

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 Proyecto BEPS. 1.3 Paquete antielusión fiscal. 2 Medidas y disposiciones de la Directiva (UE) 2016/1164. 2.1 Limitación a la deducibilidad de gastos financieros. 2.2 Imposición de salida. 2.3 Norma general contra las prácticas abusivas. 2.4 Transparencia fiscal internacional (sociedades extranjeras controladas). 2.5 Asimetrías híbridas. 3 Entrada en vigor y ámbito de aplicación. 4 Paquete de medidas de reforma del impuesto sobre sociedades en la UE. 5 Perspectiva española. 6 Conclusiones. 7 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Antecedentes

La Directiva de la Unión Europea (UE) 2016/1164, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (en adelante, la ATAD, por su sigla en inglés), forma parte del paquete antielusión fiscal presentado por la Comisión el 28 de enero de 2016.

Asimismo, la propia ATAD, en sus consideraciones preliminares, se reconoce heredera de la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (en adelante, BEPS, por su sigla en inglés) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), con el objetivo de la búsqueda de una imposición más equitativa.

1.2 Proyecto BEPS

Cualquier intento de armonizar y coordinar prácticas contra la elusión fiscal adoptado tanto a escala nacional como internacional toma como punto de partida los trabajos e informes del proyecto BEPS de la OCDE y del G20.

En efecto, la internalización de las empresas y de las economías ha dado lugar a determinadas prácticas que consiguen erosionar bases imponibles de muchas economías, trasladando los beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación.

La OCDE y el G20 reaccionaron¹ frente a este tipo de prácticas que generan importantes perjuicios económicos tanto a los países como a sus empresas, con todas las consecuencias sociales que ello implica.

Los objetivos del Plan BEPS son los siguientes:

- Eliminación de la doble imposición o reducción de la tributación causada por desajustes entre los distintos sistemas tributarios.
- Ajuste del impuesto sobre sociedades (en adelante, IS) a las nuevas realidades económicas y sociales y definición de nuevos estándares en cuestiones no tratadas en los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante, CDI) u otras iniciativas, nacionales o internacionales.
- Alineamiento de la tributación con la realidad, la sustancia económica y la cadena de valor de la empresa.
- Adopción de medidas coordinadas que eviten medidas unilaterales que pudieran causar doble imposición o conflictos y cuenten con un apoyo multilateral.

En julio de 2013, la OCDE presentó un Plan de Acción² que diagnosticaba los principales retos que había que afrontar. El citado plan de acción incluía 15 acciones cuyo desarrollo permitiría luchar contra la evasión fiscal, las prácticas fiscales abusivas y la planificación fiscal agresiva por parte de compañías multinacionales.

Las acciones se organizan alrededor de tres pilares fundamentales: (i) la coherencia del IS a nivel internacional, (ii) una realineación de la imposición y de la sustancia económica y (iii) transparencia, junto con seguridad jurídica y predictibilidad.

Este plan de acción fue objeto de desarrollo posterior por medio de trabajos e informes intermedios³ durante los años 2013 y 2014, hasta que finalmente, en octubre de 2015, se han publicado los informes finales de 2015 del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (en adelante, informes finales).

Exponemos a continuación cada una de las acciones junto con las principales ideas de éstas, de acuerdo con lo descrito en los informes finales:

Acción 1: Abordar los retos de la economía digital para la imposición (*addressing the tax challenges of the digital economy*). La economía digital está tan integrada en la economía en su conjunto que resulta imposible separarla y aislarla para llevar a cabo un análisis independiente a efectos fiscales.

Sin embargo, lo cierto es que determinados modelos de negocio y características particulares de la economía digital agravan los riesgos BEPS (es decir, la erosión de bases imponibles y el traslado artificial de beneficios entre jurisdicciones).

Esta idea se ha tenido en cuenta a lo largo del desarrollo del resto de acciones. En este sentido, en la acción 3 (sobre normas de transparencia fiscal internacional) se incluye una modificación en la definición de renta susceptible de imputación que comprende la imputación de ingresos derivados de la economía digital; en las acciones 8-10, con una revisión de los criterios de precios de transferencia para abordar los riesgos planteados por la economía digital; o en la acción 7, en la definición del concepto de establecimiento permanente (en adelante, EP) para prevenir que los contribuyentes eludan la definición actual mediante el uso de nuevos modelos de negocio.

Acción 2: Neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos (*neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*). Los mecanismos híbridos explotan el tratamiento fiscal diferente de una entidad o de un instrumento financiero en dos o más jurisdicciones, lo que puede ocasionar (i) una doble no imposición (es decir, ausencia de tributación en las jurisdicciones implicadas) o (ii) el diferimiento a largo plazo de los tributos.

Este tipo de mecanismos y de entidades está ampliamente extendido y afecta directamente a la erosión de la base imponible de los países afectados, lo que se traduce en una pérdida de competencia, eficiencia, transparencia y justicia.

De acuerdo con el informe final, los mecanismos híbridos pueden dar lugar a tres situaciones diferenciadas:

– Resultado de deducción/no inclusión, situación que se produce en aquellos supuestos en los que un pago internacional es fiscalmente deducible de acuerdo con las normas de una determinada jurisdicción y no se incluye en la base imponible o renta gravable en la jurisdicción en la que dicho pago es percibido.

– Resultado de doble deducción, que es aquella situación que se da cuando un único pago da lugar a dos deducciones. Esto se puede producir en supuestos en los que el mismo pago fuese deducible tanto en la entidad matriz como en su filial o en pagos realizados por entidades con residencia fiscal dual (la jurisdicción de constitución y la jurisdicción en la que mantiene su sede de dirección efectiva).

– Resultado indirecto de deducción/no inclusión, que ocurre cuando un pago internacional es fiscalmente deducible de acuerdo con la normativa de dicha jurisdicción y se compensa con un crédito fiscal en la jurisdicción en la que se percibe el citado pago.

Una vez identificados los mecanismos utilizados para la erosión de bases imponibles a través de mecanismos híbridos utilizados simultáneamente en distintas jurisdicciones, se ha desarro-

llado una metodología común para abordar este tipo de situaciones, que consiste en que los países adopten una serie de medidas, que se dividen en respuesta primaria y norma defensiva, en caso de que la respuesta primaria no haya sido utilizada en la jurisdicción del pagador.

Exponemos, a continuación, las propuestas siguiendo el mismo esquema anterior:

– Resultado de deducción/no inclusión: en este supuesto la respuesta primaria consistiría en negar la deducción del pago en la jurisdicción del pagador y la norma defensiva sería la inclusión del pago en la base imponible del receptor.

– Resultado de doble deducción: la respuesta primaria sería negar la deducibilidad del pago en todas las jurisdicciones implicadas, mientras que la norma defensiva consistiría en negar la deducción en la jurisdicción del pagador.

– Resultado indirecto de deducción/no inclusión: en este caso la respuesta primaria sería negar la deducción en sede del pagador, aunque en este caso no se ha considerado necesaria la implantación de una norma defensiva.

Acción 3: Refuerzo de la normativa sobre *controlled foreign company* (en adelante, CFC) (*strengthening CFC rules*). Las normas de transparencia fiscal internacional nacen como respuesta al riesgo de que un contribuyente con una participación mayoritaria en una compañía residente en una jurisdicción diferente erosione su base en su jurisdicción de residencia, incluso en algunos supuestos en una tercera jurisdicción, deslocalizando o trasladando sus rentas a una compañía extranjera que controlan, normalmente en territorios de baja o nula tributación, consiguiendo un diferimiento de tributación a largo plazo.

El informe final presenta seis módulos o bloques fundamentales para el diseño de normas de transparencia fiscal internacional eficaces, concebidas para garantizar que las jurisdicciones que opten por implementarlas aplicarán normas que impidan de manera más efectiva que los contribuyentes trasladen sus rendimientos a filiales situadas en el extranjero:

– Definición de sociedad controlada.

– Las excepciones a esa definición y los requerimientos de umbrales cuantitativos a cumplir.

– La definición de la renta transparentable. En este punto el informe plantea tres posibles enfoques para considerar las rentas de la sociedad controlada transparentables:

- El enfoque de lista, bajo cuyo prisma las rentas se clasificarían en categorías, normalmente de acuerdo con su calificación jurídica (intereses, dividendos, etc.), pero también atendiendo a otros criterios como la relación entre las partes o la fuente de la renta. De acuerdo con esta aproximación, las normas CFC serían aplicables sobre aquellas rentas incluidas en la lista y obtenidas por la sociedad controlada.

- El enfoque de sustancia, que parte del juicio sobre si la renta obtenida por la sociedad controlada deriva o no de actividades económicas. Las normas CFC serían aplicables sobre rentas obtenidas por sociedades controladas que no provengan de actividades económicas.

- El enfoque de la remuneración excesiva del capital, que analiza si la remuneración de los fondos propios que permanecen en la sociedad controlada son remunerados de forma extraordinaria (normalmente en forma de intereses). Las normas CFC serían aplicables sobre dichos excesos.

El informe destaca que los países podrán optar por uno de estos enfoques o combinar dos de ellos.

– Las reglas para el cómputo de la renta transparentable.

– Las reglas para atribuir la renta transparentable a los socios de la sociedad controlada, y

– Las reglas para eliminar la doble imposición. Es importante que tratar de evitar situaciones de desimposición no provoque, en contrapartida, situaciones de doble imposición.

Acción 4: Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros (*limiting base erosion via interest deductions and other financial payments*). Ajustando el nivel de endeudamiento y aprovechando el distinto tratamiento tributario entre intereses y dividendos que la mayor parte de las legislaciones tributarias lleva a cabo, los grupos multinacionales pueden, de acuerdo con el informe definitivo:

– Aprovechar dicho tratamiento diferenciado en un contexto internacional deduciendo los intereses en la jurisdicción de la filial, mientras que los intereses que ésta paga estarían exentos en la jurisdicción que los recibe.

Dura crítica, por parte de López Tello⁴, merece la calificación de esta práctica como abusiva. De acuerdo con el citado autor, la exención es el mejor de los mecanismos posibles para evitar la doble imposición y está recomendado por la doctrina más autorizada, además de formar parte de los ordenamientos jurídicos nacionales y de los CDI como método para eliminar la doble imposición tanto doméstica como internacional. Por tanto, difícilmente se puede ver una práctica abusiva en su aplicación.

– Endeudar considerablemente a sus compañías filiales, utilizando la deducción de unos intereses excesivos como medio para evitar pagar impuestos sobre los beneficios locales de las filiales.

Como medida frente a este tipo de prácticas, el informe recomienda establecer un límite general a la deducción de gastos financieros aplicando un porcentaje fijo. En definitiva, la medida consistiría en limitar la deducción de gastos financieros netos a un porcentaje del EBITDA⁵ obtenido por la compañía. Este porcentaje fijo oscilaría entre el 10% y el 30%.

En línea con el resto de acciones, el informe ofrece a los países una serie de opciones para adaptar esta regla general a sus capacidades:

– Los Estados pueden permitir una mayor deducción de gastos financieros netos considerando el nivel de endeudamiento del grupo al que pertenezca la entidad.

– Los Estados pueden establecer un nivel de endeudamiento por debajo del cual los gastos financieros serían íntegramente deducibles, sin que resulte de aplicación la regla del porcentaje sobre el EBITDA.

– Los Estados pueden permitir la deducción a futuro de gastos financieros que no fueron fiscalmente deducibles en aplicación de la regla del porcentaje sobre el EBITDA. En el mismo sentido, también pueden trasladar a futuro la capacidad de deducción de gastos financieros no utilizada en el ejercicio por no haber superado el límite de acuerdo con la norma del porcentaje fijo sobre el EBITDA.

– Finalmente, los Estados pueden excluir del cálculo gastos financieros devengados en relación con préstamos específicos de terceros usados para financiar proyectos de interés público.

En el entendimiento de que estas normas no se deberían aplicar a las entidades financieras y aseguradoras por sus particularidades, en principio éstas quedan excluidas de las recomendaciones con el objetivo de que más adelante se redacten nuevas recomendaciones teniendo en cuenta la particular operativa de este tipo de entidades.

Acción 5: Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia (*countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance*). Se busca atajar el riesgo que supone la utilización de regímenes fiscales preferenciales para transferir artificialmente los beneficios (con especial atención a los regímenes de

patent box) y la falta de transparencia en lo que respecta a determinados *tax ruling* (siguiendo la traducción de la OCDE, decisiones administrativas en relación con contribuyentes específicos).

Por lo que respecta a los regímenes fiscales preferenciales, el informe propone abordarlos utilizando el *nexus approach*, es decir, que un régimen fiscal preferencial será admisible en la medida en que requiera actividades sustanciales por parte de la entidad. En este sentido, se entiende que un régimen preferencial requiere actividades sustanciales en cuanto se concedan beneficios al contribuyente acogido a él sólo en la medida en que éste desarrolle las actividades fundamentales para la generación de aquellos tipos de rentas que estén cubiertos por el régimen preferencial.

Acción 6: Impedir la utilización abusiva de convenios (*preventing treaty abuse*). Acción contra el *treaty shopping* (utilización del convenio más favorable) y otras estrategias abusivas que permiten a los contribuyentes obtener ventajas de los CDI en situaciones para las que dichas ventajas no están pensadas. Como ejemplo de este tipo de situaciones, el informe destaca la utilización de un determinado CDI por un sujeto pasivo no residente en uno de los Estados contratante de un CDI y que, sin embargo, accede a los beneficios otorgados por dicho CDI a los residentes de ese Estado.

El informe plantea las siguientes recomendaciones para luchar contra el *treaty shopping*:

- Los CDI persiguen la eliminación de la doble imposición sin crear oportunidades para la elusión fiscal.
- Adopción de una cláusula antiabuso específica similar a la de limitación de beneficios (LOB⁶).
- Introducción de una cláusula antiabuso general basada en los motivos principales de las transacciones (PPT rule⁷).

Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP (*preventing the artificial avoidance of permanent establishment status*). En general, los convenios fiscales establecen que los beneficios empresariales de empresas extranjeras son susceptibles de someterse a gravamen en un determinado Estado únicamente cuando dicha empresa cuente con un EP ubicado en ese mismo territorio al que resulten imputables dichos beneficios. En consecuencia, la definición del concepto de EP en los convenios es de vital importancia de cara a determinar si las rentas obtenidas por una empresa no residente han de tributar en otro Estado.

En el Plan de Acción se ponía de manifiesto la necesidad de actualizar dicha definición para evitar prácticas abusivas con fines elusivos. En concreto, en el informe se hace referencia a las siguientes prácticas:

- Uso de contratos de comisión en nombre propio y estrategias similares. Bajo este esquema, los comisionistas venderían los productos en su propio nombre, pero por cuenta de una empresa extranjera que es la propietaria del producto. De esta forma, una entidad podría vender sus productos en un Estado sin tener un EP en éste y, en consecuencia, trasladando los beneficios fuera del país en el que se ha llevado a cabo la venta.

- Explotación de excepciones específicas. En el artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE se recogen una serie de actividades que una entidad puede llevar a cabo en otro Estado sin llegar a tener la consideración de EP, las denominadas actividades auxiliares. Pues bien, la digitalización de la economía ha provocado que determinadas actividades que antes podían ser consideradas como auxiliares puedan corresponderse hoy con la actividad económica principal de la entidad.

– División de contratos. La división de contratos entre entidades de un mismo grupo busca que la duración de un contrato nunca exceda de seis meses, intentando eludir de esta forma lo dispuesto en el artículo 5.3 del Modelo de Convenio de la OCDE.

De acuerdo con lo anterior, la modificación de la definición de EP propuesta consiste en que las actividades específicas listadas en el apartado 4 del artículo 5 del Convenio Modelo de la OCDE no sean consideradas *per se* como preparatorias o auxiliares, sino que tal calificación derive del análisis particular del modelo de negocio desarrollado en el país por la empresa extranjera. Ello permitirá, tal como se pone de manifiesto en el informe, considerar que existe un EP allí donde una empresa multinacional tenga un gran almacén con numeroso personal que se limite a entregar a los clientes las mercancías que se les han vendido *online*.

Acciones 8-10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor. El principio de plena competencia requiere que las transacciones entre empresas vinculadas sean valoradas como si las empresas fueran independientes, y el proyecto BEPS reclamó la clarificación y el refuerzo de ese principio, buscando evitar situaciones en las que la atribución de beneficios a una entidad no está en línea con la actividad económica que los produce. El informe final se ha centrado en tres áreas clave.

– Acción 8: precios de transferencia de operaciones vinculadas que incluían activos intangibles.

– Acción 9: atribución contractual de riesgos. Sólo será válida aquella en la que dichas atribuciones se correspondan con la toma de decisiones, es decir, con el ejercicio de un control efectivo sobre tales riesgos.

– Acción 10: atribución de beneficios resultante de operaciones vinculadas que carecen de lógica comercial, uso selectivo de métodos de precios de transferencia y el uso de ciertos tipos de pagos entre miembros del grupo multinacional.

– Acción 11: Evaluación y seguimiento de BEPS (*measuring and monitoring BEPS*). De acuerdo con el informe definitivo, existen multitud de estudios que demuestran la realidad del traslado de beneficios por razones fiscales. Medir el alcance real de BEPS constituye un gran reto dada la complejidad del fenómeno y la dificultad para acceder a los datos.

Así las cosas, la Acción 11 concluye que existen limitaciones que obstaculizan los análisis económicos, por lo que se requiere una mejora tanto (i) del acceso a los datos como (ii) de las metodologías.

En este sentido, la OCDE pretende:

- Publicar nuevas estadísticas acerca del IS.
- Informar periódicamente del impacto estimado de las contramedidas BEPS.
- Desarrollar nuevas herramientas de análisis e indicadores BEPS.
- Mejorar la información pública sobre las estadísticas de recaudación impositiva.
- Mejorar la información no fiscal relevante para BEPS.
- Incentivar la investigación sobre BEPS para entender mejor el fenómeno y diferenciarlo de efectos económicos reales y de opciones fiscales no BEPS.

Acción 12: Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva (*requiring taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*). Uno de los retos fundamentales a los que se enfrentan las diferentes Administraciones tributarias de todo el mundo es la falta de información sobre las estrategias de planificación fiscal agresiva de sus contribuyentes.

En este punto, el informe diseña un conjunto de guías sobre buenas prácticas en la materia, para que puedan ser utilizadas por aquellos países cuya normativa interna carezca de normas de declaración obligatoria y busquen satisfacer su necesidad de obtener información anticipada sobre las estrategias de planificación fiscal agresiva. Las recomendaciones incluidas en el informe no constituyen un estándar básico, por lo que los distintos países pueden decidir libremente si introducir o no regímenes de declaración obligatoria.

– Acción 13: Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia (*re-examining transfer pricing documentation*). De acuerdo con el Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁸, se debería tender al desarrollo de “normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la Administración tributaria, teniendo en cuenta los costes de cumplimiento para las empresas. Las normas a desarrollar incluirán el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común”.

Como respuesta a esta cuestión, el informe definitivo contiene un enfoque estandarizado en tres niveles en relación con la documentación de precios de transferencia:

– Las empresas multinacionales han de proporcionar a las Administraciones tributarias información de alto nivel acerca de sus operaciones empresariales mundiales, así como de sus políticas en materia de precios de transferencia en un *master file*.

– En segundo lugar, debe haber un *local file* específico para cada país que incorpore la documentación detallada de los precios de transferencia en relación con las transacciones de cada país, identificando (i) transacciones concretas con entidades vinculadas, (ii) el importe de dichas transacciones y (iii) el análisis de la determinación de los precios de transferencia.

– Finalmente, las empresas multinacionales también deberán contar con un *country by country report*, en el que se declarará anualmente por cada jurisdicción en que dichas multinacionales operen la cuantía de los ingresos y los beneficios antes del IS, así como el importe de IS pagado y devengado. Asimismo, este informe incluiría información acerca del número de empleados, capital, reservas y actividades materiales en cada jurisdicción. Este informe país por país sólo será obligatorio para grupos de compañías multinacionales con una cifra de negocio consolidada superior a 750 millones de euros.

Este último informe debería ser presentado ante la Administración tributaria de residencia de la compañía matriz del grupo que a continuación compartiría la información contenida en él con el resto de jurisdicciones en que el grupo opere, mientras que los dos primeros informes propuestos deberían estar a disposición de las autoridades fiscales de cada jurisdicción.

– Acción 14: Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias (*making dispute resolution mechanisms more effective*). De acuerdo con el informe final relativo a la acción 14, todo el paquete de medidas que hemos ido desarrollando hasta ahora podría llegar a producir cierta incertidumbre e inseguridad jurídica a las entidades, a la vez que provocar determinadas situaciones de doble imposición y conflictos sujetos a procedimientos amistosos.

Con el objetivo de evitar este tipo de situaciones, los países miembros de la OCDE/G20 se han comprometido con un estándar mínimo en la resolución de conflictos derivados de la aplicación de los CDI, que incluye un compromiso político a favor de una resolución más rápida y efectiva de los conflictos que se pudiesen originar a través de un procedimiento amistoso.

A mayor abundamiento, un número importante de países se ha comprometido a introducir a la mayor brevedad el arbitraje vinculante y preceptivo en sus CDI bilaterales.

- Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral (*developing a multilateral instrument*). Ante la magnitud de cambios a adoptar, en particular en materia de negociación de los CDI bilaterales y la necesidad de que estos cambios se vayan llevando a cabo de manera rápida y eficiente, el informe se plantea la posibilidad de creación de un instrumento multilateral que modifique a la vez todos los CDI entre sus Estados firmantes.

Actualmente trabajan en este instrumento alrededor de 90 países.

1.3 Paquete antielusión fiscal

El 28 de enero de 2016, la Comisión Europea publicó su paquete de medidas frente a la elusión fiscal con el objetivo de coordinar la respuesta comunitaria a la elusión del IS, siguiendo los estándares elaborados por la OCDE.

Este paquete de medidas se compone de cuatro documentos fundamentales:

I. La propuesta de Directiva relativa a la lucha contra la elusión fiscal

II. La propuesta de modificación de la Directiva de intercambio automático y obligatorio de información

III. La Recomendación sobre cuestiones en materia de convenios fiscales

IV. La Comunicación sobre una estrategia exterior para una imposición efectiva.

Finalmente, se incluye un Documento de trabajo de la Comisión que recoge un análisis detallado de todas las iniciativas.

Analizamos, a continuación, cada uno de los documentos mencionados:

I. La directiva finalmente aprobada difiere en determinados aspectos de la propuesta inicial, pero entendemos que resulta interesante destacar todas las medidas incluidas en el proyecto, haciendo especial hincapié en este momento en aquellas que finalmente se han quedado fuera de la ATAD, ya que el resto será objeto de estudio más adelante.

Las medidas propuestas son las siguientes:

(i) Limitación a la deducibilidad de intereses: incluyendo ciertos matices, la propuesta de la Comisión sigue en este punto las recomendaciones recogidas en la acción 4 del plan BEPS, limitando la deducibilidad de los gastos financieros en un porcentaje (30%) del beneficio operativo (EBITDA).

Las entidades financieras y aseguradoras quedarían provisionalmente exceptuadas de la aplicación de este precepto, lo que deja la puerta abierta para su inclusión en el futuro.

(ii) Imposición de salida: se establece una cláusula de imposición de salida en operaciones tales como cambio de residencia fiscal de una entidad de un Estado miembro a otro Estado miembro o a un país tercero, transferencia o cesión de activos de una casa central a un EP situado en otro Estado miembro o en un país tercero, transferencia o cesión de activos de un EP situado en un Estado miembro a su casa central u otro EP en otro Estado miembro o en un país tercero y transferencia de un EP situado en un Estado miembro.

Esta medida busca gravar las plusvalías tácitas latentes.

(iii) Cláusula de *switch-over* o de sustitución del método de exención por el de imputación para evitar la doble imposición internacional: se trata de la medida más polémica entre las propuestas, y no es de extrañar que se haya quedado fuera en la directiva finalmente aprobada.

Busca no dejar exentos los ingresos de una entidad procedentes de terceros Estados en concepto de distribución de beneficios o plusvalías por transmisión de participaciones en una filial residente en un tercer Estado, o en concepto de beneficios de un EP situado en un tercer Estado en aquellos casos en que el país de residencia de la filial o del EP, en su caso, grave los beneficios

a un tipo impositivo que sea un 40% inferior al tipo que resultaría de aplicación en el Estado miembro de residencia del sujeto pasivo, sin que se tenga en cuenta la posible aplicación de un convenio para evitar la doble imposición internacional.

En estos casos, los beneficios procedentes del tercer Estado no gozarían de exención, sino que los Estados miembros gravarían dichos ingresos, reconociendo una deducción por el impuesto realmente abonado en el tercer Estado.

Esta medida se justifica argumentando que el método de exención favorece que la renta procedente de terceros Estados no sea gravada, o lo sea a una tasa muy reducida, de manera que tales beneficios entran o se introducen en el mercado interior en aplicación del método de exención y en muchas ocasiones sirviéndose de la propia regulación fiscal comunitaria.

Como decíamos, esta medida ha generado polémica entre diversos Estados miembros. Holanda, por ejemplo, entendía que el método de exención canaliza el objetivo de política fiscal basado en la igualdad tributaria en el Estado de la fuente, argumentando que de esta forma se garantiza que las empresas compiten en igualdad de condiciones con las empresas que operen en el mismo mercado.

En cualquier caso, es evidente que una medida como esta afectaría a la competitividad de los Estados miembros, puesto que las entidades europeas con participaciones en entidades residentes en terceros Estados estarían en una situación peor con respecto a aquellas entidades residentes fuera de la UE a efectos de repatriar sus inversiones extranjeras y que, por cualquier razón, han podido ser objeto de una tributación reducida.

Este efecto afectaría en particular a las entidades *holding* residentes en la UE, incluso provocando salidas de este tipo de entidades fuera de la UE. No perdamos de vista que países como Holanda (país muy activo en contra de la integración de esta medida en la futura directiva) tienen en su normativa interna un buen número de medidas para atraer el establecimiento de compañías *holding*.

Finalmente, no deja de llamar la atención que la redacción de esta cláusula tome como referencia el tipo impositivo del IS aplicable en el Estado de residencia de la entidad matriz, ya que esto podría originar redomiciliaciones de entidades *holding* hacia países comunitarios con tipos impositivos más bajos. De acuerdo con el tenor literal de la propuesta, una entidad *holding* residente en Irlanda podría dejar exentos los dividendos que hubiesen tributado en origen un 5%, mientras que una entidad *holding* española sólo podría aplicar la exención sobre los dividendos que hubiesen tributado al 10%. En términos prácticos, esto se traduce en que la totalidad de los dividendos percibidos por un *holding* irlandés procedentes de una filial española podría aplicar íntegramente el método de exención, mientras que un *holding* español debería aplicar el método de imputación por parte de los dividendos percibidos de una filial irlandesa.

Es decir, las desigualdades no sólo se pondrían de manifiesto con respecto a entidades residentes en Estados terceros, sino que éstas se producirían dentro de la propia UE de aplicarse una medida como esta.

(iv) Cláusula general antiabuso: siguiendo el ejemplo de la directiva matriz filial, se propone una cláusula general antiabuso con el fin de prevenir los negocios o conjunto de negocios artificiosos cuya finalidad esencial sea la obtención de un ahorro fiscal contrario a los objetivos de la norma tributaria que debió ser aplicada.

El funcionamiento de esta cláusula general sería parecido al de la figura de los "motivos económicos válidos" de nuestro ordenamiento tributario.

(v) Transparencia fiscal internacional (sociedades extranjeras controladas): se alinea la Comisión en este punto con la acción 3 de BEPS, que ya hemos tenido oportunidad de analizar.

La propuesta de la directiva recomienda integrar en la base imponible del contribuyente las rentas no distribuidas de filiales que estén sujetas a un tipo impositivo efectivo inferior al 40% del tipo aplicable en el Estado miembro de residencia de la entidad matriz y que más del 50% de las rentas de la filial sean intereses y otras rentas generadas por activos financieros, rentas derivadas de la propiedad intelectual, dividendos y rentas generadas por la transmisión de acciones, rentas procedentes de actividades de seguro o de actividades financieras.

Esta medida no sería de aplicación cuando la entidad o EP sea residente fiscal en un Estado miembro o en un tercer Estado del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE), salvo que el establecimiento de la entidad sea completamente artificial o en la medida en que la entidad participe en montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea la obtención indebida de ahorros fiscales.

Al igual que en el caso de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, estas medidas de transparencia fiscal internacional no se aplicarían a las entidades financieras residentes en la UE o en un Estado tercero del EEE, ni a sus EP situados en uno o varios Estados miembros.

(vi) Asimetrías híbridas: en relación con esta propuesta, la Comisión se fija en la acción 2 de BEPS. Se proponen en esta materia medidas de aplicación bilateral para hacer frente a asimetrías híbridas.

En este sentido, cuando dos Estados miembros califiquen de forma distinta a un contribuyente (entidad híbrida), incluidos sus EP en uno o varios Estados miembros, y esto origine bien (i) una situación en la que el mismo gasto se deduzca tanto en el Estado en el que tuvo lugar como en otro Estado miembro, bien (ii) una situación en la que se deduzca un pago en el Estado miembro de origen sin la correspondiente inclusión de dicho pago en otro Estado miembro, la consecuencia debería ser que ese otro Estado miembro de destino deberá aplicar la calificación que el Estado de origen dé a la entidad híbrida.

La misma regla resultará de aplicación en aquellos casos en los que el mismo pago recibe un tratamiento diferente en dos Estados miembros (mecanismo híbrido) y ello determina la deducción del pago en el Estado miembro de origen sin que éste sea sujeto a gravamen en el Estado de destino.

II. Por lo que se refiere a la propuesta de modificación de la Directiva de intercambio automático y obligatorio de información, la medida consiste en una modificación de la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (Directiva de intercambio de información) con la intención de incorporar un nuevo supuesto de intercambio automático de información entre las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros en relación con el *country by country report* (acción 13 de BEPS). De acuerdo con ésta, las entidades dominantes de grupos multinacionales están obligadas a elaborar e informar a las autoridades tributarias del Estado miembro en el que la entidad matriz de dichos grupos multinacionales tenga fijada su residencia. Vemos cómo en este punto la propuesta sigue a pies juntillas las recomendaciones de BEPS en materia de precios de transferencia y de intercambio de información entre jurisdicciones afectadas, que no reproducimos de nuevo para no resultar reiterativos, puesto que ya hemos tenido ocasión de hacer referencia a ellos en el desarrollo de la acción 13 de BEPS.

Es decir, con esta propuesta la Comisión no hace sino adaptar las propuestas de BEPS al marco comunitario, diseñando el intercambio de información entre los Estados miembros acerca de los grupos que operen en las distintas jurisdicciones comunitarias.

Se ha criticado que, de acuerdo con en esta propuesta, el intercambio de información automático sólo operará entre los Estados miembros; sin embargo, no puede perderse de vista, tal como señala José Manuel Calderón Carrero⁹, que, una vez establecido este mecanismo a nivel UE, *“se habrían puesto las bases para la ampliación de su ámbito objetivo e incluso para poder postular una reforma que implique la revelación pública de tal información, por no mencionar el uso de tal información por las autoridades de los distintos Estados miembros a efectos de la gestión de riesgos fiscales, precios de transferencia, etc. En este sentido, la medida propuesta por la Comisión supone un acelerador de los procesos de BEPS que no puede ser pasado por alto, considerando las implicaciones derivadas de su aplicación”*.

Téngase en cuenta, finalmente, que la propia Comisión pone de manifiesto que esta es una propuesta de mínimos, en el sentido de que se hace sin perjuicio de que en el futuro puedan aprobarse nuevas medidas, profundizando en el intercambio de información entre jurisdicciones.

En este sentido, es significativa la modificación de la Directiva 2011/16/UE operada por la Directiva (UE) 2016/881, en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información entre Estados miembros.

Así, la nueva Directiva establece que cada Estado miembro adoptará todas aquellas medidas necesarias para que la entidad “matriz última” de un grupo de empresas multinacionales (con unos ingresos consolidados totales iguales o superiores a 750 millones de euros) presente un informe país por país respecto a su ejercicio fiscal, en un plazo de 12 meses a partir del último día del ejercicio fiscal. La autoridad competente de un Estado miembro en el que se haya recibido el informe país por país lo comunicará a cualquier otro Estado miembro en el que una o varias entidades del grupo multinacional de empresas tengan su residencia a efectos fiscales o estén sujetas al pago de algún impuesto relacionado con actividad económica mediante EP. El informe país por país contendrá información respecto al grupo de empresas relativa al importe de los ingresos, beneficios o pérdidas antes del impuesto sobre la renta, el impuesto pagado y devengado, el capital declarado, etc., así como la identificación de cada entidad constitutiva del grupo multinacional de empresas, con indicación del territorio de residencia fiscal de dicha entidad. La comunicación del primer informe será el correspondiente al ejercicio fiscal que comience el 1 de enero de 2016 y se comunicará en un plazo de 18 meses a partir del último día del ejercicio fiscal.

III. En relación con la Recomendación sobre cuestiones en materia de convenios fiscales, al hilo con lo propuesto en el Informe Definitivo de BEPS (acciones 6 y 7), la idea perseguida es que los CDI no deberían generar posibilidades de no imposición o de reducción de la tributación mediante la elección abusiva de acuerdos más favorables y otras estrategias abusivas que dejan sin efecto dichos CDI y lastran los ingresos de los Estados contratantes.

En este marco, la Comisión recomienda que en los nuevos CDI en que participen los Estados miembros entre sí o con terceros Estados:

– Introduzcan una modificación en la cláusula general antiabuso: *“Sin perjuicio de las demás disposiciones de este convenio, no se concederá ningún beneficio con arreglo al presente convenio, con respecto a ningún ingreso o capital si se puede concluir razonablemente, habida cuenta de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de dicho beneficio era uno de los principales objetivos de cualquier acuerdo o transacción que haya dado lugar, directa o indirectamente, a tal beneficio, a menos que se demuestre que refleja una actividad económica auténtica o que la concesión de tal beneficio en las circunstancias del caso sería conforme con el objetivo y con la finalidad de las disposiciones pertinentes del presente convenio”*.

Es decir, que la Comisión obvia la recomendación BEPS de incluir una cláusula de LOB y opta directamente por recomendar una cláusula antiabuso más general basada en los motivos principales de las transacciones (*PPT rule*).

– Apliquen y utilicen las nuevas disposiciones propuestas en el artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE, a fin de combatir la elusión artificiosa del estatuto de EP.

Es importante poner de manifiesto cómo determinadas medidas recogidas en la propuesta de directiva, que ya han sido señaladas, pueden tener impacto directo en las previsiones recogidas en los CDI bilaterales. Así, por ejemplo, la cláusula *switch-over*, la imposición de salida o la transparencia fiscal internacional pueden solaparse con los CDI, lo que plantea dilemas que no son nuevos acerca de la ampliación de la competencia comunitaria sobre la materia regulada en los CDI y la prevalencia de la regulación comunitaria sobre los CDI¹⁰.

IV. Finalmente, la Comunicación de la Comisión sobre una estrategia exterior para una imposición efectiva propone un marco para una nueva estrategia de imposición y se centra en operaciones y estructuras localizadas en terceros países, en cómo proyectar la buena gobernanza fiscal a escala mundial, luchar contra las amenazas de erosión de la base imponible procedentes de terceros países y garantizar igualdad de condiciones a todas las empresas.

Se busca desarrollar una acción exterior de acuerdo con lo siguiente:

- Estándares internacionales OCDE de transparencia e intercambio de información.
- Reglas de competencia fiscal leal.
- Recomendaciones y estándares BEPS.
- Otras normas de buena gobernanza fiscal, como recomendaciones internacionales de prevención del blanqueo de capitales.
- Las medidas propuestas para conseguir este fin, entre otras, serían las siguientes:
 - El establecimiento de un procedimiento para la evaluación y elaboración de listas de terceros países.
 - El refuerzo del vínculo entre los fondos de la UE y la buena gobernanza fiscal.

2 MEDIDAS Y DISPOSICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/1164

Considerando los antecedentes que hemos desarrollado hasta aquí, la ATAD se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 19 de julio de 2016, es decir, apenas 6 meses después de que la Comisión presentase la propuesta de directiva frente a la elusión fiscal, incluida (tal como hemos puesto de manifiesto) en el paquete de medidas frente a la elusión fiscal.

No cabe duda de que los últimos escándalos tributarios en los que se han visto envueltas grandes multinacionales en el seno de la UE y el clima social generado han favorecido la actividad de la Comisión¹¹. Asimismo, esta nueva directiva allana el camino en la búsqueda de conseguir una base imponible común para el IS.

Una vez enmarcada la situación en la que nace la ATAD, podemos analizar a continuación las medidas finalmente incluidas en el texto definitivo de dicha directiva, si bien anticipamos que de las medidas recogidas en el proyecto inicial de directiva que hemos tenido oportunidad de comentar sólo se ha retirado la propuesta de inclusión de la cláusula *switch-over* (sustitución del método de exención por el de imputación) y que el resto de medidas se han incorporado con cambios, tal como comentaremos a continuación, especialmente en materia de transparencia fiscal internacional. Por otra parte, la nueva directiva incluye temas que son nuevos y que no ha-

bían sido incluidos en el informe BEPS, como la tributación de salida o la norma general contra las prácticas abusivas.

La gran diferencia que marca la nueva directiva con respecto al proyecto BEPS viene dada por el valor jurídico de la directiva con respecto a los informes fiscales de la OCDE. Resulta interesante, como destaca Eduardo Sanz Gadea¹², que las materias en las que la nueva directiva coincide con BEPS son precisamente aquellas que BEPS trata como metodologías comunes o mejores prácticas, razón por la que la directiva parece dar el espaldarazo definitivo a que BEPS forme parte del ordenamiento jurídico comunitario.

Siguiendo las directrices del proyecto BEPS de la OCDE, la nueva directiva persigue que los impuestos se paguen en aquella jurisdicción en la que se generen tanto los beneficios como el valor.

2.1 Limitación a la deducibilidad de gastos financieros

El artículo 4 de la directiva establece una limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, estableciendo dicho límite como un porcentaje fijo, siguiendo las recomendaciones del informe definitivo de la acción 4 de BEPS.

En este sentido, se limita de deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentarios devengados en el período impositivo hasta el 30% del EBITDA fiscal o, facultativamente, a 3 millones de euros.

El precepto permite excluir de su ámbito de aplicación:

- A las entidades aisladas, es decir aquellas que no formen parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera ni tienen empresas asociadas o EP. La razón de esta posible exclusión viene dada por el bajo riesgo que presentan este tipo de compañías de estructuras BEPS.
- A los costes de endeudamiento excedentarios ocasionados por la financiación de terceros para proyectos de infraestructura pública a largo plazo dentro de la UE.
- A las entidades financieras y aseguradoras, al menos temporalmente hasta que no se hayan alcanzado conclusiones acerca del tipo de medidas a aplicar por este tipo de empresas.
- A los costes de endeudamiento excedentarios de préstamos suscritos antes del 17 de junio de 2016, a modo de derechos adquiridos.

Asimismo, la ATAD regula dos cláusulas de escape facultativas aplicables a entidades pertenecientes a grupos consolidados por referencia a dos ratios financieros del grupo que permitirían la deducción de los gastos financieros íntegros de la empresa en un caso (cuando la razón entre los fondos propios y los activos de la empresa sea igual o mayor que esa misma razón) o una deducción mayor en el otro (cuando el resultado de dividir los costes de endeudamiento excedentarios del grupo frente a terceros entre el EBITDA del grupo sea superior al 30%, se multiplicará dicho valor por el EBITDA del contribuyente, permitiendo deducir el importe de los costes de endeudamiento excedentarios que arroje dicho producto).

Finalmente, la norma ofrece distintas alternativas para trasladar la deducción de los costes de endeudamiento excedentarios no deducidos en el período impositivo de su devengo a períodos impositivos posteriores sin límite temporal o a un máximo de tres períodos impositivos anteriores, permitiendo desplazar la capacidad no utilizada hasta un máximo de 5 años.

Desde una óptica crítica, podemos decir que esta medida provoca doble imposición y castiga a aquellas compañías con escasa capacidad de generación de resultado de explotación. Sin embargo, la propia directiva deja la puerta abierta a la mejora técnica de la norma a través del

ratio de grupo y de la exoneración de compañías aisladas, aunque ambas medidas se establecen como opciones a ejercer por los Estados miembros¹³.

Asimismo, es interesante comentar que el Tribunal Supremo alemán tuvo oportunidad de manifestar sus dudas acerca de la constitucionalidad de la norma alemana de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, de corte muy similar a la aprobada por la ATAD, puesto que podría vulnerar el derecho a la igualdad, recogido en el artículo de la Constitución alemana. Actualmente, el debate sigue su curso y el asunto se encuentra en el Tribunal Constitucional alemán para una decisión definitiva acerca de la constitucionalidad de dicha limitación¹⁴.

2.2 Imposición de salida

El artículo 5 de la ATAD establece un gravamen sobre plusvalías latentes cuando se produzca un traslado de activos, actividad o domicilio fiscal. Estos traslados no suponen un cambio de propiedad pero implican que el Estado de origen pierda capacidad para gravar esas plusvalías en una hipotética transmisión posterior. De nuevo, se hace palpable la idea que gravita a lo largo de la Directiva 2016/1196 de gravar las rentas donde éstas se generen.

La renta gravada es la que viene dada por la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal del activo transmitido en los siguientes supuestos:

- Cuando el contribuyente transfiere un activo desde la casa central a su EP situado en otro Estado miembro o un país tercero o desde su EP en un Estado miembro a su casa central o a un EP situado en otro Estado miembro o en un país tercero.
- Cuando el contribuyente traslada su residencia fiscal a otro Estado miembro o fuera de la UE, salvo que los activos queden vinculados a un EP en el Estado miembro del contribuyente.
- Cuando el contribuyente traslada la actividad realizada por su EP a un Estado miembro o a otro Estado miembro o fuera de la UE.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, el precepto regula que el pago del impuesto se puede fraccionar a lo largo de 5 años si la transferencia tiene lugar dentro de la UE o a un país del EEE.

La deuda pendiente resultará exigible cuando los activos trasladados sean transmitidos, cuando dichos activos, residencia o actividad se trasladen posteriormente fuera de la UE, cuando el contribuyente entre en situación de quiebra o liquidación y cuando el contribuyente no atienda los pagos que fueron fraccionados durante un plazo de doce meses.

Tratando de evitar, de nuevo, la doble imposición que pudiese originar esta medida, cuando el traslado se produzca en el seno de la UE, el valor determinado por el Estado miembro del contribuyente tendrá plenos efectos fiscales en el Estado receptor.

De acuerdo con Jesús López Tello¹⁵, esta medida es criticable, puesto que *“los Estados gozan de capacidad jurídica más que suficiente para someter a tributación las plusvalías que deriven de activos situados en su territorio, y cuando abdican de esa capacidad lo hacen de forma voluntaria y soberana en el marco de un tratado internacional”*.

2.3 Norma general contra las pérdidas abusivas

A través de su artículo 6, la Directiva 2016/1196 complementa normas antiabuso específicas. Los considerandos de la directiva hablan de *“colmar las lagunas existentes”* y que, en ningún caso, la norma general antiabuso debe afectar a la aplicabilidad de las normas específicas de lucha contra el fraude.

La nueva directiva dispone que no se tendrán en cuenta las transacciones o mecanismos, o conjunto de mecanismos, que, se hayan establecido teniendo como propósito principal, o

como uno de sus propósitos principales, la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la normativa aplicable.

2.4 Transparencia fiscal internacional (sociedades extranjeras controladas)

Las sociedades extranjeras controladas se configuran, en el artículo 7 de la nueva directiva, en torno a dos parámetros:

– Control: un contribuyente situado en un Estado miembro debe poseer más del 50% de los derechos de voto, capital o derecho a beneficios de dicha sociedad.

– Tributación: el IS efectivamente pagado por sus beneficios por la sociedad ha de ser menor que la diferencia entre el IS que se habría aplicado a dicha entidad en virtud del sistema del IS aplicable en el Estado miembro del contribuyente y el IS efectivamente pagado sobre sus beneficios por la entidad.

Una vez definidas las sociedades extranjeras controladas, la directiva establece que el contribuyente deberá integrar en la base imponible de su IS:

– Las rentas no distribuidas por la CFC de naturaleza pasiva, como intereses, dividendos y plusvalías de la transmisión de acciones, cánones y otras rentas generadas por propiedad intelectual e industrial, rentas procedentes de arrendamiento financiero, rentas procedentes de actividades de seguro, actividades bancarias y otras actividades financieras, rentas de compraventas de bienes y servicios a entidades asociadas sin añadir valor económico.

– Las rentas no distribuidas por la CFC derivadas de mecanismos falseados establecidos con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal. En este sentido, un mecanismo se entiende que es falseado cuando la entidad no tendría los activos o no asumiría los riesgos que generan su renta si no estuviera controlada por una sociedad en la que se encuentran las personas que ejercen las funciones relevantes en relación con tales activos y riesgos.

Por su parte, el artículo 8 de la directiva establece la forma de atribuir al contribuyente del Estado miembro la renta procedente de la CFC.

De esta forma, las rentas recogidas en el artículo 7.2.a) de la directiva deberán incluirse en la base imponible del contribuyente y se calcularán con arreglo a las normas del IS del Estado miembro en el que el contribuyente tenga su residencia a efectos fiscales.

Por otra parte, cuando sea de aplicación el artículo 7.2.b) de la directiva, la renta que deberá incluirse en la base imponible del contribuyente se limitará a los importes generados a través de los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control.

En ambos supuestos, las rentas se incluirán en la base imponible en proporción a su participación, tomando como referencia su período impositivo y eliminando la doble imposición. La doble imposición también se corregirá en caso de que la CFC distribuya beneficios cuyas rentas hubiesen sido imputadas al contribuyente y cuando éste transmita su participación en la CFC.

Se regulan, asimismo, cuatro cláusulas de escape:

– La letra a) no se aplicará si la CFC está situada en un país de la UE o del EEE y realiza actividad económica sustantiva disponiendo para ello de una plantilla, equipamiento, bienes e instalaciones. La aplicación de esta cláusula a terceros países es facultativa.

– La letra a) podrá no aplicarse si, como máximo, un tercio de las rentas de la CFC pertenecen a una de las categorías de rentas incluidas en dicha letra. Esta regla es de aplicación facultativa tanto en la UE como con terceros países.

– La letra a) podrá no aplicarse a las CFC de naturaleza financiera si, como máximo, un tercio de sus rentas proceden de transacciones con el contribuyente o con sus empresas vinculadas. Esta cláusula es de aplicación facultativa tanto en la UE como con terceros países.

– La letra b) podrá no aplicarse a la CFC si los beneficios contables de ésta no superan los 750.000 € ni sus ingresos no comerciales superan los 75.000 €, o si sus beneficios contables no representan más del 10% de sus gastos de explotación definidos a tal efecto.

Determinadas jurisdicciones han sido reacias a incluir normas sobre transparencia fiscal internacional (Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Irlanda), por lo que la transposición de este precepto por parte de los Estados miembros determinará el alcance real de la norma.

En opinión de Sanz Gadea¹⁶, *“la norma relativa a la transparencia fiscal internacional se proyecta sobre un conjunto amplio de rentas, de manera tal que, bajo esa perspectiva, podría calificarse de potente y, por ende, eficaz en la consecución del objetivo de recuperar rentas indebidamente desviadas hacia entidades constituidas en paraísos fiscales o zonas de baja tributación”*, si bien parece que las cláusulas de exoneración recogidas en la norma pueden dar pie a que los Estados miembros puedan dejar vacías de contenido estas previsiones.

2.5 Asimetrías híbridas

Las asimetrías híbridas tienen su origen en la diferente calificación fiscal de un instrumento o de una entidad en distintas jurisdicciones, dando lugar a:

– Doble deducción de un mismo gasto.

– La deducción de un gasto sin el correlativo ingreso computable en la base imponible de la entidad perceptora.

La ATAD parte, tanto para diagnosticar los problemas que originan como para configurar las soluciones propuestas a las asimetrías híbridas, de la acción 2 de BEPS.

En este sentido, según el artículo 9.1 de la directiva, cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, esta deducción sólo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente.

Por otra parte, el artículo 9.2 dispone que cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión del ingreso en otro, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.

Ambos preceptos se corresponden con las soluciones propuestas como reglas primarias del Informe de la acción 2 de BEPS; sin embargo, la directiva no contiene, a diferencia de la citada acción 2 del proyecto BEPS, la denominada respuesta secundaria o defensiva.

3 ENTRADA EN VIGOR Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La entrada en vigor de la nueva directiva se ha producido a los 20 días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y deberá estar incorporada a la normativa de los Estados miembros antes del 31 de diciembre de 2018, así como ser de aplicación a partir del 1 de enero de 2019, con varias particularidades:

– La disposición relativa a la imposición de salida (con particularidades adicionales para Estonia) goza de un plazo adicional de un año para su transposición, debiendo ser adoptada por los Estados miembros antes del 31 de diciembre de 2019 y aplicable desde el 1 de enero de 2020.

– Por lo que respecta a los Estados miembros que tengan preceptos específicos para evitar la erosión de bases imponibles negativas y traslado de beneficios en el momento de entrada en vigor de la directiva que tengan la misma eficacia que la norma contenida en el artículo 4 de

la citada directiva sobre la limitación de la deducibilidad de gastos financieros, podrán aplicar tales preceptos hasta el fin del período impositivo siguiente a la fecha de publicación en la web oficial del acuerdo de los países miembros de la OCDE considerando la acción 4 del Plan BEPS como estándar mínimo o, como muy tarde, el 1 de enero de 2024. A estos efectos, los Estados miembros comunicarán a la Comisión antes del 1 de julio de 2017 la información necesaria para evaluar la eficacia de sus normas específicas.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación, la nueva directiva será de aplicación a todos los contribuyentes del IS de los Estados miembros, así como a sus EP situados en otro Estado miembro y los EP de entidades de terceros Estados localizados en un Estado miembro.

4 PAQUETE DE MEDIDAS DE REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN LA UE

Si bien enmarcado el Plan de Acción del IS presentado por la Comisión Europea, entendemos que, en la medida en que el objetivo último perseguido, así como determinadas medidas utilizadas, convergen, resulta necesario analizar en este trabajo el nuevo planteamiento de la Comisión dirigido a reformar el IS europeo publicado en octubre de 2016.

En este sentido, tomando como punto de partida el proyecto sobre la base imponible consolidada común del IS (en adelante, BICCIS) y la base imponible común (en adelante, BIC), presentado por primera vez en 2011, la Comisión ha planteado un paquete de medidas de reformas en el IS que persigue, de una parte, facilitar los negocios en la UE y, de otra, luchar contra la elusión fiscal, tal como plantea la ATAD, como hemos tenido ocasión de analizar en estas páginas. Al igual que ocurría con la ATAD, algunas de las medidas antielusión propuestas por la Comisión se recogen directamente de BEPS, mientras que otras, como la cláusula *switch-over*, son genuinamente comunitarias.

Así pues, el paquete de medidas incluye:

- Una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo para establecer un sistema de imposición a las sociedades equitativo, competitivo y estable en la Unión Europea.
- Una Propuesta de Directiva del Consejo sobre la BICCIS.
- Una Propuesta de Directiva del Consejo sobre la BIC.
- Una Propuesta de Directiva del Consejo sobre mecanismos de resolución de disputas sobre doble imposición en la Unión Europea.
- Una Propuesta de Directiva del Consejo de modificación de la Directiva UE 2016/1164 sobre las asimetrías híbridas con terceros países.

Asimismo, el paquete incluye una Comunicación en la que se recogen las razones políticas y económicas de las medidas anteriores, así como la evaluación del impacto sobre la BICCIS y el mecanismo de regulación de litigios.

La propuesta de la Comisión pivota sobre dos pilares fundamentales, como son, por una parte, la BIC y, por otra, la BICCIS, que se implementarán el 1 de enero de 2019 y el 1 de enero de 2021, respectivamente.

Las principales propuestas que se recogen en relación con la BICCIS son las siguientes:

- Será obligatorio para los grupos empresariales con ingresos consolidados superiores a 750 millones de euros al año.
- Será opcional para los grupos que no alcancen los umbrales anteriores.

– El gravamen del impuesto se producirá en la jurisdicción donde realmente obtengan sus beneficios.

– Se incentivarán la inversión en I+D, con especial atención a aquellas compañías que decidan optar por la BICIS.

– Se estimulará que las empresas financien sus operaciones con recursos propios, mediante una bonificación por emisión de capital.

– Los grupos podrán compensar los beneficios obtenidos en un país con las pérdidas generadas en otro.

– Se eliminarán los problemas de precios de transferencia en operaciones realizadas en la UE.

Por lo que respecta a la BICIS, ésta estaría constituida por la suma de las bases imponibles individuales, procediendo a eliminar las operaciones intragrupo. La base imponible, en caso de resultar positiva, se reparte de acuerdo con una fórmula que toma en consideración, a partes iguales, las ventas en destino, el importe de salarios y el número de empleados y el valor de los activos tangibles de dichas entidades respecto del total de dichas magnitudes a nivel consolidado. Si la base imponible fuese negativa, se faculta su compensación futura con carácter indefinido.

En relación con la BIC, destaca que entre los ingresos exentos se recoge una exención plena de los ingresos por dividendos y plusvalías de participaciones cualificadas correspondientes a entidades residentes en la UE, mientras que los dividendos de participaciones en entidades no residentes en la UE quedan sujetos a un régimen de exención con cláusula de *switch-over*, que curiosamente, y tal como hemos tenido oportunidad de destacar en esta colaboración, no se incorporó en la versión definitiva de la ATAD (aunque sí se encontraba en la propuesta inicial).

Asimismo, la propuesta de directiva contiene un régimen de transparencia fiscal internacional que no es plenamente coincidente con el establecido en la ATAD.

Por lo que se refiere a la limitación de los intereses, la regulación establecida es similar a la recogida en la ATAD.

Finalmente, además de norma antiabuso general (GAAR), la propuesta de directiva aprueba diversas normas (transparencia fiscal internacional, antihíbridos) que ya habían sido incorporadas de forma similar en la Directiva antielusión fiscal (ATAD). A este respecto, resulta llamativo ver cómo la configuración de estas cláusulas antiabuso no es totalmente coincidente con la aprobada por el ECOFIN a través de la referida Directiva ATAD, de manera que se aprecia un mayor alcance de las recogidas en la propuesta.

En relación con la propuesta de una directiva de mecanismos de resolución de litigios de doble imposición, prevé un sistema de “doble instancia”, basado en el modelo de actual Convenio Europeo de Arbitraje (90/436/CEE), en el que, tras la solicitud del sujeto pasivo, las Administraciones nacionales disponen de un plazo de dos años para llegar a una solución amistosa del supuesto de doble imposición. En caso de no llegarse a un acuerdo, se prevé una segunda instancia ante una comisión asesora (*advisory commission*) o una comisión de resolución alternativa de controversias (*alternative dispute resolution commission*). Una vez alcanzada una resolución por una de estas comisiones, las autoridades de los Estados implicados dispondrán de un plazo de seis meses para llegar a un acuerdo y, en caso de no hacerlo, deberán aplicar la solución adoptada por la comisión que haya actuado.

Finalmente, por lo que respecta a la propuesta de directiva sobre asimetrías híbridas con terceros países, las medidas propuestas son coherentes con el proyecto BEPS. Asimismo, con

esta directiva se cubriría el vacío en relación con las asimetrías híbridas y terceros países, ya que no se introdujo nada en este sentido en la ATAD.

5 PERSPECTIVA ESPAÑOLA

A pesar de que la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (en adelante, LIS), ha introducido en el ordenamiento tributario español medidas muy parecidas o similares a las recogidas en la ATAD, lo cierto es que algunas de esas medidas podrían verse modificadas para adaptarse a los nuevos criterios de la directiva.

Veamos, a continuación, cómo impacta cada una de las medidas incorporadas en la ATAD en el ordenamiento tributario interno.

Por lo que respecta a la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros, dado el carácter de protección mínima de la nueva directiva, parece que el actual artículo 16 de la LIS podría sufrir modificaciones, puesto que deberían excluirse del EBITDA, que sirve como base de cálculo de la limitación, las rentas exentas y que, sin embargo, actualmente sí se incluyen como determinados dividendos y rentas procedentes de EP.

Tal como hemos comentado en el apartado anterior, parece que España cumpliría los requisitos para acogerse al período transitorio que permite aplicar las normas existentes hasta el 1 de enero de 2024.

Finalmente, de acuerdo con la nueva directiva, se podría modificar la norma con la inclusión de una regla de escape por referencia al grupo, acompañada de la exclusión del ámbito del artículo 16.1 de la LIS de las entidades no pertenecientes a grupos ni con relaciones vinculadas.

En relación con la imposición de salida, la normativa española a este respecto, recogida en el artículo 19 LIS y 18.5 del 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, tiene un alcance mucho más limitado que el propuesto por la ATAD, ya que sólo recogen supuestos de traslado de residencia fuera del territorio español cuando los elementos patrimoniales no quedan afectos a un EP situado en territorio español y a la transferencia al extranjero de elementos patrimoniales afectos a un EP situado en territorio español, respectivamente, por lo que habrá que modificar la normativa interna para incorporar el resto de supuestos previstos en la nueva directiva¹⁷.

Por lo que respecta a la cláusula general contra las prácticas abusivas, ésta es muy parecida a la incorporada en la Directiva matriz-filial¹⁸, que se recogía en España a través de la figura del conflicto en la aplicación de la norma del artículo 15 de la LGT¹⁹.

En sentido contrario se manifiesta Jesús López Tello²⁰, si bien analizando el texto contenido en la propuesta de directiva.

En relación con la transparencia fiscal internacional, el artículo 100 LIS recoge, si bien con algún matiz (en relación con el tratamiento de las rentas procedentes de actividades financieras o la regla específica para la determinación de las rentas de mecanismos falseados por aplicación del principio de plena competencia), la regulación de las CFC de forma compatible con la nueva directiva, por lo que en principio no cabría esperar cambios en este sentido de la normativa del IS español.

Finalmente, por lo que respecta a las asimetrías híbridas, la normativa española del IS prevé las asimetrías híbridas tanto al regular los gastos no deducibles como la exención para evitar la doble imposición sobre dividendos.

Así, el artículo 15.j) LIS niega la deducibilidad de aquellos gastos que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en entidades vinculadas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento, respuesta de la LIS acorde con el artículo 9.2 de la nueva directiva y con la respuesta primaria del Informe de la acción 2 de BEPS (deducción/no inclusión).

Asimismo, y si bien las soluciones planteadas por la LIS no se corresponden con lo previsto en la acción 2 de BEPS (las medidas adoptadas por la LIS son unilaterales y no toman en cuenta lo que suceda en otras jurisdicciones), el artículo 15.a) de la LIS recoge otras dos situaciones que responden a problemas derivados de instrumentos financieros híbridos clásicos, como son las acciones y participaciones privilegiadas y preferentes y los préstamos participativos.

Por otra parte, el artículo 21.1 LIS establece que no se aplicará la exención prevista en dicho artículo respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Como se puede observar, la repuesta de la LIS en este caso no se corresponde con el artículo 9.2 de la ATAD, ya que de acuerdo con esta última habría que denegar la deducción del gasto en la jurisdicción en la que éste se produzca en lugar de no aplicar la exención en la entidad perceptora.

Así las cosas, no hay prevista en la LIS ninguna situación como las descritas en el artículo 9.1 de la directiva, es decir, situaciones en las que se produzca la doble deducción de un mismo gasto.

En cualquier caso, parece que los trabajos en relación con las asimetrías híbridas todavía no han acabado ni en la OCDE ni en la UE, por lo que parece que habrá que esperar más cambios en el futuro en relación con este tema.

En este sentido, recientemente, a través del Real decreto ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, entre otras medidas de carácter recaudatorio, se ha introducido una modificación del citado artículo 21 LIS en línea con lo establecido en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades (publicada el 25 de octubre de 2016 y con referencia comunitaria COM (2016) 685 final) que prevé en su artículo 39 que las pérdidas por deterioro no son deducibles si proceden de activos cuya transmisión esté exenta.

En efecto, para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2017, se regula la deducibilidad de las pérdidas derivadas de las participaciones en el capital o fondos propios de entidades, de acuerdo con lo siguiente.

– Establecer un tratamiento simétrico entre las rentas positivas obtenidas y las pérdidas que se puedan producir en la transmisión de participaciones. De acuerdo con este tratamiento, si las rentas positivas no se integran en base imponible en aplicación de la exención para evitar la doble imposición, tampoco se integrarán las pérdidas que se puedan materializar.

– Evitar que se integre en base imponible la pérdida generada en participaciones de entidades localizadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones que no alcancen un nivel de tributación adecuado.

6 CONCLUSIONES

Sin duda, el hecho de que una directiva recoja recomendaciones del Proyecto BEPS y las transforme en jurídicamente vinculantes para los Estados miembros conseguirá que las medidas antielusión se adopten con mayor rapidez.

No podemos dejar de mencionar que, en nuestra opinión, esta directiva supone un avance más hacia la consecución de una base imponible común, aunque la directiva es un acuerdo de mínimos que los países irán incorporando en sus ordenamientos internos, lo que redundará en cierta heterogeneidad. En contra de esta heterogeneidad, aparecen las propuestas de directivas que buscan la base imponible común, que, al contrario de la ATAD, serán directivas de régimen “absoluto” y no de “mínimos”, por lo que los Estados miembros no podrán alterar lo dispuesto en dichas directivas.

Es evidente que el panorama general ha cambiado mucho desde 2011, cuando se hizo la primera propuesta por parte de la Comisión en relación con la base imponible común. Por aquel entonces uno de los países que mayor resistencia opuso fue el Reino Unido, y no se nos escapa que la relación “especial” que el Reino Unido mantendrá con la UE durante, al menos, los dos próximos años parece facilitar la implementación de estas directivas que necesitan el voto unánime del Consejo (previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social); sin embargo, la deriva proteccionista y antiglobalización de varios Estados miembros puede dificultar la necesaria cesión de soberanía fiscal de los Estados a la UE.

Por lo que respecta a España, y salvo excepciones puntuales, parece que esta vez los deberes están hechos y la mayor parte de las disposiciones recogidas en la directiva ya se han incorporado al ordenamiento interno, si bien también es presumible que la adaptación a la directiva pueda servir de disculpa para mejorar técnicamente ciertos aspectos de nuestra LIS, tal como ha ocurrido con algunas modificaciones puntuales del artículo 21 LIS, incorporando aspectos recogidos en la propuesta 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 al pie anterior.
- 10 Ídem nota al pie anterior.
- 11 <http://www.loyolaandnews.es/masteresoficialesloyola/aprobada-la-directiva-antiabuso-de-la-union-europea/>.
- 12 Ídem nota al pie anterior.
- 13 Ídem nota al pie anterior.
- 14 Ídem nota al pie IV.
- 15 Ídem nota al pie IV.
- 16 Ídem nota al pie 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. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.
2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.
3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo, se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora".
- 20 Ídem nota al pie IV.