

## A nova directiva contra a elusión fiscal no contexto BEPS

La nueva directiva contra la elusión fiscal en el contexto BEPS

The Anti-Avoidance Directive in the BEPS framework



CONSTANTINO VIDAL RUIZ DE VELASCO

ZADAL Abogados y Asesores Tributarios (España)  
cvidal@zadal.es

Recibido: 28/10/2016 | Aceptado: 22/11/2016

**Resumo:** A aprobación da nova directiva contra a elusión fiscal, en que se recollen en boa medida cuestións xa abordadas no marco dos traballos de BEPS, terá impacto na Lei do imposto sobre sociedades. Aínda que algunhas destas medidas xa están incorporadas na norma española, é previsible que, na adaptación á nova directiva e á proposta dunha base imponible consolidada común, a Lei do imposto sufrirá modificacións, mentres que outras medidas deberán ser obxecto de incorporación ao noso ordenamento.

**Palabras clave:** BEPS; Directiva 2016/1164, do Consello, do 12 de xullo, contra as prácticas de elusión fiscal; tributación internacional; base imponible consolidada común, e imposto sobre sociedades.

**Resumen:** La aprobación de la nueva directiva contra la elusión fiscal, en la que se recogen en buena medida cuestiones ya abordadas en el marco de los trabajos de BEPS, tendrá impacto en la Ley del impuesto sobre sociedades. Si bien algunas de estas medidas ya están incorporadas en la norma española, es previsible que en la adaptación a la nueva directiva y a la propuesta de una base imponible consolidada común la Ley del impuesto sufrirá modificaciones, mientras que otras medidas deberán ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento.

**Palabras clave:** BEPS; Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, contra las prácticas de elusión fiscal; tributación internacional; base imponible consolidada común, e impuesto sobre sociedades.

**Abstract:** The approval of the new Tax Avoidance Directive, largely taking up issues already addressed in the framework of the BEPS work, will have an impact on the Corporate Tax Law. Although some of these measures are already incorporated in the Spanish standard, it is foreseeable that in the adaptation to the new Directive and the proposal of a common consolidated tax base, the Tax Law will be modified, while other measures must be subject to incorporation into our law.

**Key words:** BEPS, Council Directive 2016/1164 of 12 July on tax avoidance, international taxation, common consolidated tax base and Corporate Income Tax.

**Sumario:** 1 Introducción. 1.1 Antecedentes. 1.2 Proxecto BEPS. 1.3 Paquete antielusión fiscal. 2 Medidas e disposicións da Directiva (UE) 2016/1164. 2.1 Limitación á deducibilidade de gastos financeiros. 2.2 Imposición de saída. 2.3 Norma xeral contra as prácticas abusivas. 2.4 Transparencia fiscal internacional (sociedades estranxeiras controladas). 2.5 Asimetrías híbridas. 3 Entrada en vigor e ámbito de aplicación. 4 Paquete de medidas de reforma do imposto sobre sociedades na UE. 5 Perspectiva española. 6 Conclusións. 7 Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

### 1.1 Antecedentes

A Directiva da Unión Europea (UE) 2016/1164, do 12 de xullo de 2016, pola que se establecen normas contra as prácticas de elusión fiscal que inciden directamente no funcionamento do mercado interior (en diante, a ATAD, pola súa sigla en inglés), forma parte do paquete antielusión fiscal presentado pola Comisión o 28 de xaneiro de 2016.

Así mesmo, a propia ATAD, nas súas consideracións preliminares, recoñécese herdeira da iniciativa contra a erosión da base imponible e o traslado de beneficios (en diante, BEPS, pola súa sigla en inglés) da Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos (en diante, OCDE), co obxectivo da procura dunha imposición máis equitativa.

### 1.2 Proxecto BEPS

Calquera intento de harmonizar e coordinar prácticas contra a elusión fiscal adoptado tanto a escala nacional como internacional toma como punto de partida os traballos e informes do proxecto BEPS da OCDE e do G20.

En efecto, a internalización das empresas e das economías deu lugar a determinadas prácticas que conseguen erosionar bases imposables de moitas economías, trasladando os beneficios a xurisdicións de baixa ou nula tributación.

A OCDE e o G20 reaccionaron<sup>1</sup> fronte a este tipo de prácticas que lles xeran importantes prexuízos económicos tanto aos países como ás súas empresas, con todas as consecuencias sociais que isto implica.

Os obxectivos do Plan BEPS son os seguintes:

- Eliminación da dobre non imposición ou redución da tributación causada por desaxustes entre os distintos sistemas tributarios.
- Axuste do imposto sobre sociedades (en diante, IS) ás novas realidades económicas e sociais e definición de novos estándares en cuestións non tratadas nos Convenios para Evitar a Dobre Imposición (en diante, CDI) ou outras iniciativas, nacionais ou internacionais.
- Aliñamento da tributación coa realidade, a substancia económica e a cadea de valor da empresa.
- Adopción de medidas coordinadas que eviten medidas unilaterais que puidesen causar dobre imposición ou conflitos e contén cun apoio multilateral.

En xullo de 2013, a OCDE presentou un Plan de Acción<sup>2</sup> que diagnosticaba os principais retos que había que afrontar. O citado plan de acción incluía 15 accións cuxo desenvolvemento permitiría loitar contra a evasión fiscal, as prácticas fiscais abusivas e a planificación fiscal agresiva por parte de compañías multinacionais.

As accións organizanse ao redor de tres piares fundamentais: (i) a coherencia do IS a nivel internacional, (ii) unha realiañación da imposición e da substancia económica e (iii) transparencia, xunto con seguridade xurídica e preditibilidade.

Este plan de acción foi obxecto de desenvolvemento posterior por medio de traballos e informes intermedios<sup>3</sup> durante os anos 2013 e 2014, ata que finalmente, en outubro de 2015, se publicaron os Informes finais de 2015 do Proxecto OCDE/G20 sobre a Erosión da Base Impoñible e o Traslado de Beneficios (en diante, informes finais).

Expomos a continuación cada unha das accións, xunto coas principais ideas destas, de acordo co descrito nos informes finais:

**Acción 1:** Abordar os retos da economía dixital para a imposición (*addressing the tax challenges of the digital economy*). A economía dixital está tan integrada na economía no seu conxunto que resulta imposible separala e illala para levar a cabo unha análise independente a efectos fiscais.

Non obstante, o certo é que determinados modelos de negocio e características particulares da economía dixital agravan os riscos BEPS (é dicir, a erosión de bases impoñibles e o traslado artificial de beneficios entre xurisdicións).

Esta idea tívose en conta ao longo do desenvolvemento do resto de accións. Neste sentido, na acción 3 (sobre normas de transparencia fiscal internacional) inclúese unha modificación na definición de renda susceptible de imputación que comprende a imputación de ingresos derivados da economía dixital; nas accións 8-10, cunha revisión dos criterios de prezos de transferencia para abordar os riscos formulados pola economía dixital; ou na acción 7, na definición do concepto de establecemento permanente (en diante, EP) para previr que os contribuíntes eludan a definición actual mediante o uso de novos modelos de negocio.

**Acción 2:** Neutralizar os efectos dos dispositivos híbridos (*neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*). Os mecanismos híbridos explotan o tratamento fiscal diferente dunha entidade ou dun instrumento financeiro en dúas ou máis xurisdicións, o que pode ocasionar (i) unha dobre non imposición (é dicir, ausencia de tributación nas xurisdicións implicadas) ou (ii) o diferimento a longo prazo dos tributos.

Este tipo de mecanismos e de entidades está amplamente estendido e afecta directamente á erosión da base impoñible dos países afectados, o que se traduce nunha perda de competencia, eficiencia, transparencia e xustiza.

De acordo co informe final, os mecanismos híbridos poden dar lugar a tres situacións diferenciadas:

– Resultado de dedución/non inclusión, situación que se produce naqueles supostos en que un pagamento internacional é fiscalmente deducible de acordo coas normas dunha determinada xurisdición e non se inclúe na base impoñible ou renda gravable na xurisdición en que o dito pagamento é percibido.

– Resultado de dobre dedución, que é aquela situación que se dá cando un único pagamento dá lugar a dúas deducións. Isto pódese producir en supostos en que o mesmo pagamento fose deducible tanto na entidade matriz como na súa filial ou en pagamentos realizados por entidades con residencia fiscal dual (a xurisdición de constitución e a xurisdición en que mantén a súa sede de dirección efectiva).

– Resultado indirecto de dedución/non inclusión, que acontece cando un pagamento internacional é fiscalmente deducible de acordo coa normativa da dita xurisdición e se compensa cun crédito fiscal na xurisdición en que se percibe o citado pagamento.

Unha vez identificados os mecanismos utilizados para a erosión de bases impositibles a través de mecanismos híbridos utilizados simultaneamente en distintas xurisdicións, desenvolveuse unha metodoloxía común para abordar este tipo de situacións, que consiste en que os países adopten unha serie de medidas, que se dividen en resposta primaria e norma defensiva, en caso de que a resposta primaria non fose utilizada na xurisdición do pagador.

Expomos, a continuación, as propostas seguindo o mesmo esquema anterior:

- Resultado de dedución/non inclusión: neste suposto a resposta primaria consistiría en negar a dedución do pagamento na xurisdición do pagador e a norma defensiva sería a inclusión do pagamento na base impositible do receptor.

- Resultado de dobre dedución: a resposta primaria sería negar a deducibilidade do pagamento en todas as xurisdicións implicadas, mentres que a norma defensiva consistiría en negar a dedución na xurisdición do pagador.

- Resultado indirecto de dedución/non inclusión: neste caso a resposta primaria sería negar a dedución en sede do pagador, aínda que neste caso non se considerou necesaria a implantación dunha norma defensiva.

Acción 3: Reforzo da normativa sobre *controlled foreign company* (en diante, CFC) (*strengthening CFC rules*). As normas de transparencia fiscal internacional nacen como resposta ao risco de que un contribuínte cunha participación maioritaria nunha compañía residente nunha xurisdición diferente erose a súa base na súa xurisdición de residencia, mesmo nalgúns supostos nunha terceira xurisdición, deslocalizando ou trasladando as súas rendas a unha compañía estranxeira que controlan, normalmente en territorios de baixa ou nula tributación, conseguindo un diferimento de tributación a longo prazo.

O informe final presenta seis módulos ou bloques fundamentais para o deseño de normas de transparencia fiscal internacional eficaces, concibidas para garantir que as xurisdicións que opten por implementalas aplicarán normas que impidan de xeito máis efectivo que os contribuíntes trasladen os seus rendementos a filiais situadas no estranxeiro:

- Definición de sociedade controlada.

- As excepcións a esa definición e os requirimentos de limiares cuantitativos a cumprir.

- A definición da renda transparentable. Neste punto o informe formula tres posibles enfoques para considerar as rendas da sociedade controlada transparentables:

- O enfoque de lista, baixo o prisma do cal as rendas se clasificarían en categorías, normalmente de acordo coa súa cualificación xurídica (xuros, dividendos, etc.), pero tamén atendendo a outros criterios como a relación entre as partes ou a fonte da renda. De acordo con esta aproximación, as normas CFC serían aplicables sobre aquelas rendas incluídas na lista e obtidas pola sociedade controlada.

- O enfoque de substancia, que parte do xuízo sobre se a renda obtida pola sociedade controlada deriva ou non de actividades económicas. As normas CFC serían aplicables sobre rendas obtidas por sociedades controladas que non proveñan de actividades económicas.

- O enfoque da remuneración excesiva do capital, que analiza se a remuneración dos fondos propios que permanecen na sociedade controlada son remunerados de forma extraordinaria (normalmente en forma de xuros). As normas CFC serían aplicables sobre os ditos excesos.

O informe destaca que os países poderán optar por un destes enfoques ou combinar dous deles.

- As regras para o cómputo da renda transparentable.

- As regras para atribuírles a renda transparente aos socios da sociedade controlada, e
- As regras para eliminar a dobre imposición. É importante que tratar de evitar situacións de desimposición non provoque, en contrapartida, situacións de dobre imposición.

Acción 4: Limitar a erosión da base impositible por vía de deducións no xuro e outros pagamentos financeiros (*limiting base erosion via interest deductions and other financial payments*). Axustando o nivel de endebedamento e aproveitando o distinto tratamento tributario entre xuros e dividendos que a maior parte das lexislacións tributarias leva a cabo, os grupos multinacionais poden, de acordo co informe definitivo:

- Aproveitar o dito tratamento diferenciado nun contexto internacional deducindo os xuros na xurisdición da filial, mentres que os xuros que esta paga estarían exentos na xurisdición que os recibe.

Dura crítica, por parte de López Tello<sup>4</sup>, merece a cualificación desta práctica como abusiva. De acordo co citado autor, a exención é o mellor dos mecanismos posibles para evitar a dobre imposición e está recomendado pola doutrina máis autorizada, ademais de formar parte dos ordenamentos xurídicos nacionais e dos CDI como método para eliminar a dobre imposición tanto doméstica como internacional. Polo tanto, dificilmente se pode ver unha práctica abusiva na súa aplicación.

- Endebedar considerablemente as súas compañías filiais, utilizando a dedución duns xuros excesivos como medio para evitar pagar impostos sobre os beneficios locais das filiais.

Como medida fronte a este tipo de prácticas, o informe recomenda establecer un límite xeral á dedución de gastos financeiros aplicando unha porcentaxe fixa. En definitiva, a medida consistiría en limitar a dedución de gastos financeiros netos a unha porcentaxe do EBITDA<sup>5</sup> obtida pola compañía. Esta porcentaxe fixa oscilaría entre o 10% e o 30%.

En liña co resto de accións, o informe ofrécelles aos países unha serie de opcións para adaptar esta regra xeral ás súas capacidades:

- Os Estados poden permitir unha maior dedución de gastos financeiros netos considerando o nivel de endebedamento do grupo a que pertenza a entidade.
- Os Estados poden establecer un nivel de endebedamento por debaixo do cal os gastos financeiros serían integramente deducibles, sen que resulte de aplicación a regra da porcentaxe sobre o EBITDA.
- Os Estados poden permitir a dedución a futuro de gastos financeiros que non foron fiscalmente deducibles en aplicación da regra da porcentaxe sobre o EBITDA. No mesmo sentido, tamén poden trasladar a futuro a capacidade de dedución de gastos financeiros non utilizada no exercicio por non ter superado o límite de acordo coa norma da porcentaxe fixa sobre o EBITDA.
- Finalmente, os Estados poden excluír do cálculo gastos financeiros devindicados en relación con préstamos específicos de terceiros usados para financiar proxectos de interese público.

No entendemento de que estas normas non se deberían aplicar ás entidades financeiras e aseguradoras polas súas particularidades, en principio estas quedan excluídas das recomendacións co obxectivo de que máis adiante se redacten novas recomendacións tendo en conta a particular operativa deste tipo de entidades.

Acción 5: Combater as prácticas tributarias perniciosas, tendo en conta a transparencia e a substancia (*countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance*). Búscase atallar o risco que supón a utilización de réximes fiscais preferenciais

para transferir artificialmente os beneficios (con especial atención aos réximes de *patent box*) e a falta de transparencia no que respecta a determinados *tax ruling* (segundo a tradución da OCDE, decisións administrativas en relación con contribuíntes específicos).

Polo que respecta aos réximes fiscais preferenciais, o informe propón abordalos utilizando o *nexus approach*, é dicir, que un réxime fiscal preferencial será admisible na medida en que requira actividades substanciais por parte da entidade. Neste sentido, enténdese que un réxime preferencial require actividades substanciais en canto se lle concedan beneficios ao contribuínte acollido a el só na medida en que este desenvolva as actividades fundamentais para a xeración daqueles tipos de rendas que estean cubertos polo réxime preferencial.

Acción 6: Impedir a utilización abusiva de convenios (*preventing treaty abuse*). Acción contra o *treaty shopping* (utilización do convenio máis favorable) e outras estratexias abusivas que lles permiten aos contribuíntes obter vantaxes dos CDI en situacións para as que esas vantaxes non están pensadas. Como exemplo deste tipo de situacións, o informe destaca a utilización dun determinado CDI por un suxeito pasivo non residente nun dos Estados contratante dun CDI e que, non obstante, accede aos beneficios outorgados polo dito CDI aos residentes dese Estado.

O informe formula as seguintes recomendacións para loitar contra o *treaty shopping*:

- Os CDI perseguen a eliminación da dobre imposición sen crear oportunidades para a elusión fiscal.

- Adopción dunha cláusula antiabuso específica similar á de limitación de beneficios (LOB<sup>6</sup>).

- Introducción dunha cláusula antiabuso xeral baseada nos motivos principais das transaccións (PPT rule<sup>7</sup>).

Acción 7: Impedir a elusión artificiosa do estatuto de EP (*preventing the artificial avoidance of permanent establishment status*). En xeral, os convenios fiscais establecen que os beneficios empresariais de empresas estranxeiras son susceptibles de someterse a gravame nun determinado Estado unicamente cando esa empresa conte cun EP situado nese mesmo territorio ao que lles resulten imputables os ditos beneficios. En consecuencia, a definición do concepto de EP nos convenios é de vital importancia de cara a determinar se as rendas obtidas por unha empresa non residente deben tributar noutro Estado.

No Plan de Acción púñase de manifesto a necesidade de actualizar esa definición para evitar prácticas abusivas con fins elusivos. En concreto, no informe faise referencia ás seguintes prácticas:

- Uso de contratos de comisión en nome propio e estratexias similares. Baixo este esquema, os comisionistas venderían os produtos no seu propio nome, pero por conta dunha empresa estranxeira que é a propietaria do produto. Desta forma, unha entidade podería vender os seus produtos nun Estado sen ter un EP neste e, en consecuencia, trasladando os beneficios fóra do país en que se levou a cabo a venda.

- Explotación de excepcións específicas. No artigo 5 do Modelo de Convenio da OCDE recóllese unha serie de actividades que unha entidade pode levar a cabo noutro Estado sen chegar a ter a consideración de EP, as denominadas actividades auxiliares. Pois ben, a dixitalización da economía provocou que determinadas actividades que antes podían ser consideradas como auxiliares poidan corresponderse hoxe coa actividade económica principal da entidade.

– División de contratos. A división de contratos entre entidades dun mesmo grupo busca que a duración dun contrato nunca exceda os seis meses, intentando eludir desta forma o disposto no artigo 5.3 do Modelo de Convenio da OCDE.

De acordo co anterior, a modificación da definición de EP proposta consiste en que as actividades específicas listadas no apartado 4 do artigo 5 do Convenio Modelo da OCDE non sexan consideradas *per se* como preparatorias ou auxiliares, senón que tal cualificación derive da análise particular do modelo de negocio desenvolvido no país pola empresa estranxeira. Iso permitirá, tal como se pon de manifesto no informe, considerar que existe un EP alí onde unha empresa multinacional teña un grande almacén con numeroso persoal que se limite a entregarlles aos clientes as mercadorías que se lles venderon *online*.

Accións 8-10: Asegurar que os resultados dos prezos de transferencia están en liña coa creación de valor. O principio de plena competencia require que as transaccións entre empresas vinculadas sexan valoradas como se as empresas fosen independentes, e o proxecto BEPS reclamou a clarificación e o reforzo dese principio, buscando evitar situacións en que a atribución de beneficios a unha entidade non está en liña coa actividade económica que os produce. O informe final centrouse en tres áreas clave.

– Acción 8: prezos de transferencia de operacións vinculadas que incluían activos intanxibles.

– Acción 9: atribución contractual de riscos. Só será válida aquela en que as ditas atribucións se correspondan coa toma de decisións, é dicir, co exercicio dun control efectivo sobre tales riscos.

– Acción 10: atribución de beneficios resultante de operacións vinculadas que carecen de lóxica comercial, uso selectivo de métodos de prezos de transferencia e o uso de certos tipos de pagamentos entre membros do grupo multinacional.

– Acción 11: Avaliación e seguimento de BEPS (*measuring and monitoring BEPS*). De acordo co informe definitivo, existen multitude de estudos que demostran a realidade do traslado de beneficios por razóns fiscais. Medir o alcance real de BEPS constitúe un gran reto dada a complexidade do fenómeno e a dificultade para acceder aos datos.

Así as cousas, a acción 11 conclúe que existen limitacións que obstaculizan as análises económicas, polo que se require unha mellora tanto (i) do acceso aos datos como (ii) das metodoloxías.

Neste sentido, a OCDE pretende:

- Publicar novas estatísticas acerca do IS.
- Informar periodicamente do impacto estimado das contramedidas BEPS.
- Desenvolver novas ferramentas de análise e indicadores BEPS.
- Mellorar a información pública sobre as estatísticas de recadación impositiva.
- Mellorar a información non fiscal relevante para BEPS.
- Incentivar a investigación sobre BEPS para entender mellor o fenómeno e diferencial de efectos económicos reais e de opcións fiscais non BEPS.

Acción 12: Exixirlles aos contribuíntes que revelen os seus mecanismos de planificación fiscal agresiva (*requiring taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*). Un dos retos fundamentais a que se enfrontan as diferentes administracións tributarias de todo o mundo é a falta de información sobre as estratexias de planificación fiscal agresiva dos seus contribuíntes.

Neste punto, o informe deseña un conxunto de guías sobre boas prácticas na materia, para que poidan ser utilizadas por aqueles países cuxa normativa interna careza de normas de declaración obrigatoria e busquen satisfacer a súa necesidade de obter información anticipada sobre as estratexias de planificación fiscal agresiva. As recomendacións incluídas no informe non constitúen un estándar básico, polo que os distintos países poden decidir libremente se introducir ou non réximes de declaración obrigatoria.

– Acción 13: Reexaminar a documentación sobre prezos de transferencia (*re-examining transfer pricing documentation*). De acordo co Plan de Acción contra a erosión da base imponible e o traslado de beneficios<sup>8</sup>, deberíase tender ao desenvolvemento de “normas relativas á documentación sobre prezos de transferencia para aumentar a transparencia cara á Administración tributaria, tendo en conta os custos de cumprimento para as empresas. As normas a desenvolver incluírán o requisito de que as empresas multinacionais subministren a todos os gobernos pertinentes a información necesaria sobre a asignación e a repartición mundial dos seus ingresos, a actividade económica e os impostos pagados nos distintos países, aplicando un modelo común”.

Como resposta a esta cuestión, o informe definitivo contén un enfoque estandarizado en tres niveis en relación coa documentación de prezos de transferencia:

– As empresas multinacionais deben proporcionarlles ás administracións tributarias información de alto nivel acerca das súas operacións empresariais mundiais, así como das súas políticas en materia de prezos de transferencia nun *master file*.

– En segundo lugar, debe haber un *local file* específico para cada país que incorpore a documentación detallada dos prezos de transferencia en relación coas transaccións de cada país, identificando (i) transaccións concretas con entidades vinculadas, (ii) o importe desas transaccións e (iii) a análise da determinación dos prezos de transferencia.

– Finalmente, as empresas multinacionais tamén deberán contar cun *country by country report*, no que se declarará anualmente por cada xurisdición en que as ditas multinacionais operen a contía dos ingresos e os beneficios antes do IS, así como o importe de IS pagado e devindicado. Así mesmo, este informe incluíría información acerca do número de empregados, capital, reservas e actividades materiais en cada xurisdición. Este informe país por país só será obrigatorio para grupos de compañías multinacionais cunha cifra de negocio consolidada superior a 750 millóns de euros.

Este último informe debería ser presentado ante a Administración tributaria de residencia da compañía matriz do grupo que a continuación compartiría a información contida nel co resto de xurisdicións en que o grupo opere, mentres que os dous primeiros informes propostos deberían estar á disposición das autoridades fiscais de cada xurisdición.

– Acción 14: Facer máis efectivos os mecanismos de resolución de controversias (*making dispute resolution mechanisms more effective*). De acordo co informe final relativo á acción 14, todo o paquete de medidas que fomos desenvolvendo ata agora podería chegar a producir-lles certa incerteza e inseguridade xurídica ás entidades, á vez que provocar determinadas situacións de dobre imposición e conflitos suxeitos a procedementos amigables.

Co obxectivo de evitar este tipo de situacións, os países membros da OCDE/G20 comprometéronse cun estándar mínimo na resolución de conflitos derivados da aplicación dos CDI, que inclúe un compromiso político a favor dunha resolución máis rápida e efectiva dos conflitos que se puidesen orixinar a través dun procedemento amigable.

Ademais diso, un número importante de países comprometeuse a introducir o máis axiña posible a arbitraje vinculante e preceptiva nos seus CDI bilaterais.



– Acción 15: Desenvolver un instrumento multilateral (*developing a multilateral instrument*). Ante a magnitude de cambios a adoptar, en particular en materia de negociación dos CDI bilaterais e a necesidade de que estes cambios se vaian levando a cabo de xeito rápido e eficiente, o informe formula a posibilidade de creación dun instrumento multilateral que modifique á vez todos os CDI entre os seus Estados asinantes.

Actualmente traballan neste instrumento ao redor de 90 países.

### 1.3 Paquete antielusión fiscal

O 28 de xaneiro de 2016, a Comisión Europea publicou o seu paquete de medidas fronte á elusión fiscal co obxectivo de coordinar a resposta comunitaria á elusión do IS, seguindo os estándares elaborados pola OCDE.

Este paquete de medidas componse de catro documentos fundamentais:

I. A proposta de Directiva relativa á loita contra a elusión fiscal.

II. A proposta de modificación da Directiva de intercambio automático e obrigatorio de información.

III. A Recomendación sobre cuestións en materia de convenios fiscais.

IV. A Comunicación sobre unha estratexia exterior para unha imposición efectiva.

Finalmente, inclúese un Documento de traballo da Comisión que recolle unha análise detallada de todas as iniciativas.

Analizamos, a continuación, cada un dos documentos mencionados:

I. A directiva finalmente aprobada difire en determinados aspectos da proposta inicial, pero entendemos que resulta interesante destacar todas as medidas incluídas no proxecto, facendo especial fincapé neste momento naquelas que finalmente quedaron fóra da ATAD, xa que o resto será obxecto de estudo máis adiante.

As medidas propostas son as seguintes:

(i) Limitación á deducibilidade de xuros: incluíndo certos matices, a proposta da Comisión segue neste punto as recomendacións recollidas na acción 4 do plan BEPS, limitando a deducibilidade dos gastos financeiros nunha porcentaxe (30%) do beneficio operativo (EBITDA).

As entidades financeiras e aseguradoras quedarían provisionalmente exceptuadas da aplicación deste precepto, o que deixa a porta aberta para a súa inclusión no futuro.

(ii) Imposición de saída: establécese unha cláusula de imposición de saída en operacións tales como cambio de residencia fiscal dunha entidade dun Estado membro a outro Estado membro ou a un país terceiro, transferencia ou cesión de activos dunha casa central a un EP situado noutro Estado membro ou nun país terceiro, transferencia ou cesión de activos dun EP situado nun Estado membro á súa casa central ou outro EP noutro Estado membro ou nun país terceiro e transferencia dun EP situado nun Estado membro.

Esta medida busca gravar as plusvalías tácitas latentes.

(iii) Cláusula de *switch-over* ou de substitución do método de exención polo de imputación para evitar a dobre imposición internacional: trátase da medida máis polémica entre as propostas, e non é de estrañar que quedase fóra na directiva finalmente aprobada.

Busca non deixar exentos os ingresos dunha entidade procedentes de terceiros Estados en concepto de distribución de beneficios ou plusvalías por transmisión de participacións nunha filial residente nun terceiro Estado, ou en concepto de beneficios dun EP situado nun terceiro Estado naqueles casos en que o país de residencia da filial ou do EP, se é o caso, grave os beneficios a un tipo impositivo que sexa un 40% inferior ao tipo que resultaría de aplicación no

Estado membro de residencia do suxeito pasivo, sen que se teña en conta a posible aplicación dun convenio para evitar a dobre imposición internacional.

Nestes casos, os beneficios procedentes do terceiro Estado non gozarían de exención, senón que os Estados membros gravarían os ditos ingresos, recoñecendo unha dedución polo imposto realmente aboado no terceiro Estado.

Esta medida xustifícase argumentando que o método de exención favorece que a renda procedente de terceiros Estados non sexa gravada, ou o sexa a unha taxa moi reducida, de maneira que tales beneficios entran ou se introducen no mercado interior en aplicación do método de exención e en moitas ocasións servíndose da propia regulación fiscal comunitaria.

Como dicíamos, esta medida xerou polémica entre diversos Estados membros. Holanda, por exemplo, entendía que o método de exención canaliza o obxectivo de política fiscal baseado na igualdade tributaria no Estado da fonte, argumentando que desta forma se garante que as empresas compiten en igualdade de condicións coas empresas que operen no mesmo mercado.

En calquera caso, é evidente que unha medida como esta afectaría á competitividade dos Estados membros, posto que as entidades europeas con participacións en entidades residentes en terceiros Estados estarían nunha situación peor con respecto a aquelas entidades residentes fóra da UE para os efectos de repatriar os seus investimentos estranxeiros e que, por calquera razón, puideron ser obxecto dunha tributación reducida.

Este efecto afectaría en particular ás entidades hóliding residentes na UE, mesmo provocando saídas deste tipo de entidades fóra da UE. Non perdamos de vista que países como Holanda (país moi activo en contra da integración desta medida na futura directiva) teñen na súa normativa interna un bo número de medidas para atraer o establecemento de compañías hóliding.

Finalmente, non deixa de chamar a atención que a redacción desta cláusula tome como referencia o tipo impositivo do IS aplicable no Estado de residencia da entidade matriz, xa que isto podería orixinar redomiciliacións de entidades hóliding cara a países comunitarios con tipos impositivos máis baixos. De acordo co teor literal da proposta, unha entidade hóliding residente en Irlanda podería deixar exentos os dividendos que tributasen en orixe un 5%, mentres que unha entidade hóliding española só podería aplicar a exención sobre os dividendos que tributasen ao 10%. En termos prácticos, isto tradúcese en que a totalidade dos dividendos percibidos por un hóliding irlandés procedentes dunha filial española podería aplicar integramente o método de exención, mentres que un hóliding español debería aplicar o método de imputación por parte dos dividendos percibidos dunha filial irlandesa.

É dicir, as desigualdades non só se porían de manifesto con respecto a entidades residentes en Estados terceiros, senón que estas se producirían dentro da propia UE de aplicarse unha medida como esta.

(iv) Cláusula xeral antiabuso: seguindo o exemplo da directiva matriz filial, proponse unha cláusula xeral antiabuso co fin de previr os negocios ou conxunto de negocios artificiosos cuxa finalidade esencial sexa a obtención dun aforro fiscal contrario aos obxectivos da norma tributaria que debeu ser aplicada.

O funcionamento desta cláusula xeral sería parecido ao da figura dos “motivos económicos válidos” do noso ordenamento tributario.

(v) Transparencia fiscal internacional (sociedades estranxeiras controladas): alínase a Comisión neste punto coa acción 3 de BEPS, que xa tivemos oportunidade de analizar.

A proposta da directiva recomenda integrar na base impositiva do contribuínte as rendas non distribuídas de filiais que estean suxeitas a un tipo impositivo efectivo inferior ao 40% do tipo aplicable no Estado membro de residencia da entidade matriz e que máis do 50% das rendas da filial sexan xuros e outras rendas xeradas por activos financeiros, rendas derivadas da propiedade intelectual, dividendos e rendas xeradas pola transmisión de accións, rendas procedentes de actividades de seguro ou de actividades financeiras.

Esta medida non sería de aplicación cando a entidade ou EP sexa residente fiscal nun Estado membro ou nun terceiro Estado do Espazo Económico Europeo (en diante, EEE), salvo que o establecemento da entidade sexa completamente artificial ou na medida en que a entidade participe en montaxes puramente artificiais cuxo obxectivo sexa a obtención indebida de aforros fiscais.

Igual que no caso da limitación á deducibilidade dos gastos financeiros, estas medidas de transparencia fiscal internacional non se lles aplicarían ás entidades financeiras residentes na UE ou nun Estado terceiro do EEE, nin aos seus EP situados nun ou varios Estados membros.

(vi) Asimetrías híbridas: en relación con esta proposta, a Comisión fíxase na acción 2 de BEPS. Propóñense nesta materia medidas de aplicación bilateral para facer fronte a asimetrías híbridas.

Neste sentido, cando dous Estados membros cualifiquen de forma distinta un contribuínte (entidade híbrida), incluídos os seus EP nun ou varios Estados membros, e isto orixine ben (i) unha situación en que o mesmo gasto se deduza tanto no Estado en que tivo lugar como noutro Estado membro, ben (ii) unha situación en que se deduza un pagamento no Estado membro de orixe sen a correspondente inclusión do dito pagamento noutro Estado membro, a consecuencia debería ser que ese outro Estado membro de destino deberá aplicar a cualificación que o Estado de orixe lle dea á entidade híbrida.

A mesma regra resultará de aplicación naqueles casos en que o mesmo pagamento recibe un tratamento diferente en dous Estados membros (mecanismo híbrido) e iso determina a dedución do pagamento no Estado membro de orixe sen que este sexa suxeito a gravame no Estado de destino.

II. Polo que se refire á proposta de modificación da Directiva de intercambio automático e obrigatorio de información, a medida consiste nunha modificación da Directiva 2011/16/UE, do 15 de febreiro, relativa á cooperación administrativa no ámbito da fiscalidade (Directiva de intercambio de información) coa intención de incorporar un novo suposto de intercambio automático de información entre as autoridades competentes dos diferentes Estados membros en relación co *country by country report* (acción 13 de BEPS). De acordo con esta, as entidades dominantes de grupos multinacionais están obrigadas a elaborar e informar as autoridades tributarias do Estado membro en que a entidade matriz dos ditos grupos multinacionais teña fixada a súa residencia. Vemos como neste punto a proposta segue exactamente as recomendacións de BEPS en materia de prezos de transferencia e de intercambio de información entre xurisdicións afectadas, que non reproducimos de novo para non resultar reiterativos, posto que xa tivemos ocasión de facer referencia a eles no desenvolvemento da acción 13 de BEPS.

É dicir, con esta proposta a Comisión non fai senón adaptar as propostas de BEPS ao marco comunitario, deseñando o intercambio de información entre os Estados membros acerca dos grupos que operen nas distintas xurisdicións comunitarias.

Criticouse que, de acordo con nesta proposta, o intercambio de información automático só operará entre os Estados membros; non obstante, non pode perderse de vista, tal como

sinala José Manuel Calderón Carrero<sup>9</sup>, que, unha vez establecido este mecanismo a nivel UE, *“se terían posto as bases para a ampliación do seu ámbito obxectivo e mesmo para poder postular unha reforma que implique a revelación pública de tal información, por non mencionar o uso de tal información polas autoridades dos distintos Estados membros para os efectos da xestión de riscos fiscais, prezos de transferencia, etc. Neste sentido, a medida proposta pola Comisión supón un acelerador dos procesos de BEPS que non pode ser pasado por alto, considerando as implicacións derivadas da súa aplicación”*.

Téñase en conta, finalmente, que a propia Comisión pon de manifesto que esta é unha proposta de mínimos, no sentido de que se fai sen prexuízo de que no futuro poidan aprobarse novas medidas, afondando no intercambio de información entre xurisdicións.

Neste sentido, é significativa a modificación da Directiva 2011/16/UE operada pola Directiva (UE) 2016/881, no que respecta ao intercambio automático obrigatorio de información entre Estados membros.

Así, a nova Directiva establece que cada Estado membro adoptará todas aquelas medidas necesarias para que a entidade “matriz última” dun grupo de empresas multinacionais (cuns ingresos consolidados totais iguais ou superiores a 750 millóns de euros) presente un informe país por país respecto ao seu exercicio fiscal, nun prazo de 12 meses a partir do último día do exercicio fiscal. A autoridade competente dun Estado membro en que se recibise o informe país por país comunicarallo a calquera outro Estado membro en que unha ou varias entidades do grupo multinacional de empresas teñan a súa residencia a efectos fiscais ou estean suxeitas ao pagamento dalgún imposto relacionado con actividade económica mediante EP. O informe país por país conterá información respecto ao grupo de empresas relativa ao importe dos ingresos, beneficios ou perdas antes do imposto sobre a renda, o imposto pagado e devindicado, o capital declarado, etc., así como a identificación de cada entidade constitutiva do grupo multinacional de empresas, con indicación do territorio de residencia fiscal da dita entidade. A comunicación do primeiro informe será o correspondente ao exercicio fiscal que comece o 1 de xaneiro de 2016 e comunicarse nun prazo de 18 meses a partir do último día do exercicio fiscal.

III. En relación coa Recomendación sobre cuestións en materia de convenios fiscais, ao fío co proposto no Informe Definitivo de BEPS (accións 6 e 7), a idea perseguida é que os CDI non deberían xerar posibilidades de non imposición ou de redución da tributación mediante a elección abusiva de acordos máis favorables e outras estratexias abusivas que deixan sen efecto os ditos CDI e lastran os ingresos dos Estados contratantes.

Neste marco, a Comisión recomenda que nos novos CDI en que participen os Estados membros entre si ou con terceiros Estados:

– Introduzan unha modificación na cláusula xeral antiabuso: *“Sen prexuízo das demais disposicións deste convenio, non se concederá ningún beneficio conforme este convenio, con respecto a ningún ingreso ou capital se se pode concluír razoablemente, tendo en conta todos os feitos e circunstancias pertinentes, que a obtención do dito beneficio era un dos principais obxectivos de calquera acordo ou transacción que dera lugar, directa ou indirectamente, a tal beneficio, a menos que se demostre que reflicte unha actividade económica auténtica ou que a concesión de tal beneficio nas circunstancias do caso sería conforme co obxectivo e coa finalidade das disposicións pertinentes deste convenio”*.

É dicir, que a Comisión obvia a recomendación BEPS de incluír unha cláusula de LOB e opta directamente por recomendar unha cláusula antiabuso máis xeral baseada nos motivos principais das transaccións (*PPT rule*).

– Apliquen e utilicen as novas disposicións propostas no artigo 5 do Modelo de Convenio da OCDE, co fin de combater a elusión artificiosa do estatuto de EP.

É importante pór de manifesto como determinadas medidas recollidas na proposta de directiva, que xa foron sinaladas, poden ter impacto directo nas previsións recollidas nos CDI bilaterais. Así, por exemplo, a cláusula *switch-over*, a imposición de saída ou a transparencia fiscal internacional poden solaparse cos CDI, o que presenta dilemas que non son novos acerca da ampliación da competencia comunitaria sobre a materia regulada nos CDI e a prevalencia da regulación comunitaria sobre os CDI<sup>10</sup>.

IV. Finalmente, a Comunicación da Comisión sobre unha estratexia exterior para unha imposición efectiva propón un marco para unha nova estratexia de imposición e céntrase en operacións e estruturas localizadas en países terceiros, en como proxectar a boa gobernanza fiscal a escala mundial, loitar contra as ameazas de erosión da base impoñible procedentes de países terceiros e garantirlles igualdade de condicións a todas as empresas.

Búscase desenvolver unha acción exterior de acordo co seguinte:

- Estándares internacionais OCDE de transparencia e intercambio de información.
- Regras de competencia fiscal leal.
- Recomendacións e estándares BEPS.
- Outras normas de boa gobernanza fiscal, como recomendacións internacionais de prevención do branqueo de capitais.
- As medidas propostas para conseguir este fin, entre outras, serían as seguintes:
  - O establecemento dun procedemento para a avaliación e elaboración de listas de países terceiros.
  - O reforzo do vínculo entre os fondos da UE e a boa gobernanza fiscal.

## **2 MEDIDAS E DISPOSICIÓNS DA DIRECTIVA (UE) 2016/1164**

Considerando os antecedentes que desenvolvemos ata aquí, a ATAD publicouse no *Diario Oficial da Unión Europea* do 19 de xullo de 2016, é dicir, apenas 6 meses despois de que a Comisión presentase a proposta de directiva fronte á elusión fiscal, incluída (tal como puxemos de manifesto) no paquete de medidas fronte á elusión fiscal.

Non cabe dúbida de que os últimos escándalos tributarios en que se viron envoltas grandes multinacionais no seo da UE e o clima social xerado favoreceron a actividade da Comisión<sup>11</sup>. Así mesmo, esta nova directiva facilita o camiño na procura de conseguir unha base impoñible común para o IS.

Unha vez enmarcada a situación en que nace a ATAD, podemos analizar a continuación as medidas finalmente incluídas no texto definitivo da dita directiva, aínda que anticipamos que das medidas recollidas no proxecto inicial de directiva que tivemos oportunidade de comentar só se retirou a proposta de inclusión da cláusula *switch-over* (substitución do método de exención polo de imputación) e que o resto de medidas se incorporaron con cambios, tal como comentaremos a continuación, especialmente en materia de transparencia fiscal internacional. Por outra banda, a nova directiva inclúe temas que son novos e que non foran

incluídos no informe BEPS, como a tributación de saída ou a norma xeral contra as prácticas abusivas.

A gran diferenza que marca a nova directiva con respecto ao proxecto BEPS vén dada polo valor xurídico da directiva con respecto aos informes fiscais da OCDE. Resulta interesante, como destaca Eduardo Sanz Gadea<sup>12</sup>, que as materias en que a nova directiva coincide con BEPS son precisamente aquelas que BEPS trata como metodoloxías comúns ou mellores prácticas, razón pola que a directiva parece dar o apoio definitivo a que BEPS forme parte do ordenamento xurídico comunitario.

Seguindo as directrices do proxecto BEPS da OCDE, a nova directiva persegue que os impostos se paguen naquela xurisdición en que se xeren tanto os beneficios como o valor.

## **2.1 Limitación á deducibilidade de gastos financeiros**

O artigo 4 da directiva establece unha limitación á deducibilidade dos gastos financeiros, establecendo ese límite como unha porcentaxe fixa, seguindo as recomendacións do informe definitivo da acción 4 de BEPS.

Neste sentido, limitáase de deducibilidade dos custos de endebedamento excedentarios devindicados no período impositivo ata o 30% do EBITDA fiscal ou, facultativamente, a 3 millóns de euros.

O precepto permite excluír do seu ámbito de aplicación:

- As entidades illadas, é dicir, aquelas que non formen parte dun grupo consolidado para os efectos de contabilidade financeira nin teñen empresas asociadas ou EP. A razón desta posible exclusión vén dada polo baixo risco que presentan este tipo de compañías de estruturas BEPS.

- O custos de endebedamento excedentarios ocasionados polo financiamento de terceiros para proxectos de infraestrutura pública a longo prazo dentro da UE.

- As entidades financeiras e aseguradoras, polo menos temporalmente ata que non se alcanzasen conclusións acerca do tipo de medidas a aplicar por este tipo de empresas.

- Os custos de endebedamento excedentarios de préstamos subscritos antes do 17 de xuño de 2016, a xeito de dereitos adquiridos.

Así mesmo, a ATAD regula dúas cláusulas de escape facultativas aplicables a entidades pertencentes a grupos consolidados por referencia a dúas ratios financeiras do grupo que permitirían a dedución dos gastos financeiros íntegros da empresa nun caso (cando a razón entre os fondos propios e os activos da empresa sexa igual ou maior que esa mesma razón) ou unha dedución maior no outro (cando o resultado de dividir os custos de endebedamento excedentarios do grupo fronte a terceiros entre o EBITDA do grupo sexa superior ao 30%, multiplicarase o dito valor polo EBITDA do contribuínte, permitindo deducir o importe dos custos de endebedamento excedentarios que presente o dito produto).

Finalmente, a norma ofrece distintas alternativas para trasladar a dedución dos custos de endebedamento excedentarios non deducidos no período impositivo da súa devindicación a períodos impositivos posteriores sen límite temporal ou a un máximo de tres períodos impositivos anteriores, permitindo desprazar a capacidade non utilizada ata un máximo de 5 anos.

Desde unha óptica crítica, podemos dicir que esta medida provoca dobre imposición e castiga aquelas compañías con escasa capacidade de xeración de resultado de explotación. Non obstante, a propia directiva deixa a porta aberta á mellora técnica da norma a través da

ratio de grupo e da exoneración de compañías illadas, aínda que ambas as dúas medidas se establecen como opcións a exercer polos Estados membros<sup>13</sup>.

Así mesmo, é interesante comentar que o Tribunal Supremo alemán tivo oportunidade de manifestar as súas dúbidas acerca da constitucionalidade da norma alemá de limitación á deducibilidade de gastos financeiros, de corte moi similar á aprobada pola ATAD, xa que podería vulnerar o dereito á igualdade, recollido no artigo da Constitución alemá. Actualmente, o debate segue o seu curso e o asunto atópase no Tribunal Constitucional alemán para unha decisión definitiva acerca da constitucionalidade de tal limitación<sup>14</sup>.

## 2.2 Imposición de saída

O artigo 5 da ATAD establece un gravame sobre plusvalías latentes cando se produza un traslado de activos, actividade ou domicilio fiscal. Estes traslados non supoñen un cambio de propiedade pero implican que o Estado de orixe perda capacidade para gravar esas plusvalías nunha hipotética transmisión posterior. De novo, faise palpable a idea que gravita ao longo da Directiva 2016/1196 de gravar as rendas onde estas se xeren.

A renda gravada é a que vén dada pola diferenza entre o valor de mercado e o valor fiscal do activo transmitido nos seguintes supostos:

- Cando o contribuínte transfere un activo desde a casa central ao seu EP situado noutro Estado membro ou un país terceiro ou desde o seu EP nun Estado membro á súa casa central ou a un EP situado noutro Estado membro ou nun país terceiro.
- Cando o contribuínte traslada a súa residencia fiscal a outro Estado membro ou fóra da UE, salvo que os activos queden vinculados a un EP no Estado membro do contribuínte.
- Cando o contribuínte traslada a actividade realizada polo seu EP a un Estado membro a outro Estado membro ou fóra da UE.

Así mesmo, de acordo co establecido pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da UE, o precepto regula que o pagamento do imposto se pode fraccionar ao longo de 5 anos se a transferencia ten lugar dentro da UE ou a un país do EEE.

A débeda pendente resultará exixible cando os activos trasladados sexan transmitidos, cando os ditos activos, residencia ou actividade se trasladen posteriormente fóra da UE, cando o contribuínte entre en situación de quebra ou liquidación e cando o contribuínte non atenda os pagamentos que foron fraccionados durante un prazo de doce meses.

Tratando de evitar, de novo, a dobre imposición que puidese orixinar esta medida, cando o traslado se produza no seo da UE, o valor determinado polo Estado membro do contribuínte terá plenos efectos fiscais no Estado receptor.

De acordo con Jesús López Tello<sup>15</sup>, esta medida é criticable, posto que *“os Estados gozan de capacidade xurídica máis que suficiente para someter a tributación as plusvalías que deriven de activos situados no seu territorio, e cando abdican desa capacidade fano de forma voluntaria e soberana no marco dun tratado internacional”*.

## 2.3 Norma xeral contra as perdas abusivas

A través do seu artigo 6, a Directiva 2016/1196 complementa normas antiabuso específicas. Os considerandos da directiva falan de *“encher as lagoas existentes”* e que, en ningún caso, a norma xeral antiabuso debe afectar á aplicabilidade das normas específicas de loita contra a fraude.

A nova directiva dispón que non se terán en conta as transaccións ou mecanismos, ou conxunto de mecanismos, que, se establecesen tendo como propósito principal, ou como un

dos seus propósitos principais, a obtención dunha vantaxe fiscal que desvirtúe o obxecto ou a finalidade da normativa aplicable.

## **2.4 Transparencia fiscal internacional (sociedades estranxeiras controladas)**

As sociedades estranxeiras controladas configúranse, no artigo 7 da nova directiva, arredor de dous parámetros:

- Control: un contribuínte situado nun Estado membro debe posuír máis do 50% dos dereitos de voto, capital ou dereito a beneficios da dita sociedade.

- Tributación: o IS efectivamente pagado polos seus beneficios pola sociedade debe ser menor que a diferenza entre o IS que se lle tería aplicado á devandita entidade en virtude do sistema do IS aplicable no Estado membro do contribuínte e o IS efectivamente pagado sobre os seus beneficios pola entidade.

Unha vez definidas as sociedades estranxeiras controladas, a directiva establece que o contribuínte deberá integrar na base impoñible do seu IS:

- As rendas non distribuídas pola CFC de natureza pasiva, como xuros, dividendos e plusvalías da transmisión de accións, canons e outras rendas xeradas por propiedade intelectual e industrial, rendas procedentes de arrendamento financeiro, rendas procedentes de actividades de seguro, actividades bancarias e outras actividades financeiras, rendas de compravendas de bens e servizos a entidades asociadas sen engadir valor económico.

- As rendas non distribuídas pola CFC derivadas de mecanismos falseados establecidos co obxectivo esencial de obter unha vantaxe fiscal. Neste sentido, un mecanismo enténdese que é falseado cando a entidade non tería os activos ou non asumiría os riscos que xeran a súa renda se non estivese controlada por unha sociedade en que se atopan as persoas que exercen as funcións relevantes en relación con tales activos e riscos.

Pola súa banda, o artigo 8 da directiva establece a forma de atribuír ao contribuínte do Estado membro a renda procedente da CFC.

Desta forma, as rendas recollidas no artigo 7.2.a) da directiva deberán incluírse na base impoñible do contribuínte e calcularanse conforme as normas do IS do Estado membro en que o contribuínte teña a súa residencia a efectos fiscais.

Por outra parte, cando sexa de aplicación o artigo 7.2.b) da directiva, a renda que deberá incluírse na base impoñible do contribuínte limitarase aos importes xerados a través dos activos e os riscos vinculados ás funcións das persoas influentes exercidas pola sociedade que realiza o control.

En ambos os dous supostos, as rendas incluíranse na base impoñible en proporción á súa participación, tomando como referencia o seu período impositivo e eliminando a dobre imposición. A dobre imposición tamén se corraxirá en caso de que a CFC distribúa beneficios cuxas rendas fosen imputadas ao contribuínte e cando este transmita a súa participación na CFC.

Regúlanse, así mesmo, catro cláusulas de escape:

- A letra a) non se aplicará se a CFC está situada nun país da UE ou do EEE e realiza actividade económica substantiva dispoñendo para iso dun cadro de persoal, equipamento, bens e instalacións. A aplicación desta cláusula a países terceiros é facultativa.

- A letra a) poderá non aplicarse se, como máximo, un terzo das rendas da CFC pertencen a unha das categorías de rendas incluídas na dita letra. Esta regra é de aplicación facultativa tanto na UE como con países terceiros.



– A letra a) poderá non aplicárselles ás CFC de natureza financeira se, como máximo, un terzo das súas rendas proceden de transaccións co contribuínte ou coas súas empresas vinculadas. Esta cláusula é de aplicación facultativa tanto na UE como con países terceiros.

– A letra b) poderá non aplicárselle á CFC se os beneficios contables desta non superan os 750.000 € nin os seus ingresos non comerciais superan os 75.000 €, ou se os seus beneficios contables non representan máis do 10% dos seus gastos de explotación definidos para tal efecto.

Determinadas xurisdicións foron remisas a incluír normas sobre transparencia fiscal internacional (Holanda, Bélxica, Luxemburgo e Irlanda), polo que a transposición deste precepto por parte dos Estados membros determinará o alcance real da norma.

En opinión de Sanz Gadea<sup>16</sup>, *“a norma relativa á transparencia fiscal internacional proxéctase sobre un conxunto amplo de rendas, de tal maneira que, baixo esa perspectiva, podería cualificarse de potente e, polo tanto, eficaz na consecución do obxectivo de recuperar rendas indebidamente desviadas cara a entidades constituídas en paraísos fiscais ou zonas de baixa tributación”*, aínda que parece que as cláusulas de exoneración recollidas na norma poden dar pé a que os Estados membros poidan deixar baleiras de contido estas previsións.

## 2.5 Asimetrías híbridas

As asimetrías híbridas teñen a súa orixe na diferente cualificación fiscal dun instrumento ou dunha entidade en distintas xurisdicións, dando lugar a:

– Dobre dedución dun mesmo gasto.

– A dedución dun gasto sen o correlativo ingreso computable na base imponible da entidade perceptora.

A ATAD parte, tanto para diagnosticar os problemas que orixinan como para configurar as solucións propostas ás asimetrías híbridas, da acción 2 de BEPS.

Neste sentido, segundo o artigo 9.1 da directiva, cando unha asimetría híbrida dea lugar a unha dobre dedución, esta dedución só se concederá no Estado membro en que se orixinase o pagamento correspondente.

Por outra banda, o artigo 9.2 dispón que cando unha asimetría híbrida dea lugar a unha dedución sen inclusión do ingreso noutro, o Estado membro do contribuínte denegará a dedución do pagamento correspondente.

Ambos os dous preceptos correspóndense coas solucións propostas como regras primarias do Informe da acción 2 de BEPS; porén, a directiva non contén, a diferenza da citada acción 2 do proxecto BEPS, a denominada resposta secundaria ou defensiva.

## 3 ENTRADA EN VIGOR E ÁMBITO DE APLICACIÓN

A entrada en vigor da nova directiva produciuse aos 20 días da súa publicación no *Diario Oficial da Unión Europea* e deberá estar incorporada á normativa dos Estados membros antes do 31 de decembro de 2018, así como ser de aplicación a partir do 1 de xaneiro de 2019, con varias particularidades:

– A disposición relativa á imposición de saída (con particularidades adicionais para Estonia) goza dun prazo adicional dun ano para a súa transposición, debendo ser adoptada polos Estados membros antes do 31 de decembro de 2019 e aplicable desde o 1 de xaneiro de 2020.

– Polo que respecta aos Estados membros que teñan preceptos específicos para evitar a erosión de bases impositivas negativas e traslado de beneficios no momento de entrada en

vigor da directiva que teñan a mesma eficacia que a norma contida no artigo 4 da citada directiva sobre a limitación da deducibilidade de gastos financeiros, poderán aplicar tales preceptos ata o fin do período impositivo seguinte á data de publicación na web oficial do acordo dos países membros da OCDE considerando a acción 4 do Plan BEPS como estándar mínimo ou, como moí tarde, o 1 de xaneiro de 2024. Para estes efectos, os Estados membros comunicaranlle á Comisión antes do 1 de xullo de 2017 a información necesaria para avaliar a eficacia das súas normas específicas.

Polo que respecta ao ámbito subxectivo de aplicación, a nova directiva será de aplicación a todos os contribuíntes do IS dos Estados membros, así como aos seus EP situados noutro Estado membro e os EP de entidades de terceiros Estados localizados nun Estado membro.

#### **4 PAQUETE DE MEDIDAS DE REFORMA DO IMPOSTO SOBRE SOCIEDADES NA UE**

Aínda que enmarcado o Plan de Acción do IS presentado pola Comisión Europea, entendemos que, na medida en que o obxectivo último perseguido, así como determinadas medidas utilizadas, converxen, resulta necesario analizar neste traballo a nova formulación da Comisión dirixida a reformar o IS europeo publicado en outubro de 2016.

Neste sentido, tomando como punto de partida o proxecto sobre a base impoñible consolidada común do IS (en diante, BICCS) e a base impoñible común (en diante, BIC), presentado por primeira vez en 2011, a Comisión formulou un paquete de medidas de reformas no IS que persegue, dunha parte, facilitar os negocios na UE e, doutra, loitar contra a elusión fiscal, tal como formula a ATAD, como tivemos ocasión de analizar nestas páxinas. Igual que acontecía coa ATAD, algunhas das medidas antielusión propostas pola Comisión recóllense directamente de BEPS, mentres que outras, como a cláusula *switch-over*, son xenuinamente comunitarias.

Así pois, o paquete de medidas inclúe:

- Unha Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo e ao Consello para establecer un sistema de imposición ás sociedades equitativo, competitivo e estable na Unión Europea.
- Unha Proposta de Directiva do Consello sobre a BICCS.
- Unha Proposta de Directiva do Consello sobre a BIC.
- Unha Proposta de Directiva do Consello sobre mecanismos de resolución de disputas sobre dobre imposición na Unión Europea.
- Unha Proposta de Directiva do Consello de modificación da Directiva UE 2016/1164 sobre as asimetrías híbridas con países terceiros.

Así mesmo, o paquete inclúe unha Comunicación en que se recollen as razóns políticas e económicas das medidas anteriores, así como a avaliación do impacto sobre a BICCS e o mecanismo de regulación de litixios.

A proposta da Comisión pivota sobre dous piares fundamentais, como son, por unha parte, a BIC e, por outra, a BICCS, que se porán en marcha o 1 de xaneiro de 2019 e o 1 de xaneiro de 2021, respectivamente.

As principais propostas que se recollen en relación coa BICCS son as seguintes:

- Será obrigatorio para os grupos empresariais con ingresos consolidados superiores a 750 millóns de euros ao ano.
- Será opcional para os grupos que non alcancen os limiares anteriores.

- O gravame do imposto producirase na xurisdición onde realmente obteñan os seus beneficios.
- Incentivarase o investimento en I+D, con especial atención a aquelas compañías que decidan optar pola BICIS.
- Estimularase que as empresas financien as súas operacións con recursos propios, mediante unha bonificación por emisión de capital.
- Os grupos poderán compensar os beneficios obtidos nun país coas perdas xeradas noutro.
- Eliminaranse os problemas de prezos de transferencia en operacións realizadas na UE.

Polo que respecta á BICIS, esta estaría constituída pola suma das bases impositivas individuais, procedendo a eliminar as operacións intragrupo. A base impositiva, en caso de resultar positiva, repártase de acordo cunha fórmula que toma en consideración, a partes iguais, as vendas en destino, o importe de salarios e o número de empregados e o valor dos activos tanxibles desas entidades respecto do total das ditas magnitudes a nivel consolidado. Se a base impositiva fose negativa, facúltase a súa compensación futura con carácter indefinido.

En relación coa BIC, destaca que entre os ingresos exentos se recolle unha exención plena dos ingresos por dividendos e plusvalías de participacións cualificadas correspondentes a entidades residentes na UE, mentres que os dividendos de participacións en entidades non residentes na UE quedan suxeitos a un réxime de exención con cláusula de *switch-over*, que curiosamente, e tal como tivemos oportunidade de destacar nesta colaboración, non se incorporou na versión definitiva da ATAD (aínda que si se atopaba na proposta inicial).

Así mesmo, a proposta de directiva contén un réxime de transparencia fiscal internacional que non é plenamente coincidente co establecido na ATAD.

Polo que se refire á limitación dos xuros, a regulación establecida é similar á recollida na ATAD.

Finalmente, ademais de norma antiabuso xeral (GAAR), a proposta de directiva aproba diversas normas (transparencia fiscal internacional, antihíbridos) que xa foran incorporadas de forma similar na Directiva antielusión fiscal (ATAD). A este respecto, resulta salientable ver como a configuración destas cláusulas antiabuso non é totalmente coincidente coa aprobada polo ECOFIN a través da referida Directiva ATAD, de maneira que se aprecia un maior alcance das recollidas na proposta.

En relación coa proposta dunha directiva de mecanismos de resolución de litixios de dobre imposición, prevé un sistema de “dobre instancia”, baseado no modelo de actual Convenio Europeo de Arbitraje (90/436/CEE), no cal, tras a solicitude do suxeito pasivo, as administracións nacionais dispoñen dun prazo de dous anos para chegar a unha solución amigable do suposto de dobre imposición. En caso de non se chegar a un acordo, prevese unha segunda instancia ante unha comisión asesora (*advisory commission*) ou unha comisión de resolución alternativa de controversias (*alternative dispute resolution commission*). Unha vez alcanzada unha resolución por unha destas comisións, as autoridades dos Estados implicados disporán dun prazo de seis meses para chegar a un acordo e, en caso de non o facer, deberán aplicar a solución adoptada pola comisión que tivese actuado.

Finalmente, polo que respecta á proposta de directiva sobre asimetrías híbridas con países terceiros, as medidas propostas son coherentes co proxecto BEPS. Así mesmo, con esta directiva cubriríase o baleiro en relación coas asimetrías híbridas e países terceiros, xa que non se introduciu nada neste sentido na ATAD.

## 5 PERSPECTIVA ESPAÑOLA

Malia que a Lei 27/2014, do 27 de novembro, do imposto sobre sociedades (en diante, LIS), introduciu no ordenamento tributario español medidas moi parecidas ou similares ás recollidas na ATAD, o certo é que algunhas desas medidas poderían verse modificadas para adaptarse aos novos criterios da directiva.

Vexamos, a continuación, como impacta cada unha das medidas incorporadas na ATAD no ordenamento tributario interno.

Polo que respecta á limitación á deducibilidade dos gastos financeiros, dado o carácter de protección mínima da nova directiva, parece que o actual artigo 16 da LIS podería sufrir modificacións, xa que deberían excluírse do EBITDA, que serve como base de cálculo da limitación, as rendas exentas e que, non obstante, actualmente si se inclúen como determinados dividendos e rendas procedentes de EP.

Tal como comentamos no apartado anterior, parece que España cumpriría os requisitos para acollerse ao período transitorio que permite aplicar as normas existentes ata o 1 de xaneiro de 2024.

Finalmente, de acordo coa nova directiva, poderíase modificar a norma coa inclusión dunha regra de escape por referencia ao grupo, acompañada da exclusión do ámbito do artigo 16.1 da LIS das entidades non pertencentes a grupos nin con relacións vinculadas.

En relación coa imposición de saída, a normativa española a este respecto, recollida no artigo 19 LIS e 18.5 do Real decreto legislativo 5/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do imposto sobre a renda de non residentes, ten un alcance moito máis limitado que o proposto pola ATAD, xa que só recollen supostos de traslado de residencia fóra do territorio español cando os elementos patrimoniais non quedan afectados a un EP situado en territorio español e á transferencia ao estranxeiro de elementos patrimoniais afectados a un EP situado en territorio español, respectivamente, polo que haberá que modificar a normativa interna para incorporar o resto de supostos previstos na nova directiva<sup>17</sup>.

Polo que respecta á cláusula xeral contra as prácticas abusivas, esta é moi parecida á incorporada na Directiva matriz-filial<sup>18</sup>, que se recollía en España a través da figura do conflito na aplicación da norma do artigo 15 da LXT<sup>19</sup>.

En sentido contrario maniféstase Jesús López Tello<sup>20</sup>, ben que analizando o texto contido na proposta de directiva.

En relación coa transparencia fiscal internacional, o artigo 100 LIS recolle, aínda que con algún matiz (en relación co tratamento das rendas procedentes de actividades financeiras ou a regra específica para a determinación das rendas de mecanismos falseados por aplicación do principio de plena competencia), a regulación das CFC de forma compatible coa nova directiva, polo que en principio non cabería esperar cambios neste sentido da normativa do IS español.

Finalmente, polo que respecta ás asimetrías híbridas, a normativa española do IS prevé as asimetrías híbridas tanto ao regular os gastos non deducibles como a exención para evitar a dobre imposición sobre dividendos.

Así, o artigo 15.j) LIS nega a deducibilidade daqueles gastos que, como consecuencia dunha cualificación fiscal diferente en entidades vinculadas, non xeren ingreso ou xeren un ingreso exento ou sometido a un tipo de gravame nominal inferior ao 10 por cento, resposta da LIS acorde co artigo 9.2 da nova directiva e coa resposta primaria do Informe da acción 2 de BEPS (dedución/non inclusión).

Así mesmo, e aínda que as solucións formuladas pola LIS non se corresponden co previsto na acción 2 de BEPS (as medidas adoptadas pola LIS son unilaterais e non toman en conta o que suceda noutras xurisdicións), o artigo 15.a) da LIS recolle outras dúas situacións que responden a problemas derivados de instrumentos financeiros híbridos clásicos, como son as accións e participacións privilexiadas e preferentes e os préstamos participativos.

Por outra parte, o artigo 21.1 LIS establece que non se aplicará a exención prevista no dito artigo respecto do importe daqueles dividendos ou participacións en beneficios cuxa distribución xere un gasto fiscalmente deducible na entidade pagadora.

Como se pode observar, a reposta da LIS neste caso non se corresponde co artigo 9.2 da ATAD, xa que de acordo con esta última habería que denegar a dedución do gasto na xurisdición en que este se produza en lugar de non aplicar a exención na entidade perceptora.

Así as cousas, non hai prevista na LIS ningunha situación como as descritas no artigo 9.1 da directiva, é dicir, situacións en que se produza a dobre dedución dun mesmo gasto.

En calquera caso, parece que os traballos en relación coas asimetrías híbridas aínda non remataron nin na OCDE nin na UE, polo que parece que haberá que esperar máis cambios no futuro en relación con este tema.

Neste sentido, recentemente, a través do Real decreto lei 3/2016, do 2 de decembro, polo que se adoptan medidas no ámbito tributario dirixidas á consolidación das finanzas públicas e outras medidas urxentes en materia social, entre outras medidas de carácter recadatorio, introduciuse unha modificación do citado artigo 21 LIS en liña co establecido na Proposta de Directiva do Consello relativa a unha base impositiva común do imposto sobre sociedades (publicada o 25 de outubro de 2016 e con referencia comunitaria COM(2016) 685 final) que prevé no seu artigo 39 que as perdas por deterioración non son deducibles se proceden de activos cuxa transmisión estea exenta.

En efecto, para os períodos impositivos que se inicien a partir do 1 de xaneiro de 2017, régúlase a deducibilidade das perdas derivadas das participacións no capital ou fondos propios de entidades, de acordo co seguinte.

- Establecer un tratamento simétrico entre as rendas positivas obtidas e as perdas que se poidan producir na transmisión de participacións. De acordo con este tratamento, se as rendas positivas non se integran en base impositiva en aplicación da exención para evitar a dobre imposición, tampouco se integrarán as perdas que se poidan materializar.

- Evitar que se integre en base impositiva a perda xerada en participacións de entidades localizadas en paraísos fiscais ou en xurisdicións que non alcancen un nivel de tributación axeitado.

## 6 CONCLUSIÓNS

Sen dúbida, o feito de que unha directiva recolla recomendacións do Proxecto BEPS e as transforme en xuridicamente vinculantes para os Estados membros conseguirá que as medidas antielusión se adopten con maior rapidez.

Non podemos deixar de mencionar que, na nosa opinión, esta directiva supón un avance máis cara á consecución dunha base impositiva común, aínda que a directiva é un acordo de mínimos que os países irán incorporando nos seus ordenamentos internos, o que redundará en certa heteroxeneidade. En contra desta heteroxeneidade, aparecen as propostas de directivas que buscan a base impositiva común, que, ao contrario da ATAD, serán directivas de

régime “absoluto” e non de “mínimos”, polo que os Estados membros non poderán alterar o disposto nas ditas directivas.

É evidente que o panorama xeral mudou moito desde 2011, cando se fixo a primeira proposta por parte da Comisión en relación coa base imponible común. Daquela, un dos países que maior resistencia opuxo foi o Reino Unido, e non nos escapa que a relación “especial” que o Reino Unido manterá coa UE durante, polo menos, os dous próximos anos parece facilitar a posta en marcha destas directivas que necesitan o voto unánime do Consello (logo de consulta ao Parlamento Europeo e ao Comité Económico e Social); non obstante, a deriva proteccionista e antiglobalización de varios Estados membros pode dificultar a necesaria cesión de soberanía fiscal dos Estados á UE.

Polo que respecta a España, e salvo excepcións puntuais, parece que esta vez os deberes están feitos e a maior parte das disposicións recollidas na directiva xa se incorporaron ao ordenamento interno, aínda que tamén é presumible que a adaptación á directiva poida servir de desculpa para mellorar tecnicamente certos aspectos da nosa LIS, tal como aconteceu con algunhas modificacións puntuais do artigo 21 LIS, incorporando aspectos recollidos na proposta de directiva de base imponible común.

## 7 BIBLIOGRAFÍA

- Antón Serrano, F., 2015. *La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales*. CEF, n.º 391, pp. 77-110.
- Calderón Carrero, J. M., 2016. “La dimensión europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el paquete antielusión fiscal 2016”. *Revista Quincena Fiscal. Aranzadi*, n.º 6.
- García Patón, G., 2016. *La posición del legislador español ante el Proyecto BEPS y los avances del plan de acción de la Unión Europea*. Instituto de Estudios Fiscales, n.º 20/2016.
- Sanz Gadea, E., 2016. *Directiva Antiabuso (I)*. CEF, n.º 403, pp. 39-82.
- Sanz Gadea, E., 2017. *Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional*. CEF, n.º 406, pp. 5-46.
- López Rivas, S., 2016. “Directiva contra las prácticas de elusión fiscal”. *Carta Tributaria*. Wolters Kluwer, Revista de opinión, n.º 17.
- López Tello, J., 2016. “Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 43, pp. 36-59.

## NOTAS

- 1 OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
- 2 OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.
- 3 Preliminary Reports, OECD, September 2014.
- 4 LÓPEZ TELLO, Jesús, 2016. “Los informes finales del proyecto BEPS y la propuesta de Directiva contra la elusión fiscal”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 43, pp. 36-59.
- 5 *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*.
- 6 *Limitation-on-benefits*.
- 7 *The Principal Purposes Test*.
- 8 Plan de Acción BEPS, OECD, 2013.
- 9 Ídem nota ao pé anterior.
- 10 Ídem nota ao pé anterior.
- 11 <http://www.loyolaandnews.es/masteresoficialesloyola/aprobada-la-directiva-antiabuso-de-la-union-europea/>.
- 12 Ídem nota ao pé anterior.
- 13 Ídem nota ao pé anterior.
- 14 Ídem nota ao pé IV.

- 15 Ídem nota ao pé IV.
- 16 Ídem nota ao pé X.
- 17 LÓPEZ RIVAS, Silvia, 2016. "Directiva contra las prácticas de elusión fiscal". *Carta Tributaria*. Wolters Kluwer, *Revista de opinión*, n.º 17.
- 18 Directiva 2011/96/UE.
- 19 "1. Entenderase que existe conflito na aplicación da norma tributaria cando se evite total ou parcialmente a realización do feito imponible ou se minore a base ou a débeda tributaria mediante actos ou negocios en que concorran as seguintes circunstancias: a) Que, individualmente considerados ou no seu conxunto, sexan notoriamente artificiosos ou impropios para a consecución do resultado obtido; b) Que da súa utilización non resulten efectos xurídicos ou económicos relevantes, distintos do aforo fiscal e dos efectos que se obtivesen cos actos ou negocios usuais ou propios.
2. Para que a Administración tributaria poida declarar o conflito na aplicación da norma tributaria, será necesario o previo informe favorable da Comisión consultiva a que se refire o artigo 159 desta lei.
3. Nas liquidacións que se realicen como resultado do disposto neste artigo, exixirase o tributo aplicando a norma que tivese correspondido aos actos ou negocios usuais ou propios ou eliminando as vantaxes fiscais obtidas, e liquidaranse intereses de demora".
- 20 Ídem nota ao pé IV.