas de Dell en España, cuando realmente era una filial dirigida por Dell, que se estaba prevaleciendo además de que, en Irlanda, en aquel momento (y hasta el 1 de enero de 2015<sup>83</sup>), la residencia de una compañía se determinaba por su control efectivo, por lo que afirmando que Dell Irlanda tampoco controlaba a la empresa española se conseguía una no inclusión en España (siendo que la corporación obtuvo ingresos aquí por la venta de sus productos por los que no pagaba, solo por las supuestas actividades auxiliares prestadas a Dell Irlanda) y una deducción en Irlanda por los servicios prestados por su subcontratada española. En este caso, de haber sido aplicable la Directiva, Irlanda debía

---

<sup>79</sup> Vid supra nota (44).

<sup>80</sup> Vid supra nota (39).

<sup>81</sup> Vid supra nota (39).

<sup>82</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso. Sección 2ª). Sentencia núm. 2861/2016 de 20 de junio.

<sup>83</sup> Prueksarungrueang, K. (2019). The Impacts of BEPS on Intellectual Property Tax Planning. *Ramkhamhaeng Law Journal*, 8(1), 107-144.

exigir a Dell un gravamen equivalente al de los establecimientos permanentes de entidades extranjeras en Irlanda.

Proseguimos con el apartado 6 del artículo 9<sup>84</sup>. Este apartado aborda las transferencias híbridas, que son situaciones en las que se da una diferente calificación tributaria en dos Estados de un mismo instrumento financiero y además esta permite llegar a resultados de doble deducción o de deducción sin inclusión. Resulta interesante exponerlo a través de un ejemplo de un informe de la OCDE<sup>85</sup>. En este ejemplo, una compañía A busca obtener financiación de una compañía B, cada una situada en un Estado diferente. Además, A decide crear una sociedad enfocada a una finalidad concreta. En tanto que creadora, dispone de unas acciones, que entrega a B en prenda por la financiación que esta le presta para poner en marcha la nueva sociedad. En el país de A, esto se entiende como un préstamo con garantía real, mientras que en el de B, se considera un pacto de recompra de acciones. De esta manera, en el Estado de A la titular de las acciones sigue siendo la compañía A, mientras que en el de B la titular de las acciones entre la venta y la recompra es B. La diferente calificación del instrumento provoca que B obtenga dividendos por las acciones durante la duración del “repo<sup>86</sup> (acrónimo de *repurchasing agreement*)” y un derecho a deducirse por el Impuesto sobre sociedades pagado en el país de A por su participada, la sociedad originalmente creada por A.

Por otra parte, A es considerada titular de las acciones en su país, y además del derecho a dividendos. No obstante, y dado que la sociedad ya le ha retenido por esos dividendos, no tendrá que pagarlos ella misma. Además de ello, consigue deducirse por el coste de los intereses del préstamo dado por B, al tiempo que no habrá ganancia patrimonial alguna, en tanto que en este país se califica como un préstamo. La Directiva viene a indicar a los Estados miembros que deberán tener en cuenta los ingresos después de impuestos obtenidos por el pago de los dividendos para calcular las deducciones que les corresponden a sus respectivas empresas. En nuestro caso, si B tiene unos ingresos después de impuestos mayores a consecuencia de un impuesto procedente por el cobro de los dividendos inferior a la deducción por los impuestos pagados por la sociedad vehículo en el país de A, esta no debería tener derecho a deducirse por esa misma retención.

---

<sup>84</sup> Vid supra nota (39).

<sup>85</sup> Vid supra nota (72).

<sup>86</sup> Duffie, D., & Skeel, D. A. (2012). A dialogue on the costs and benefits of automatic stays for derivatives and repurchase agreements. U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper, (12-02).

El artículo 9.bis<sup>87</sup> proporciona una regla para las entidades híbridas invertidas, es decir, aquellas que se consideran transparentes<sup>88</sup> en un Estado (en el articulado, el Estado miembro) y, por tanto, en principio no estarían sometidas a Impuesto sobre sociedades, pero sus accionistas sí estarían sujetos a retenciones. Además de ello, deben considerarse opacas<sup>89</sup> en otro Estado (la redacción del artículo requiere que sea el Estado donde residen las accionistas, empresas asociadas que controlen más del 50% de los derechos de voto, del capital social o de los derechos a dividendos). Pues bien, la regla da la obligación al Estado miembro donde se considere transparente a que liquide su Impuesto de sociedades a esa empresa controlada exteriormente, en tanto que la jurisdicción que considere a la empresa opaca no lo haga. La única excepción a esta regla son los fondos de inversión.

Se entiende<sup>90</sup> por tanto que, si una sociedad residente en Luxemburgo controlara más del 50% de los derechos de voto de una Sociedad en régimen de atribución de rentas en España (y por tanto transparente), que conforme a la ley española no se considera sometida a Impuesto de sociedades, en principio debería tributar como accionista principal por el IRNR dicha sociedad residente en Luxemburgo. En cambio, en Luxemburgo, donde la sociedad en régimen de atribución es opaca la sociedad es considerada residente en España. Si bien debería estar sujeta al Impuesto de sociedades luxemburgués, no está tributando o no lo hace en igual medida, luego debe tributar en el Impuesto de sociedades español en la diferencia entre el impuesto que le correspondería por sus beneficios en España menos el impuesto satisfecho en Luxemburgo.

Para concluir, el 9.ter<sup>91</sup>, que es el último que aborda temas sustantivos en la Directiva. Este artículo hace referencia a los híbridos de residencia. Dichos híbridos se producen cuando para los efectos del Impuesto sobre sociedades, una compañía (o un establecimiento permanente) es considerada como residente en un país según las autoridades fiscales de un país A, en tanto que es considerada residente en un país distinto según las autoridades y las leyes de otro país B. Este artículo aborda las deducciones en su ámbito más amplio, pues incluye las que se producen a resultas de un

---

<sup>87</sup> Vid supra nota (39).

<sup>88</sup> Parada, L. (2021). Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? The Aftermath of BEPS (IBFD, 2020).

<sup>89</sup> Vid supra nota (88).

<sup>90</sup> Departamento Tributario de Garrigues, (22/04/2016). Régimen fiscal de una LLC (Limited Liability Company). *Expansión* [en línea]. Consultado el 22 de agosto de 2021. Disponible en: [Régimen fiscal de una LLC \(Limited Liability ... - Expansion](#)

<sup>91</sup> Vid supra nota (39).

pago, de un gasto o de una pérdida, y viene a perseguir la doble deducción<sup>92</sup>. De esta manera, si alguna de las partes es un Estado miembro y considera que la empresa reside en su Estado, deberá denegar la deducción cuando en el otro país, ya se ha producido la deducción para compensar ingresos que no están incluidos en la base imponible en ambos países. Si ambas jurisdicciones fueran dos EM, la competencia para negar la deducción pertenece a aquella bajo la cual su Convenio de doble imposición común no considere residente.

Un ejemplo famoso de híbrido de doble residencia es el conocido como Doble Irlandés<sup>93</sup>, aunque en este caso este esquema no se utilizaba para la doble deducción, sino para la deducción sin inclusión<sup>94</sup>. Consistía en que una empresa estadounidense con propiedad intelectual de gran valor añadido creaba una filial en Bermuda, a la que vendía su propiedad intelectual, generalmente a precio de coste. Luego, esta empresa creaba dos filiales en Irlanda, una que sería arrendadora de esos derechos de propiedad, y una segunda que subarrendaría e incorporaría el valor añadido de los cuales a sus productos, que vendería a países de la Unión Europea, deduciéndose a su vez los pagos por la licencia a la empresa arrendadora. Como esta estaba dirigida desde Bermuda, a efectos de la ley irlandesa sería una empresa de Bermuda, en tanto que a los efectos de las autoridades de Estados Unidos sería irlandesa, y por ello sus ingresos no se incorporarían a los resultados corporativos en EE. UU, ya que Irlanda no es para sus autoridades un paraíso fiscal ni un país de baja tributación<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Vid supra nota (39).

<sup>93</sup> Thorne, D. (2013). The Double Irish and Dutch Sandwich tax strategies: Could a general anti-avoidance rule counteract the problems caused by the utilisation of these structures?

<sup>94</sup> Vid supra nota (93).

<sup>95</sup> Vid supra nota (93).

# **IV. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA AL DERECHO ESPAÑOL**

## 1) CAMBIOS LEGALES

La transposición al derecho español de la Directiva se ha materializado mediante el Decreto Ley 4/2021 de 9 de marzo de modificación del IS y del IRNR en relación con las asimetrías híbridas y la Ley 11/2021 de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal. Dicha ley se acoge en su preámbulo a los distintos periodos máximos de transposición señalados por la Directiva, de manera que no transpone inmediatamente el régimen de limitación de intereses. Las principales modificaciones son, por lo tanto, las nuevas asimetrías híbridas, las de la imposición de salida y las normas de imputación de rentas incluidas en la Directiva ATAD.

Comenzando por las asimetrías híbridas el legislador español ha optado por incluirlas todas en un mismo artículo, el 15 bis de la ley del Impuesto de sociedades<sup>96</sup>. Este artículo solo puede aplicarse en situaciones de doble deducción o de deducción sin inclusión, cuando no haya un mecanismo convencional o legal que establezca la exención condicionada<sup>97</sup>. El artículo no hace referencia a que entienda el legislador español por tales conceptos, sino que deben ser interpretados siguiendo las pautas de la Directiva<sup>98</sup>.

Esta requiere para la doble deducción que el mismo pago, gasto o pérdida se deduzca, tanto en la jurisdicción del ordenante (donde se han originado) como en la del beneficiario o inversor (la que cualquier otro Estado considere como el destino del pago). Para la deducción sin inclusión se establecen dos requisitos: deducción de un pago, tanto manifiesto como presumible (entidades controladas) en la jurisdicción del ordenante, y cuando no se ha incluido a efectos fiscales en la jurisdicción del beneficiario, entendiéndose la no inclusión como ausencia de efectiva tributación: no solo la no computación a efectos de la base imponible, sino también en el caso de instrumentos financieros híbridos como la computación que se viera fiscalmente compensada con un crédito o beneficio fiscal, exención, deducción o devolución que

---

<sup>96</sup> España. 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. [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 10 de marzo de 2021, núm. 59, [Consultado el 24 de agosto de 2021], Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/03/09/4/con>

<sup>97</sup> Vid supra nota (22).

<sup>98</sup> Vid supra nota (39).

neutralizara o aminorase fiscalmente el efecto de recibir el pago<sup>99</sup>. El artículo 15 bis<sup>100</sup> puede dividirse según el origen de la asimetría, sea este el instrumento financiero empleado, el establecimiento permanente o la entidad.

Por el instrumento financiero empleado: es el caso del apartado 1<sup>101</sup>: para este primer caso, se ha transpuesto lo dispuesto por el artículo 9.2 de la Directiva<sup>102</sup>, de manera que siendo España la jurisdicción del ordenante, será la que deniegue la deducción, y siendo la del beneficiario, procederá a incluir el pago en su base imponible si el Estado del ordenante le ha proporcionado una deducción. También es el caso del apartado 8<sup>103</sup>, que admite la deducibilidad de aquella renta integrada en la base imponible de un tercer Estado que ya ha hecho tributar a la entidad o establecimiento permanente que esté vinculada con la entidad o establecimiento permanente en España.

Este requisito de control para la deducibilidad no se produce en la Directiva, que no habla en ningún caso de que las partes tengan que estar vinculadas por participaciones de capital<sup>104</sup>. La propia Directiva admite requisitos más exigentes (art 3<sup>105</sup>), pero en este caso no parece tener sentido habilitar a la exención solo a entidades vinculadas, siendo que las posibilidades de elusión son más altas entre estas empresas vinculadas que entre empresas independientes<sup>106</sup>. Otro problema del Decreto Ley es que hace referencia expresa sólo al concepto de gasto, siendo que las transferencias híbridas no solo generan gastos, también pérdidas y pagos que no tengan la consideración de los anteriores<sup>107</sup>.

Por ser una entidad híbrida: apartado 2 del art 15 bis LIS<sup>108</sup>, se reproduce aquí el contenido del artículo 9.1 y 9.2 sobre deducción sin inclusión y doble deducción de la Directiva<sup>109</sup> adaptado a la situación de las entidades. Así, si una empresa o establecimiento residente en territorio español opera con una empresa vinculada residente en el extranjero, que en dicho país no se considera sujeta a un Impuesto de

---

<sup>99</sup> Se trata de una vinculación más con el concepto de no inclusión propuesto en el Plan BEPS. Vid supra nota (21). Además, la norma española también considera no inclusión la tributación a tipo inferior al 10%.

<sup>100</sup> Vid supra nota (96).

<sup>101</sup> Vid supra nota (96).

<sup>102</sup> Vid supra nota (39).

<sup>103</sup> Vid supra nota (96).

<sup>104</sup> Vid supra nota (22).

<sup>105</sup> Vid supra nota (39).

<sup>106</sup> Liu, L., Schmidt-Eisenlohr, T., & Guo, D. (2017). International transfer pricing and tax avoidance: Evidence from linked trade-tax statistics in the UK. *Review of Economics and Statistics*, 1-45.

<sup>107</sup> Vid supra nota (22).

<sup>108</sup> Vid supra nota (96).

<sup>109</sup> Vid supra nota (39).

sociedades (por mucho que su titular si se considerase así en el nuestro), los gastos originados por la operación no serán deducibles. Además, la empresa española deberá incluir en su base imponible el importe obtenido por operaciones con dichas entidades cuando este no fuera un gasto deducible en el Impuesto de sociedades español, pero sí lo ha sido en el Estado donde reside dicha entidad vinculada.

Respecto de los híbridos inversos, es decir, aquellos en los que se opera con una empresa vinculada que en un país no se considera sujeta al Impuesto de sociedades, pero sí en su país de residencia, se incluye el apartado 3 del art 15 bis LIS<sup>110</sup>. Este, ante el hecho de que las sociedades en régimen de atribución en España están sometidas a IRNR, y por tanto sus accionistas están obligados a tributar por los ingresos de esta<sup>111</sup>, se centra en indicar que España rechazará la deducción de la entidad española que opere con la entidad híbrida invertida, porque en el país de residencia de esta entidad híbrida el resultado de la operación no se ha incluido como ingreso en su base imponible (y a su vez, en el tercer país, donde se encuentra la entidad que controla la entidad híbrida invertida, esta es opaca, y considera que está sujeta en España, por lo que no gravará a la entidad asociada). Esto es un reflejo de las reglas de imputación de ingresos del art 9 bis de la Directiva<sup>112</sup>, si bien aquí no se opta por liquidar un Impuesto de sociedades separado, sino que se incluye una corrección en la declaración de la empresa española.

El apartado 4<sup>113</sup> aborda el caso de la doble deducción en los híbridos invertidos. Y lo hace tanto respecto de los gastos imputados cuando la sociedad española está considerada en atribución de rentas (de manera que impute gastos que ha sufrido la entidad vinculada en el otro país, sometida a Impuesto de sociedades en este, como compensación por un rendimiento obtenido de una entidad tercera) como cuando sea la entidad española la que está sometida a Impuesto de sociedades aquí pero no lo está en un tercer país, motivo por el cual se produzca una doble deducción del gasto como compensación por un rendimiento obtenido de una entidad tercera.

---

<sup>110</sup> Vid supra nota (96).

<sup>111</sup> Sanz Gadea, E., "La Directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridas", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 15, 2017, pp. 43-102.

<sup>112</sup> Vid supra nota (39).

<sup>113</sup> Vid supra nota (96).

Recuérdese<sup>114</sup> que todos los casos de híbridos directos e inversos albergan cláusulas que permiten la compensación en los tres periodos impositivos siguientes de las correcciones positivas al resultado del ejercicio de la empresa en España con las correcciones negativas por rentas de doble inclusión, de modo que solo cabe aplicar estas reglas en caso de que no hubieran ingresos por rentas de doble inclusión o estos fueran inferiores a las correcciones positivas por doble deducción o deducción sin inclusión. De este modo, la ley española compensa por la doble imposición. Cabe aquí repetir la misma crítica que para los instrumentos financieros, la ley española habla exclusivamente de gastos.

Por el establecimiento permanente, apartados 5 y 6 del art 15 bis LIS<sup>115</sup>: El apartado 5 aborda discrepancias en la asignación de ingresos y gastos entre matrices y filiales o entre filiales. Se trata por un lado la deducción sin inclusión en el apartado a), que se matiza en el apartado c), en este caso solo para países con Convenio de doble imposición, donde se repite la misma regla, pero permitiendo la compensación de la deducción rechazada (es decir una corrección positiva a la base imponible) con la inclusión de ingresos de doble inclusión (donde procedería una corrección negativa a dicha base) y de la doble deducción en el 5 d). Finalmente, el 5 b) y el 6) abordan las discrepancias en lo que se considera o no un establecimiento permanente, el primero desde la perspectiva de la denegación de la deducción del gasto en casos de deducción y no inclusión, y el segundo desde la obligatoria inclusión del ingreso por la matriz española (cuando se produce doble no inclusión), es una transposición del artículo 9.5 de la Directiva<sup>116</sup>.

El apartado 7)<sup>117</sup> aborda el caso de los híbridos importados, denegando la deducción en España en tanto que el tercer Estado no haya realizado un ajuste equivalente, tal como prevé el artículo 9.3 de la Directiva<sup>118</sup>. Lamentablemente, este artículo cae en la misma indefinición de la Directiva sobre que se considera financiación directa o indirecta de la asimetría híbrida y de cómo trazar el origen en la cadena de transacciones societarias<sup>119</sup>. El instrumento BEPS por su parte, preveía que los pagos a empresas en cuyos países se

---

<sup>114</sup> Casadevall, J., “La neutralización de híbridos en la Directiva ATAD 2”, *Quincena fiscal*, núm. 15-16, sección II (versión electrónica).

<sup>115</sup> Vid supra nota (96).

<sup>116</sup> Vid supra nota (39).

<sup>117</sup> Vid supra nota (96).

<sup>118</sup> Vid supra nota (39).

<sup>119</sup> Vid supra nota (22).

aplicaran las reglas de la acción 2 del plan estarían exentos de la obligación de aplicar la medida de los híbridos importados<sup>120</sup>.

El apartado 9<sup>121</sup> por su parte extiende la aplicación de las disposiciones del 15 bis a los mecanismos estructurados, aquellos que surgen de un acuerdo entre partes independientes, para los que establece los requisitos de la Directiva de efectiva previsión de la ventaja fiscal o de la generación de una situación de doble deducción o de deducción sin inclusión, y una presunción de que las partes los han diseñado a este efecto salvo que el contribuyente o sus entidades vinculadas puedan demostrar que no los conocían razonablemente y que no participaban de las ventajas fiscales. Esta presunción se ha considerado excesiva por la doctrina<sup>122</sup>.

El apartado 10<sup>123</sup> aborda la transposición de la norma del artículo 9 ter sobre los híbridos de residencia, estableciendo la competencia para denegar la deducción en España cuando el otro Estado que considere a la entidad residente se la haya concedido. Además, para los países de la Unión Europea, España rechazará la competencia para denegar la deducción cuando haya un Convenio de doble imposición y este considere a la empresa residente en nuestro país.

El apartado 11<sup>124</sup> se limita a definir las rentas de doble inclusión como las sometidas a tributación en España y en otro país.

El penúltimo apartado, el 12<sup>125</sup>, aborda la consideración de lo que debe ser una empresa controlada a los efectos de la aplicación de normativa anti híbridos, estableciendo el criterio de un 25% de participación en el capital, los derechos de voto o en la participación en beneficios, y ello tanto directa como indirectamente, y también cuando actuando una entidad conjuntamente con otra en el ejercicio de dichas facultades, se controle dicha participación, e incluso, cuando no cumpliéndose lo anterior haya una influencia significativa, es decir cuando pueda intervenir en la política financiera y de explotación de la otra entidad. La indefinición<sup>126</sup> de las letras c) y d) del apartado sobre la computación de los derechos de participación, sobre los que no queda claro si se

---

<sup>120</sup> Vid supra nota (21).

<sup>121</sup> Vid supra nota (96).

<sup>122</sup> Vid supra nota (22).

<sup>123</sup> Vid supra nota (96).

<sup>124</sup> Vid supra nota (96).

<sup>125</sup> Vid supra nota (96).

<sup>126</sup> Vid supra nota (22).

aplica el umbral de participación anterior o no, el concepto de actuación conjunta (aunque puede acudir a la previsión de la acción 2 del Plan BEPS: accionariado de la misma familia o de personas que sea esperable que actúen conjuntamente o estén vinculadas a ello legalmente, por presencia de un contrato que afecte sustancialmente a los derechos de voto o idéntico gestor para ambas partes) y la indefinición del concepto influencia significativa hacen imprecisa la aplicación de la normativa anti híbridos<sup>127</sup>. Igualmente debe reseñarse que la Directiva considera asociadas a efectos de asimetrías híbridas (excepto de instrumentos financieros), híbridas importadas e híbridas reversas a participaciones iguales o superiores al 50% y si bien el artículo 3<sup>128</sup> de la Directiva habilita a los Estados a imponer medidas más restrictivas que las de la propia Directiva se plantea la problemática de si la implementación española no es excesiva, pues llevará a la aplicación de nuestra normativa en casos en los que no haya un control realmente efectivo de la entidad asociada, y por tanto se incurra en restricciones a las libertades de establecimiento y de circulación de capitales del 49 y 63 TFUE<sup>129</sup> respectivamente.

Finalmente, el apartado 13 del artículo 15 bis<sup>130</sup> concluye que las normas previstas anteriormente no se aplicarán a empresas que un Estado considere exentas de impuesto o en un régimen especial<sup>131</sup>, sea por su naturaleza (exención subjetiva), por el contrato o instrumento financiero empleado (aunque no parece que ello se dé en la normativa española) o cuando se produzcan discrepancias en la valoración del beneficio imputado (que no en la calificación, lo cual si entraría en la norma antihíbridos).

Respecto de las normas de imposición de salida, procede realizar cambios tanto en el Impuesto de sociedades, artículos 19 y 100<sup>132</sup> (donde el aplazamiento del cobro del impuesto devengado hasta la efectiva transmisión cambia por un fraccionamiento de este a lo largo de 5 años desde que se acuerde dicha transmisión de bienes o el cese de la actividad) como en el IRNR (el aplazamiento ya señalado, y las transferencias no solo

---

<sup>127</sup> Vid supra nota (22).

<sup>128</sup> Vid supra nota (39).

<sup>129</sup> Vid supra nota (6).

<sup>130</sup> Vid supra nota (96).

<sup>131</sup> Gadea, E. S. (2021). Asimetrías híbridas: Real Decreto-Ley 4/2021. Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, (460), 51-96.

<sup>132</sup> España. Ley 11/2021, de 9 de julio, 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. [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2021, núm. 164, [Consultado el 24 de agosto de 2021], Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/07/09/11>

de activos, sino de ‘actividades’ cuando controlen un establecimiento permanente en España que cesa su actividad o se traslada, así como una extensión del principio de responsabilidad solidaria por deudas fiscales de sus representantes en España).

En el Impuesto de sociedades esta posibilidad de fraccionamiento se condiciona a que el traslado del activo, o de la actividad se produzca a un EM o a un estado del Espacio Económico Europeo. El devengo se producirá por quintas partes desde el año en que se acuerda la transmisión patrimonial y los cuatro años siguientes. La ley establece además una serie de supuestos en los que decae el fraccionamiento y procede la liquidación total de la deuda tributaria. Cuando el cambio de residencia o transferencia patrimonial sea con destino y no con origen en España, el valor fiscal de los activos adquiridos coincidirá con el valor fijado por el EM de origen al realizar su imposición de salida, idéntica disposición prevé el art 18.7 de la Ley del IRNR<sup>133</sup>. Además, dicha posibilidad de fraccionamiento no se concederá en caso de que el traslado se produzca fuera de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo. Esta última circunstancia parece obstaculizar la circulación de capitales, por lo que ha sido criticada por la doctrina, ya que el artículo 63 del TFUE<sup>134</sup> extiende el ámbito de dicha libertad en las relaciones entre Estados miembros y terceros Estados<sup>135</sup>.

Además, las sociedades deben imputar a su base imponible los resultados positivos de las entidades no residentes y establecimientos permanentes que controlen en más de un 50% (Regla de CFC<sup>136</sup>). Igual imputación procederá cuando la entidad no residente no haya satisfecho al menos el 75% del importe que le correspondiese satisfacer ‘por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre sociedades, calculado conforme a las reglas de este impuesto’. Esto solo aplicará en caso de que la entidad no residente o establecimiento permanente no controlados no dispongan de los medios necesarios para desarrollar actividad económica genuina, y aun cuando esto concurra, no se aplicará cuando menos del 15% de su rendimiento sea generado por ingresos

---

<sup>133</sup> España. 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. [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 13 de marzo de 2004, núm. 62, [Consultado el 24 de agosto de 2021], Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/5/con>

<sup>134</sup> Vid supra nota (6).

<sup>135</sup> Peeters, S. (2017). Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 26(3), L. Parada; A. Navarro, «The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, vol. 25, 3, 2016, p. 120.

<sup>136</sup> Vid supra nota (39). Véase el artículo 7 de la Directiva.

definidos en el art 100.3 LIS<sup>137</sup> (se han añadido varios nuevos tipos de ingreso al transponer la Directiva) y cuando la participada se encuentre en un Estado miembro o Estado del Espacio Económico Europeo y atestigüe tener una actividad económica. Estas son las modificaciones más atinentes al tema del presente trabajo, las demás modificaciones de la ley 11/2021 no transponen asuntos tratados en la Directiva.

## 2) CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

A continuación, se tratarán una serie de sentencias recientes del TJUE que ofrecen orientación sobre como adoptar los nuevos cambios de la Directiva en imposición de salida (art 5<sup>138</sup>), norma general antiabuso (art 6<sup>139</sup>) y la transparencia fiscal (art 7<sup>140</sup>) en línea con la jurisprudencia de esta institución.

En el caso NGI (C-371/10<sup>141</sup>) el TJUE se manifiesta sobre el préstamo otorgado por una filial neerlandesa a su matriz británica, en un momento en que una variación en el tipo de cambio hizo que el crédito que la filial ostentaba frente a la matriz aumentase fuertemente de valor, provocando una plusvalía. Dicha filial trasladó su residencia a Reino Unido, originándose el consecuente conflicto de valoración entre las dos administraciones, pues el crédito pasaría a medirse en monedas diferentes a efectos del cálculo de bases impositivas. El TJUE resolvió en el sentido de que era proporcional la restricción a la libertad de establecimiento del art 49<sup>142</sup> también amparándose en la preservación del reparto de la potestad impositiva.

Además, no era desproporcionado que se liquidase el impuesto teniendo en cuenta su valoración en la moneda corriente en Países Bajos, aun cuando se supiese que ese crédito iba a experimentar una minusvalía al medirse en libras esterlinas y con independencia que el Reino Unido fuese a tener en cuenta esa minusvalía o no (de hecho, no podía hacerlo, pues esa plusvalía solo se daba por la diferencia de tipos de cambio tomados para el cálculo de las bases imponibles). Lo que sí era desproporcionado, en cambio, era el hecho de proceder al cobro inmediato de dicha liquidación. En principio debe otorgarse el derecho a elegir entre el pago aplazado de la

---

<sup>137</sup> Vid supra nota (132).

<sup>138</sup> Vid supra nota (39).

<sup>139</sup> Vid supra nota (39).

<sup>140</sup> Vid supra nota (39).

<sup>141</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso National Grid Indus BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

<sup>142</sup> Vid supra nota (6).

deuda a medida que se vaya realizando la plusvalía y se disponga de tesorería (aun cuando ello implique pagar intereses sobre la deuda) y el pago inmediato, salvo que los costes administrativos que la empresa debe asumir por el pago diferido hagan sólo asumible un pago inmediato.

A igual conclusión se llegó en el Caso Aures Holdings (C-405/18<sup>143</sup>), en el que dicha multinacional buscó transferir sus pérdidas incurridas en Países Bajos en 2007 a su nueva sede en República Checa, donde habían transferido tanto la residencia fiscal como la dirección efectiva del negocio en 2009, siendo que la ley checa no permite la deducción a sus empresas residentes de las pérdidas habidas fuera del territorio checo, y tampoco el Convenio de doble imposición entre los dos países permite la deducción de las pérdidas de una compañía tras cambiar de residencia al otro Estado. Por tanto, aún habiendo diferencia de trato a efecto del 49 TFUE<sup>144</sup>, era proporcional que el Estado de destino rechazase la aplicación de la deducción por dichas pérdidas en base al reparto de la potestad impositiva y al peligro de producirse una doble deducción.

En los casos DMC (C-164/12<sup>145</sup>) y Verder LabTec (C-657/13<sup>146</sup>) se establece que procede la imposición de salida al producirse la transferencia de derechos sobre patentes, marcas y modelos de utilidad (activos) desde una matriz situada en un Estado miembro a su filial en otro Estado miembro (por mucho que, en este, los ingresos producidos por el rendimiento de dichos activos están exentos). Así, es discriminatorio que se dé esta imposición (y por tanto contraria a la libertad de establecimiento consagrada en el Art 49 del TFUE<sup>147</sup>) cuando dicha transferencia no constituye hecho impositivo alguno si la transferencia se produce a un establecimiento permanente dentro del Estado miembro de origen. No obstante, el Tribunal de Justicia de la UE admite que la preservación del reparto de la potestad impositiva es una razón legal imperiosa que permite que se pueda configurar como hecho impositivo a efectos de la plusvalía otro supuesto distinto de la efectiva realización de esta, para hacer efectivo el principio de

---

<sup>143</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso AURES Holdings a.s. contra Odvolací finanční ředitelství. Sentencia de 27 de febrero de 2020.

<sup>144</sup> Vid supra nota (6).

<sup>145</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso DMC Beteiligungsgesellschaft mbH contra Finanzamt Hamburg-Mitte. Sentencia de 23 de enero de 2014.

<sup>146</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Verder LabTec GmbH & Co. KG contra Finanzamt Hilden. Sentencia de 21 de mayo de 2015.

<sup>147</sup> Vid supra nota (6).

territorialidad fiscal. Esto ampara situaciones como la prevista por la Directiva o por la nueva ley española.

Además, el Tribunal admitió que era proporcional el cobro de la diferencia entre el valor fiscal y el de mercado en un período de 5 y de 10 años, respectivamente, desde el momento en que se negoció la transferencia de los dichos activos, completando la jurisprudencia de *Lasteyrie du Saillant (C-9/02)*<sup>148</sup>, que se pronunció en contra del cobro inmediato de la deuda una vez cumplido el hecho impositivo, por su falta de proporcionalidad. Desde la doctrina, además, se ha sostenido que aquellas plusvalías que estén exentas en caso de efectiva realización también deberían estar exentas en estos nuevos hechos impositivos<sup>149</sup>.

En la normativa española<sup>150</sup> se permite por tanto que no se tenga en cuenta el valor fiscal fijado por el Estado de origen cuando este se aparte del valor de mercado. Igualmente, se ha cambiado el momento de cobro, desde el pago en el momento de realización de la plusvalía a una opción entre pago inmediato o por plazos de 5 años impuesto por la Directiva. Aunque es proporcional conforme a las sentencias anteriores, el pago por fracciones puede ser problemático desde el punto de vista de la tesorería, porque el ritmo de enajenación de esos activos puede ser distinto del ritmo de pago de los plazos del impuesto<sup>151</sup>.

Un supuesto que la ley española no ha transpuesto completamente es la imposición de salida para el caso de una matriz de una sociedad que traslade sus activos a un establecimiento permanente en el extranjero. En este caso, la normativa española no considera que se pierda la jurisdicción sobre la plusvalía al continuar siendo la matriz española residente en España sujeta al impuesto en España, pero debería preverse un supuesto para el caso en que este traslado se convierta en pérdida de jurisdicción<sup>152</sup>.

La línea actual de la Directiva y de la Jurisprudencia parece apuntar a una unificación de los impuestos de salida en cuanto a la liquidación inmediata y una tributación por

---

<sup>148</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Hughes de Lasteyrie du Saillant contra Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Sentencia de 11 de marzo de 2004.

<sup>149</sup> González-Barreda, P. A. H. (2019). Los impuestos de salida de personas jurídicas en la Directiva anti-elusión y su transposición en España. *Quincena fiscal*, (4), pp 119-154.

<sup>150</sup> Vid supra nota (132).

<sup>151</sup> Vid supra nota (149).

<sup>152</sup> Gutmann, D., Perdelwitz, A., de la Blétière, E. R., Offermanns, R., Schellekens, M., Gallo, G., ... & van Doorn-Olejnicka, M. (2017). The impact of ATAD on domestic systems: a comparative survey. *European taxation*, 57(1), 2-20.

pagos fraccionados. Como hemos visto, la jurisprudencia del TJUE pivota entorno al reparto de la potestad impositiva, sea como motivo único, sea en conjunción con otros (mantenimiento de la coherencia de los sistemas fiscales, prevención de la evasión) cuando debería establecer también sus razonamientos en torno a la artificiosidad de las decisiones tomadas valiéndose de la libertad de establecimiento del art 49 TFUE<sup>153</sup>.

Por lo que respecta a la transparencia fiscal, es decir la inclusión de los beneficios de filiales controladas en las bases de la matriz, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado desde la postura restrictiva (entre matrices y filiales intracomunitarias) adoptada en *Cadbury Schweppes* (C-196/04<sup>154</sup>) a la adoptada en *X GmbH* (C-135/17<sup>155</sup>), para matrices con filiales extracomunitarias. Para empezar, el enfoque para abordar las cláusulas de transparencia se basa ahora en la libertad de movimientos de capitales del art 63<sup>156</sup> del TFUE, y no de la libertad de establecimiento del art 49<sup>157</sup>. A continuación, el Tribunal autoriza a los Estados miembros a mantener sus reglas nacionales que limiten el libre movimiento de capitales establecidas a 31 de diciembre de 1993 siempre y cuando estas inversiones sean directas (es decir se dirijan al control del capital de la sociedad, como las que prevén la Directiva y la ley española), pero no cuando sean inversiones de cartera (se dirigen a la compraventa de acciones lucrativa y la percepción de dividendos).

En segundo lugar, el Tribunal concluyó que para que perviviese esa limitación del art 64 TFUE<sup>158</sup> a la libertad de movimientos de capitales, la situación prevista en la ley nacional a 31 de diciembre de 1993 debía haber permanecido inalterada materialmente y no haber habido reformas que modificaran sus requisitos desde ese entonces. En caso de haberse modificado materialmente, pero haber procedido a volver a cambiar la ley para restablecer el statu quo a 1993, el artículo 64 TFUE solo podía seguir aplicándose si la modificación material, aunque entrase en vigor, no llegase a entrar en aplicación.

---

<sup>153</sup> Vid supra nota (149).

<sup>154</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue*. Sentencia de 12 de septiembre de 2006.

<sup>155</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *X GmbH contra Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019.

<sup>156</sup> Vid supra nota (6).

<sup>157</sup> Vid supra nota (6).

<sup>158</sup> Vid supra nota (6).

Por su parte el art 65 TFUE<sup>159</sup>, que establece otra limitación a la libertad de movimientos de capitales para aplicar su derecho fiscal en función del lugar de inversión del capital, tampoco era de aplicación, ya que como en Cadbury Schweppes<sup>160</sup>, no había una diferencia objetiva que justificase dicha medida, sino que con ella se pretendía evitar la transferencia de rendimientos a un tercer país equiparando la carga tributaria soportada por la multinacional con establecimiento en otro país con menor tributación y la de una empresa con sede únicamente en el Estado miembro. El Tribunal de Justicia sí admitió las razones de interés general de la preservación del reparto de la potestad tributaria y la efectividad de las inspecciones tributarias, que no eran otras sino evitar la evasión fiscal evitando la dicha transferencia de rendimientos de terceros para eludir el pago de los tributos en Alemania, siendo que esta era la principal actividad de Y, controlada por X.

En conclusión, se permite ahora que la filial no deba ser completamente artificial en el sentido más estricto de Cadbury<sup>161</sup> (y que se aplicará a sociedades controladas en otros Estados miembros), sino que en el caso de las filiales en terceros Estados basta que la norma castigue a aquellas compañías que hayan diseñado un esquema de sociedades controladas con el objeto *principal* de eludir la potestad tributaria de un Estado miembro, para ello la norma deberá prever situaciones que permitan deducir el fraude: ausencia de actividades económicas válidas, filial en país de baja tributación, inclusión de rendimientos pasivos (intereses, dividendos y cánones)... Como regla general estas presunciones no podrán ser *iuris et de iure*. En presencia de un Convenio internacional que regule un mecanismo de intercambio de información tributaria entre el país tercero y el Estado miembro, dicha presunción será *iuris tantum*, puede ser desmontada por la empresa afectada aludiendo a razones comerciales válidas.

Pues bien, es en este último supuesto en que la Opción 2 del artículo 7 de la Directiva<sup>162</sup> adolece de un automatismo excesivo en la imputación, al obligar a la incorporación del rendimiento, cuando en realidad debería incluir una diferenciación entre Estados miembros y terceros países, y dentro de estos, los países con y sin mecanismo de intercambio de información, y permitir un trámite a la empresa para reclamar contra esa

---

<sup>159</sup> Vid supra nota (6).

<sup>160</sup> Vid supra nota (154).

<sup>161</sup> Vid supra nota (154).

<sup>162</sup> Vid supra nota (39).

imputación por razones comerciales válidas. La norma de transparencia española<sup>163</sup> es más permisiva en este sentido, ya que aplica el concepto de artificial en el sentido de Cadbury sin discriminar el país donde se ubique la sociedad controlada o el establecimiento permanente para la regla de CFC siguiendo el modelo de inclusión general de ingresos de la Directiva. Esto es más liviano para terceros Estados de lo que el TJUE considera proporcional. En cambio, es más restrictiva para la posibilidad de exclusión de la regla de CFC de ciertos tipos de ingresos pasivos, requiriendo que menos del 15% de los rendimientos provengan de esta vía, o que, en el caso de ser un Estado de la UE o el EEE, pueda justificar actividad económica válida. Dicha posibilidad, atendiendo a la jurisprudencia<sup>164</sup>, debería extenderse a aquellas jurisdicciones que tengan algún Convenio que establezca el intercambio de información tributaria.

En materia de abuso, debe traerse a colación el Caso N Luxembourg 1 (C-115/16)<sup>165</sup>, en el que una filial danesa pagaba intereses a una filial luxemburguesa, y esta los pagaba a una entidad en un tercer Estado, de manera que se explotaba el sistema de exención de intereses de la Directiva 2003/49<sup>166</sup>, pues estando estos exentos de retenciones en Dinamarca, se transferían a Luxemburgo que tiene un régimen de transferencia de intereses con tipos muy bajos<sup>167</sup>. El Tribunal recuerda su doctrina del abuso del derecho de la Unión, estableciendo que se requiere una intención subjetiva (el propósito principal o uno de los principales, *pero no el único*, debe ser la evasión fiscal) y una circunstancia objetiva (un mecanismo completamente artificial, no basado en la realidad económica, con una estructura meramente formal, en este caso la filial de Luxemburgo tenía meramente dos trabajadores a tiempo parcial y compartía oficina con otras empresas). Adicionalmente, se clarificó el concepto de beneficiario a efectos de la aplicación de la Directiva con una referencia al Modelo de Convenio de la OCDE, como aquel que dispone económicamente de los fondos obtenidos con los intereses, y puede

---

<sup>163</sup> Vid supra nota (132).

<sup>164</sup> Vid supra nota (155).

<sup>165</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. N Luxembourg 1 and Others contra Skatteministeriet. Sentencia de 26 de febrero de 2019.

<sup>166</sup> Unión Europea. Directiva (CE) nº 49/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea, 26 de junio de 2003, [consulta: 26 de agosto de 2021], núm. 157. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2003/49/oj>

<sup>167</sup> Hardeck, I., & Wittenstein, P. U. (2018). Assessing the tax benefits of hybrid Arrangements—evidence from the Luxembourg Leaks. *National Tax Journal*, 71(2), 295-334.

invertirlos. Ya hemos comentado que la ley española incide en que el motivo de evasión sea el único, pero en la práctica, dado que el mecanismo debe ser meramente formal, por los requisitos de circunstancia objetiva, esto no es relevante<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> Kuzniacki, B. (2019). The CJEU Case Law Relevant to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR) Under the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). *U. Bologna L. Rev.*, 4, 261.

# **V. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA DIRECTIVA Y CONCLUSIONES PARA SU MEJORA**

Esta sección analizará las limitaciones de la Directiva, la proyección futura de esta a partir de sus efectos económicos y las correcciones que, de acuerdo con la jurisprudencia ya estudiada, puedan mejorar la eficiencia regulatoria, maximizando su implementación y minimizando los costes de cumplimiento para Estados y empresas de sus preceptos.

## 1) EVALUACIÓN CRÍTICA

La Directiva supone un cambio en la estrategia de la UE respecto de la fiscalidad<sup>169</sup>, que tradicionalmente se había centrado en la supresión de obligaciones tributarias que generasen desigualdades en el trato entre empresas que operan solo en el mercado de un Estado Miembro y aquellas que lo hacen a nivel Unión Europea, para centrarse en la creación de obligaciones tributarias a los Estados, a fin de prevenir que las bases imponibles se separen de los mercados de los Estados miembros donde se esté produciendo actividad económica genuina.

Una primera crítica de la Directiva es que no aborda específicamente una regla de precios de transferencia para las transferencias de propiedad intelectual, ni una regla para la transferencia de beneficios donde es difícil encontrar un precio de libre mercado comparable, para cumplir con el arm's length principle<sup>170</sup>. La investigación económica reciente<sup>171</sup> ha demostrado que las multinacionales con un alto grado de inversión en I+D, y por tanto las que generan más patentes, tienden a explotar más los precios de transferencia para mejorar sus costes fiscales. A resultas de ello, su tributación es baja<sup>172</sup>.

La segunda crítica que puede hacerse es que ni la Directiva (ni la ley española, en vista de lo examinado hasta el momento) establecen una coordinación en la aplicación de las medidas antihíbridos creadas, de manera que desde el punto de vista de una jurisdicción puede proceder aplicar una regla y desde el punto de vista de otra, otro artículo, lo cual

---

<sup>169</sup> Vid supra nota (22).

<sup>170</sup> Hak, M., & Andrić, B. (2021). Challenges of Transfer of Intangible Assets in Digital Companies: Case Study of European Union Market. *Economic and Social Development: Book of Proceedings*, 107-112.

<sup>171</sup> Alstadsæter, A., Barrios, S., Nicodème, G., Skonieczna, A. M., & Vezzani, A. (2018). Patent boxes design, patents location, and local R&D. *Economic Policy*, 33(93), 131-177.

<sup>172</sup> "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI". 19 de mayo de 2021. COM (2021) 251 final. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9043-2021-INIT/es/pdf>

puede desembocar en situaciones de doble imposición<sup>173</sup>, lo que perjudicaría la competitividad de las empresas. Una posibilidad que puede explorarse es el recurso a reglas de coordinación para evitarlo, que exploraremos en las propuestas de la conclusión.

Como se anunció en la exposición de la Directiva, procede ahora examinar atentamente la regla de los híbridos importados. El problema de esta regla es que, si bien está concebida para un Estado miembro que deniega una deducción porque busca protegerse de un conflicto de calificación entre otros dos Estados terceros que no dispongan de medidas anti híbridos<sup>174</sup>, o bien que estas sean más laxas, en su redacción no especifica que se aplique solo a terceros Estados. Es posible por tanto que genere conflictos entre Estados miembros, que habiendo transpuesto la Directiva correctamente, hayan incorporado sus reglas distintamente, o dispongan calificaciones distintas para distintos instrumentos financieros (lo que consideren que directa o indirectamente compensan los ingresos y gastos de empresas asociadas). Este resultado de inseguridad jurídica es especialmente problemático puesto que en este caso estaría viéndose perjudicado el derecho a la libertad de establecimiento del art 49 del TFUE<sup>175</sup>, que tiene unos requisitos muy exigentes para poder verse limitado (doctrina Cadbury<sup>176</sup>), además de verse socavado el Mercado interior<sup>177</sup>. El resultado económico de ello sería a una reducción de la actividad y la inversión transfronteriza de las multinacionales en la Unión Europea<sup>178</sup>.

## 2) CONCLUSIONES

Respecto a la regla de precios de transferencia para las transacciones digitales y las transferencias de propiedad intelectual, debe tenerse en cuenta que el nuevo modelo de negocio debe atender a que el valor no se genera ya de manera unilateral al venderse un producto al consumidor, sino que surge del intercambio de información masivo entre este, el prestador del servicio y las empresas con que este se relacione para recoger esta

---

<sup>173</sup> Parada, L. (2018). Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach. *Intertax*, 46(12).

<sup>174</sup> Vid supra nota (71).

<sup>175</sup> Vid supra nota (6).

<sup>176</sup> Vid supra nota (154).

<sup>177</sup> Vid supra nota (71).

<sup>178</sup> Vid supra nota (71).

información y procesarla y poder ofrecer una buena retroalimentación al cliente<sup>179</sup>. Dos propuestas pueden abordarse para luchar contra esta transferencia:

Primeramente, se la puede perseguir indirectamente, incluyendo en el artículo 4<sup>180</sup> de la Directiva una regla de limitación de la deducibilidad de los cánones, aportando igual tratamiento al que ahora tienen los intereses. Esto provocará que las empresas que creen sociedades en los Estados miembros que paguen cánones muy elevados, explotando su propiedad intelectual para generar precios de transferencia, sean penalizadas. Así, aumentaría el cumplimiento espontáneo por estas, que resulta más eficiente<sup>181</sup>.

En segundo lugar, se la puede abordar directamente, a través del análisis individualizado de la cadena de valor de la empresa<sup>182</sup>. De este modo, puede obtenerse información sobre el proceso de creación de valor para entender los elementos más lucrativos de esta. En ciertas empresas, el tráfico de datos (que las empresas obtienen sin coste de los clientes) implica la creación de valor adicional. Como los datos más valiosos son aportados por los clientes, a la jurisdicción donde se encuentren deben atribuírsele derechos impositivos como jurisdicción-mercado<sup>183</sup>. Finalmente, una propuesta sería considerar a los datos como un activo en el Estado donde se obtengan y sujetarlos a la regla de imposición de salida del artículo 5 de la Directiva<sup>184</sup>. El valor de venta de esos activos en el lugar donde se procesen y vendan podría incorporarse a la base imponible en ese Estado, en tanto que proporcionaría un valor de mercado de referencia para el Impuesto de salida en las jurisdicciones-mercado, facilitando la implementación.

Para la segunda crítica, la propuesta que podría modernizar el régimen de la Directiva y facilitar su aplicación es el uso de reglas de coordinación entre los Estados. Las reglas de coordinación implicarían tratar a los híbridos no desde una perspectiva defensiva, que persigue la evitación a toda costa de la no imposición, sino a través de la característica esencial que los define, la diferente calificación que recibe el híbrido en

---

<sup>179</sup> Srinivasan, L. (2019). Eden, Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy: A Case Study of the Internet of Things (Part II of II). *Tax Management. International Journal*, 48, 256.

<sup>180</sup> Vid supra nota (39).

<sup>181</sup> Juranek, S., Schindler, D., & Schjelderup, G. (2018). Transfer pricing regulation and taxation of royalty payments. *Journal of Public Economic Theory*, 20(1), 67-84.

<sup>182</sup> Petruzzi, R., & Buriak, S. (2018). Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy—A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? R. Petruzzi & S. Buriak, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy—A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules*, 72.

<sup>183</sup> Vid supra nota (182).

<sup>184</sup> Vid supra nota (39).

cada ordenamiento afectado por él. Así, las reglas de calificación<sup>185</sup> permiten asignar una calificación fiscal conforme a la ley de un solo Estado (y consecuentemente, la aplicación de las consecuencias jurídicas que dicha ley prevea), empleando para ello un punto de conexión. De las propuestas ofrecidas por la Doctrina, entiendo que el punto de conexión más sólido es el de calificar conforme a la ley del Estado donde residen la mayoría de los inversores o accionistas que controlan el conjunto de entidades vinculadas. Esta propuesta forma parte de las recomendaciones de la OCDE<sup>186</sup>.

Adicionalmente, es la que presenta mayor seguridad jurídica porque, por un lado, se puede recurrir al modelo de la OCDE de Convenio de doble imposición<sup>187</sup> para determinar la residencia de estos conformes a las reglas para los conflictos de residencia, y por otro lado, el cambio de residencia fiscal es complejo<sup>188</sup> y se presta a menor manipulación que otros puntos de conexión como el Estado de ubicación del pagador, o el Estado de constitución de una entidad híbrida<sup>189</sup>. Estas reglas de coordinación no solo favorecen el principio de reconocimiento mutuo entre los ordenamientos de la Unión<sup>190</sup>, sino que al ser más sencillas que las reglas de la ATAD, prevendrían muchas asimetrías híbridas, dejando las reglas de la ATAD de último recurso, y coordinando su uso. Así el coste de implementación para las administraciones fiscales<sup>191</sup> de los Estados miembros con menor presupuesto y medios se reduciría.

Finalmente, la tercera crítica, sobre la regla de híbridos importados, debería modificarse para hacer referencia exclusivamente a los terceros Estados, de forma que no se socave la libertad fundamental de establecimiento del artículo 49 TFUE<sup>192</sup>. Hemos visto que la doctrina sostenida en *X GmbH*<sup>193</sup> sí que permite la aplicación de esta regla, puesto que las filiales que se encuentran en terceros países si pueden considerarse artificiales si se establecen para propósitos elusivos. En última instancia y pensando en el largo plazo, el empleo de las reglas de coordinación arriba mencionadas limitaría la posibilidad de

---

<sup>185</sup> Parada, L. Double non-taxation and the use of hybrid entities: an alternative approach in the new era of BEPS. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, B.V, 2018, p. 353-397. ISBN 978-90411-9991-1.

<sup>186</sup> Vid supra nota (21).

<sup>187</sup> Vid supra nota (7).

<sup>188</sup> Vid supra nota (7).

<sup>189</sup> Hrdlička, L. (2021). Hybrid Mismatches After the ATAD. Theoretical Aspects of International Cooperation in Tax Matters. Praha. Rigorózní práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra finančního práva a finanční vědy.

<sup>190</sup> Vid supra nota (189).

<sup>191</sup> Vid supra nota (189).

<sup>192</sup> Vid supra nota (6).

<sup>193</sup> Vid supra nota (155).

conflictos de calificación si consiguen aplicarse no solo a escala europea, sino a escala mundial a través de una convención promovida por la OCDE. Esto permitiría a las empresas manejar un solo ordenamiento, reduciendo costes e inseguridad jurídica.

# VI. BIBLIOGRAFÍA

## Libros

Cubero Truyo., A, Toribio Bernárdez., L. Manual Básico de Fiscalidad Internacional. Aranzadi Thomson Reuters. 2018.

Queralt, J. M., Serrano, C. L., López, J. M. T., & Ollero, G. C. Curso de derecho financiero y tributario. Comercial Grupo ANAYA. (2016).

Pérez Royo, F. Derecho financiero y tributario. Parte general, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 276.

## Artículos

Achim, T. Reforming EU fiscal rules: More leeway, investment orientation and democratic coordination. *Intereconomics*, 55(5), 277-281. (2020). doi: <http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0915-z>

Alstadsæter, A., Barrios, S., Nicodème, G., Skonieczna, A. M., & Vezzani, A. (2018). Patent boxes design, patents location, and local R&D. *Economic Policy*, 33(93), 131-177.

Asfar, O. Fiat and Starbucks: The repurposing of competition law for anti-tax-avoidance schemes. *Business Law International*, (2020). 21(1), 69-77. Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/flat-starbucks-repurposing-competition-law-anti/docview/2344181313/se-2?accountid=14744>

Avi-Yonah, R. S. A Positive Dialectic: Beps and The United States. *AJIL Unbound*, (2020). 114, 255-259.

Báez Moreno, A. , Zornoza Pérez, J. Spain, en M. Lang, J. Owens, P. Pistone, A. Rust, J. Schuch, C. Staringer (editores) GAARs –A key element of tax systems in the post-BEPS tax world, IBFD, Ámsterdam, 2016.

Báez Moreno, A., Zornoza Pérez, J. La norma general contra las prácticas abusivas de la ATAD, en J.M. Almudí Cid, J.A. Ferreras Gutiérrez, P. A. Hernández González-Barreda (directores) La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea, *Thomson Reuters Aranzadi*, Pamplona, 2018.

Barreiro Carril, M. C. (2019). La cláusula general antiabuso en España. ¿Es necesaria una transposición expresa de la GAAR establecida en la ATAD al ordenamiento tributario español?. *Studi Tributari Europei*, 9(1), I –. <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/10831>

Barry, F. (2019). Aggressive tax planning practices and inward-FDI implications for Ireland of the new US corporate tax regime. *The Economic and Social Review*, 50(2, Summer), 325-340.

Casadevall, J., “La neutralización de híbridos en la Directiva ATAD 2”, *Quincena fiscal* , núm. 15-16, sección II (versión electrónica).

Cédelle, A. The EU Anti-Tax avoidance directive: A UK perspective. *British Tax Review*, (2016). (4), 490-507.

Cobham, A., & Garcia-Bernardo, J. (2020). Time for the EU to close its own tax havens. *Tax Justice Network*, 4.

Collier, R., Kari, S., Ropponen, O., Simmler, M., & Todtenhaupt, M. (s. f.). *Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems*. EconPol Policy Report, No. 08, ifo Institute - Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, Munich.

Correspondent, I. Greece aligns tax rules with BEPS actions. *International Tax Review*, (2019). Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/greece-aligns-tax-rules-with-beps-actions/docview/2341183557/se-2?accountid=14744>

De Jong, J. F., & Gilbert, N. D. Fiscal discipline in EMU? Testing the effectiveness of the Excessive Deficit Procedure. *European Journal of Political Economy*, 61, 101822. (2020).

Departamento Tributario de Garrigues, (22/04/2016). Régimen fiscal de una LLC (Limited Liability Company). *Expansión* [en línea]. Consultado el 22 de agosto de 2021. Disponible en: Régimen fiscal de una LLC (Limited Liability ... – Expansion

Duffie, D., & Skeel, D. A. (2012). A dialogue on the costs and benefits of automatic stays for derivatives and repurchase agreements. *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper*, (12-02).

Falkinger, J. On understanding economic reality at the beginning of the twenty-first century: An essay in remembrance of Professor Laski: *Europäische zeitschrift für Ökonomie und Wirtschaftspolitik. European Journal of Economics and Economic Policies*, (2019). 16(3), 403-403–419. doi: <http://dx.doi.org/10.4337/ejeep.2019.0051>

Gadea, E. S. (2021). Asimetrías híbridas: Real Decreto-Ley 4/2021. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, (460), 51-96.

Ginevra, G. 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(2). (2017).

González-Barreda, P. A. H. (2019). Los impuestos de salida de personas jurídicas en la Directiva anti-elusión y su transposición en España. *Quincena fiscal*, (4), pp 119-154.

Gormsen, L. L. State aid and direct taxation and the big eruption between the U.S. and the EU. *Antitrust Bulletin*, (2017). 62(2), 348-366. doi: <http://dx.doi.org/10.1177/0003603X17708359>

Gutmann, D., Perdelwitz, A., de la Blétière, E. R., Offermanns, R., Schellekens, M., Gallo, G., ... & van Doorn-Olejnicka, M. (2017). The impact of ATAD on domestic systems: a comparative survey. *European taxation*, 57(1), 2-20.

Hak, M., & Andrić, B. (2021). Challenges of Transfer of Intangible Assets in Digital Companies: Case Study of European Union Market. *Economic and Social Development: Book of Proceedings*, 107-112.

Hardeck, I., & Wittenstein, P. U. (2018). Assessing the tax benefits of hybrid Arrangements—evidence from the Luxembourg Leaks. *National Tax Journal*, 71(2), 295-334.

Herrero de la Escosura, P., Cubero Truyo, A. et al (2017), Convergencia económica y gobernanza fiscal en la Unión Europea. *Convergencia económica y gobernanza fiscal en la Unión Europea*, 1-262.

Hines Jr, J. R. (1996). Tax policy and the activities of multinational corporations (No. w5589). National Bureau of Economic Research.

Isac, L. European Experience in tackling tax evasion schemes. *Knowledge Horizons.Economics*, (2019). 11(1), 75-81.

Jenniges, D., Mataloni Jr, R., Stutzman, S., & Xin, Y. (2019). Strategic movement of Intellectual Property within US multinational enterprises. In *The Challenges of Globalization in the Measurement of National Accounts*. *University of Chicago Press*.

Juranek, S., Schindler, D., & Schjelderup, G. (2018). Transfer pricing regulation and taxation of royalty payments. *Journal of Public Economic Theory*, 20(1), 67-84.

Koriak, O. The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework? *European taxation*, 2016, ISSN 0014-3138, Vol. 56, N°. 12, 2016, págs. 552-559.

Kuzniacki, B. (2019). The CJEU Case Law Relevant to the General Anti-Avoidance Rule (GAAR) Under the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). *U. Bologna L. Rev.*, 4, 261.

Laguna, F. D. M. (2021). Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: el nuevo artículo 15 bis de la LIS. *Quincena fiscal*, (10), 73-110.

Lippert, Tyler H, PhD., J.D. OECD base erosion & profit shifting: Action item. *Northwestern Journal of International Law & Business*, (2017). 37(3), 541-563. Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/oecd-base-erosion-amp-profit-shifting-action-item/docview/1945555756/se-2?accountid=14744>

Liu, L., Schmidt-Eisenlohr, T., & Guo, D. (2017). International transfer pricing and tax avoidance: Evidence from linked trade-tax statistics in the UK. *Review of Economics and Statistics*, 1-45.

Merlin, X., & Weill, M. (2018). Quel avenir numérique pour l'europe ? *Réalités Industrielles*, (2018), 42-45,97,103-104. Retrieved from <https://search.proquest.com/scholarly-journals/quel-avenir-numérique-pour-leurope/docview/2012401795/se-2?accountid=14744>

Mosquera, I.J., Burgers, I.J.J. Review of anti-avoidance measures of a general nature and scope –general anti-avoidance rules and other measures, en *Bulletin for International Taxation*, vol. 73, 10, 2019.

Mulas-Granados, C. (2009). Mejorando la gobernanza económica en la UE. *Boletín Elcano*, (113), 9.

Nicolay, K., & Spengel, C. The European Commission's CC (C) TB re-launch (No. 1/2017). ZEW-Leibniz Centre for European Economic Research.

Palao Taboada, C. El abuso del derecho en materia tributaria en el derecho comunitario europeo, en *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Guipuzkua*, 223, 2016, 24.

Parada, L. Double non-taxation and the use of hybrid entities: an alternative approach in the new era of BEPS. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, B.V, 2018, p. 353-397.

Parada, L. (2018). Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach. *Intertax*, 46(12).

Parada, L. (2021). Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? *The Aftermath of BEPS (IBFD, 2020)*.

Peeters, S. (2017). Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 26(3)

Peeters, B., & Vanneste, L. (2020). The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD. *Intertax*, 48(1).

Pérez Royo, F. Derecho financiero y tributario. Parte general, *Thomson Reuters Aranzadi*, Cizur Menor, 2019, 276.

Petruzzi, R., & Buriak, S. (2018). Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy—A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? R. Petruzzi & S. Buriak, Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy—A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules, 72.

Phillips, R., Petersen, H., & Palan, R. (2021). Group subsidiaries, tax minimization and offshore financial centres: Mapping organizational structures to establish the ‘in-betweeners’ advantage. *Journal of International Business Policy*, 4(2), 286-307.

Prueksarungrueang, K. (2019). The Impacts of BEPS on Intellectual Property Tax Planning. *Ramkhamhaeng Law Journal*, 8(1), 107-144.

Raffaele, F. Adapting the EU economic governance to new macroeconomic and political realities. *Intereconomics*, 55(5), 320-324. (2020). doi: <http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0922-0>

Sanz Gadea, E., “La Directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridas”, *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 15, 2017, pp. 43-102.

Savage, J. D., & Howarth, D. Enforcing the European Semester: the politics of asymmetric information in the excessive deficit and macroeconomic imbalance procedures. *Journal of European Public Policy*, 25(2), 212-230. (2018).

Sebastian, D., Theobald, T., Silke, T., & Watt, A. Why current EU proposals for corona-related financial aid cannot replace coronabonds. *Intereconomics*, 55(3), 152-155. (2020). doi: <http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0892-2>

Srinivasan, L. (2019). Eden, Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy: A Case Study of the Internet of Things (Part II of II). *Tax Management. International Journal*, 48, 256.

Thorne, D. (2013). The Double Irish and Dutch Sandwich tax strategies: Could a general anti-avoidance rule counteract the problems caused by the utilisation of these structures?

Vítek, I. K. L. (2019). Aggressive Tax Planning and Balance of Payments. *Theoretical and Practical Aspects of Public Finance 2019*, 45.

Yuskavage, R. E. (2018). Comment on " The Relationship between Tax Payments and MNE's Patenting Activities and Implications for Real Economic Activity: Evidence from the Netherlands". In *The Challenges of Globalization in the Measurement of National Accounts*. University of Chicago Press.

### **Tesis**

Hidalgo, G. S.-A. *La erosión de las bases imponibles societarias* (Tesis Doctoral). Universidad de Málaga, Málaga. (2018). Recuperado de <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/17403>

Hrdlička, L. (2021). Hybrid Mismatches After the ATAD. *Theoretical Aspects of International Cooperation in Tax Matters*. Praha. Rigorózní práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra finančního práva a finanční vědy.

Valiante, G. C. (2019). Hybrid mismatches: the anti-tax avoidance directive.

### **Leyes/ Disposiciones**

Commission, Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU of 17 June 2015 (IP/15/5188).

Commission, Anti-Tax Avoidance Package of 28 January 2016 (IP/16/159).

COMMISSION, ACTION PLAN ON CORPORATE TAXATION (n.d.), [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/action-plan-corporate-taxation\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/action-plan-corporate-taxation_en); COMMISSION, ANTI TAX AVOIDANCE PACKAGE (n.d.), [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en)

Commission, Tax Transparency Package of 18 March 2015 (IP/2015/4610).

Commission, Anti-Tax Avoidance Package of 28 January 2016 (IP/16/159).

“Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion.” 27 de junio de 2012. COM (2012) 351 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0351:FIN:ES:PDF>

“Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion.” 6 de diciembre de 2012. COM(2012) 722 final. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/com\\_2012\\_7\\_22\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/com_2012_7_22_en.pdf)

“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI”. 19 de mayo de 2021. COM (2021) 251 final. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9043-2021-INIT/es/pdf>

de la Unión Europea, D. O. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (2016). C202/01–C202/02, 7 de junio.

España. 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. [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 13 de marzo de 2004, núm. 62, [Consultado el 24 de agosto de 2021], Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/03/05/5/con>

España. 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. [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 10 de marzo de 2021, núm. 59, [Consultado el 24 de agosto de 2021], Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/03/09/4/con>

España. Ley 11/2021, de 9 de julio, 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. [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2021, núm. 164, [Consultado el 24 de agosto de 2021], Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/07/09/11>

OECD, Hybrid mismatch Arrangements—Tax Policy and Compliance Issues5 (OECD Publishing 5 Mar. 2012), [https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](https://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf) (visto el 20 de Agosto de 2021).

OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4—2016 Update*. OECD. (2016). <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268333-en.pdf?expires=1629228836&id=id&accname=guest&checksum=B6DD2842B64E1DAC90E2004D8E655146>

OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2—2015 Final Report*. OECD. (2015). <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>

Plataforma para el Buen Gobierno Fiscal. Informe de Reflexión DOC: Platform/21/2016/EN relativo a las Asimetrías Híbridas con Países Terceros. Grupo de la Comisión de Imposición Directa, Coordinación Fiscal, Análisis y Evaluación Económicos, 16 de septiembre de 2016, Bruselas. Disponible en: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/platform\\_20161117-091932\\_discussion\\_paper\\_atad2.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/platform_20161117-091932_discussion_paper_atad2.pdf)

Unión Europea. Decisión (UE) 2013/2236 de la Comisión de 23 de abril de 2013 relativa al Establecimiento de un Grupo de Expertos de la Comisión con el nombre de Plataforma para el Buen Gobierno Fiscal, la Planificación Fiscal Agresiva y la Doble Imposición. Disponible en

[https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/c\\_2013\\_2236\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2013_2236_en.pdf)

Unión Europea. Directiva (CE) nº 49/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de junio de 2003, [consulta: 26 de agosto de 2021], núm. 157. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2003/49/oj>

Unión Europea. Directiva (CE) nº 1164/2016 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de evasión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea* [en línea], 19 de julio de 2016, [consulta: 22 de agosto de 2021], núm. 193, pp 1-14. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/1164/2020-01-01>

Unión Europea. Directiva (CE) nº 952/2017 del Consejo de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. *Boletín Oficial del Estado* [en línea], 7 de junio de 2017, [consulta: 22 de agosto de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2017/144/L00001-00011.pdf>

Unión Europea. Propuesta de Directiva (Consejo de la UE) 2016/0011 del consejo de 28 de enero de 2016, sobre reglas para prevenir las prácticas de Evasión Fiscal que inciden sobre el Mercado Interior. Bruselas, 2016.

## **Jurisprudencia**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso. Sección 2ª). Sentencia núm. 2861/2016 de 20 de junio.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso AURES Holdings a.s. contra Odvolací finanční ředitelství. Sentencia de 27 de febrero de 2020.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue. Sentencia de 12 de septiembre de 2006.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso DMC Beteiligungsgesellschaft mbH contra Finanzamt Hamburg-Mitte. Sentencia de 23 de enero de 2014.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Hughes de Lasteyrie du Saillant contra Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Sentencia de 11 de marzo de 2004.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. N Luxembourg 1 and Others contra Skatteministeriet. Sentencia de 26 de febrero de 2019.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso National Grid Indus BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Verder LabTec GmbH & Co. KG contra Finanzamt Hilden. Sentencia de 21 de mayo de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso X GmbH contra Finanzamt Stuttgart – Körperschaften. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019.