

# LA DIRECTIVA UE 2016/1164 CONTRA LAS PRÁCTICAS DE ELUSIÓN FISCAL QUE INCIDEN EN EL MERCADO INTERIOR: ¿EL PRINCIPIO DEL FINAL DE UN IS NACIONAL O UNA PIEZA MÁS DE DESCOORDINACIÓN EN EL NUEVO ORDEN POST-BEPS?

**José Manuel Calderón Carrero**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de A Coruña*

**Adolfo Martín Jiménez**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Cádiz*

---

## EXTRACTO

Este trabajo expone el contenido y principales implicaciones de la Directiva UE 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. La referida directiva no solo convierte en *hard-law* de la UE algunas recomendaciones (*soft-law*) internacionales (OCDE/G20), sino que modula su contenido e incluye nuevas medidas al margen de los «estándares internacionales» (*Beyond BEPS*). Tal comunitarización del impuesto sobre sociedades posee relevantes consecuencias para los gobiernos, las administraciones tributarias y los contribuyentes de tal impuesto.

**Palabras clave:** impuesto sobre sociedades, Derecho de la UE y fiscalidad, normativa antielusión fiscal, cláusulas generales antiabuso, cláusulas específicas antiabuso y planificación fiscal agresiva.

---

*Fecha de entrada: 12-12-2016 / Fecha de aceptación: 23-12-2016 / Fecha de revisión: 24-01-2017*

**EU DIRECTIVE 2016/1164 AGAINST TAX AVOIDANCE  
PRACTICES AFFECTING THE INTERNAL MARKET:  
THE BEGINNING OF THE END OF A NATIONAL  
CORPORATE INCOME TAX OR AN ADDITIONAL PIECE OF  
INCOORDINATION IN THE NEW POST-BEPS ORDER?**

**José Manuel Calderón Carrero**

**Adolfo Martín Jiménez**

---

**ABSTRACT**

This paper sets out the content and main implications of Council Directive 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices which have a direct impact on the functioning of the internal market. The directive not only implements some international (OECD/G20) soft-law standards in EU hard-law, but also modulates their content and includes new measures «Beyond BEPS». This is part of a pan-European corporation tax transformation process that has relevant consequences for governments, tax administrations and taxpayers.

**Keywords:** corporation income tax, EU Law and taxation, anti-avoidance tax provisions, GAAR, SAARs and aggressive tax planning.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Origen y evolución de la propuesta de directiva relativa a medidas frente a prácticas de elusión fiscal que afectan al funcionamiento del mercado interior (2016) y valoración general
3. Exposición básica del contenido de la Directiva ATAD: Las medidas «antielusión» adoptadas en relación con el impuesto sobre sociedades
  - 3.1. Ámbito de aplicación de la Directiva ATAD
  - 3.2. Examen de las cinco medidas contra las «prácticas de elusión fiscal» recogidas en la Directiva ATAD
    - 3.2.1. La limitación de la deducibilidad fiscal de los intereses (art. 4 de la Directiva ATAD)
    - 3.2.2. La cláusula de tributación de salida/*exit taxation* (art. 5 de la Directiva ATAD)
    - 3.2.3. La cláusula general antiabuso o norma general contra las prácticas abusivas (art. 6 de la Directiva ATAD)
    - 3.2.4. La norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (régimen de transparencia fiscal internacional) (arts. 7 y 8 de la Directiva ATAD)
    - 3.2.5. La cláusula de neutralización de las asimetrías híbridas (art. 9 de la Directiva ATAD)
    - 3.2.6. Disposiciones finales de la Directiva ATAD
4. Implicaciones derivadas de la aprobación de la Directiva ATAD

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo tratamos de exponer el contenido y principales implicaciones de la Directiva UE 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

De alguna forma, podría considerarse que esta directiva «antielusión fiscal» constituye una nueva prueba de que la Unión Europea (UE) intenta posicionarse a la cabeza del cambio de paradigma fiscal, yendo más allá del consenso internacional (estándares mínimos aprobados en el marco del proyecto BEPS) tanto en materia de transparencia fiscal como en relación con la prevención de prácticas fiscales perniciosas y «medidas anti-BEPS». La referida directiva no solo convierte en *hard-law* de la UE algunas recomendaciones (*soft-law*) internacionales (OCDE/G20), sino que modula su contenido e incluye nuevas medidas al margen de los estándares internacionales. Todo este proceso de transformación del marco fiscal que se está llevando a cabo en la UE en paralelo con la evolución de los «estándares internacionales» puede perseguir objetivos propios no necesariamente coincidentes con los fijados a nivel global, esto es, el tren comunitario puede tener como destino una estación más lejana que el tren OCDE/G20: la defensa de los propios intereses y la integración y mayor armonización del impuesto sobre sociedades (IS) en la UE, siendo la Directiva 2016/1164 una mera estación intermedia en el destino final. A este respecto, cabe destacar el relevante ensanchamiento de la comunitarización de la base imponible del IS que resulta de la misma, así como su contribución material a la transformación del marco de fiscalidad internacional y de cumplimiento tributario en la UE. Tal marco se espera que sea ensanchado y superado con creces en las nuevas propuestas de base común del IS y de consolidación presentadas el 25 de octubre de 2016<sup>1</sup>.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A MEDIDAS FRENTE A PRÁCTICAS DE ELUSIÓN FISCAL QUE AFECTAN AL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO INTERIOR (2016) Y VALORACIÓN GENERAL

El 21 de junio de 2016 el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la UE (Ecofin) adoptó un acuerdo político sobre la propuesta de directiva del Consejo por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado

<sup>1</sup> *Vid.*, a este respecto, con las propuestas específicas y su texto la propia página web de la Comisión Europea: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/corporate-tax-reform-package\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/corporate-tax-reform-package_en)

interior (conocida como propuesta ATAD por sus siglas en inglés)<sup>2</sup>; tal acuerdo político fue objeto de aprobación definitiva en la siguiente reunión del Ecofin (12 de julio) a través del procedimiento de «silencio», con arreglo al cual si ningún Estado miembro presentaba objeciones por escrito antes de la medianoche del día 12, el acuerdo se entendería adoptado por unanimidad, tal y como aconteció.

La Directiva ATAD fue propuesta por la Comisión UE en el marco del paquete antielusión fiscal presentado por tal institución europea, el 28 de enero de 2016<sup>3</sup>, incluyendo en su versión original las siguientes medidas:

- 1.º Reglas de limitación de la deducibilidad de intereses.
- 2.º Reglas sobre imposición de salida/*exit taxation*.
- 3.º Una cláusula de *switch-over*.
- 4.º Una cláusula general antiabuso.
- 5.º Un régimen de transparencia fiscal internacional/TFI.
- 6.º Un marco de neutralización de instrumentos y entidades híbridas.

Las medidas propuestas por la Comisión (y finalmente aprobadas por el Ecofin en un corto [6 meses] plazo de tiempo sin precedentes hasta la fecha) se proyectan sobre todos los contribuyentes sujetos al IS en un Estado miembro, incluyendo los que operan en un Estado miembro a través de un establecimiento permanente (EP) de una entidad de la UE o residente de un país tercero. Asimismo, no puede dejar de señalarse ya desde un principio la amplitud de las medidas recogidas en la Directiva ATAD, introduciendo reglas sustantivas que impactan de forma significativa sobre la configuración del IS de los Estados miembros, superando el umbral de armonización de mínimos basado en la eliminación de obstáculos fiscales a determinadas operaciones transfronterizas, de manera que ahora las medidas son horizontales afectando a todo tipo de operaciones (domésticas-intraeuropeas-internacionales) y determinando hechos y bases de tributación corporativa con independencia de si poseen una conexión directa o remota con el buen funcionamiento del mercado interior.

La propuesta de directiva presentada por la Comisión se instrumentó en el nuevo contexto BEPS como parte de un primer paquete de medidas antielusión fiscal (y frente a la planificación fiscal agresiva) a través del que se pretende prevenir determinados esquemas de erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios a jurisdicciones de baja tributación en línea con el proyecto OCDE/G20 BEPS, pero articulando medidas coordinadas en la UE a efectos de lograr una mayor consistencia y uniformidad en su instrumentación de manera que se evite la creación de nuevas lagunas o asimetrías derivadas de una implementación unilateral o bilateral por parte de los diferentes Estados miembros de la UE.

<sup>2</sup> Council of the EU, *Corporate tax avoidance: Council agrees its stance on anti-avoidance rules*, P.R. 370/16, 21 de junio de 2016. La Directiva 2016/1164 fue publicada en el DOUE L 193, 19 de julio de 2016.

<sup>3</sup> COM(2016) 23 final, SWD(2016) 6 final, Bruselas, 28 de enero de 2016.

interior (conocida como propuesta ATAD por sus siglas en inglés)<sup>2</sup>; tal acuerdo político fue objeto de aprobación definitiva en la siguiente reunión del Ecofin (12 de julio) a través del procedimiento de «silencio», con arreglo al cual si ningún Estado miembro presentaba objeciones por escrito antes de la medianoche del día 12, el acuerdo se entendería adoptado por unanimidad, tal y como aconteció.

La Directiva ATAD fue propuesta por la Comisión UE en el marco del paquete antielusión fiscal presentado por tal institución europea, el 28 de enero de 2016<sup>3</sup>, incluyendo en su versión original las siguientes medidas:

- 1.º Reglas de limitación de la deducibilidad de intereses.
- 2.º Reglas sobre imposición de salida/*exit taxation*.
- 3.º Una cláusula de *switch-over*.
- 4.º Una cláusula general antiabuso.
- 5.º Un régimen de transparencia fiscal internacional/TFI.
- 6.º Un marco de neutralización de instrumentos y entidades híbridas.

Las medidas propuestas por la Comisión (y finalmente aprobadas por el Ecofin en un corto [6 meses] plazo de tiempo sin precedentes hasta la fecha) se proyectan sobre todos los contribuyentes sujetos al IS en un Estado miembro, incluyendo los que operan en un Estado miembro a través de un establecimiento permanente (EP) de una entidad de la UE o residente de un país tercero. Asimismo, no puede dejar de señalarse ya desde un principio la amplitud de las medidas recogidas en la Directiva ATAD, introduciendo reglas sustantivas que impactan de forma significativa sobre la configuración del IS de los Estados miembros, superando el umbral de armonización de mínimos basado en la eliminación de obstáculos fiscales a determinadas operaciones transfronterizas, de manera que ahora las medidas son horizontales afectando a todo tipo de operaciones (domésticas-intraeuropeas-internacionales) y determinando hechos y bases de tributación corporativa con independencia de si poseen una conexión directa o remota con el buen funcionamiento del mercado interior.

La propuesta de directiva presentada por la Comisión se instrumentó en el nuevo contexto BEPS como parte de un primer paquete de medidas antielusión fiscal (y frente a la planificación fiscal agresiva) a través del que se pretende prevenir determinados esquemas de erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios a jurisdicciones de baja tributación en línea con el proyecto OCDE/G20 BEPS, pero articulando medidas coordinadas en la UE a efectos de lograr una mayor consistencia y uniformidad en su instrumentación de manera que se evite la creación de nuevas lagunas o asimetrías derivadas de una implementación unilateral o bilateral por parte de los diferentes Estados miembros de la UE.

<sup>2</sup> Council of the EU, *Corporate tax avoidance: Council agrees its stance on anti-avoidance rules*, P.R. 370/16, 21 de junio de 2016. La Directiva 2016/1164 fue publicada en el DOUE L 193, 19 de julio de 2016.

<sup>3</sup> COM(2016) 23 final, SWD(2016) 6 final, Bruselas, 28 de enero de 2016.

No obstante, cabe destacar, por un lado, como alguna de las medidas recogidas en la Directiva ATAD va más allá del consenso alcanzado en el Proyecto BEPS o simplemente no tienen nada que ver con este consenso (*v. gr.*, la tributación de salida, la cláusula de *switch-over* recogida en la propuesta inicial<sup>4</sup>, y la cláusula general antiabusos)<sup>5</sup>. Por otro lado, no puede perderse de vista que la Directiva ATAD no lleva a cabo una implementación en la UE del conjunto de «estándares fiscales» *lato sensu* (incluyendo estándares mínimos, estrategias/metodologías comunes y directrices de mejores prácticas) que conforman el Plan de 15 Acciones de BEPS, de manera que elementos estructurales del «nuevo» sistema de fiscalidad internacional (como la reconfiguración del principio de plena competencia con arreglo a las Acciones 8-10 BEPS)<sup>6</sup> han quedado completamente al margen de esta acción de *hard-law* de la UE<sup>7</sup>. La directiva y los Estados miembros parten de este consenso internacional y lo asumen como algo ya aplicable directamente en sus ordenamientos internos. Esto es, la directiva viene a aplicarse en un contexto nacional que parte de la aceptación de las Acciones 8-10 del Plan BEPS y la reforma de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia en línea con tales acciones de 2016<sup>8</sup>. Por otra parte, no puede olvidarse el limita-

<sup>4</sup> Nótese que la cláusula de *switch-over* finalmente no aparece en la versión final aprobada por el Ecofin el 21 de junio de 2016, al considerarse que un régimen robusto de transparencia fiscal internacional resulta suficiente para prevenir los esquemas de planificación fiscal agresiva que pretendía neutralizar la referida cláusula. También esta cláusula planteaba algunos problemas de Derecho primario de la UE que se salvan con su supresión. La delegación británica fue una de las que más se opuso a la cláusula de *switch-over* argumentando que constituye una medida ajena al consenso de coordinación fiscal internacional instrumentado a través del proyecto BEPS que puede ser fuente de nuevas asimetrías, y se basa en el criterio de baja tributación que por sí mismo no constituye un indicio de competencia fiscal y los Estados deben conservar su competencia para fijar los tipos de gravamen de sus impuestos directos de forma soberana (CEDELLE, A.: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *BTR*, n.º 4, 2016, pág. 504). Cabe señalar igualmente que en las primeras versiones de la Directiva ATAD también figuraba una disposición que articulaba una definición común de EP que seguía las recomendaciones de la Acción 7 de BEPS. Tal cláusula aparece ahora recogida en el artículo 5 de la propuesta de Directiva de Base Imponible Común, presentada el 25 de octubre de 2016 (COM(2016) 685 final), y la recomendación de la Comisión de 28 de enero de 2016 (COM(2016) 271 final) en materia de prevención del abuso de CDI también instaba a los Estados miembros a seguir la nueva definición de EP recogida en la Acción 7 de BEPS (ahora en los art. 12 a 14 del nuevo Instrumento Multilateral para la implementación de los aspectos convencionales del Plan BEPS).

<sup>5</sup> En cierta medida, el hecho de que la Directiva ATAD incluya cláusulas no conectadas con acciones específicas del Plan BEPS se ha tratado de explicar considerando como desde el año 2011 el Ecofin y la Comisión venían trabajando sobre la propuesta de BICIS presentada por la Comisión en tal fecha (COM(2011)121/4), que contenía estas disposiciones antielusión fiscal internacional (el régimen de TFI: arts. 82-83, la cláusula de imposición de salida: art. 31, la cláusula de *switch-over*: art. 73, la cláusula general antiabusos/GAAR: art. 80, y las reglas antihíbridos: arts. 84-85). *Vid.*, RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n.º 11, 2016, págs. 1 y ss.

<sup>6</sup> De hecho, la exposición justificativa de la Directiva ATAD lo reconoce expresamente en el apartado 14: «Es necesario aclarar que la aplicación de las normas contra la elusión fiscal que figuran en la presente directiva no debe afectar a la obligación de los contribuyentes de cumplir con el principio de plena competencia ni al derecho de un Estado miembro a ajustar al alza una deuda tributaria, de conformidad con el principio de plena competencia, en su caso».

<sup>7</sup> *Vid.* SANZ GADEA: «La Directiva Antiabusos (I)», *RCyT. CEF*, n.º 403, 2016, págs. 39 y ss., y LÓPEZ RIBAS, «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, 2016.

<sup>8</sup> Cabe destacar como el Ecofin, en su reunión de 6 de diciembre de 2016 (15206/16, Presse 65, PR CO 64), mostró su adhesión al Informe final OCDE BEPS, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation* (Acciones 8-10).

do alcance de la Directiva ATAD en relación con sus propios objetivos de instrumentación coordinada de las principales acciones del Plan BEPS, constituyendo por tanto una mera pieza de un conjunto de medidas más amplio, algunas de las cuales ya se han implementado (v. gr., intercambio automático de *tax rulings* y APAs, del informe fiscal país por país, ex Directivas UE 2015/2376 y 2016/881, reforma de la Directiva Matriz-Filial incluyendo una regla secundaria antihíbridos y una GAAR<sup>9</sup>, las decisiones de ayudas de estado relativas a los *tax rulings* en ciertos Estados, estos es, en los casos de Apple, Starbucks, Fiat, *excess profits tax* en Bélgica, la recomendación de 28 de enero de 2016, en materia de prevención de abuso de convenio de doble imposición (CDI<sup>10</sup>), trabajos del Código de Conducta, el desarrollo de una lista paneuropea de jurisdicciones fiscales no cooperativas<sup>11</sup>, etc.)<sup>12</sup> y otras están en el horizonte (propuesta de Directiva ATAD 2 en materia de híbridos en relación con países terceros<sup>13</sup>, y propuestas de base imponible común y consolidada<sup>14</sup>)<sup>15</sup>.

Y en tal sentido invitó a la Comisión a examinar, en el marco de los trabajos del FUEPT, la necesidad de revisar las directrices europeas en materia de precios de transferencia. Asimismo, el Ecofin acordó la toma en consideración de los cambios en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia para la interpretación del principio internacional del *arm's length* como referencia clave para la aplicación del 4.º criterio del Código de Conducta de fiscalidad empresarial

<sup>9</sup> Modificación de la Directiva 2011/96/UE a través de las Directivas 2014/86/UE (introduce una regla que excluye la aplicación del método de exención cuando los beneficios distribuidos pudieran ser deducidos en el IS del Estado de la sociedad pagadora) y 2015/121/UE (introduce una GAAR a los efectos del régimen comunitario matriz-filial).

<sup>10</sup> Véase la recomendación de la Comisión UE 2016/136, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales, donde se muestra partidaria de la aplicación de la cláusula de propósito fiscal principal que tenga en cuenta la existencia de una actividad económica auténtica o genuina, a los efectos de la implementación de la Acción 6 de BEPS por los Estados miembros. El Ecofin ha respaldado tal recomendación de la Comisión (vid., Council of the EU, *Council conclusions on an external taxation strategy and measures against tax treaty abuse*, PR. 281/16, 25 de mayo de 2016).

<sup>11</sup> Council of the EU, *Council conclusions on an external taxation strategy and measures against tax treaty abuse*, PR. 281/16, 25 de mayo de 2016; y EU Council, *Taxation: Council Agrees criteria for the screening of third country jurisdictions*, PR. 640/16, 8/11/2016 (DOUE 2016/C461/02, 10 de diciembre de 2016), vid., para un resumen de las conclusiones del Ecofin de 8 de noviembre: <http://catedras.uca.es/eu-tax-law-jean-monnet/noticias/conclusiones-del-consejo-ecofin-de-8-de-noviembre-2016-criterios-de-elaboracion-de-la-lista-de-jurisdicciones-no-cooperativas-y-otras-medidas-tributarias>

<sup>12</sup> Todas estas medidas las exponemos en la Parte II de la obra *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.), CISS, Valencia, ediciones 2016 y 2017.

<sup>13</sup> COM(2016) 687 final.

<sup>14</sup> COM(2016) 685 final y COM(2016)683 final.

<sup>15</sup> Resulta mucho más dudoso considerar que la propuesta de Directiva de la Comisión, de 25 de octubre de 2016, sobre mecanismos de resolución de controversias de doble imposición en la UE (COM(2016) 686 final) resulta complementaria de la Directiva ATAD, siendo más probable que lo sea de la propuesta de Base Imponible Común Consolidada. En este sentido, no resulta claro que estos mecanismos de resolución de doble imposición intraeuropea apliquen en casos donde tal doble imposición resulte de aplicación de las cláusulas nacionales derivadas de la transposición de la Directiva ATAD, considerando las cláusulas de los artículos 1 y 16.5 de la propuesta de Directiva de resolución de conflictos de doble imposición y como la Directiva ATAD califica como medidas antielusión fiscal algunas medidas que en realidad no tienen tal naturaleza *stricto sensu* (*exit tax*, limitación de deducibilidad de intereses, asimetrías híbridas); a este respecto, cabría argumentar a favor de la aplicación de tal mecanismo de la UE de resolución de conflictos de doble imposición allí donde tal fenómeno no resultara de medidas antifraude o antievasión fiscal.



En este sentido, no puede perderse de vista como un buen número de las disposiciones que recoge la Directiva ATAD tiene su origen en las diferentes versiones de las cláusulas internacionales de la propuesta de Base Imponible Común Consolidada presentada en el año 2011<sup>16</sup> sobre la que han venido trabajando la Comisión y los Estados miembros durante los últimos años, de suerte que ello, unido al actual contexto político e internacional en materia de fiscalidad internacional (Proyecto BEPS), ha favorecido la aprobación de la misma en un tiempo record<sup>17</sup>.

Las medidas recogidas en la Directiva ATAD se configuran como un estándar mínimo de protección del IS frente a esquemas BEPS, de manera que los Estados miembros conservan su poder tributario para desarrollar otras medidas complementarias (art. 3 de la Directiva 2016/1164); de esta forma, los legisladores nacionales pueden adoptar posiciones más estrictas o exigentes, siempre que ello no afecte ni al derecho primario de la UE ni negativamente al objetivo perseguido por la medida recogida en la directiva, aunque lógicamente ello implica que no existirá uniformidad monolítica a nivel de la UE en lo que se refiere a las medidas puestas en práctica por cada uno de los Estados miembros a los efectos de la eventual transposición de la directiva<sup>18</sup>. A su vez, las medidas previstas en la directiva están configuradas de forma «principalista» (*principle-based rules*), de manera que los legisladores nacionales disponen de un cierto margen de adaptación y desarrollo de las mismas a efectos de adecuarlas a las características de su orde-

<sup>16</sup> COM(2011) 121/4.

<sup>17</sup> Cfr. RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n.º 11, 2016, págs. 1 y ss. Nótese, no obstante, que existen importantes diferencias entre las cláusulas «anti-BEPS» recogidas en la propuesta de BICIS presentada por la Comisión en 2011 y las aprobadas por el Ecofin a través de la Directiva ATAD, entre las que cabe destacar un mayor alineamiento con la jurisprudencia del TJUE y con los estándares recogidos en las distintas acciones del Proyecto BEPS. Téngase en cuenta que las propuestas de la Comisión de 2016 sobre Base Imponible Común y Consolidada articulan reglas absolutas y no de mínimos, lo cual significa que la armonización del IS vendría a ser plena y no parcial o de mínimos como acontece con la Directiva ATAD, con la consiguiente pérdida de soberanía fiscal y de uno de los principales instrumentos de política fiscal y económica. Destacados autores, como SANZ GADEA y LÓPEZ RIBAS, han advertido sobre la mínima armonización derivada de la Directiva ATAD, que deja en relación con algunas medidas (*v. gr.*, TFI) un amplio margen de maniobra a los legisladores nacionales (*vid.* SANZ GADEA, E.: «La Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional», *RCyT. CEF*, n.º 406, 2017, págs. 11-12; y LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, n.º 17-18, 2016).

<sup>18</sup> La regla de nivel mínimo de protección en sí misma considerada (y al margen de la configuración principalista de las medidas recogidas en la Directiva ATAD) no permite que se alcance uno de los objetivos principales que se pretenden lograr a través de este instrumento normativo europeo: la uniformidad y coordinación en el marco del mercado interior respecto de la implementación y aplicación de reglas de prevención de la elusión de los IS de los Estados miembros. Asimismo, la aplicación de esta regla plantea un buen número de cuestiones; así, por ejemplo, cabe destacar que los Estados miembros no están obligados a transponer las medidas recogidas en la directiva allí donde hayan establecido o establezcan medidas que garanticen un nivel de protección equivalente o superior, lo cual en sí mismo puede resultar difícil de evaluar; a este respecto, se suscita la cuestión de si tal «valoración» debe realizarse medida a medida o considerando el conjunto de medidas antielusión establecidas en un ordenamiento de un Estado miembro o incluso si hay que tomar en consideración el *enforcement* de las mismas. *Vid.*, a este respecto: GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *ET*, January, 2017, págs. 19-20.

namiento, aunque toda la implementación e interpretación de estas medidas quedará sujeta a los correspondientes mecanismos de control de la aplicación del Derecho UE por parte de la Comisión y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En realidad, la configuración de mínimos de la Directiva ATAD no es de fácil lectura o interpretación, como veremos, ya que muchas medidas serán mínimos y, a nuestro juicio, si se quiere respetar el derecho primario de la UE, a la vez, «máximos» (v. gr., art. 5, sobre imposición de salida y 6, sobre la cláusula general antiabuso) y otras permiten opciones cuya compatibilidad con el Derecho de la UE, en algunos casos, será dudosa y planteará problemas (v. gr., tratamiento de terceros Estados y normas de TFI). Todo ello sin olvidar que las opciones son y serán una suerte de incentivos a la competencia fiscal entre las distintas jurisdicciones, en combinación con un «soft enforcement» de las mismas. Tales opciones, por otra parte, por la cantidad de alternativas que ofrecen a los Estados miembros dejan margen para pensar si realmente la directiva, en algunos campos, va a suponer armonización alguna, ya que es posible que existan tantas legislaciones distintas en el marco de la directiva como Estados hay dentro de la UE (tal es el caso, por ejemplo, en materia de limitaciones a la deducción de intereses en el artículo 4 o en materia de TFI en los arts. 7 y 8). Es decir, es cuestionable el grado de armonización (o coordinación fiscal) que la Directiva ATAD pueda suponer, por no mencionar que tal fórmula no garantiza una implementación doméstica EU Proof, con todo lo que ello conlleva en términos de déficit de seguridad jurídica y potenciales controversias.

Así las cosas, la efectiva implementación de la Directiva ATAD por los Estados miembros (que está prevista, como regla general, de manera que sus disposiciones surtan efectos a partir del 1 de enero de 2019) traerá consigo un notable ensanchamiento del ámbito de influencia del Derecho UE sobre uno de los principales impuestos del sistema tributario de los Estados miembros (el impuesto sobre sociedades) sobre el que ostentan competencia exclusiva y que a día de hoy constituye uno de sus principales mecanismos de política económica y competencia fiscal<sup>19</sup>. Y el enfoque de armonización de medidas antielusión fiscal desarrollado por la Comisión (y aprobado finalmente por el Ecofin) fundamentado en las necesidades del mercado interior (respuesta coordinada y común a nivel UE a efectos de evitar respuestas nacionales fragmentarias y descoordinadas) no resulta del todo convincente considerando las medidas propuestas y la propia base de armonización empleada (art. 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–)<sup>20</sup>. Por un lado, la conexión que poseen algunas medidas (por ejemplo, la limitación de la

<sup>19</sup> PANAYI, C. H.: «The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law», *Bulletin for International Taxation*, January/February 2016, págs. 95-96.

<sup>20</sup> HASLEHNER, W.: «The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Remarks», *Kuwertaxlaw.blog.com*, 2016/02/05, pág. 1; y BHOGAL: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, September 5, 2016, págs. 881 y ss. En particular, se destaca como las medidas recogidas en la directiva lejos de facilitar operaciones cubiertas por el Derecho de la UE pueden dar lugar a una normativa nacional de los Estados que genere nuevos obstáculos fiscales al ejercicio de las libertades fundamentales, de suerte que la forma en que se han configurado tales medidas permite enfoques asimétricos que pueden dar lugar a nuevos casos de doble imposición. Tampoco está claro cómo se

deducibilidad de intereses, la tributación de salida) con el buen funcionamiento del mercado interior no es evidente y fuerte sino más bien débil y tenue. Por otro lado, ya hemos indicado que algunas de las medidas adoptadas no se proyectan sobre situaciones, operaciones o estructuras claramente conectadas con esquemas de elusión fiscal. Y además el enfoque de armonización mínima a partir de un modelo principalista y horizontal que permite un importante margen de maniobra de los legisladores nacionales puede generar nuevas fuentes de divergencias y descoordinación entre los Estados miembros y con países terceros.

La propuesta de directiva inicialmente presentada por la Comisión experimentó un buen número de cambios, llegando a existir hasta nueve versiones de la misma, lo cual refleja el proceso de negociación entre la Comisión y las distintas delegaciones nacionales principalmente en relación con la eliminación de la cláusula de *switch-over* y la flexibilización de las disposiciones relativas a limitación de deducibilidad de intereses y régimen de TFI a efectos de que cada Estado dispusiera de un margen de maniobra suficiente para adaptarla a su propia política fiscal y económica en este terreno (*strategic approach to tackling tax avoidance*)<sup>21</sup>. El Ecofin, como ya hemos adelantado, en su reunión de 21 de junio de 2016, adoptó un acuerdo político sobre el texto de directiva presentado por la presidencia holandesa el de 17 de junio 2016<sup>22</sup>, que fue aprobado definitivamente el 12 de julio a través del procedimiento de «silencio», siendo publicada (en el DOUE L) la versión final de la Directiva ATAD (2016/1164) el 19 de julio de 2016.

### 3. EXPOSICIÓN BÁSICA DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA ATAD: LAS MEDIDAS «ANTI-ELUSIÓN» ADOPTADAS EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El texto de la directiva finalmente aprobado establece un nivel mínimo de protección, de no fácil interpretación, como se ha indicado, permitiendo por tanto «la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades» (art. 3) en cinco ámbitos que son expuestos a continuación. Como se avanzó, a estos efectos, la incidencia de la cláusula no será homogénea sobre todas las medidas de la directiva: por ejemplo, en relación con el artículo 6, será difícil ad-

---

resolverán tales casos, aunque la Comisión parece depositar todas sus esperanzas en la nueva propuesta de Directiva de resolución de conflictos tributarios derivada del paquete de medidas del 25 de octubre de 2016, cuyo efecto en esta materia puede ser limitado. En este mismo orden de cosas cabe mencionar como los Parlamentos nacionales de Malta y Suecia comunicaron a las instituciones europeas su opinión razonada sobre el incumplimiento de la propuesta de directiva con el principio de subsidiariedad en tanto que otros parlamentos nacionales adoptaron una estrategia distinta basada en el diálogo constructivo con la Comisión (CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 492).

<sup>21</sup> Vid. HMRC: *Tax Policy Making: a new approach*, June 2010, paras. 2.14-2.15.

<sup>22</sup> Consejo de la UE, Expediente interinstitucional 2016/0011 CNS, Bruselas, 17 de junio de 2016, FISC 104 Ecofin 628.

mitir que los Estados puedan reconfigurar el concepto de abuso que de él se deriva con elementos más estrictos y contrarios a la jurisprudencia del TJUE, sin perjuicio de que, si así lo desean puedan crear cláusulas antiabuso específicas para situaciones nacionales o internacionales que merezcan un tratamiento especial. En otras palabras, el estándar mínimo de la directiva no es la justificación para que los Estados miembros endurezcan su legislación antiabuso como deseen, sin ningún límite.

### 3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA ATAD

Antes de entrar en la exposición de las cinco medidas antielusión fiscal recogidas en la Directiva ATAD debe determinarse el ámbito de aplicación de la misma, el cual viene regulado en su artículo 1 que dispone que sus disposiciones se aplicarán «a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país».

A este respecto cabe observar, por un lado, que la directiva no ha entrado a armonizar una de las cuestiones centrales del IS de los Estados miembros (y que es fuente de un buen número de asimetrías y de esquemas de planificación fiscal) como es la residencia fiscal de las entidades y los criterios para establecerla, cuestión que compete según el TFUE a los ordenamientos nacionales; nótese, a su vez, que las entidades fiscalmente transparentes quedan extramuros de la Directiva ATAD, aunque sus miembros sí pueden quedar comprendidos si son sujetos del IS o EP situados en territorio de un Estado miembro (de este tipo de entidades se ocuparán las nuevas propuestas de la Comisión en materia de base imponible común y consolidada). Por otro lado, debe señalarse igualmente como, en realidad, las disposiciones de la directiva también se proyectan más allá del IS de los Estados miembros, dado que la propia norma de la UE reconoce su aplicación a los EP situados en Estados miembros de la UE que normalmente son gravados con arreglo a un régimen fiscal similar al aplicable a las entidades residentes en sede del IS (en nuestro caso, en el impuesto sobre la renta de no residentes –IRNR–)<sup>23</sup>.

Asimismo, debe destacarse el amplio alcance de las disposiciones de la Directiva ATAD a partir de la omnicompreensiva definición de su ámbito de aplicación en el artículo 1 de la misma,

<sup>23</sup> No parece que la Directiva ATAD pretenda proyectarse sobre establecimientos permanentes de personas físicas (residentes fiscales o no en un Estado miembro) situados en el territorio de Estados miembros de la UE. De hecho, la exposición justificativa de la directiva en su apartado 4 clarifica que no se aplica a «entidades transparentes», esto es, entidades que no sean sujetos pasivos del IS en un Estado miembro; a su vez, se deja claro que el ámbito de aplicación de la directiva se limita a «establecimientos permanentes de entidades residentes a efectos fiscales» en un Estado miembro o en tercer país. No obstante, no puede descartarse que los Estados miembros realicen una transposición de la Directiva ATAD que extienda las medidas recogidas en la misma a todo tipo de EP, esto es, incluyendo las operaciones realizadas por establecimientos permanentes de personas físicas por ejemplo a los efectos de la imposición de salida. A nuestro entender, la legislación fiscal española no ordena con suficiente claridad las relaciones entre una persona física no residente y su EP situado en territorio español en lo que concierne a la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas que constituye actualmente la norma que permite establecer un gravamen de salida en las transferencias de activos.

de suerte que la falta de una definición de «contribuyente» y de «impuesto sobre sociedades» podría tener como objetivo superar una delimitación excesivamente estricta derivada del sistema tradicional de lista de entidades y de impuestos cubiertos por las Directivas Matriz-Filial, de Intereses y Cánones o de Fusiones<sup>24</sup>. De esta forma, cualquier persona o entidad sujeta (subjettivamente) al IS en un Estado miembro debería quedar afectada e incluida en el ámbito de aplicación de estas medidas, con independencia de que tal sujeción fiscal sea en virtud de un régimen especial. La regulación de la TFI que contiene la Directiva ATAD en su artículo 7.1 hace referencia a «entidades» y «establecimientos permanentes», de manera que fiducias/*trusts* y sociedades de personas/*partnerships* también estarían comprendidas en su ámbito de aplicación, siempre que concurrieran los demás condicionantes (sujeción subjetiva al IS en un Estado miembro o en un país tercero). En la medida en que la condición de contribuyente con arreglo a un IS en un Estado miembro (o en un país tercero, en el caso de EP) constituye el elemento determinante a efectos de la aplicación de las medidas de la Directiva ATAD sin que tal expresión haya sido definida (ni posea un significado uniforme o monolítico a nivel internacional), cabe esperar interpretaciones asimétricas de la misma, sin que quede claro si existe algún tipo de vinculación jurídica subjetiva para la definición del ámbito de aplicación del IS para los Estados miembros (aunque las exenciones del IS para ciertas categorías de empresas pudieran genera problemas de ayudas de estado a la luz del art. 107 del TFUE).

La falta de definición del término «impuesto sobre sociedades» plantea especiales dificultades para ordenamientos como el español, donde se diferencia entre IS e IRNR. A nuestro juicio, el término debe interpretarse como imposición que recae sobre las sociedades en un Estado miembro, con independencia de si este ha decidido aplicar dos impuestos distintos, uno a las entidades residentes y otro a las no residentes. Como veremos más adelante, la exclusión de los no residentes del ámbito de aplicación presentaría dificultades importantes a la hora de aplicar la directiva que solo pueden salvarse haciendo una interpretación del concepto de «impuesto sobre sociedades» como comprensiva también el IRNR español (o de otros impuestos similares). Tal interpretación está, además, justificada por la aplicación de la directiva, por ejemplo, a los no residentes según se deriva de su preámbulo (párrafo 3)<sup>25</sup>. La falta de definición del concepto, no obstante, también puede presentar ventajas, ya que permitirá defender que impuestos con elementos propios de un impuesto que grava la renta societaria sean exigidos por el Estado central u otros niveles de gobierno, también resultan afectados por la directiva, aunque, como sabemos, y la experiencia en la definición del concepto de impuesto sobre la renta en los convenios para

<sup>24</sup> Véase el apartado 4 de la exposición justificativa de la Directiva ATAD que indica que: «Es preciso establecer normas aplicables a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro. Teniendo en cuenta que esto supondría abarcar una gama más amplia de impuestos nacionales, no es deseable ampliar el ámbito de aplicación de la presente directiva a tipos de entidades no sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro». *Vid.* también RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>25</sup> Nótese igualmente que, en ocasiones, la regularización de una operación realizada por una entidad respecto de su IS requiere de una correlativa regularización en sede del IRNR (o del IRPF), de acuerdo con el principio de regularización completa (véase, por ejemplo, la SAN de 13 de octubre de 2016, rec. n.º 266/2012 [NFJ064966]).

la eliminación de la doble imposición ilustra, no será fácil decidir cuándo un determinado tributo presenta características similares a un impuesto sobre la renta societaria (v. gr., ¿es el IRAP italiano un impuesto sobre sociedades en el sentido de la directiva? ¿Son impuestos sobre sociedades algunos impuestos que los Estados miembros aplican sobre elementos específicos de renta obtenidos por determinados contribuyentes?). Quizás no hubiera, en consecuencia, estado de más que el artículo 2 de la directiva definiera el concepto o los rasgos característicos del IS.

Como se ha indicado, la directiva define su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación por referencia al IS (sin limitarse a los aspectos internacionales de este impuesto y comprendiendo situaciones internas). Sin embargo, cabe pensar que algún efecto, cuando menos, indirecto tendrá sobre el IRPF: desde un punto de vista técnico es necesario alinear las normas que la directiva prevé en relación con ciertas materias con el fin de eliminar diferencias entre el IRPF y el IS que podrían ocasionar lagunas y oportunidades de planificación si la regulación de las mismas en ambos impuestos fuera distinta. Singularmente, esto ocurrirá en relación con las normas de TFI (arts. 7 y 8), el impuesto de salida (art. 5) o la cláusula antiabuso (art. 6 de la directiva). La alineación de estos grupos de normas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) con las previsiones de la directiva sí que podría determinar que se aplicara la jurisprudencia futura del TJUE sobre la interpretación de este instrumento de derecho secundario en línea con la clásica jurisprudencia *Dzodzi*<sup>26</sup>, aunque los efectos transfronterizos de estas normas las situarán fundamentalmente en el radio de acción de la jurisprudencia del TJUE sobre las libertades fundamentales.

## 3.2. EXAMEN DE LAS CINCO MEDIDAS CONTRA LAS «PRÁCTICAS DE ELUSIÓN FISCAL» RECOGIDAS EN LA DIRECTIVA ATAD

### 3.2.1. La limitación de la deducibilidad fiscal de los intereses (art. 4 de la Directiva ATAD)

El objetivo político perseguido a través de la cláusula relativa a la limitación de los intereses reside en prevenir la traslación artificial de deuda a Estados miembros cuyo ordenamiento sea más flexible o generoso en cuanto a las condiciones de deducibilidad de gastos financieros en el IS<sup>27</sup>.

Las negociaciones sobre la configuración de esta cláusula fueron muy controvertidas y difíciles considerando, por un lado, la flexibilidad que ofrecía el Informe Final de la Acción 4 de BEPS, y, por otro, el impacto que podría derivarse de la medida para los distintos operadores económicos

<sup>26</sup> Sobre los efectos de esta línea jurisprudencial, *vid.* las referencias más abajo al hilo de las consideraciones sobre el artículo 6 de la directiva, vaya por delante que esta jurisprudencia solo se aplicará cuando el legislador nacional armonice su legislación con la propia de la directiva en ámbitos no incluidos dentro del campo de acción de la norma de la UE, es decir, solo resultará aplicable en la situación que hemos comentado: armonización de disposiciones del IRPF con las propias de la directiva.

<sup>27</sup> Véase el para. 6 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

y las economías de los diferentes Estados<sup>28</sup>. Como veremos a continuación, la mayor parte de las opciones y elementos de flexibilización de la limitación de gastos financieros que recoge el Informe Final de la Acción 4 de BEPS fueron incluidos en el artículo 4 de la Directiva ATAD, con las excepciones del «*uplift* del 10%» (para. 25 del Informe Acción 4 de BEPS) y de la posibilidad de usar «promedios multianuales de ebitda» (paras. 155-158 Informe Final Acción 4 de BEPS); a este respecto, se considera que los legisladores de los Estados miembros no están autorizados a incorporar estos elementos de flexibilización de la regla de limitación de gastos financieros, ya que infringirían la cláusula de nivel mínimo de protección (art. 3 de la Directiva ATAD)<sup>29</sup>.

La cláusula establecida en el artículo 4 de la Directiva ATAD limita, como regla general, la deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentario hasta un 30% del ebitda del contribuyente<sup>30</sup>. En el cálculo de ebitda, a efectos del cómputo del límite del 30%, se excluye la renta exenta, como los dividendos o los beneficios de los EP que estén exentos. Sin embargo, la renta que se beneficia del método de imputación sí entra en el cálculo, lo cual puede requerir analizar el método de eliminación de la doble imposición considerando estas dos variables.

A este respecto, cabe destacar como la directiva ha perfilado los elementos esenciales para la aplicación de esta cláusula, incluyendo definiciones («costes de endeudamiento» y «costes de endeudamiento excedentarios», y «sociedad financiera») y la fórmula de cálculo del ebitda (excluyendo la renta exenta de impuestos), en línea con el Informe Final de la Acción 4 de BEPS. En este sentido, cabe advertir diferencias relevantes con lo previsto en el artículo 16 de la LIS, por ejemplo, incluye como costes de endeudamiento los pagos en régimen de préstamos participativos, que resultarían afectados por la regla relativa a instrumentos híbridos del artículo 9 de la directiva, o excluye los dividendos o rentas de EP exentos de la parte de base de cálculo del límite de deducción (un incentivo que la normativa española e italiana prevén).

La directiva autoriza a los Estados miembros a adoptar diversas medidas en esta materia. Las opciones son tantas que será difícil pensar que se produce en esta materia una armonización total que no vaya a generar conflictos de doble imposición o fricciones entre las distintas normativas. Los Estados miembros podrán:

- Autorizar que los contribuyentes del IS apliquen una deducción superior al 30% del ebitda siempre que los costes de endeudamiento excedentarios no superen los 3 millones de euros<sup>31</sup>, o incluso la deducibilidad total si el contribuyente cons-

<sup>28</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>29</sup> Véase nota anterior.

<sup>30</sup> Nótese, no obstante, que se autoriza a los Estados miembros a utilizar un parámetro más estricto como el EBIT en lugar del ebitda, en línea con el Informe Final Acción 4 de BEPS (para. 84). Véase el para. 6 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>31</sup> Los Estados miembros pueden reducir este umbral monetario fijado para garantizar un nivel de protección más elevado de su base imponible nacional (para. 8 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD).



tituye una «entidad aislada» que no forma parte de ningún grupo consolidado ni posee una empresa asociada o un EP<sup>32</sup>. Tal límite máximo de 3 millones de euros por contribuyente individual se aplica igualmente para grupos fiscales en su conjunto.

- Además, en el caso de contribuyentes pertenecientes a grupos consolidados, los Estados miembros podrán permitir la aplicación de límites superiores al general del artículo 4.1 de la directiva (30 % ebitda), de acuerdo con los parámetros y criterios del artículo 4.5. Por tanto, los Estados miembros, con arreglo a la autorización del artículo 4.5 a) de la directiva, pueden articular un *equity escape clause* respecto de grupos consolidados, en línea con la *best practice* recomendada en el Informe BEPS Acción 4 (anexo C). Asimismo, el artículo 4.5 b) de la directiva incluye una segunda opción para flexibilizar el límite general (30 % ebitda) respecto de grupos consolidados en función del ebitda del grupo y el nivel de endeudamiento con terceros, alternativa que también admite el Informe Final BEPS Acción 4 (capítulo 7)<sup>33</sup>. El principal problema que posee la aplicación de este tipo de mecanismos de flexibilización de la regla fija y objetiva de limitación de gastos financieros en el marco de grupos consolidados resulta de su complejidad y costes de cumplimiento y acreditación para el contribuyente y comprobación para las Administraciones.
- Los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación de la regla general del artículo 4.1 de la directiva (límite del 30 % del ebitda) los costes de endeudamiento excedentarios sufragados en concepto de:

<sup>32</sup> Esta previsión no está conectada con las recomendaciones del Informe Final BEPS Acción 4, sino más bien parece responder a una exigencia de las autoridades alemanas, en la medida en que la normativa interna alemana de «barrera de deducibilidad de intereses» de 2008 contiene una disposición en tal sentido. Algunos autores consideran que aunque la Directiva ATAD deja claro que una entidad que posee un EP en otro Estado miembro no constituye una *standalone company* a estos efectos, sin embargo una entidad que posee un EP ficticio derivado de un activo inmobiliario situado en el otro país y que resulta gravado con arreglo al artículo 6 de un CDI constituye una *standalone company* o «entidad aislada» a estos efectos (art. 4.3 de la Directiva ATAD; *vid.*, VERMEULEN: «How alone is standalone in the EU Anti-Tax Avoidance Directive?», *Kluwer International tax blog*, October 19, 2016). Nótese, no obstante, que el hecho de que la Directiva ATAD no haya establecido una regulación de EP puede traer consigo una nueva fuente de asimetrías en su aplicación, más allá de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva ATAD, aunque la propuesta de Directiva ATAD 2 sí se proyecta sobre estas asimetrías. El hecho de que la Directiva ATAD permita a los Estados miembros excluir la aplicación de esta regla objetiva *anti-earning stripping* en situaciones puramente internas de entidades aisladas plantea dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE originario, ya que resulta evidente la diferencia de trato, sin que se haya establecido un mecanismo que permita flexibilizar realmente la aplicación de tal normativa atendiendo a razones comerciales sustantivas, lo cual puede suscitar un problema con el test de proporcionalidad. En parecidos términos *vid.*, BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *Kluwer International tax blog*, October 17, 2016).

<sup>33</sup> La OCDE ha desarrollado esta opción: Public Discussion Draft BEPS Action 4, *Elements of the Design and operation of the Group Ratio Rule*, 11 July 2016.



- Empréstitos o préstamos suscritos antes de 17 de junio de 2016, siempre que la exclusión no se haga extensiva a ninguna modificación *a posteriori* de dichos empréstitos<sup>34</sup>.
- Empréstitos o préstamos utilizados para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo cuando tanto el promotor del proyecto, los costes de endeudamiento, los activos y la renta estén en la UE<sup>35</sup>.

Igualmente podrá acordarse la no aplicabilidad de la regla a las «entidades financieras» (definidas de forma amplia en el art. 2.5 de la Directiva ATAD)<sup>36</sup>, incluidas las que formen parte de un grupo consolidado<sup>37</sup>.

Además, se ofrece a los Estados miembros varias posibilidades a la hora de permitir la aplicación de los costes de endeudamiento excedentarios no aplicados en un determinado ejercicio a ejercicios anteriores y posteriores (*excessive & unused deduction/tax credit carryback/forward*)<sup>38</sup>.

Como novedad de última hora, el Ecofin acordó incluir (a petición de Bélgica y Eslovenia), en el artículo 11.6 de la directiva, la posibilidad de que aquellos Estados miembros que posean normas nacionales específicas en materia de deducibilidad de intereses (cláusulas antisubcapitalización) que sean igual de eficaces que la regla de limitación recogida en la directiva podrán

<sup>34</sup> El para. 195 del Informe Final de la Acción 4 de BEPS también contempla varias opciones de *grandfathering*.

<sup>35</sup> El Informe Final de la Acción 4 de BEPS (paras. 64-71) también permite una exención objetiva relacionada con *public benefit projects*, aunque la definición es más amplia en lo que concierne a los proyectos (no solo los referidos a infraestructuras públicas) y a la vez más estricta en cuanto a las condiciones de aplicación, por comparación a las recogidas en la Directiva ATAD. Nótese que la Directiva ATAD advierte en el punto 8 de su memoria justificativa que esta exención objetiva se aplica sin perjuicio de las normas sobre ayudas de estado.

<sup>36</sup> Algunos comentaristas han puesto de relieve como la exención relativa a las «entidades financieras» no comprende a un significativo grupo de entidades reguladas o semireguladas que desarrollan un papel muy activo en el sector financiero aportando liquidez a los mercados y que resultarán negativamente afectadas por la normativa resultante de la implementación de la Directiva ATAD, lo cual a su juicio no encaja sino que más bien contradice la propia política europea en materia de desarrollo del mercado de capitales; en particular, se refieren a entidades titularizadoras, emisoras de deuda o bonos y de *leasing*. A este respecto, se ha puesto de relieve la ausencia de una guía más completa para aplicar la limitación de gastos financieros por parte de estas entidades, particularmente cómo se aplica el concepto de *exceeding borrowing costs* en relación con entidades que se endeudan para adquirir «bonos corporativos» o *distressed debt*. FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 18, 2016, n.º 4, pág. 3

<sup>37</sup> El Informe Final de la Acción 4 de BEPS dejó abierta cuestión pendiente al requerir un mayor análisis. A este respecto, cabe mencionar el Public Discussion Draft BEPS Action 4, Approaches to Address BEPS involving interest in the banking and insurance sectors (OECD, 28 July 2016), donde se exponen los limitados riesgos de erosión de bases imponibles a través de pagos de intereses que existen en estos sectores, con carácter general y sujeto a determinadas condiciones regulatorias.

<sup>38</sup> Véase el artículo 4.6 de la Directiva ATAD.

seguir aplicando su norma nacional hasta el primer ejercicio posterior a aquel en que se llegue a un acuerdo vinculante sobre la Acción 4 en el seno de la OCDE o, como máximo, hasta el 1 de enero de 2024. No está claro tampoco cuándo se cumplen las condiciones para la aplicación de la disposición transitoria, ni tampoco cuándo se aplica esta cláusula de excepción temporal, ya que puede resultar discutible que una cláusula como la de subcapitalización (5/1 *debt/equity ratio*) de Bélgica pueda operar con la misma efectividad que la cláusula objetiva de limitación de gastos financieros<sup>39</sup>. Otros Estados miembros, como Francia, Austria y Países Bajos, han articulado medidas específicas que limitan la deducibilidad de gastos financieros que presentan una configuración distinta a la cláusula del artículo 4 de la Directiva ATAD, de manera que podrán mantener tal situación hasta el 1 de enero de 2024 en la medida en que se verifique (por la Comisión) que se trata de medidas equivalentes en términos de eficacia *anti-earning stripping*, lo cual no será sencillo.

No puede perderse de vista que la medida recogida en el artículo 4 de la Directiva ATAD articula una cláusula de mínimos, de manera que los Estados miembros podrían utilizar un porcentaje inferior (al 30%), así como aplicarlo sobre una magnitud más reducida (EBIT); también se admite la posibilidad de combinar este mecanismo con disposiciones específicas que limitan la deducibilidad de intereses intragrupo (paras. 6-8 de la memoria justificativa de la directiva).

A la vista de la configuración de la Directiva ATAD, cabe destacar como la cláusula de limitación de gastos financieros recogida en el artículo 16 de la LIS no está plenamente alineada con la misma, de manera que su reforma parece inevitable, aunque tal modificación podría ser aprovechada por el legislador español para flexibilizarla en los términos que también recoge la directiva. No obstante, tampoco está claro si el artículo 16, a pesar de que incluye en la base de cálculo del límite rentas exentas (dividendos y rentas de EP extranjeros), es una medida equivalente a la propia de la directiva que pueda aguantar hasta 2024 con la protección de la cláusula transitoria. Es más probable, sin embargo, que el precepto se modifique por necesidades internas antes de tal fecha.

Ciertamente no puede negarse de plano que la articulación de un mecanismo estandarizado objetivo y automático de limitación de la deducibilidad fiscal de gastos financieros por los distintos Estados miembros puede restringir ciertas estructuras de planificación fiscal agresiva que pivotan sobre la deducibilidad de los intereses en un Estado miembro y la no o baja tributación en el Estado de residencia del receptor de los pagos. No obstante, no puede perderse de vista que reglas tan rígidas de limitación de deducibilidad fiscal de gastos financieros como las recogidas en la directiva pueden afectar negativamente a la inversión y el crecimiento económico<sup>40</sup>, par-

<sup>39</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 6; y FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 3

<sup>40</sup> Algunos autores consideran que el modelo por el que ha optado la Directiva ATAD va más allá de lo necesario para prevenir esquemas de planificación fiscal agresiva, ya que, por un lado, se proyectó sobre todo tipo de endeudamiento (intragrupo o no), de suerte que el endeudamiento no intragrupo (exceptuando esquemas *back-to-back*) no está

ticularmente en determinados sectores intensivos en inversión de capital<sup>41</sup>. Además, el modelo alemán de «barrera de limitación de gastos financieros» propuesto por la Comisión y finalmente aprobado por el Ecofin, a pesar de que está siendo empleado en una serie de Estados miembros (Alemania, Italia, Grecia, Finlandia, España y Portugal), no está exento de problemas de aplicación (v. gr. puede generar doble imposición) que en algunos casos ha llegado a suscitar dudas sobre la compatibilidad del mismo con el principio constitucional de capacidad económica, tal y como ha puesto de relieve el *Bundesfinanzhof*<sup>42</sup>. Igualmente, la gestión por parte de las empresas de la limitación de la deducibilidad de los intereses no está exenta de problemas que pueden afectar a los niveles de inversión y desarrollo de su actividad (*cash-flow*, gestión de tesorería, etc.), ya que el ratio de deducibilidad fiscal resulta de una magnitud contingente y dependiente del ebitda de cada ejercicio<sup>43</sup>.

Por otra parte, la interacción con la Directiva Matriz-Filial no se regula de forma expresa ni resultará tampoco sencilla, por lo que podrían producirse supuestos de doble imposición cuya solución no está clara, ya que tampoco se les aplicará probablemente la propuesta de directiva relativa a la resolución de disputas cuando existan casos de doble imposición que presentó la Comisión el 25 de octubre de 2016<sup>44</sup>.

### 3.2.2. La cláusula de tributación de salida/*exit taxation* (art. 5 de la Directiva ATAD)

El objetivo político que, según algunos comentaristas<sup>45</sup>, pretende alcanzarse a través de esta medida consiste en tratar de limitar determinadas transferencias de residencia y activos en el marco de esquemas de planificación fiscal agresiva, aunque la memoria justificativa de la directiva conecte en mayor medida esta cláusula con la territorialidad impositiva (véase el para. 10).

---

asociado con «estrategias de planificación fiscal BEPS»; por otro lado, la directiva utiliza un mecanismo muy rígido de limitación de la deducibilidad fiscal de gastos financieros existiendo fórmulas más flexibles y adecuadas para afrontar tal problema y que vienen siendo utilizadas por los Estados miembros con éxito durante las últimas décadas (cláusulas de subcapitalización, requisitos de justificación de razones comerciales del endeudamiento o de tributación mínima en sede del receptor, etc.). *Vid.*, JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, December 19, 2016, págs. 1.099 y ss.

<sup>41</sup> Tal observación va más allá de la posibilidad que tienen los Estados de excluir de la aplicación de la regla de limitación de deducibilidad de intereses los préstamos utilizados para financiar a largo plazo infraestructuras públicas de interés público para un Estado miembro (art. 4.4 b) de la Directiva ATAD).

<sup>42</sup> Véanse las Sentencias del BFH 10 de febrero de 2016, 14 de octubre de 2015 (I R 20/15) y de 18 de diciembre de 2013 (I B 85/13).

<sup>43</sup> *Vid.*, JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», pág. 1.100.

<sup>44</sup> COM(2016) 686 final.

<sup>45</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 6.

La Directiva ATAD establece en su artículo 5 la aplicación de una imposición de salida a toda transferencia de activos dentro de una misma entidad pero que supongan la pérdida del derecho de gravamen del activo como consecuencia de su transferencia a otra parte de la empresa localizada en otra jurisdicción. La cláusula se aplica también a cambios de residencia y a la transferencia del negocio realizado a través de un establecimiento permanente a otra jurisdicción (Estado miembro UE/EEE o país tercero). Asimismo, la memoria justificativa de la directiva también clarifica que las transferencias de activos (incluido el efectivo), entre una sociedad matriz y sus filiales no entran en el ámbito de aplicación de la norma sobre imposición de salida (para. 10).

A este respecto, debe precisarse que la Directiva ATAD no regula totalmente la configuración del gravamen de salida, de suerte que la creación del mismo debe resultar de la legislación tributaria nacional de cada Estado miembro; es decir, la Directiva ATAD no crea el impuesto o el hecho imponible del impuesto de salida pero sí obliga a los legisladores nacionales a crearlo, respetando así formalmente el principio de autoimposición recogido en un cierto número de Constituciones nacionales<sup>46</sup>. En este sentido, cabe indicar que el impuesto de salida que la Directiva ATAD obliga a establecer a los Estados miembros y su efecto fiscal correlativo en la otra jurisdicción comunitaria que tal directiva obliga a reconocer no se deduce de los CDI ni de los actuales principios de atribución de beneficios a los EP<sup>47</sup>.

La tributación de la transferencia de activos entre Estados miembros de la UE o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) está sujeta a las limitaciones establecidas por la jurisprudencia del TJUE en los casos *National Grid Indus, Comisión/Alemania, Comisión/Países Bajos C-301/11, Comisión/Portugal C-38/10* (NFJ048196), *Comisión/España C-64/11* (NFJ050566) (en relación con el antiguo art. 17.1 a) y c) del TRLIS), y *Comisión/Dinamarca C-261/11, Co-*

<sup>46</sup> Para. 10 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>47</sup> Ni los CDI ni el enfoque autorizado de la OCDE sobre la atribución de beneficios al EP exigen a los Estados la imposición de salida, de suerte que el referido enfoque autorizado se basa en la premisa de que las operaciones internas se consideran únicamente a los efectos de atribuir un importe adecuado de beneficios al EP (OCDE, *Informe sobre Atribución de Beneficios al EP*, OCDE, París, 2008, para. 208 *in fine*). Por tanto, el artículo 7 de los CDI que siguen el MC OCDE no requiere dotar de efectos fiscales simétricos a las operaciones internas EP-Casa Central (y viceversa), ya que el CDI (arts. 7 y 23) únicamente establece el límite de atribución de beneficios al EP en el Estado de la fuente y determina la correspondiente eliminación de la doble imposición sobre tal beneficio imputado al EP en el Estado de residencia de la entidad (véanse, por ejemplo, los paras. 28, 29 y 32 de los CMC y artículo 7 del MC OCDE 2010); de esta manera, el CDI no obliga a ninguno de los dos Estados a gravar la renta derivada de las «operaciones internas» entre la casa central y el EP, de suerte que el Estado de residencia solo está obligado a eliminar la doble imposición respecto del beneficio que sea atribuible a un EP con arreglo al artículo 7 del CDI pero no está obligado a ir más allá y reconocer/imputar fiscalmente ingresos/gastos imputables a la base imponible de la casa central como consecuencia de tales operaciones internas, aunque existen países que han establecido la aplicación bilateral y simétrica de los principios de empresa separada e independiente en su legislación interna estableciendo, por ejemplo, la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones internas EP-Casa Central; la OCDE reconoce la posibilidad de gravamen (plusvalía tácita) del Estado de la fuente con motivo de una transferencia de activos del EP a la casa central, sin que el CDI exija en modo alguno la exacción de tal gravamen en sede de los Estados contratantes (véanse paras. 28 CMC, arts. 7 y 4, 8 y 10 CMC al art. 13 C OCDE 2010).

*misión/Portugal C-503/14 (NFJ064992), Verder TecnoLab y DMC C-164/12 (NFJ053175), etc.*, que limitan el pago inmediato del impuesto (no así la liquidación tributaria), bajo determinadas condiciones. En este sentido, podría argumentarse que la regulación de la imposición de salida que prevé la Directiva ATAD no admite medidas internas más estrictas, sino que ya sería de máximos y no solo de mínimos.

Cabe destacar como el concepto de transferencia de activos que emplea la directiva es muy amplio al comprender cualquier operación en la que el Estado miembro de que se trate pierde el derecho a gravar los activos transferidos, que siguen bajo la titularidad jurídica o económica del mismo contribuyente. No resulta claro si la norma opera sobre transmisiones en sentido estricto o cesiones de activos que comprenden buena parte de la vida útil de los activos (transmisiones híbridas), ya que solo han excluido de su ámbito de aplicación cesiones temporales donde el activo se recupera por el transmitente o cedente en un plazo de 12 meses<sup>48</sup>.

No obstante, el alcance de la cláusula de imposición de salida no comprende transferencias intragrupo de funciones y controles de riesgos o reestructuraciones en el sentido del capítulo IX de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2016)<sup>49</sup>, ya que difícilmente se puede calificar la función o el riesgo como activo en sí mismo. En la misma línea, hay intangibles a los que se refiere el capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia que no son «activos» en sentido estricto, esto es, no tienen un reconocimiento jurídico o contable, y que no está claro si resultan afectados por la norma de la Directiva ATAD. Más bien parece que el concepto de activos de la directiva es de naturaleza estrictamente jurídica o contable y, en consecuencia, deja una laguna importante a la planificación de las empresas y grupos multinacionales<sup>50</sup>. Es cierto que la directiva ha dejado claro que el *exit tax* no se aplica a las transferencias de activos entre una sociedad matriz y sus filiales lo que determina que tales consideraciones

<sup>48</sup> Estamos ante otra medida que mitiga la aplicación de la cláusula del *exit tax* en relación con el sector financiero, ya que el apartado 7 del artículo 5 de la Directiva ATAD limita su aplicación respecto de transferencias temporales (12 meses) de activos relacionados con la financiación de garantías, los activos entregados como garantía o si la transferencia de activos se efectúa para cumplir los requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez (*vid.*, FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impactas on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 3).

<sup>49</sup> Nótese que el nuevo capítulo IX de las futuras Directrices OCDE de Precios de Transferencia, hecho público en 2016, consolida y desarrolla los importantes matices introducidos a través del Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS sobre el principio de no reconocimiento de operaciones intragrupo y reconstrucción de las mismas, ahora en el marco de reestructuraciones de grupos MNE. A este respecto puede consultarse: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad AEDAF*, n.º 36/2016.

<sup>50</sup> Acerca de las nuevas formas de planificación en el entorno post-BEPS, el concepto de abuso y de planificación fiscal agresiva y sus efectos, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ (2016): «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», en DOURADO (ed.), *Tax Avoidance Revisited*, Amsterdam: EATLP/IBFD (en prensa); y CALDERÓN y QUINTAS: «The concept of Aggressive Tax Planning Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: redefining the border between legitimate and Illegitimate tax planning», *Intertax*, vol. 44, 2016, n.º 3.

solo sean aplicables en relación con transferencias dentro de la misma entidad. No es menos cierto que las transferencias de funciones y riesgos entre una casa central y sus EP pueden ser empleados como un instrumento de planificación fiscal de primer orden al que no afecta esta imposición de salida y que las consideraciones que hacemos sobre las Directrices de Precios de Transferencia en su versión post-BEPS son trasladables por analogía a los principios de atribución de beneficios a los EP que se reconocen en el contexto OCDE (Informes de Atribución de Beneficios de 2008 y 2010). En resumidas cuentas, al no hacerse eco de estas formas de planificación, el impuesto de salida tendrá un efecto e impacto mucho más limitado de lo que se deriva de la propia finalidad de la directiva.

Resulta igualmente relevante apuntar como el ámbito de aplicación de esta cláusula comprende situaciones intracomunitarias y extracomunitarias, así como que la base de cálculo de la plusvalía latente a gravar viene dada por el «valor de mercado» del activo en los términos definidos en el artículo 5.6 de la Directiva ATAD, concepto que puede identificarse con el «valor normal de mercado» a efectos de precios de transferencia (aunque tampoco aquí hay una orientación clara de la norma del artículo 5 (6), que no da pautas para definir el concepto)<sup>51</sup>. Tal valor, sin embargo, puede no ser el mismo en los distintos Estados, cuya legislación y metodologías de valoración, especialmente en relación con algunos tipos de activos, pueden variar, aunque, en estos casos, debieran poder aplicarse los mecanismos intracomunitarios de resolución de conflictos previstos para eliminar la doble imposición (*vid.* para. 10 de la memoria justificativa de la directiva)<sup>52</sup>. La aplicación, no obstante, de la imposición de salida también en relación con terce-

<sup>51</sup> La aplicación plena (no restringida) del *arm's length* en relación con las operaciones de transferencia de activos casa central/EP puede suponer en cierta medida la aplicación del enfoque autorizado OCDE en la atribución de beneficios al EP. No obstante, no puede perderse de vista que la directiva no establece una regulación cerrada ni armoniza los criterios materiales que determinan si se ha llevado a cabo o no una «transferencia de activos», un «traslado de residencia fiscal» o un «traslado de un actividad realizada por un EP» o si existe o no «vinculación efectiva de los activos con un EP», toda vez que la delimitación que se ha realizado de tales operaciones (apartados 6, 7 y 8 del art. 2 de la Directiva ATAD) permite a los Estados establecer su propia regulación al respecto y los criterios que determinan la realización de tales transacciones internas, sin que se haya llevado a cabo una remisión a los criterios establecidos por la OCDE con arreglo al referido enfoque autorizado para la atribución de beneficios al EP. Con todo, cabe esperar que los criterios desarrollados por la OCDE para identificar una transferencia de activos entre las distintas partes de una empresa termine imponiéndose a efectos de lograr una mayor consistencia (reduciendo las asimetrías generadoras de doble imposición y no imposición) entre el *exit tax* y las reglas de tributación del EP, y las aplicables en materia de precios de transferencia, particularmente en un contexto post-BEPS. Con ello, surgen también los problemas y las oportunidades de planificación que el enfoque autorizado y BEPS no resuelven, *vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ: «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», *op. cit.*

<sup>52</sup> El TJUE ha conectado la imposición de salida con el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y con la doble imposición, en el sentido de que el gravamen de las plusvalías latentes o no realizadas con arreglo a un impuesto de salida debe reflejar la renta generada en el territorio del Estado miembro de salida de manera que el Estado de acogida solo grave la renta generada a partir de tal circunstancia y así se evite la doble imposición (STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Portugal*, C-503/14 [NFJ053175]). De esta forma, el Estado miembro de acogida, tal y como indica la Directiva ATAD, debe computar como valor de adquisición o histórico a efectos de la eventual transmisión del activo transferido el valor de mercado en el momento de la transferencia, si-

ros Estados determina que la solución de conflictos en estos casos solo pueda, si acaso, garantizarse a través de los mecanismos de los convenios para la eliminación de la doble imposición de los CDI o el nuevo instrumento multilateral (MLI BEPS 2016), aunque, en realidad, también su aplicación resultará difícil a estos casos, ya que el impuesto de salida no es aplicación estricta del CDI, por más que presente una conexión con el artículo 7 (beneficios empresariales) de los CDI.

Esta cláusula planteó ciertos problemas para su aprobación por el Ecofin, ya que los Estados miembros que no regulan esta imposición de salida ofrecieron cierta resistencia a su inclusión en la Directiva ATAD argumentando que constituye una medida innecesaria y *beyond BEPS*. Tal resistencia finalmente se superó a cambio de modulaciones en la redacción de la cláusula, por una doble vía, limitando su alcance y estableciendo un régimen transitorio de suerte que las disposiciones sobre imposición de salida deberán adoptarse antes del 31 de diciembre de 2019, entrando en vigor el 1 de enero de 2020. En este contexto, quizás una mayor y mejor conexión de esta cláusula con las Acciones 8 a 10 de BEPS y las reformas de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia de 2016 hubiera facilitado su aprobación.

Así las cosas, la imposición de salida articulada en la Directiva ATAD opera únicamente respecto de una serie de casos de traslado de activos al extranjero, obligando a los Estados miembros a establecer el gravamen por el valor de mercado de los mismos en el momento del traslado menos su valor fiscal, cuando debido al traslado el Estado miembro de origen ya no tenga derecho a gravar dichos activos. Esta imposición de salida será aplicable:

- a) Cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección/casa central a su EP situado en otro Estado miembro o en un país tercero, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- b) Cuando el contribuyente traslade activos desde su EP situado en un Estado miembro a su sede de dirección/casa central o a otro EP (del mismo contribuyente) localizado en otro Estado miembro o en un país tercero, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- c) Cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un país tercero, excepto en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un EP en el primer Estado miembro.
- d) Cuando el contribuyente traslade la actividad realizada por su EP situado en el territorio de un Estado miembro a otro o a un país tercero, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra el EP ya no tenga derecho a gravar dichos activos.

---

guiendo en principio el aceptado por el Estado miembro de salida en relación con este gravamen de las plusvalías latentes o no realizadas.



Se otorgará al contribuyente el derecho a aplazar o fraccionar el pago en un plazo de cinco años siempre que el traslado se realice a otros Estados miembros de la UE o a países terceros miembros del EEE que hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la UE sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE. Dicho aplazamiento no impedirá que el Estado de origen aplique los intereses correspondientes de acuerdo con su norma nacional, pero no podrá exigirse la constitución de garantías salvo en caso de riesgo demostrable y real de impago.

El aplazamiento se interrumpirá en cualquiera de los casos de enajenación del activo, traslado a un país tercero, quiebra o liquidación del contribuyente o incumplimiento de las obligaciones relativas a los pagos fraccionados.

En relación con la interrelación de la Directiva ATAD con la legislación española sobre la imposición de salida (arts. 18.2 i) y 19.1 de la LIS y arts. 15-18 del TRLIRNR), cabe poner de relieve dos cuestiones. Por un lado, la normativa española no regula de forma específica, completa y coordinada todos los supuestos recogidos en el artículo 5.1 de la Directiva ATAD, aunque es verdad que tales hechos imposables pueden resultar de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas cuando exista una transferencia interna de activos entre EP/casa central, siendo más dudoso el caso del traslado de la actividad realizada por un EP a otro Estado miembro o a un tercer Estado<sup>53</sup>; además no existe una coordinación con el artículo 22 de la LIS ni con los CDI, ni tampoco recoge una regla de *step-up* fiscal como la del artículo 5.5 de la directiva. Por otro lado, cabe poner de relieve como la directiva (art. 5.2) dispone que se otorgará al contribuyente el derecho a aplazar el pago del impuesto de salida, «fraccionándolo a lo largo de cinco años», y el apartado 3 del mismo artículo establece la posibilidad de solicitar la constitución de una garantía como condición para el aplazamiento del pago de la deuda, si bien se limita a aquellos supuestos en los que «exista un riesgo demostrable y real de impago». La normativa interna difiere en estos puntos, lo que podría ocasionar una adaptación en el futuro. Así, la LIS (art. 19) concede un aplazamiento indeterminado en el tiempo y la necesidad de prestar garantía queda condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos en la norma común, existiendo solo la posibilidad de obviarla en casos excepcionales.

La directiva establece una serie de supuestos de interrupción del aplazamiento de la deuda tributaria que no contempla la norma española ya que esta solo prevé el supuesto de transmisión a terceros de los elementos patrimoniales. A su vez, la directiva, como ya hemos visto, incluye los «impuestos de salida» que tienen como presupuesto generador la transferencia de activos afectos a la casa central o a un EP, los cuales son compatibles con el Derecho de la UE si se configuran de forma tal que están alineados con la jurisprudencia *National Grid Indus* (se concede la opción del pago aplazado con garantías) o a la jurisprudencia *Comisión/Alemania, DMC, y Verder TecnoLab*, que establece la compatibilidad con el Derecho de la UE de tales gravámenes

<sup>53</sup> En parecidos términos se pronuncia la profesora Ribes (RIBES RIBES: «La cláusula de *exit taxation* en la propuesta de Directiva Europea para luchar contra la evasión fiscal», *Crónica Tributaria*, 2016, 159, pág. 177).



allí donde se concede al contribuyente la opción por el aplazamiento o el escalonamiento del pago de impuesto (con o sin garantías) durante un periodo de cinco años<sup>54</sup>. En este sentido, la normativa española que regula el gravamen de estas transferencias de activos no está alineada con la Directiva ATAD ni con la jurisprudencia del TJUE a estos efectos y en tal sentido se requiere una acción normativa de cara a cumplir con el estándar mínimo fijado<sup>55</sup>. Otros Estados miembros, como los Países Bajos, Francia, Alemania, Austria y Bélgica, también se verán obligados a modificar su legislación introduciendo un auténtico *exit tax* configurado con arreglo a los parámetros fijados por la Directiva ATAD.

### 3.2.3. La cláusula general antiabuso o norma general contra las prácticas abusivas (art. 6 de la Directiva ATAD)

Según los comentaristas<sup>56</sup>, el objetivo político de esta medida (que es una cláusula general antiabuso, o «GAAR» por utilizar la terminología anglosajona) consiste en cerrar cualquier laguna o asimetría que pudiera existir en relación con las distintas cláusulas antiabuso generales y específicas que los Estados miembros establecen en relación con la protección de las potestades de supervisión sobre el cumplimiento tributario del IS. El preámbulo de la directiva (para. 11) alude a la necesidad de garantizar la aplicación uniforme de las normas generales antiabuso en situaciones de ámbito nacional, dentro de la UE y en relación con terceros países, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran. Ciertamente, la premisa para que tal aplicación uniforme tenga lugar pasa por una regulación común de una cláusula general antiabuso, pero no puede perderse de vista que en último análisis todo dependerá de la aplicación o *enforcement* que se haga de la misma por parte de las autoridades fiscales, la cultura de cumplimiento tributario en cada país y los medios de los que disponga la Administración para lograr tal *enforcement*, aunque la inaplicación o aplicación in-

<sup>54</sup> En relación con esta jurisprudencia puede consultarse el siguiente trabajo: CALDERÓN: «Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el Derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y los impuestos de salida», en MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dir.): *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 144 y ss.

<sup>55</sup> De forma resumida, los principales elementos de la normativa española que requieren alineamiento con el artículo 5 de la Directiva ATAD vendrían a ser los siguientes: a) el aplazamiento del gravamen durante cinco años a través de un sistema de «pagos fraccionados», aplicable a los cuatro supuestos sobre los que se proyecta la imposición de salida en relación con situaciones europeas y con países del EEE que hayan concluido con España un mecanismo de asistencia a la recaudación equivalente al establecido por la Directiva 2010/24; b) la interrupción del aplazamiento del pago en el caso de incumplimiento del sistema de «pagos fraccionados» y de los supuestos del artículo 5.4 de la directiva; c) el establecimiento de la regla de valoración de mercado de los activos transferidos de acuerdo con el principio de plena competencia, incluyendo el *step up* en el caso de «impatriación»; d) la articulación de una excepción a la imposición de salida en relación con casos de cesiones temporales de activos. Igualmente, la exigencia de garantías debe quedar limitada a los casos donde se motive la existencia de un riesgo real y demostrable de impago por las autoridades fiscales.

<sup>56</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 7.

correcta por vía administrativa o jurisprudencial del estándar general podría ocasionar también la apertura de procedimientos de infracción contra el Estado incumplidor (*motu proprio* por la Comisión o, de forma más improbable, a instancia de otros Estados).

La Directiva ATAD recoge una norma general antiabuso que refleja a grandes rasgos la recogida en la Directiva Matriz-Filial tras la reforma operada por la Directiva 2015/121/UE<sup>57</sup> (y guarda similitud con la cláusula general antiabuso derivada de la Acción 6 del Plan BEPS), en virtud de la cual los Estados miembros desestimarán todo mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. En esos casos, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional. A estos efectos, un mecanismo se considerará falseado en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica (incluidas «las actividades financieras», como se indica en el punto 11 del preámbulo de la directiva)<sup>58</sup>.

Nótese, en este sentido, que una operación o estructura articulada con el objetivo principal de aprovechar u obtener una ventaja fiscal no resulta en todo caso abusiva, de manera que allí donde sea consistente con la finalidad de la norma tributaria aplicada y cuando tal operación o estructura sea genuina en términos de sustancia o realidad económica no habrá abuso. La GAAR

<sup>57</sup> No obstante, la GAAR en la Directiva Matriz-Filial está conectada con las ventajas fiscales que derivan de la misma, en tanto que la GAAR de la Directiva ATAD no articula ventaja fiscal alguna. La segunda diferencia entre ambas cláusulas tiene que ver con el ámbito más amplio de aplicación de la GAAR de la ATAD que se refiere al IS globalmente considerado y afecta a situaciones domésticas, intracomunitarias y relacionadas con países terceros.

<sup>58</sup> Tal referencia posiblemente puede fundamentar estructuras articuladas a través de sociedades intermedias (*holdings*) que requieren baja sustancia en términos de medios humanos y materiales (establecimiento o nexo económico territorial) cuando se acredite que desarrollan funciones económicas a través de las mismas (*vid.* COLLET: «Offshore Holding Companies and the New European GAAR», *TNI*, May 9, 2016, págs. 593-594). No obstante, algunos autores han señalado como la determinación de la existencia de una situación abusiva (por ejemplo en relación con la Directiva Matriz-Filial) no puede quedar circunscrita a un debate de sustancia vs. no sustancia (insuficiencia de medios humanos y materiales) –entendiendo que la concurrencia de sustancia normalmente puede excluir el abuso–, sino que incluso en situaciones donde no concurra sustancia (por ejemplo, porque no se requiere en sentido estricto) puede no existir una situación abusiva allí donde el aprovechamiento de la ventaja fiscal de que se trate en el caso concreto resulta consistente con la finalidad de la norma tributaria de que se trate, considerando los hechos y circunstancias del caso y el propósito o fines perseguidos a través de tal estructura u operación (*vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *BIT / April-May*, 2012, y WEBER: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *Intertax*, vol. 44, n.º 2, 2016, págs. 98 y ss.). Igualmente, debe tenerse en cuenta como el TJUE a la hora de determinar la presencia de una situación puramente abusiva ha considerado que esta no concurría allí donde el contribuyente había aportado evidencias sobre el cumplimiento del principio de plena competencia, la existencia de medios humanos y materiales adecuados, el desarrollo de actividades económicas sustantivas (o incluso de la presencia de motivos fiscales en una situación no artificiosa). Algunos autores también han puesto de relieve la similitud de la cláusula del artículo 6 de la Directiva ATAD con la *principal purpose test clause* de la Acción 6 de BEPS, indicando que ello puede tener efectos interpretativos allí donde se aplicara la GAAR a los efectos de la aplicación de un CDI (BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*).

solo se proyecta por tanto sobre esquemas de planificación fiscal abusiva (que puedan ser incardinados en el *artificiality/genuine economic activity test* desarrollado por el TJUE) y no afecta al «derecho del contribuyente a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales», tal y como se indica en la memoria justificativa (para. 11) de la Directiva ATAD, parafraseando la sentencia del TJUE en el asunto *Halifax*. La carga de la prueba sobre la concurrencia de los condicionantes jurídicos que permiten la aplicación de la cláusula general antiabuso a unos hechos específicos recae sobre las autoridades fiscales, que deben permitir que los contribuyentes ejerciten su derecho de defensa sin soportar dificultades excesivas<sup>59</sup>.

La cláusula antiabuso establecida debe proyectarse, una vez implementada, en relación con el IS y se prevé expresamente la posibilidad de que puedan imponerse sanciones tributarias, si así se establece por el legislador nacional, aunque a estos efectos existe jurisprudencia de la UE que podría limitar tal imposición de sanciones en algunos casos requiriéndose cuando menos una base legal clara respecto de los supuestos donde tales sanciones pueden ser impuestas.

En este sentido, es importante subrayar que la cláusula general contra las prácticas abusivas que establece la Directiva ATAD en su artículo 6 no opera únicamente frente a las operaciones o situaciones contempladas en las demás disposiciones de la misma, sino que se proyecta y debe ser aplicada por las autoridades competentes de los Estados miembros «a efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades» (art. 1 de la Directiva ATAD). Es decir, tal GAAR constituye una *catch-all mechanism*<sup>60</sup> que debe aplicarse a lo largo y ancho del IS de los Estados miembros, con independencia de que las autoridades fiscales estén supervisando la aplicación de una medida recogida en la Directiva ATAD o de una operación interna/doméstica o transfronteriza dentro de la UE o con terceros Estados, ya que aplica en todos estos escenarios, de acuerdo con los artículos 1 y 6.1 de la directiva, y sin necesidad de acudir a la doctrina establecida por el TJUE que requiere la interpretación uniforme de la normativa doméstica que sigue una regulación comunitaria a la luz del Derecho UE (jurisprudencia *Dzodzi*, *Leur-Bloem*, limitada por *Kleimwort-Benson*)<sup>61</sup>. En este mismo orden de cosas, cabe argumentar que el ámbito de apli-

<sup>59</sup> En el asunto C-6/16, *Egion SAS*, relacionado con la aplicación de la GAAR francesa sobre un reparto de dividendos *outbound* se puso de relieve como la Directiva Matriz-Filial no permite la aplicación de una presunción de abuso meramente basada en el control de una *holding* europea por residentes de países terceros, ya que tal dato en sí mismo no es revelador de abuso y las autoridades fiscales deben acreditar, cuando menos mínimamente, a través de un análisis o test objetivo de hechos y circunstancias que se trata de una situación artificiosa. Las autoridades y tribunales franceses, no obstante, han reconocido en un cierto número de casos (e incluso en circulares administrativas) que la interposición de una *holding* no constituye una situación abusiva a los efectos de la aplicación de la Directiva Matriz-Filial, considerando necesario realizar tal test fáctico y objetivo de valoración global de los propósitos y sustancia económica de la operación o estructura (*vid.*: ANDRE y THEOLOGITIS: «French Participation Exemption Regime for Dividends and Antiabuse Rules: a long-standing relationship?», *TNI*, January 2017, págs. 283 y ss.).

<sup>60</sup> FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 4

<sup>61</sup> En relación con la misma, *vid.* la reciente STJUE (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15 (NSJ055412) y el capítulo de MARTÍN JIMÉNEZ relativo a la aplicación del Derecho de la UE en situacio-

cación de la cláusula general antiabuso del artículo 6 de la directiva no queda restringido al IS, sino que debe proyectarse sobre todas aquellas operaciones que tengan conexión directa con el IS, particularmente las relacionadas con el IRNR que afectan a los EP (*inbound*, ya que la situación *outbound* está comprendida en el IS) y los flujos de renta –como dividendos, intereses, cánones– sujetos a retenciones en la fuente con arreglo al IRNR, ya que impactan igualmente sobre el IS al tratarse «flujos fiscalmente duales»<sup>62</sup>, careciendo de sentido (y siendo inconsistente con la finalidad de la Directiva ATAD) que la GAAR solo se aplicara sobre las consecuencias fiscales de una operación (doméstica o internacional) que afectaran al IS en un Estado miembro<sup>63</sup>; nótese que el análisis que puede hacer una Administración tributaria de un Estado miembro de una transacción (pago de intereses), a los efectos de una GAAR, a los efectos del IS y del IRNR de los contribuyentes (residentes y no residentes) involucrados en la misma, se verá por otra administración desde la perspectiva de IS en el otro Estado miembro. Esta proyección de la GAAR del artículo 6 de la Directiva ATAD sobre el IS y el IRNR de los Estados miembros, unida a la circunstancia de que está configurada de manera que codifica la jurisprudencia del TJUE en relación con la configuración de las medidas contra las prácticas abusivas, trae consigo su aplicación en el contexto y a los efectos de la aplicación de las Directivas Matriz-Filial (2003/123), de Intereses y Cánones (2003/49) y de Fusiones (2009/133); tal circunstancia no supone prescindir de la jurisprudencia del TJUE dictada en relación con las mismas, ni de sus cláusulas antiabuso específicas, pero sí trae consigo un marco regulatorio antiabuso fijado por el legislador de la UE y que debe aplicarse en este contexto de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en materia de medidas frente a prácticas fiscales abusivas<sup>64</sup>. Incluso podría argumentarse que la nueva GAAR supone una derogación tácita de las

---

nes internas en MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dir.): *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2016. Por otra parte, la inaplicación flagrante de cláusulas antiabuso puede generar un problema de ayudas de estado, *vid.*, a estos efectos la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 del TFUE, 2016/C 262/01, DOUE de 19 de julio de 2016.

<sup>62</sup> La profesora DOURADO, sin embargo, parece posicionarse sobre la no aplicación de la GAAR sobre las retenciones en la fuente (DOURADO: «The EU Anti Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?», *Intertax*, vol. 44, n.º 6/7, 2016, pág. 442). Algunos autores vinculados a la Comisión, como RIGAUT, ponen de manifiesto como durante las negociaciones de las distintas versiones de la directiva se planteó el tema de la aplicación de la GAAR a las retenciones en la fuente, particularmente cuando afectarían a residentes de países terceros, resultando una cuestión controvertida que se dejó abierta a la transposición nacional que hagan los diferentes Estados miembros, considerando como algunos incluyen tales retenciones en su regulación del IS y otros no (*vid.*, RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 7). A este respecto, consideramos que la interpretación del artículo 6 de la Directiva ATAD a la luz de su finalidad y de acuerdo con la memoria justificativa debería conducir a su aplicación a las retenciones en la fuente vinculadas con el IS de un Estado miembro.

<sup>63</sup> Véase en este sentido el punto 11 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>64</sup> El Tribunal Supremo en algún pronunciamiento destacable (STS de 19 de julio de 2016, rec. n.º 2553/2015, caso *Sara Lee* [NFJ063385]), ha puesto de relieve como a grandes rasgos la jurisprudencia del TJUE en relación con las medidas de prevención y lucha contra prácticas fiscales abusivas coincide con la interpretación que se viene haciendo de las distintas cláusulas antiabuso internas frente a negocios anómalos, y en tal sentido la mera invocación del Derecho de la UE (una libertad fundamental) y de tal jurisprudencia comunitaria no posee mayor relevan-

cláusulas generales antiabuso de las directivas anteriores, habida cuenta de su marco de aplicación general al IS (la opción de considerar las cláusulas de las respectivas directivas como normas antiabuso especiales, «*SAARS*»), a nuestro juicio generaría el problema de que pudiera haber distintos estándares antiabuso en materia del IS, lo cual no parece que sea la finalidad de la directiva, que, más bien, persigue un concepto armonizado).

Nótese, por otra parte, que ahora la directiva requiere la aplicación uniforme de la *GAAR* doméstica a situaciones internas y transfronterizas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la directiva, lo que también puede tener un impacto importante si la cláusula antiabuso general se aplica fuera del IS del Estado de que se trate (por ejemplo, en relación con cualquier tributo y, singularmente, en el IRPF). A este respecto se ha criticado el empleo de una terminología vaga y poco precisa a los efectos de la configuración de la cláusula general antiabuso, de manera que permite interpretaciones múltiples que pueden generar doble imposición o simplemente la regularización si operaciones legítimas en el sentido de no artificiales, sin que se hayan arbitrado mecanismos efectivos de resolución de controversias fiscales transfronterizas<sup>65</sup>. Tal problema resultará paliado por (1) la necesidad de interpretar la misma de conformidad con la jurisprudencia anterior del TJUE y (2) la propuesta de directiva de la Comisión de resolución de controversias generadoras de doble imposición a la que ya nos hemos referido más arriba (aunque el ámbito de aplicación de esta última puede ser limitado en situaciones que se consideren de fraude, incumplimiento voluntario o negligencia grave, según el art. 15.6 de la citada propuesta).

La cláusula, no obstante, plantea una serie de cuestiones abiertas que conviene esbozar<sup>66</sup>:

cia práctica como argumento para cuestionar una regularización de una operación abusiva, rechazándose por tanto su alegación ritual bajo la tacha (no acreditada) de discriminación. Asimismo, cabe poner de relieve la creciente aplicación de las *GAAR* como mecanismo de regularización de operaciones intragrupo no genuinas o artificiales (carentes de razón de negocios y realidad económica), superando enfoques de supervisión monistas basados en la normativa de precios de transferencia: véanse en este sentido las SSTS de 9 de febrero de 2015 (rec. n.º 188/2014, caso *Sabic* [NFJ057488]), de 12 de febrero de 2015 (rec. n.º 184/2014, caso *Man Hummel* [NFJ060761]) y de 26 de febrero de 2015 (rec. n.º 4072/2013, caso *GlaxoSmithkline* [NFJ058191]) y la Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega de 18 de octubre de 2016 (HR-2016-02165-A, en el caso *IKEA*). Téngase en cuenta igualmente que el nuevo test de racionalidad comercial de las operaciones intragrupo establecido en el Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS no resulta equivalente a un test *GAAR* relativo a la sustancia económica (razones de negocios que reflejan una realidad económica) como el recogido en el artículo 6 de la Directiva ATAD, y en tal sentido estamos ante cláusulas con fines distintos y diferencias relevantes en cuanto a su configuración y funcionalidad. A este respecto puede consultarse: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *op. cit.* La aplicación más intensa y frecuente de cláusulas antiabuso generales frente a esquemas de planificación fiscal agresiva está sujeta a los límites fijados por el TJUE en relación con medidas de prevención de la evasión fiscal, de suerte que tales límites se hacen más visibles una vez aprobada la Directiva ATAD.

<sup>65</sup> *Vid.*, CFE, *Opinion Statement FC 3/2016, on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January 2016*, págs. 13-14.

<sup>66</sup> En parte, algunas de las ideas que siguen fueron discutidas por el profesor MARTÍN JIMÉNEZ con el profesor GARCÍA PRATS en la conferencia de este último sobre el artículo 6 de la Directiva ATAD en el marco del curso «El futuro del

- Su relación con el artículo 3 de la Directiva ATAD (que configura la directiva como una norma de mínimos con carácter general) no está demasiado clara. A nuestro juicio, el artículo 3 no puede ser un argumento para variar los elementos estructurales del concepto general de abuso de la UE haciendo el mismo más rígido con ocasión de lo dispuesto en el citado precepto, ya que, al final, el artículo 6 tiene una finalidad de «armonización del concepto de abuso»<sup>67</sup>. Es decir, serán admisibles reglas específicas antiabuso o la toma en consideración de determinados fenómenos nacionales por los Estados miembros, pero los elementos estructurales del concepto, para cuya definición es necesario acudir a la jurisprudencia del TJUE, son los propios del artículo 6, resultando complejo admitir que una norma cuya finalidad es armonizadora vaya a aceptar en su seno sin dificultades elementos extraños y que puedan desvirtuar el propio concepto general que regula<sup>68</sup>.
- La aplicación del artículo 6 de la Directiva ATAD no va a ser sencilla ya que, al final, nos encontramos ante la paradoja de que, a diferencia de lo que ocurre con otras normas de la UE (Directiva Matriz-Filial, Directiva Fusiones, Directivas sobre el IVA, etc.), se ha aprobado una cláusula general antiabuso que está referenciada a un marco normativo no armonizado. Es decir, cuando el TJUE aplicaba otras cláusulas o principios antiabuso, lo hacía en un contexto en el que el propio TJUE interpretaba la finalidad de la norma que estaba siendo abusada, esto no ocurrirá en el ámbito de la Directiva ATAD, ya que la cláusula se vincula a una normativa nacional ajena al Derecho de la UE y cuyo monopolio interpretativo ni siquiera corresponde al TJUE<sup>69</sup>. Al margen de si realmente esto supone una infracción del principio de subsidiariedad o proporcionalidad, esta idea tiene una indudable trascendencia práctica, ya que determinará que los tribunales nacionales deban

---

impuesto sobre sociedades en la Unión Europea. Análisis de la incidencia de la nueva Directiva antiabuso tributario», celebrada el día 23 de octubre de 2016 en la Universidad de Cádiz. No obstante, hay también diferencias relevantes entre las tesis del profesor GARCÍA PRATS y de los presentes autores, que se indicarán con una correspondiente nota, esperando reflejar con precisión la opinión del citado profesor.

<sup>67</sup> El mismo problema se plantaba en el contexto de la reforma de la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial y, en este sentido, nuestra opinión está en línea con la de WEBER: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *op. cit.*, págs. 98 y ss., quien defiende que la inclusión de una cláusula general antiabuso en la Directiva Matriz-Filial como estándar mínimo no podía suponer carta blanca para los Estados miembros. Tal razonamiento es perfectamente trasladable al artículo 6 de la Directiva ATAD, es más, puede argumentarse que este precepto toma como base la evolución de la cláusula general de la propia Directiva Matriz-Filial, en su reforma de 2015.

<sup>68</sup> Para el profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, la redacción del artículo 3 es clara: el artículo 6 es una norma de mínimos. Nuestra posición en este punto está más en línea con la defendida por WEBER, *op. cit.*, págs. 102-103, sobre la Directiva Matriz-Filial, en el sentido de que los elementos estructurales del concepto de abuso están fijados y no se puede ir más allá de los mismos en la directiva y la jurisprudencia del TJUE.

<sup>69</sup> Para el profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, la compatibilidad de la Directiva con el Tratado por exceder las competencias atribuidas a la UE es dudosa. Compartimos tal posición.



hacer un esfuerzo intenso de explicación de la legislación nacional al TJUE y de relevancia del juicio de este para lograr la admisión a trámite de la misma (probablemente en línea con la jurisprudencia relativa a las situaciones internas<sup>70</sup>). Al mismo tiempo, cabe esperar que, si las sentencias del TJUE ya son poco claras en materia de abuso del Derecho de la UE, sean incluso más al aplicar el artículo 6 de la directiva, puesto que el TJUE tenderá más a ser más abstracto y reenviar al tribunal nacional la solución del caso concreto (la aplicación del derecho nacional abusado a los hechos).

- Si bien las consecuencias de la aplicación de la norma antiabuso no están definidas con claridad, hay una serie de elementos interpretativos que permiten integrar estas supuestas lagunas<sup>71</sup>. El artículo 6.3 se limita a indicar que «cuando un mecanismo no se tenga en cuenta de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1, la deuda tributaria se determinará con arreglo a la legislación nacional». Del tenor de este párrafo parece que se deriva que se debe aplicar la «norma nacional defraudada», lo cual está en línea con la jurisprudencia del TJUE al respecto en materia del IVA<sup>72</sup>. Con respecto a la imposición de sanciones, quizás, más sorprendente puede resultar que el párrafo 11 del preámbulo de las mismas parece admitir esta consecuencia, lo cual no está perfectamente alineado con la jurisprudencia del TJUE<sup>73</sup>, aunque puede resultar comprensible al aplicarse la cláusula en un sector no armonizado. Habrá que ver como evoluciona la jurisprudencia al respecto. Lo que no cabe duda es de que tanto en la vertiente procedimental como en la sancionadora se aplicará la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, lo cual, sin duda, supondrá un importante límite a los Estados miembros en esta materia.
- La GAAR de la UE que establece el artículo 6 de la directiva, en principio, podría pensarse, solo debería ser introducida por aquellos Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico o bien no prevé expresamente una cláusula general antiabuso

<sup>70</sup> Vid. a este respecto el esfuerzo argumentativo del juicio de relevancia desde la perspectiva del Derecho de la UE que se exige al tribunal nacional en la reciente STJUE de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15 (NSJ055412).

<sup>71</sup> El profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, se muestra crítico con la falta de regulación. A nuestro juicio, nuevamente, la jurisprudencia del TJUE debe servir para integrar las consecuencias materiales y procedimentales de la aplicación de la norma, aunque, coincidimos con él, en que una regulación expresa hubiera sido deseable.

<sup>72</sup> Vid. los párrafos 50 y 51 de la STJUE, *Weald Leasing*, C-103/09 (NFJ041103) o los párrafos 90 a 98, *Halifax*, C-255/02 (NFJ021677).

<sup>73</sup> El párrafo 93 de *Halifax*, con cita a *Emsland-Starke*, párrafo 56, indica lo siguiente: «Además, procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del IVA soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas» [énfasis añadido por nosotros].

(Letonia, Países Bajos, por ejemplo)<sup>74</sup>, o bien la cláusula existente no opera en el IS o ha sido delimitada de forma excesivamente estricta y resulta incompatible con el estándar de la directiva<sup>75</sup>, aunque todas las cláusulas antiabuso generales deben aplicarse con arreglo a la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de abuso allí donde la operación de que se trate está cubierta por el Derecho de la UE (o incluso en ámbitos no cubiertos si la cláusula opera por igual en relación con situaciones cubiertas y no cubiertas por el Derecho de la UE). Cabe plantearse, sin embargo, en el contexto específico de esta directiva, en relación con la cláusula general del artículo 6, si es necesario un desarrollo expreso de la misma o su transposición en la legislación española. Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE no requiere tal incorporación expresa, no obstante, a nuestro juicio, la misma sería conveniente por razones de seguridad jurídica: que el contribuyente conozca que los elementos del abuso del Derecho de la UE se han incorporado y se van a aplicar en el ordenamiento interno y si las divergencias con la práctica nacional en la materia resultan de una aplicación del artículo 3 de la directiva o, por el contrario, de una falta de adecuación del ordenamiento nacional con el Derecho de la UE. Es cierto que en nuestro ordenamiento la inclusión de un concepto de abuso que afecte solo al IS conduciría a una mayor confusión (los perfiles entre la simulación, el fraude de ley y la calificación de los arts. 16, 15 y 13 de la LGT ya son suficientemente borrosos como para incluir otro nuevo concepto)<sup>76</sup>, pero no lo es menos que estamos ante una oportunidad para reordenar la práctica administrativa de aplicación de estos preceptos y la jurisprudencia de los tribunales (también en relación con la jurisprudencia sobre el motivo económico válido). En cualquier caso, esta conclusión propia de la situación del ordenamiento interno no debe empañar el hecho de que el contribuyente necesita conocer si su ordenamiento incorpora el concepto de abuso de la directiva

<sup>74</sup> Respecto de estos países se plantea con particular importancia la cuestión del ámbito de aplicación temporal de la GAAR, de suerte que ya se ha planteado la posibilidad de aplicar tal cláusula antiabuso en relación con la comprobación de ejercicios fiscales del IS anteriores a la aprobación de la Directiva ATAD.

<sup>75</sup> En este orden de cosas, debe ponerse de relieve como la GAAR establecida por la Directiva ATAD es más amplia que un buen número de cláusulas antiabuso establecidas en la legislación interna de los Estados miembros, lo cual puede requerir ya la articulación de una nueva cláusula (solución más acorde con la seguridad jurídica), ya una interpretación conforme con el artículo 6 de la Directiva ATAD y la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas fiscales abusivas. A este respecto, se han suscitado dudas sobre si la configuración de la GAAR del artículo 6 de la directiva (construida a partir de un test de «propósitos principales») resulta compatible con el test de «montajes puramente abusivos o totalmente artificiales» derivado de la jurisprudencia del TJUE (GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *op. cit.* pág. 20).

<sup>76</sup> El profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, con acierto criticó que la inclusión de una nueva cláusula antiabuso de aplicación general en el IS puede generar más confusión si se añade a los estándares de nuestra LGT cuyos perfiles son muy borrosos, sobre todo, en la práctica aplicativa e interpretativa de la Administración y la jurisprudencia.



o si se está optado por un concepto diferente sobre la base del artículo 3 y si tal opción resulta admisible, lo cual nos hace decantarnos por la necesidad de una reforma legislativa en España que traslade expresamente a nuestro ordenamiento del citado artículo 6 de la Directiva ATAD, a través de una nueva reforma del artículo 15 de la LGT, no creando una nueva cláusula general a añadir a este. La transposición expresa es, a nuestro juicio, la opción más compatible con la propia finalidad de introducir un concepto común de abuso y con los principios de seguridad jurídica y certeza<sup>77</sup>. Como *second best*, posiblemente menos rupturista con nuestra tradición legislativa en materia de cláusulas frente a negocios anómalos codificada en la LGT, cabría plantear una reforma que pasara por la introducción en el IS y el IRNR de una GAAR simétrica siguiendo el patrón del artículo 6 de la Directiva ATAD, eliminando paralelamente las cláusulas antiabuso generales recogidas en la legislación del IS e IRNR que afectan a regímenes derivados de la implementación de las Directivas UE de Fusiones, Matriz-Filial e Intereses y Cánones. De esta forma se podría lograr el objetivo de incorporar la regulación uniforme y común antiabuso recogida en la Directiva ATAD afectando transversalmente a todas las medidas conectadas con el IS y con los ámbitos armonizados del IRNR, logrando mayor seguridad jurídica, aunque eso sí renunciando al objetivo de alinear la regulación de la LGT con la jurisprudencia del TJUE sobre prevención de prácticas fiscales abusivas, lo cual, como se indicó más arriba, ocasionará confusión en un ámbito ya de por sí problemático.

- A nuestro juicio, la cláusula se aplicará tanto en relación con la normativa interna como en conexión con los CDI firmados por España: la legislación interna antiabuso forma parte del contexto en relación con el que los CDI se aplican en nuestro país, por lo que nada impide que el estándar de ese contexto, en relación con las personas sujetas al IS o el IRNR a las que la directiva afecta, esté formado también por el artículo 6 de la directiva y su cláusula general<sup>78</sup>.

### 3.2.4. La norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (régimen de transparencia fiscal internacional) (arts. 7 y 8 de la Directiva ATAD)

El objetivo político de esta medida reside en hacer tributar en sede del IS del accionista comunitario de entidades residentes en jurisdicciones de baja tributación. Un régimen de TFI puede

<sup>77</sup> En relación con la modificación de la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial, WEBER: («The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *op. cit.*, págs. 103-104) se pronunció en este sentido. Los mismos argumentos son trasladables, a nuestro juicio, al artículo 6 de la Directiva ATAD.

<sup>78</sup> A una conclusión parecida llegó el profesor WEBER en relación con la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial (WEBER: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *op. cit.*, págs. 104-105).

neutralizar un buen número de esquemas de planificación fiscal a través de estructuras intermedias situadas en jurisdicciones de conveniencia, pero también puede generar un buen número de casos de doble imposición y afectar de forma negativa al marco de inversión extranjera establecido por determinados países que pretenden servir de plataforma de negocios internacionales. En este sentido, la articulación de una medida de este tipo no es neutral sino que, dependiendo de su alcance, hay países ganadores y perdedores<sup>79</sup>. Precisamente por ello, la negociación del régimen de TFI de la Directiva ATAD fue compleja, tanto desde el plano técnico como político, al igual que aconteció en el marco de los debates que tuvieron lugar en el marco de la Acción 3 de BEPS, cuyo informe final dejó abiertas tantas cuestiones y elementos del régimen de TFI que hacen que este informe pueda ser considerado como el menos útil en términos de coordinación internacional de la política legislativa a los efectos de la implementación de tal régimen<sup>80</sup>.

Esta centralidad de la cláusula de TFI en el marco de la Directiva ATAD motivó, como ya hemos anticipado, que un cierto número de Estados miembros plantearan objeciones en relación con su configuración y alcance, las cuales fueron superadas por la vía de dejar un amplio margen de maniobra a los Estados miembros sobre el modelo de régimen de TFI que deben implementar; así, se han establecido dos grandes modelos uno basado en el «enfoque por categorías» y otro en el «enfoque por sustancia» que en términos aplicativos, tanto desde la perspectiva de la Administración como de los contribuyentes, resultan muy dispares siendo mucho más exigente en términos de carga de la prueba de la sustancia el segundo enfoque. Igualmente, cabe señalar que la directiva fija un umbral de tributación efectiva que desencadena la aplicación del régimen de TFI, de forma que puede ser distinto o variar dependiendo del Estado miembro de que se trate y de la aplicación específica de su normativa del IS sobre el contribuyente de que se trate en función del diferencial fiscal que resulte de la tributación en destino (*host country*), esto es, en el Estado miembro o tercer país en el que está establecida la sociedad extranjera controlada o el EP.

Cabe observar como la Directiva ATAD no termina de cumplir uno de sus principales objetivos que pasa por coordinar a nivel UE la regulación de los Estados miembros en relación con la protección mínima frente a esquemas artificiales de erosión y transferencia de beneficios a jurisdicciones de baja tributación, ya que cada Estado miembro puede graduar de forma sustantiva el alcance del principal instrumento antielusión fiscal que establece la directiva. Si existía un interés de la UE en la aprobación de la Directiva ATAD, derivaba precisamente de la eliminación de las distorsiones derivadas de distintos enfoques y prácticas nacionales antielusión fiscal corporativa, de manera que las asimetrías que permite la directiva permite que surjan en relación

<sup>79</sup> Téngase en cuenta a este respecto que actualmente tan solo una minoría de Estados miembros ha establecido un régimen de TFI/CFC (Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Polonia, Portugal, Suecia, España, Hungría y Reino Unido), existiendo muchas diferencias entre las distintas regulaciones domésticas.

<sup>80</sup> La delegación del Reino Unido ejerció una importante presión para la inclusión del régimen de TFI en la directiva, al considerar que la falta de una normativa de este tipo en los otros Estados miembros generaba una «desventaja competitiva» para los países que sí habían introducido este régimen (CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 503).

con su principal medida antielusión fiscal resulta criticable y pone en duda el propio fundamento de la medida<sup>81</sup>. En este sentido, podría decirse que el régimen de TFI de la Directiva ATAD reproduce en gran medida y está, por tanto, alineado con el Informe Final de la Acción 3 de BEPS, por lo que se refiere a los modelos, alternativas y opciones que contempla. Por otra parte, al referenciar la cláusula de TFI a la imposición del Estado de residencia de la entidad que controla la filial o EP transparentados se introduce un elemento de competencia fiscal que puede llevar a constituir entidades matrices allí donde el efecto de la cláusula sea menor, por ser inferior el tipo de gravamen efectivo del IS del Estado donde resida la matriz (Hungria, por ejemplo, acaba de anunciar un tipo de imposición nominal del 9% para su IS aplicable en 2017 y cabe también pensar que el Reino Unido baje su IS (fijado en el 17% para el año 2017), aunque, en este caso, como elemento de atracción post-*brexít*). De esta forma, podrían llegar a reproducirse en la UE los problemas asociados a las operaciones de *Corporate Inversions* que han llevado a cabo un buen número de matrices de MNE norteamericanas como reacción frente a la falta de competitividad fiscal del marco regulatorio de EE. UU.<sup>82</sup>

Así las cosas, la directiva prevé en su artículo 7 que los Estados miembros tratarán como entidad transparente (sociedad extranjera controlada) a las entidades o EP cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o resulten exentos cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) En el caso de una entidad, cuando el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, posea una participación directa o indirecta de más del 50% en los derechos de voto, o posea directa o indirectamente más del 50% del capital o tenga derecho a percibir más del 50% de los beneficios de dicha entidad.
- b) El IS efectivamente pagado sobre sus beneficios por parte de la entidad o del EP de que se trate sea menor que la diferencia entre el IS que se habría aplicado a dicha entidad o EP en virtud del sistema del IS aplicable en el Estado miembro del contribuyente y el IS efectivamente pagado sobre sus beneficios por la entidad o EP de que se trate (tributación inferior al 50% de la imposición en residencia accionista de control)<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Algunos destacados autores como el profesor F. VANISTENDAEL han puesto de relieve como este conjunto de iniciativas presentadas por la Comisión durante 2015 y 2016 no promueven el interés general de la UE a los efectos de reforzar la aplicación de los Tratados en el sentido previsto en el artículo 17 del TFUE, sino que tienen como finalidad la protección de las bases imponibles de los Estados miembros, lo cual no constituye un objetivo de la UE, sino una causa de justificación (sometido a un test de coherencia y proporcionalidad) de medidas fiscales restrictivas de libertades fundamentales (VANISTENDAEL, F.: «A World Full of Challenges, Part 2: the Tax Details», *TNI*, May 23, 2016, págs. 797 y ss.).

<sup>82</sup> *Vid.* SOLOMON, E.: «Corporate Inversions: A Symptom of Larger Tax System Problems», *TNI*, vol. 67, 2012, págs. 1.203 y ss.

<sup>83</sup> El artículo 7.1 b) *in fine* de la Directiva ATAD indica que a estos efectos: «el establecimiento permanente de un sociedad extranjera controlada que no esté sometida a imposición o esté exenta de impuestos en el territorio fiscal de la sociedad extranjera controlada no se tendrá en cuenta. Además, el impuesto sobre sociedades que se hubiera aplicado en el Estado miembro del contribuyente se considerará calculado de conformidad con las normas del Estado

En primer lugar, es preciso remarcar que la referencia son los tipos de imposición efectivos y no nominales exigibles en los distintos Estados en sede de IS<sup>84</sup>. Nótese que la Directiva ATAD omite cualquier referencia a un tipo de gravamen o un umbral de tributación mínima como consecuencia de la petición del algunos Gobiernos (particularmente de Irlanda y Reino Unido) de dejar claro que la fijación de los tipos de gravamen es competencia exclusiva de los Estados miembros<sup>85</sup>. No obstante, cabe señalar que los Estados miembros pueden fijar un umbral de tributación mínimo más estricto (más alto) que el recogido en el artículo 7.1 de la Directiva ATAD<sup>86</sup>, de suerte que la observación de la legislación de los (14) Estados miembros que regulan un régimen de TFI revela cierta dispersión en lo que se refiere a tal umbral de suerte que el umbral más alto del 75% lo han establecido Reino Unido, Dinamarca y España, y el más bajo del 50% lo han articulado Francia, Alemania, Grecia o Hungría<sup>87</sup>.

En relación con la renta que resulta «transparentable» con arreglo a la normativa de TFI se establecen dos sistemas alternativos que podrían emplearse por los Estados miembros para determinar tal imputación en la base imponible del contribuyente residente en su territorio:

A) *Sistema de lista de categorías de renta (art. 7.2 a) de la Directiva ATAD)*

Las rentas no distribuidas de la entidad o del EP que se deriven de las siguientes categorías («enfoque por categorías de renta»)<sup>88</sup>:

- Intereses u otras rentas generadas por activos financieros.
- Cánones u otras rentas generadas por propiedad intelectual e industrial.

---

miembro del contribuyente». Esta previsión trata de evitar la combinación de los tipos de gravamen efectivos de la casa central y del EP, a efectos de poder excluir la aplicación del régimen de TFI. Una recomendación similar se encuentra en el para. 71 del Informe Final BEPS Acción 3.

<sup>84</sup> En relación con el cómputo de la imposición societaria efectiva se plantea el problema de la toma en consideración de las figuras impositivas complementarias (IS o equivalente exaccionados por entes locales) y recargos, de suerte que por ejemplo en Alemania el tipo de gravamen nominal del IS es el 15% pero el impuesto local (*Gewerbesteuer*) y el recargo de solidaridad se exaccionan sobre el beneficio empresarial. A este respecto, algunos autores consideran que afectos de evitar resultados arbitrarios, el cálculo de la imposición efectiva debe realizarse excluyendo del cómputo la aplicación de determinados créditos fiscales de otros ejercicios (*carryback/forward* de pérdidas, intereses, etc.). (Vid., JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», pág. 1.101).

<sup>85</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>86</sup> Véase el para. 12 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>87</sup> ZEW: *The Impact of Tax Planning on forward-looking effective tax rates*, WP EU Commission, n.º 64, 2016, pág. 59.

<sup>88</sup> El *entity approach* y la lista de categorías de renta sujetas a TFI coincide con la recogida en el Informe Final de la Acción 3 de BEPS (paras. 76-80 y 95-97).

- Dividendos y rentas procedentes de la enajenación de acciones.
- Rentas procedentes del arrendamiento financiero.
- Rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras.
- Rentas procedentes de la facturación de sociedades que perciben ingresos por ventas y servicios comprados y vendidos a empresas asociadas, añadiendo un valor económico escaso o nulo.

Los Estados miembros excluirán la aplicación del régimen de TFI derivado del «enfoque por categorías de renta» cuando la sociedad extranjera controlada lleve a cabo una «actividad económica de importancia», según la directiva, «basada en una plantilla, equipamiento, bienes e instalaciones de los que darán fe los hechos y circunstancias pertinentes<sup>89</sup>, aunque los Estados miembros podrán no aplicar este enfoque (más blando) cuando se trate de entidades domiciliadas en un país tercero no miembro del EEE. Es decir, el enfoque por categorías también constituye un enfoque de sustancia pero definido o configurado de forma más laxa que el segundo enfoque antes enunciado.

Además, cuando apliquen el «enfoque por categorías», los Estados miembros podrán no considerar a una entidad como sociedad extranjera controlada si un tercio o menos de las rentas de la entidad o EP pertenecen a alguna de las categorías antes mencionadas; así como no considerar como sociedades extranjeras controladas a las sociedades financieras si un tercio o menos de las rentas de la entidad derivadas de las categorías previstas proceden de transacciones con el contribuyente o con sus empresas asociadas.

Lo cierto es que este enfoque y sus excepciones plantean varias dificultades:

1. No está claro qué añade al enfoque de precios de transferencia derivado de las Acciones 8-10 del Plan BEPS sobre las que opera la directiva cuando, en realidad, las normas de TFI deben configurarse como un complemento de las normas de precios de transferencia que facilite la actividad de la administración en casos donde el enfoque de precios no sea deseable (en este supuesto, da la impresión de que la prueba de sustancia en términos de precios de transferencia podría servir para interpretar la excepción a la aplicación de las normas de TFI lo que no resulta plenamente compatible con el objetivo intrínseco de estas disposiciones)<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Los Estados miembros y los contribuyentes deben cooperar a los efectos de fijar los hechos y circunstancias relevantes de cara a aplicar la concurrencia de la actividad económica sustantiva. Asimismo, la directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros puedan elaborar listas blancas, grises o negras respecto de países terceros a los efectos de la aplicación de su régimen de TFI. Véase el para. 12 de la Directiva ATAD.

<sup>90</sup> Lo cierto es que la normativa de TFI únicamente debería proyectarse sobre estructuras de baja o nula funcionalidad que apenas pueden ser susceptibles de una imputación de beneficios significativa con arreglo al estándar de precios

2. La compatibilidad de este enfoque con la libre circulación de capitales o incluso con las normas de ayudas de estado puede ser puesta en entredicho, ya que las entidades de terceros Estados no se sitúan en igualdad de condiciones con otras de la UE y del EEE incluso cuando tienen sustancia y realidad económica suficiente. Cabe argumentar que el control requerido de la entidad hace que no se aplique la libre circulación de capitales pero habrá que tener en cuenta que, allí donde el control sea debido a la adquisición de productos financieros, sí que podría jugar esta libertad (*vid.* la Sentencia del TJUE en la sentencia de 13 de noviembre de 2014, *Comisión/Reino Unido*, C-112/14, aunque está referida a un umbral muy inferior en la legislación nacional de participación en relación con el que regula la norma de la UE sobre TFI)<sup>91</sup>. Por otra parte, recuérdese a estos efectos la política de la UE de añadir cláusulas sobre buena gobernanza que pueden ser similares a las disposiciones sobre ayudas de estado del TFUE y que ahora pueden ser activadas contra la UE por países que se vean afectados por la norma UE de TFI (*v. gr.* Suiza). Se trata de un tema que, a buen seguro, generará controversias en el futuro.
3. La aplicación de un régimen de TFI en relación con entidades que obtengan una amplísima categoría de rentas (dividendos, plusvalías accionariales, cánones de propiedad intelectual e industrial), sin clarificar siquiera mínimamente a través de ejemplos o una guía interpretativa de casos donde se considera que sí media sustancia mínima suficiente para excluir la aplicación del régimen antielusión, puede generar un buen número de casos de aplicación indebida o excesiva de la normativa de TFI, lo cual va en contra de los objetivos del mercado interior y de las libertades fundamentales del TFUE.

*B) Sistema de cláusula general relativo a rentas derivadas de esquemas no genuinos (artificiales) implementados con el propósito esencial de obtener una ventaja fiscal (art. 7.2 b) de la Directiva ATAD)*

Con arreglo a este modelo transaccional (inspirado en la legislación británica de TFI), las rentas no distribuidas de la entidad o EP derivadas de mecanismos falseados que se han estable-

---

de transferencia derivado de las Acciones 8-10 de BEPS, lo cual pone en tela de juicio la proporcionalidad de esta medida y la observancia del principio de subsidiariedad. De esta forma, la aplicación de los estándares definidos en las Acciones 8-10 y 6 de BEPS en relación con entidades *holdings*, financieras, *IP companies*, etc., constituyen medidas suficientes para prevenir el uso impropio de las mismas a efectos de planificaciones fiscales artificiales. En el mismo sentido, *vid.* JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*, pág. 1.102.

<sup>91</sup> En relación con la jurisprudencia del TJUE sobre el régimen de TFI puede consultarse el estudio y la bibliografía citada en CALDERÓN: «Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso *Olsen*», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, enero 2015, págs. 165-205.

cido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal («enfoque por sustancia») quedan capturadas por este régimen de imputación<sup>92</sup>. Se considerará así cuando la entidad o EP no poseyera los activos o no hubiera asumido los riesgos que generan una parte o la totalidad de su renta si no estuviera controlada por una sociedad en la que las personas influyentes/significativas ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada. Los criterios que permiten la aplicación de este «enfoque por sustancia» se han configurado de forma vaga y muy abierta, de manera que las autoridades fiscales nacionales ostentan un amplio margen de maniobra para su desarrollo y aplicación a nivel interno. La aplicación de este modelo transaccional de TFI puede generar un buen número de controversias entre las autoridades fiscales y los contribuyentes, tanto sobre sus presupuestos de aplicación como sobre la cuantificación de la renta a integrar en la base imponible de la entidad matriz o de otras entidades vinculadas. Lógicamente, los Estados miembros que opten por este modelo ostentan mayor margen de maniobra respecto de situaciones extracomunitarias, pero en todo caso la aplicación de este régimen debe hacerse de forma compatible con los CDI y el principio de plena competencia y el propio Derecho de la UE. En realidad, no está claro nuevamente tampoco aquí qué añade este enfoque (más allá de una inversión de la carga de la prueba) con respecto a las reglas de imposición a precios de mercado derivado de las Acciones 8-10 de BEPS y cuyo efecto está basado en vincular la atribución de beneficios a un control real (no legal) de activos, funciones y, sobre todo, riesgos. Tampoco está claro si este enfoque añade algo en relación con el artículo 6 (cláusula general antiabuso) o incluso si sus parámetros son paralelos o, más bien, diversos (a nuestro juicio, la interpretación paralela es la más correcta).

Por otra parte, cuando se aplique el «enfoque por sustancia», los Estados miembros también podrán optar por no aplicar el régimen de transparencia a las entidades o EP (*small CFCs exemption*) con beneficios contables no superiores a 750.000 euros o ingresos no comerciales no superiores a 75.000 euros, o cuyos beneficios contables no representen más del 10% de sus gastos de explotación durante el periodo impositivo (con ciertas limitaciones relativas a los gastos de explotación que la directiva específica).

El artículo 8 de la directiva establece una serie de reglas relativas al cómputo de la renta de las entidades que caen en el ámbito del régimen de TFI<sup>93</sup>. El cómputo de la renta objeto de imputación vía TFI resulta distinto dependiendo del modelo por el que adopte el legislador de

<sup>92</sup> El Informe Final BEPS Acción 3 contempla igualmente este enfoque de sustancia (paras. 81-86 y 95-97).

<sup>93</sup> A este respecto se ha criticado que la Directiva ATAD, a diferencia de la Acción 3 de BEPS, no contemple la imputación del impuesto extranjero indirecto que ha podido gravar los beneficios de la sociedad controlada, allí donde se ha aplicado otro régimen de TFI en relación con una entidad intermedia controlada por la primera, de suerte que tal doble imposición resultaría contraria a los propios objetivos de la directiva y el buen funcionamiento del mercado interior (BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*). Las posibilidades de aplicación concurrente de un régimen de TFI sobre la misma renta se intensificarán ya que la Directiva ATAD obliga a implementar un régimen de TFI, pero permite a los Estados miembros optar por dos modelos y diferentes alternativas.



cada Estado miembro. Así, el modelo de TFI basado en el «enfoque de categorías» resulta similar al previsto en el artículo 100 de la LIS, en tanto que el modelo de transparencia que pivota sobre el «enfoque de sustancia» se construye sobre la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length*) y puede traer consigo un simultáneo ajuste de precios de transferencia en relación con la atribución de beneficios a la *controlling company* (también el enfoque con categorías, como apuntamos más arriba, tiene, especialmente en las cláusulas de excepción, una intensa conexión con un enfoque de precios de transferencia). Ni que decir tiene que, más allá del ámbito de aplicación de la norma de TFI, la aplicación de la regulación de precios de transferencia de cada Estado miembro (alineada o no a las Acciones 8-10 de BEPS) resulta compatible con la Directiva ATAD, tal y como se indica en el para. 14 de la memoria justificativa de la directiva, aunque tal aplicación debe realizarse de forma compatible con el derecho y jurisprudencia del TJUE en la materia. Como hemos expuesto, sin embargo, no está claro qué añaden los dos modelos de normas de TFI a las reglas de precios derivadas de las Acciones 8-10 de BEPS, lo cual puede hacer que su utilidad y complementariedad con las mismas sea cuestionable y cuestionada, incluso desde la perspectiva de su alineamiento con la (vaga) Acción 3 del Plan BEPS de la OCDE.

Llama la atención en los artículos 7 y 8 que se admiten solapamientos de normas sobre TFI de los distintos Estados miembros, sin que se aporte ninguna solución sobre los potenciales problemas o divergencias aplicativas e interpretativas que pudieran surgir y que pueden traer consigo dobles o triples imposiciones por falta de coordinación fiscal afectando negativamente al clima de inversión en el mercado interior<sup>94</sup>. Por ejemplo, si una matriz española participa en una entidad alemana que, a su vez, controla una entidad húngara, cabe que tanto Alemania como España apliquen su norma sobre TFI y que ambas jurisdicciones traten de atraer los beneficios de la entidad húngara hacia sus sociedades con sus normas de TFI. Una interpretación alternativa podría llevar a considerar que España debe tener en cuenta las normas alemanas sobre TFI ya que estas mismas determinarán que Alemania integre el beneficio de la sociedad húngara en su base imponible. No obstante, tal ejercicio sirve para tomar la decisión de si la entidad alemana es transparente desde la perspectiva española pero no en conexión con la entidad húngara por lo que los beneficios de la misma pueden terminar tributando al mismo tiempo en Alemania y España. La directiva debería haber resuelto este conflicto y, sin embargo, ni lo ha hecho ni se sabe bien cómo se podrá resolver (una regla de control último a modo de la que se establece en relación con el CbCR de la Acción 13 de BEPS podría haber resuelto estos problemas).

Lógicamente, el potencial impacto que puede tener la aprobación de la Directiva ATAD sobre el régimen español de TFI del artículo 100 de la LIS dependerá de un conjunto de factores, particularmente, de la propia posición de política tributaria que adopte el legislador nacional dentro de tal marco. No obstante, hay aspectos del régimen de TFI español que requieren en todo caso ser modificados (*v. gr.* inclusión en su ámbito de aplicación de los EP situados en el extran-

<sup>94</sup> Vid. JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*, pág. 1.101.



jero o una mejora de la redacción del «puerto seguro UE» recogido en el apartado 16 del art. 100 de la LIS en línea con lo previsto en el art. 7.2 a) de la Directiva ATAD<sup>95</sup>.

### 3.2.5. La cláusula de neutralización de las asimetrías híbridas (art. 9 de la Directiva ATAD)

De acuerdo con el preámbulo de la directiva (para. 13), las asimetrías híbridas que se pretenden capturar y neutralizar a través de esta regulación mínima se deben a diferencias en la calificación jurídica de pagos (instrumentos financieros) o entidades, que surgen en el contexto de la interacción entre los ordenamientos de dos (o más) jurisdicciones. La definición de asimetría híbrida afectada por la directiva, no obstante, se contiene en el artículo 2.9, aunque la misma no resulta completa (*v. gr.* no se define qué es un «mecanismo estructurado») y cabe probablemente pensar en la función integradora que la Acción 2 de BEPS puede ejercer sobre esta definición.

Ciertamente, la directiva recoge dos cláusulas configuradas de forma muy abierta y basadas en la Acción 2 de BEPS, con el objetivo de neutralizar los efectos fiscales de los esquemas o asimetrías híbridas que aprovechan las diferencias de trato fiscal de una entidad o instrumento sometido a la legislación de dos o más Estados miembros para lograr una deducción de la renta en uno de los Estados sin inclusión en la base imponible del otro Estado. No obstante, la cláusula antiasimetrías híbridas recogida en el artículo 9 de la Directiva ATAD resulta más sencilla que las distintas fórmulas recogidas en el Informe Final de la Acción 2 de BEPS y, además, limita su aplicación a situaciones internas de la UE, quedando extramuros de este marco mínimo las situaciones que afectan a países terceros (y las asimetrías indirectas que afectan a Estados miembros y países terceros)<sup>96</sup>, que se regularán en las nuevas propuestas de directiva que la Comisión ha planteado a estos efectos y son objeto de estudio y desarrollo también en el grupo del Código de Conducta de la UE.

La cláusula frente asimetrías híbridas establece que:

- En la medida en que una asimetría híbrida (en los términos definidos en la directiva) resulte, de forma directa, en una doble deducción, la deducción será concedida únicamente en el Estado miembro donde tal pago tiene su fuente.
- En la medida en que una asimetría híbrida (en los términos definidos en la directiva) resulte, de forma directa, en una deducción sin inclusión, el Estado miembro del pagador denegará la deducción de tal pago.

<sup>95</sup> En relación con el impacto de la Directiva ATAD sobre el régimen español de TFI, algunos destacados autores, como SANZ GADEA, han puesto de relieve el carácter central de la cláusula de sustancia como criterio determinante para una adecuada imputación de la renta, lo cual podría aconsejar un desarrollo de la misma de forma más alineada con la referida directiva y la jurisprudencia del TJUE; igualmente, SANZ GADEA, advierte del carácter secundario de la normativa de TFI respecto de la de precios de transferencia, lo cual termina asignando a esta un carácter residual (SANZ GADEA, E.: «La Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional», *op. cit.*, págs. 21-22).

<sup>96</sup> BHOGAL: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*, págs. 881 y ss.

Por tanto, cuando la asimetría híbrida dé lugar a la doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago, mientras que si da lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente. Como hemos puesto de manifiesto en otro lugar, la segunda de estas cláusulas complementa el enfoque sobre híbridos de esta norma y contribuye a alinearla con la Acción 2 del Plan BEPS<sup>97</sup>. Esto es, el artículo 9 de la Directiva ATAD regula la denominada «norma primaria» que estaba ausente en la normativa sobre híbridos de la Directiva Matriz-Filial, que solo contenía una «norma secundaria» (de eliminación de la exención en el Estado de residencia del perceptor de la renta que había sido deducida en sede de la entidad pagadora). La regulación de la UE, por tanto, se proyecta sobre supuestos de doble deducción y de deducción y no inclusión derivados, de forma directa, de una diferente calificación jurídica de instrumentos financieros y entidades, de manera que en este último caso se denegaría la deducción si no se verifica el correspondiente efecto fiscal derivado de la inclusión de tal renta en el otro Estado miembro. La cláusula antihíbridos, por tanto, es potencialmente aplicable a un buen número de asimetrías como instrumentos de deuda/fondos propios, repos, *group contributions*, *silent partnerships*, en tanto que otros mecanismos calificados como «híbridos institucionales» como el *notional interest deduction* belga (y de otros países) quedarían fuera de su ámbito de aplicación puesto que no media «pago» alguno<sup>98</sup>. En todo caso resulta evidente su impacto sobre el sector financiero, al margen de que la utilización de estos instrumentos financieros esté justificado por razones regulatorias más allá de las consideraciones fiscales<sup>99</sup>.

Asimismo, respecto de la regla de deducción y no inclusión se ha planteado, por un lado, la cuestión de la interpretación (estricta o amplia) de tal regla en el sentido de si una mínima tributación de la renta en el Estado miembro del perceptor (*one cent of taxes*) serviría para excluir la aplicación de la regla primaria y, por otro, si tal regla resulta compatible con la jurisprudencia del TJUE que admite las asimetrías fiscales de manera que la deducción (e incluso la exención) en un Estado y la no tributación de la renta en otro en sí misma no es abusiva y de resultar discriminatoria plantearía problemas de Derecho de la UE<sup>100</sup>. Asimismo, cabe señalar igualmente la indeterminación por falta de definición en la directiva de uno de los presupuestos de la cláusula relativo a la diferencia de calificación del instrumento financiero/entidad, de suerte que no resulta claro qué tipo de diferencias resultan significativas a estos efectos o si por el contrario

<sup>97</sup> Vid. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.) CISS, Valencia, 2016, págs. 1.009 y ss.

<sup>98</sup> BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*

<sup>99</sup> FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>100</sup> FINET, J.: «Hybrid Mismatch Rules Expected to Raise Issues for CJEU», *TNI*, October 17, 2016, pág. 244; y BUNGAARD, J.: «Hybrid financial instruments and Primary EU Law Part I and II», *European Taxation*, 2013, págs. 539 y ss. y 587 y ss. A este respecto cabe poner de relieve como, por ejemplo, el TJUE en su Sentencia de 13 de julio de 2016, *Brisal*, C-18/15 (NFJ063337), indicó que el mero riesgo de doble deducción no constituye una causa de justificación que resulte suficiente respecto de una discriminación contraria a la libre prestación de servicios.

únicamente hay que atender a aquellas que determinan la consecuencia que se trata de neutralizar (doble deducción/deducción y no inclusión). El mismo comentario es extensivo a la cuestión de la determinación del «Estado de la fuente» en relación con un instrumento financiero o entidad, dado que los pagos, deducciones o pérdidas legalmente se asocian a una entidad pero a efectos fiscales pueden ser imputados o imputables total o parcialmente a un EP o a una entidad transparente; como quiera que la regla de deducción o exclusión de la deducción corresponde al Estado de la fuente y la identificación de este puede no resultar clara podrían plantearse casos de doble imposición y de doble deducción<sup>101</sup>.

En relación con la normativa española sobre híbridos, cabe poner de manifiesto como existiendo varias normas (arts. 15 j), 21.2.3.º y 32.2.2.º de la LIS) que combaten los efectos de rentas de naturaleza híbrida, podría ser necesaria una modificación de la ley para incorporar los efectos previstos en el artículo 9 de la directiva respecto de entidades híbridas o de algunos tipos de híbridos o estructuras no claramente comprendidos en la norma española<sup>102</sup>. La norma española recogida en el artículo 15 j) de la LIS pivota sobre la calificación fiscal en lugar de la calificación jurídica (con efectos fiscales) y emplea un concepto de entidad vinculada que no resulta totalmente coincidente con el de empresa asociada que utiliza la Directiva ATAD, y también contiene algún exceso (v. gr. la vinculación de su aplicación con un tipo de nominal de IS en el Estado del receptor) con respecto a la cláusula de la directiva o el Plan BEPS que no está claro si será compatible con esta a la luz del artículo 3 (la compatibilidad con el Derecho primario de la UE de esta cláusula es también dudosa). Aunque el artículo 15 j) de la LIS permite una interpretación que comprende los instrumentos financieros y entidades híbridas, la cláusula del artículo 9 de la Directiva ATAD se configura de forma más amplia incluyendo todo tipo de situaciones de «doble deducción» y de «deducción y no inclusión» generadas por diferente calificación jurídica a efectos fiscales, más allá de operaciones entre empresas asociadas (al comprender «mecanismos estructurados entre participantes de distintos Estados miembros» que no sean *institutional hybrids* como el *notional interest deduction* de Bélgica)<sup>103</sup>.

En este mismo orden de cosas, cabe señalar como el Ecofin, en su reunión de 17 de junio de 2016<sup>104</sup>, mostró su adhesión a la guía aprobada por el Grupo del Código de Conducta en materia de fiscalidad empresarial sobre las medidas a adoptar por los Estados miembros frente a establecimientos permanentes híbridos situados en países terceros en relación con situaciones de

<sup>101</sup> Vid. JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.* pág. 1.103.

<sup>102</sup> Sobre el impacto de la Acción 2 de BEPS en el IS español, véanse las interesantes consideraciones realizadas por CONCHA CARBALLIDO: «Acción 2: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos», Fundación Impuestos y Competitividad, octubre, 2016.

<sup>103</sup> GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *op. cit.*, pág. 17.

<sup>104</sup> Council conclusions on the Code of Conduct (Business Taxation), FISC 106, Ecofin 635, 17 June 2016, 10459/16,

doble no imposición o doble deducción de gastos/pérdidas; la OCDE, en el marco del Proyecto BEPS, está elaborando un informe sobre esta misma materia con el objeto de adoptar una recomendación al respecto<sup>105</sup>. De hecho, algunos países como EE. UU. (véase la cláusula frente a estructuras triangulares a través de EP recogida en el *US Treasury Model*, February 2016, y el *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS/MLI*)<sup>106</sup> ya están incorporando en sus CDI cláusulas, como la negociada en el marco del protocolo 2016 con Luxemburgo, que limitan la utilización de tales convenios para articular esquemas de doble no imposición a través de estructuras triangulares, aunque tales medidas no quedan circunscritas a casos de EP híbridos<sup>107</sup>. Igualmente, tampoco puede dejar de señalarse como la Comisión, a través de su decisión de 6 de junio de 2016 de apertura de un procedimiento de ayudas de estado en el caso *McDonalds*, ha construido la fundamentación del inicio del procedimiento sobre la potencial existencia de ayuda de estado fiscal sobre la base de una interpretación de los CDI que excluyente de los mismos casos de doble no imposición como los que resultan de EP híbridos, aunque tal enfoque ni se ha desarrollado con carácter general (sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto), ni ha sido confirmado o validado por los tribunales europeos<sup>108</sup> e incluso, se puede decir, su compatibilidad con el propio artículo 107 del TFUE resulta más que discutible.

Finalmente, debe mencionarse como la Comisión, el 25 de octubre de 2016, presentó una propuesta de directiva dirigida a modificar la Directiva ATAD para neutralizar la utilización de «asimetrías híbridas» por entidades de la UE en relación con operaciones o situaciones con países terceros<sup>109</sup>. Esta propuesta viene a dar cumplimiento al mandato del Ecofin que, con motivo de la aprobación de la Directiva ATAD, solicitó la presentación de esta propuesta en términos consistentes y no menos efectivos que las reglas recomendadas por la OCDE en su Informe Final sobre la Acción 2 de BEPS, con el objetivo de aprobar las nuevas medidas antes del final del año 2016, de manera que fueran aplicables a partir de 1 de enero de 2019, esto es, de forma simultánea las normas nacionales de transposición del artículo 9 de la Directiva ATAD.

La propuesta de directiva presentada por la Comisión (ATAD 2) no solo implica la proyección de las normas (de la UE) antihíbridos sobre situaciones («extra-UE») que tengan lugar con países terceros (e impliquen dobles deducciones o doble no imposición), sino que la superación de la cláusula frente a asimetrías híbridas que contiene la Directiva ATAD resulta igualmente de

<sup>105</sup> OECD, BEPS Action 2, *Branch Mismatch Structures* (Public Discussion Draft 22 August 2016).

<sup>106</sup> El artículo 10 del MLI recoge una cláusula antiabuso para establecimientos permanentes situados en países terceros que sigue el Informe Final de la Acción 6 de BEPS.

<sup>107</sup> US Department of the Treasury Office of Tax Policy, *Bilateral Tax Treaty Negotiation between the US and Luxembourg*, June 22, 2016. *Vid.*, TANENBAUM: «The 2016 US Model Income Tax Treaty in Action: US-Luxembourg Protocol», 187 *DTR* J-1.

<sup>108</sup> *Vid.* HASLEHNER, W.: «The McDonald's State Aid case- The EU Commission Interprets a Tax Treaty», *Kluwertaxlaw blog.com*, 22 June 2016.

<sup>109</sup> COM(2016) 87 final.

considerar los tipos de asimetrías (indirectas) sobre las que se proyecta la nueva regulación propuesta. Así, mientras que la Directiva ATAD se proyecta únicamente sobre *hybrid entity mismatches* y *hybrid financial instrument mismatches*, la Directiva ATAD 2 contempla adicionalmente otras cuatro categorías de híbridos: a) *hybrid transfers*, b) *hybrid permanent establishment mismatches*, c) *imported mismatches*, y d) *dual resident mismatches*. El radio de alcance de las medidas antihíbridos recogido en esta propuesta de directiva es muy superior que el resultante de la Directiva ATAD 1, pudiendo afectar a un buen número de situaciones no abusivas de asimetrías fiscales relacionadas con instrumentos financieros (*PECs*, *MRPS*, *debt instruments stapled with an equity instrument*, *redemption of convertible debt instruments*)<sup>110</sup>, entidades híbridas (*US check-the-box rules*) e incluso afectando a la tributación de EP<sup>111</sup>, sin que, a diferencia de lo previsto en la Acción 2 de BEPS, se haya incluido salvaguarda alguna respecto de situaciones amparadas por los CDI de Estados miembros con países terceros. Nótese, no obstante, que el *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS/MLI* también recoge varias cláusulas en relación con asimetrías híbridas<sup>112</sup>.

### 3.2.6. Disposiciones finales de la Directiva ATAD

Las disposiciones finales de la directiva prevén que la Comisión presentará, a los cuatro años de la aplicación de la misma, un informe sobre esta, particularmente por lo que se refiere a la limitación de la deducibilidad de intereses, acompañándolo de las propuestas legislativas que estime oportunas.

Los Estados miembros deben adoptar antes del 31 de diciembre de 2018 las normas de transposición de la directiva, que entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2019. Sin embargo, se establecen dos reglas especiales referidas, en primer lugar, a la limitación de la deducción de intereses, en que como hemos visto los Estados miembros podrán, en su caso, aplicar sus disposiciones nacionales hasta como máximo el 1 de enero de 2024; y, en segundo lugar, a las disposiciones sobre imposición de salida, que deberán adoptarse antes del 31 de diciembre de 2019, entrando en vigor el 1 de enero de 2020.

<sup>110</sup> HELLEPUTTE y PIERON: «EU Commission's New Proposal Wreaking Havoc on Hybrids?», *Mayer Brown Legal Update*, 8 November 2016.

<sup>111</sup> En relación con determinadas asimetrías híbridas (doble deducción de gastos o casos de deducción y no inclusión) que afectan a EP (que son reconocidos tanto en el *home* como el *host country*), no puede dejar de destacarse como la falta de consenso internacional sobre el modelo de atribución de beneficios al EP (*AOA vs partial AOA*) en sí mismo es susceptible de generar tales asimetrías y provocar tanto doble imposición como doble no imposición, y en tal sentido parece más razonable que tanto la OCDE como la UE adopten una posición más consistente sobre el modelo de atribución de beneficios en lugar de generar mayor complejidad en el cumplimiento tributario y más riesgos de doble imposición a través de estas medidas. *Vid.* MITCHEL y BELL: «More Permanent Establishments Expected under OECD Draft», 197 *DTR* I-1, 11 October 2016.

<sup>112</sup> Véase la Parte II del MLI referida a *hybrid mismatches*.

#### 4. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA ATAD

La relevancia derivada de la aprobación de la Directiva ATAD resulta de considerar sus objetivos, impactos sobre la regulación de los Estados miembros de la UE, e implicaciones para los contribuyentes del IS que operan en el mercado interior.

En relación con los objetivos, entre los que cabe mencionar la restauración de la confianza en la integridad y justicia de los sistemas tributarios, la puesta en marcha de forma coordinada y a través de medidas de *hard-law* de las principales recomendaciones y estándares de fiscalidad internacional acordados por la OCDE/G20 en el marco del Proyecto BEPS y el reforzamiento del nivel de protección mínimo a nivel europeo frente a determinados esquemas de planificación fiscal agresiva, sin generar obstáculos ni doble imposición en el mercado interior; debe destacarse como la Directiva ATAD finalmente adoptada a duras penas permitirá cumplir con algunos de los objetivos enunciados.

Por un lado, las medidas adoptadas carecen de entidad suficiente para erradicar de forma inmediata todo tipo de abuso o planificación agresiva de manera que permita visualizar a corto plazo la restauración de la justicia e integridad de los sistemas fiscales de los Estados miembros. Por otro lado, el nivel de coordinación instrumentado a través de la directiva es de intensidad media, ya que esta se limita a fijar «principios» y un «estándar mínimo», de suerte que los Estados miembros ostentan un margen relevante para implementar (y aplicar) estas medidas, particularmente en relación con el régimen de TFI o los regímenes sobre limitación a la deducción de intereses. De esta forma, el objetivo de la Directiva ATAD basado en la coordinación para implementar los estándares antielusión fiscal BEPS en la UE a efectos de eliminar distorsiones, eliminar la fragmentación del mercado interior, nuevas fuentes de asimetrías y de competencia fiscal, difícilmente se alcanzará, antes al contrario pueden surgir distorsiones derivadas de nuevos casos de doble imposición y una nueva fórmula de competencia fiscal<sup>113</sup>.

Por otra parte, tampoco puede pasarse por alto que sus disposiciones afectan a la competitividad de las economías de los Estados miembros, así como a la propia liquidez de los mercados de capitales europeos con las consiguientes consecuencias para los niveles de inversión en el mercado interior<sup>114</sup>, y además pueden traer consigo controversias fiscales que den lugar a nuevos casos de doble imposición intracomunitaria sin que se hayan establecido por el momento medi-

<sup>113</sup> En parecidos términos: CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, págs. 494 y ss. Esta autora añade una crítica basada en los problemas de seguridad jurídica que resultan de la Directiva ATAD, ya que la fórmula tan abierta que se ha establecido no satisface el objetivo de una implementación «EU Proof» de los nuevos estándares BEPS, particularmente respecto de la normativa de TFI derivada de la directiva y la interrelación de la cláusula antiabuso general con las disposiciones específicas antiabuso recogidas en el ordenamiento de los Estados miembros.

<sup>114</sup> FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*

das dirigidas a resolver de forma efectiva tales conflictos<sup>115</sup>, obviando así las recomendaciones vertidas en el marco de la Acción 14 de BEPS<sup>116</sup>. Las nuevas propuestas de la Comisión Europea en este sentido, en concreto, la propuesta de directiva sobre resolución efectiva de los conflictos que generen doble imposición puede contribuir a mitigar estos problemas si resulta aprobada en un plazo breve aunque, con su redacción actual, de forma muy limitada, al dejar fuera de su ámbito de aplicación casos de fraude, incumplimiento voluntario o negligencia.

No debe, sin embargo, olvidarse que la aprobación de la Directiva ATAD convertirá en *hard-law* algunas recomendaciones y estándares de *soft-law* de la OCDE, pudiendo llegar a afirmarse que la UE se convierte en un *early adopter* de las recomendaciones de la OCDE/G20 adoptadas en el marco del Proyecto BEPS<sup>117</sup>, pero incluye, asimismo, medidas (como la tributación de salida o la cláusula general antiabuso) que van más allá de BEPS y se proyectan sobre siete Estados miembros de la UE que no forman parte de la OCDE. En este sentido, no puede perderse de vista el carácter *Beyond BEPS* de la Directiva ATAD.

Respecto de los impactos que pueden derivarse de la Directiva ATAD para la legislación del IS de los Estados miembros, resulta evidente que los legisladores nacionales pueden verse obligados a modificar elementos del impuesto que juegan un papel relevante y afectan a su modelo de imposición corporativa e incluso a la política económica instrumentada a través de este impuesto. En este sentido, ya hemos expuesto con anterioridad los cambios que, muy probablemente, se verá obligado a acometer el legislador español con relación a la LIS. Otro efecto colateral de la aprobación de la Directiva ATAD pasa por la puesta en marcha en la UE de una fórmula informal de monitorización global de la implementación de los estándares mínimos de BEPS por parte de los diferentes países no comunitarios<sup>118</sup>, de suerte que tal control puede llevarse a cabo

<sup>115</sup> A este respecto, algunos comentaristas han destacado como los nuevos «estándares fiscales internacionales» establecidos en el marco del proyecto OCDE/G20 BEPS no constituyen auténticos «estándares» en el sentido de un conjunto de reglas uniformes que permitan una aplicación o implementación efectiva de forma relativamente lineal y simétrica, sino que son «estándares blandos» que reflejan un consenso de básicos entre un amplio grupo de países con intereses y posiciones muy diversas; tal subproducto del proyecto BEPS está lejos de resolver el problema que trataba de evitar (el creciente unilateralismo fiscal y colapso del sistema de fiscalidad internacional pre-BEPS) y en tal sentido el nuevo orden fiscal internacional sigue permitiendo unilateralismo fiscal y asimetrías en la implementación y aplicación de tales «estándares blandos», tan subjetiva y ampliamente configurados (ERNICK: «Can the OECD Remain an International Tax Standard-Setting Organization?», 45 *TM International Journal*, 745, Bloomberg BNA). En este sentido, resulta crítica la efectiva aplicación de los mecanismos de resolución de controversias, de manera que en el marco de los mismos pueda lograrse una segunda aplicación más alineada a los estándares (particularmente, en lo que concierne a las Acciones 6, 8-10 de BEPS) (vid. DE RUITER, M.: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss).

<sup>116</sup> Vid. CFE, *Opinion Statement FC 3/2016, on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January 2016*.

<sup>117</sup> CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 493.

<sup>118</sup> Véase el *Draft statement of the Council and the Commission in relation to ensuring a level playing field at international level to be included in the Council minutes*, recogido en el anexo II del texto de la Directiva ATAD del Consejo.



en el marco de la estrategia exterior comunitaria para la tributación efectiva aprobada por el Ecofin que contempla la elaboración de una «lista paneuropea» de jurisdicciones no cooperativas. No es casualidad que tanto Singapur como Hong Kong hayan hecho público sendos comunicados (16 y 20 de junio de 2016, respectivamente) poniendo de manifiesto su compromiso para llevar a cabo una implementación (blanda) de los estándares mínimos de BEPS (Acciones 5, 6, 13 y 14), o que la Reforma III del Impuesto sobre Sociedades de Suiza, que alinea su imposición corporativa con los principales estándares internacionales, se haya aprobado por el Parlamento helvético el 17 de junio de 2016. Todo apunta a que la competencia fiscal interestatal está evolucionando hacia la articulación de modelos impositivos estratégicamente configurados a efectos de lograr el cumplimiento de los estándares mínimos BEPS, sin renunciar a un nivel de imposición efectiva competitivo, en combinación con una regulación flexible, estable (predecible y dotada de un adecuado nivel de seguridad jurídica) y con bajo coste de cumplimiento acompañada de un *enforcement* cooperativo. Posiblemente, ello traiga consigo una intensificación del fenómeno de *race to the bottom* en materia de reducción de los tipos nominales y efectivos de la imposición societaria, con todo lo que ello conlleva en términos de (eventual) sustitución de tal fuente de ingresos por figuras impositivas más regresivas<sup>119</sup>, todo lo cual plantea el interrogante de si el proceso de reestructuración de la fiscalidad internacional que se está llevando a cabo se erige sobre fundamentos correctos.

La Directiva ATAD apenas ha sido celebrada por parte de organizaciones o instituciones relevantes más allá de la Comisión, habiendo recibido duras críticas por parte del sector privado (v. gr., *Business Europe* y *European Banking Federation*), determinados partidos con representación en el Parlamento UE (los Verdes) y organizaciones no gubernamentales (v. gr., Intermón Oxfam)<sup>120</sup> al haber rebajado sustancialmente el estándar mínimo antielusión fiscal inicialmente recogido en la propuesta de la Comisión<sup>121</sup>. Desde el sector privado empresarial se ha puesto de relieve como ir más allá de lo requerido por los estándares mínimos de BEPS puede dañar la competitividad global del mercado interior, de suerte que la adopción de ciertas medidas como la limitación de la deducibilidad de gastos financieros puede tener un impacto económico relevante en el marco de inversión de los Estados miembros de la UE, sin que se haya realizado un análisis sobre las consecuencias de las medidas adoptadas; la crítica también se extiende a las normas antihíbridos y de tributación de salida ya que pueden generar doble imposición residual, llegando a calificarlas como *business killers*. El Partido Europeo de los Verdes y Oxfam, por su parte, consideran que la Directiva ATAD finalmente aprobada se ha quedado muy corta, optándose por un «enfoque minimalista» que desac-

---

jo de 17 de junio 2016, donde se establece que considerando que la directiva aprobada va más allá de BEPS y puede dañar la competitividad de los Estados miembros, estos y la Comisión supervisarán de cerca la implementación de las recomendaciones BEPS a escala global.

<sup>119</sup> Vid. OXFAM: *Tax Battles. The dangerous global race to the bottom on corporate tax*, 12 december 2016.

<sup>120</sup> Vid. KIRWIN, J.: «EU Anti-Tax Avoidance Deal Clears Legislative Hurdle», *Daily Tax Report, BNA*, 120 DTR I-1, 21 June 2016, págs. 1-2, y FINLEY, J.: «Council Approves Compromise Anti-Tax-Avoidance Directive», *TNI*, June 27, 2016, pág. 1.242.

<sup>121</sup> CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 492.

tiva buena parte del alcance de la propuesta de la Comisión, de forma que lejos de establecer mecanismos efectivos frente a esquemas artificiales BEPS establece cláusulas de transitoriedad que permiten que tales esquemas perduren en el tiempo (en referencia al *interest deduction loophole*, esto es, a la inaplicación de la cláusula de limitación de intereses hasta el año 2024).

Con todo, a nuestro juicio, la Directiva ATAD no puede entenderse de forma aislada sino como una pieza más de un complejo puzzle que está redefiniendo los cimientos del sistema fiscal global. Y en este contexto resulta indudable que la directiva aprobada contribuye a consolidar las nuevas tendencias de fiscalidad internacional dirigidas a evitar el arbitraje fiscal a través de diferencias entre las legislaciones de los distintos países y a evolucionar hacia un modelo fiscal más sustancialista<sup>122</sup>. La directiva puede encuadrarse en la tendencia/dirección global hacia un «modelo de geometría fiscal variable» que sigue permitiendo asimetrías fiscales, doble imposición y competencia fiscal (bajo nuevo marco definido por «estándares blandos» que permiten múltiples opciones). En el contexto global la Directiva ATAD representa una iniciativa que conlleva un cierto *over-implementation of BEPS* (articula como *hard-law* medidas de *soft-law* que además no son estándares mínimos de BEPS y contiene medidas *Beyond BEPS*), frente a países que han adoptado una estrategia más tibia (*under-implementation of BEPS*).

En este sentido, el nuevo marco sustantivo de la fiscalidad internacional, que deriva de la Directiva ATAD y todas estas medidas nacionales e internacionales de implementación del Proyecto BEPS, combinado con otra línea de mecanismos de transparencia fiscal corporativa y de exigencias de buena gobernanza tributaria, altera de forma muy relevante el tradicional marco de planificación fiscal internacional y trae consigo una transformación del campo de juego que afecta a las piezas claves del modelo actual, desde el desarrollo de la función fiscal hasta el propio modelo de relaciones con la Administración tributaria<sup>123</sup>.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la eventual aprobación de las propuestas de la Comisión sobre base imponible común consolidada en el IS pueden suponer una reducción im-

<sup>122</sup> Desde el sector privado del asesoramiento legal se ha puesto de relieve como el paquete antielusión fiscal de la Comisión posee un limitado impacto sobre estructuras de planificación fiscal no agresiva o *main stream tax planning* (con sustancia económica y racionalidad empresarial), aunque se reconoce la necesidad de su robustecimiento y el mayor coste de salida o desmantelamiento que pueden surgir como consecuencia de alguna de las medidas propuestas por la Comisión (*exit taxation*) (Vid. SOONG JOHNSTON, S.: «EU Presents "Pro-Business" Anti-Tax Avoidance Package», *TNI*, February 1, 2016, pág. 395). Tal posición no puede compartirse plenamente considerando como algunas de las medidas propuestas (reglas de limitación de la deducibilidad de intereses o la imposición de salida) pueden afectar negativamente a un buen número de operaciones y estructuras (vid. HASLEHNER, W.: «The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Remarks», *op. cit.*). No obstante, no cabe olvidar que la Directiva ATAD deja intactas las bases de la planificación fiscal post-BEPS y que, en este sentido, no contribuye para nada a cerrar las lagunas o debilidades que se pueden derivar del nuevo estándar antiabuso que BEPS define, *vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ: «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», *op. cit.*

<sup>123</sup> Vid. CALDERÓN y QUINTAS: «The concept of Aggressive Tax Planning Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: redefining the border between legitimate and Illegitimate tax planning», *op. cit.*

portante del ámbito de aplicación de la Directiva ATAD, al menos para aquellas empresas que opten por aplicar, cuando se apruebe, la nueva norma de la UE o para aquellas que se vean obligadas a aplicarla<sup>124</sup>.

En suma, la Directiva ATAD puede tener un efecto transformador del marco de fiscalidad internacional a nivel europeo, trayendo consigo un marco antiabuso un tanto descoordinado, generador de doble imposición sin fácil solución, y que se proyecta sobre esquemas de planificación fiscal abusiva y sobre estructuras comerciales genuinas que aprovechan legítimamente oportunidades de eficiencia fiscal y procuran reducir o neutralizar las dobles imposiciones estructurales del sistema actual, todo lo cual puede traer consigo mayores costes de cumplimiento y de capital para las empresas<sup>125</sup>, mayores riesgos fiscales, y un marco de negocios más complejo en el mercado interior lo cual no deja de resultar paradójico.

---

<sup>124</sup> Aunque no resulta claro cómo se articularía la interrelación entre la Directiva ATAD y la de Base Imponible Común/CCTB, cabe pensar que el «estándar ATAD» (con las múltiples versiones del mismo resultantes de la implementación realizada por cada Estado miembro) aplicaría únicamente a las entidades sujetas al IS que no estuvieran obligadas a aplicar el «estándar CCTB», el cual instrumenta una armonización más intensa estableciendo una auténtica base imponible armonizada o común aplicable a las MNE que operan en la UE. De esta forma, existirían cuando menos dos «estándares» en materia de base imponible del IS que con el tiempo tenderían a aproximarse sustancialmente, considerando los costes de gestión y cumplimiento para las autoridades fiscales y contribuyentes (*vid.* GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *op. cit.* pág. 20).

<sup>125</sup> La Comisión ha hecho público un estudio que trata de fundamentar la efectividad de las principales medidas antielusión fiscal articuladas frente a las típicas estructuras de planificación fiscal agresiva, poniendo de relieve como su aplicación neutraliza buena parte de las ventajas fiscales logradas a través de tal *tax planning*, aumentando el coste de capital para las empresas y poniendo en riesgo la sostenibilidad en el tiempo de sus previsiones de tipo fiscal efectivo a nivel de grupo fijado con arreglo a tales estructuras (*vid.*, ZEW: *The Impact of Tax Planning on forward-looking effective tax rates*, *op. cit.*).

## Bibliografía

- ANDRE y THEOLOGITIS [2017]: «French Participation Exemption Regime for Dividends and Antiabuse Rules: a long-standing relationship?», *TNI*, January, págs. 283 y ss.
- BHOGAL [2016]: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, September 5, págs. 881 y ss.
- BUNDGAARD, J. [2013]: «Hybrid financial instruments and Primary EU Law Part I and II», *European Taxation*, págs. 539 y ss. y 587 y ss.
- BUNDGAARD, J. y SCHMIDT, P. [2016]: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *Kluwer International tax blog*, October 17.
- CALDERÓN [2016]: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad AEDAF*, n.º 36.
- [2016]: «Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el Derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y los impuestos de salida», en MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dirs.), *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona, págs. 144 y ss.
  - [2016]: «Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, enero 2015, págs. 165-205.
- CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ [2016]: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.) CISS, Valencia.
- CALDERÓN y QUINTAS [2016]: «The concept of Aggressive Tax Planning Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: redefining the border between legitimate and Illegitimate tax planning», *Intertax*, vol. 44, n.º 3.
- CARMONA FERNÁNDEZ, *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.), CISS, Valencia, ediciones 2016 y 2017.
- CEDELLE, A. [2016]: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *BTR*, n.º 4/2016 y Oxford University Centre for Business Taxation, WP 16/17, September.
- CFE [2016]: *Opinion Statement FC 3/2016, on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January*, págs. 13-14.
- COLLET [2016]: «Offshore Holding Companies and the New European GAAR», *TNI*, May 9, págs. 593-594.
- CONCHA CARBALLIDO [2016]: «Acción 2: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos», Fundación Impuestos y Competitividad, octubre.
- DE RUITER, M. [2016]: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, págs. 295 y ss.
- DOURADO [2016]: «The EU Anti Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?», *Intertax*, vol. 44, n.º 6/7, pág. 442.

ERNICK: «Can the OECD Remain an International Tax Standard-Setting Organization?», 45 *TM International Journal*, 745, Bloomberg BNA.

FERNLEY y MORONEY [2016]: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 18, n.º 4.

FINET, J. [2016]: «Hybrid Mismatch Rules Expected to Raise Issues for CJEU», *TNI*, October 17, pág. 244.

FINLEY, J. [2016]: «Council Approves Compromise Anti-Tax-Avoidance Directive», *TNI*, June 27, pág. 1.242.

GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA [2017]: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *ET*, January, págs. 2 y ss.

HASLEHNER, W. [2016]: «The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Remarks», *Kuwertaxlaw.blog.com*, 02/05.

– [2016]: «The McDonald's State Aid case- The EU Commission Interprets a Tax Treaty», *Kluwertaxlaw.blog.com*, 22 June.

HELLEPUTTE y PIERON [2016]: «EU Commission's New Proposal Wreaking Havoc on Hybrids?», *Mayer Brown Legal Update*, 8 November.

JOCHIMSEN y IMSCHWEILER [2016]: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, December 19, págs. 1.099 y ss.

JÜNGER y THORBAUER [2017]: «Austria: the New Anti-Tax Avoidance Directive and its effects on Austrian taxation», *Schoenherr Tax News*, January.

KIRWIN, J. [2016]: «EU Anti-Tax Avoidance Deal Clears Legislative Hurdle», *Daily Tax Report, BNA*, 120 DTR I-1, 21 June, págs. 1-2.

LÓPEZ RIBAS [2016]: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*.

MARTÍN JIMÉNEZ [2016]: «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», en DOURADO (ed.), *Tax Avoidance Revisited*, Amsterdam: EATLP/IBFD (en prensa).

– [2012]: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *BIT / April-May*.

MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dir.) [2016]: *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona.

MITCHEL y BELL [2016]: «More Permanent Establishments Expected under OECD Draft», 197 *DTR I-1*, 11 October.

PANAYI, C. H. [2016]: «The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law», *Bulletin for International Taxation*, January/February, págs. 95-96.

RIBES RIBES [2016]: «La cláusula de *exit taxation* en la propuesta de Directiva Europea para luchar contra la evasión fiscal», *Crónica Tributaria*, 159.

RIGAUT, A. [2016]: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n.º 11, págs. 1 y ss.

SANZ GADEA [2016]: «La Directiva Antiabuso (I)», *RCyT. CEF*, n.º 403, págs. 39 y ss.

- [2017]: «La Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional», *RCyT. CEF*, n.º 406.
- SOLOMON, E. [2012]: «Corporate Inversions: A Symptom of Larger Tax System Problems», *TNI*, vol. 67, págs. 1.203 y ss.
- SOONG JOHNSTON, S. [2016]: «EU Presents "Pro-Business" Anti-Tax Avoidance Package», *TNI*, February 1.
- TANENBAUM: «The 2016 US Model Income Tax Treaty in Action: US-Luxembourg Protocol», 187 *DTR* J-1.
- VANISTENDAEL, F. [2016]: «A World Full of Challenges, Part 2: the Tax Details», *TNI*, May 23, págs. 797 y ss.
- VERMEULEN [2016]: «How alone is standalone in the EU Anti-Tax Avoidance Directive?», *Kluwer International tax blog*, October 19.
- WEBER [2016]: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *Intertax*, vol. 44, n.º 2, págs. 98 y ss.
- ZEW [2016]: *The Impact of Tax Planning on forward-looking effective tax rates*, WP EU Commission, n.º 64.

No obstante, cabe destacar, por un lado, como alguna de las medidas recogidas en la Directiva ATAD va más allá del consenso alcanzado en el Proyecto BEPS o simplemente no tienen nada que ver con este consenso (*v. gr.*, la tributación de salida, la cláusula de *switch-over* recogida en la propuesta inicial<sup>4</sup>, y la cláusula general antiabusos)<sup>5</sup>. Por otro lado, no puede perderse de vista que la Directiva ATAD no lleva a cabo una implementación en la UE del conjunto de «estándares fiscales» *lato sensu* (incluyendo estándares mínimos, estrategias/metodologías comunes y directrices de mejores prácticas) que conforman el Plan de 15 Acciones de BEPS, de manera que elementos estructurales del «nuevo» sistema de fiscalidad internacional (como la reconfiguración del principio de plena competencia con arreglo a las Acciones 8-10 BEPS)<sup>6</sup> han quedado completamente al margen de esta acción de *hard-law* de la UE<sup>7</sup>. La directiva y los Estados miembros parten de este consenso internacional y lo asumen como algo ya aplicable directamente en sus ordenamientos internos. Esto es, la directiva viene a aplicarse en un contexto nacional que parte de la aceptación de las Acciones 8-10 del Plan BEPS y la reforma de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia en línea con tales acciones de 2016<sup>8</sup>. Por otra parte, no puede olvidarse el limita-

<sup>4</sup> Nótese que la cláusula de *switch-over* finalmente no aparece en la versión final aprobada por el Ecofin el 21 de junio de 2016, al considerarse que un régimen robusto de transparencia fiscal internacional resulta suficiente para prevenir los esquemas de planificación fiscal agresiva que pretendía neutralizar la referida cláusula. También esta cláusula planteaba algunos problemas de Derecho primario de la UE que se salvan con su supresión. La delegación británica fue una de las que más se opuso a la cláusula de *switch-over* argumentando que constituye una medida ajena al consenso de coordinación fiscal internacional instrumentado a través del proyecto BEPS que puede ser fuente de nuevas asimetrías, y se basa en el criterio de baja tributación que por sí mismo no constituye un indicio de competencia fiscal y los Estados deben conservar su competencia para fijar los tipos de gravamen de sus impuestos directos de forma soberana (CEDELLE, A.: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *BTR*, n.º 4, 2016, pág. 504). Cabe señalar igualmente que en las primeras versiones de la Directiva ATAD también figuraba una disposición que articulaba una definición común de EP que seguía las recomendaciones de la Acción 7 de BEPS. Tal cláusula aparece ahora recogida en el artículo 5 de la propuesta de Directiva de Base Imponible Común, presentada el 25 de octubre de 2016 (COM(2016) 685 final), y la recomendación de la Comisión de 28 de enero de 2016 (COM(2016) 271 final) en materia de prevención del abuso de CDI también instaba a los Estados miembros a seguir la nueva definición de EP recogida en la Acción 7 de BEPS (ahora en los art. 12 a 14 del nuevo Instrumento Multilateral para la implementación de los aspectos convencionales del Plan BEPS).

<sup>5</sup> En cierta medida, el hecho de que la Directiva ATAD incluya cláusulas no conectadas con acciones específicas del Plan BEPS se ha tratado de explicar considerando como desde el año 2011 el Ecofin y la Comisión venían trabajando sobre la propuesta de BICIS presentada por la Comisión en tal fecha (COM(2011)121/4), que contenía estas disposiciones antielusión fiscal internacional (el régimen de TFI: arts. 82-83, la cláusula de imposición de salida: art. 31, la cláusula de *switch-over*: art. 73, la cláusula general antiabusos/GAAR: art. 80, y las reglas antihíbridos: arts. 84-85). *Vid.*, RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n.º 11, 2016, págs. 1 y ss.

<sup>6</sup> De hecho, la exposición justificativa de la Directiva ATAD lo reconoce expresamente en el apartado 14: «Es necesario aclarar que la aplicación de las normas contra la elusión fiscal que figuran en la presente directiva no debe afectar a la obligación de los contribuyentes de cumplir con el principio de plena competencia ni al derecho de un Estado miembro a ajustar al alza una deuda tributaria, de conformidad con el principio de plena competencia, en su caso».

<sup>7</sup> *Vid.* SANZ GADEA: «La Directiva Antiabusos (I)», *RCyT. CEF*, n.º 403, 2016, págs. 39 y ss., y LÓPEZ RIBAS, «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, 2016.

<sup>8</sup> Cabe destacar como el Ecofin, en su reunión de 6 de diciembre de 2016 (15206/16, Presse 65, PR CO 64), mostró su adhesión al Informe final OCDE BEPS, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation* (Acciones 8-10).



do alcance de la Directiva ATAD en relación con sus propios objetivos de instrumentación coordinada de las principales acciones del Plan BEPS, constituyendo por tanto una mera pieza de un conjunto de medidas más amplio, algunas de las cuales ya se han implementado (v. gr., intercambio automático de *tax rulings* y APAs, del informe fiscal país por país, ex Directivas UE 2015/2376 y 2016/881, reforma de la Directiva Matriz-Filial incluyendo una regla secundaria antihíbridos y una GAAR<sup>9</sup>, las decisiones de ayudas de estado relativas a los *tax rulings* en ciertos Estados, estos, en los casos de Apple, Starbucks, Fiat, *excess profits tax* en Bélgica, la recomendación de 28 de enero de 2016, en materia de prevención de abuso de convenio de doble imposición (CDI<sup>10</sup>), trabajos del Código de Conducta, el desarrollo de una lista paneuropea de jurisdicciones fiscales no cooperativas<sup>11</sup>, etc.)<sup>12</sup> y otras están en el horizonte (propuesta de Directiva ATAD 2 en materia de híbridos en relación con países terceros<sup>13</sup>, y propuestas de base imponible común y consolidada<sup>14</sup>)<sup>15</sup>.

Y en tal sentido invitó a la Comisión a examinar, en el marco de los trabajos del FUEPT, la necesidad de revisar las directrices europeas en materia de precios de transferencia. Asimismo, el Ecofin acordó la toma en consideración de los cambios en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia para la interpretación del principio internacional del *arm's length* como referencia clave para la aplicación del 4.º criterio del Código de Conducta de fiscalidad empresarial

<sup>9</sup> Modificación de la Directiva 2011/96/UE a través de las Directivas 2014/86/UE (introduce una regla que excluye la aplicación del método de exención cuando los beneficios distribuidos pudieran ser deducidos en el IS del Estado de la sociedad pagadora) y 2015/121/UE (introduce una GAAR a los efectos del régimen comunitario matriz-filial).

<sup>10</sup> Véase la recomendación de la Comisión UE 2016/136, de 28 de enero de 2016, sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales, donde se muestra partidaria de la aplicación de la cláusula de propósito fiscal principal que tenga en cuenta la existencia de una actividad económica auténtica o genuina, a los efectos de la implementación de la Acción 6 de BEPS por los Estados miembros. El Ecofin ha respaldado tal recomendación de la Comisión (vid., Council of the EU, *Council conclusions on an external taxation strategy and measures against tax treaty abuse*, PR. 281/16, 25 de mayo de 2016).

<sup>11</sup> Council of the EU, *Council conclusions on an external taxation strategy and measures against tax treaty abuse*, PR. 281/16, 25 de mayo de 2016; y EU Council, *Taxation: Council Agrees criteria for the screening of third country jurisdictions*, PR. 640/16, 8/11/2016 (DOUE 2016/C461/02, 10 de diciembre de 2016), vid., para un resumen de las conclusiones del Ecofin de 8 de noviembre: <http://catedras.uca.es/eu-tax-law-jean-monnet/noticias/conclusiones-del-consejo-ecofin-de-8-de-noviembre-2016-criterios-de-elaboracion-de-la-lista-de-jurisdicciones-no-cooperativas-y-otras-medidas-tributarias>

<sup>12</sup> Todas estas medidas las exponemos en la Parte II de la obra *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.), CISS, Valencia, ediciones 2016 y 2017.

<sup>13</sup> COM(2016) 687 final.

<sup>14</sup> COM(2016) 685 final y COM(2016)683 final.

<sup>15</sup> Resulta mucho más dudoso considerar que la propuesta de Directiva de la Comisión, de 25 de octubre de 2016, sobre mecanismos de resolución de controversias de doble imposición en la UE (COM(2016) 686 final) resulta complementaria de la Directiva ATAD, siendo más probable que lo sea de la propuesta de Base Imponible Común Consolidada. En este sentido, no resulta claro que estos mecanismos de resolución de doble imposición intraeuropea apliquen en casos donde tal doble imposición resulte de aplicación de las cláusulas nacionales derivadas de la transposición de la Directiva ATAD, considerando las cláusulas de los artículos 1 y 16.5 de la propuesta de Directiva de resolución de conflictos de doble imposición y como la Directiva ATAD califica como medidas antielusión fiscal algunas medidas que en realidad no tienen tal naturaleza *stricto sensu* (*exit tax*, limitación de deducibilidad de intereses, asimetrías híbridas); a este respecto, cabría argumentar a favor de la aplicación de tal mecanismo de la UE de resolución de conflictos de doble imposición allí donde tal fenómeno no resultara de medidas antifraude o antievasión fiscal.

En este sentido, no puede perderse de vista como un buen número de las disposiciones que recoge la Directiva ATAD tiene su origen en las diferentes versiones de las cláusulas internacionales de la propuesta de Base Imponible Común Consolidada presentada en el año 2011<sup>16</sup> sobre la que han venido trabajando la Comisión y los Estados miembros durante los últimos años, de suerte que ello, unido al actual contexto político e internacional en materia de fiscalidad internacional (Proyecto BEPS), ha favorecido la aprobación de la misma en un tiempo record<sup>17</sup>.

Las medidas recogidas en la Directiva ATAD se configuran como un estándar mínimo de protección del IS frente a esquemas BEPS, de manera que los Estados miembros conservan su poder tributario para desarrollar otras medidas complementarias (art. 3 de la Directiva 2016/1164); de esta forma, los legisladores nacionales pueden adoptar posiciones más estrictas o exigentes, siempre que ello no afecte ni al derecho primario de la UE ni negativamente al objetivo perseguido por la medida recogida en la directiva, aunque lógicamente ello implica que no existirá uniformidad monolítica a nivel de la UE en lo que se refiere a las medidas puestas en práctica por cada uno de los Estados miembros a los efectos de la eventual transposición de la directiva<sup>18</sup>. A su vez, las medidas previstas en la directiva están configuradas de forma «principalista» (*principle-based rules*), de manera que los legisladores nacionales disponen de un cierto margen de adaptación y desarrollo de las mismas a efectos de adecuarlas a las características de su orde-

<sup>16</sup> COM(2011) 121/4.

<sup>17</sup> Cfr. RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n.º 11, 2016, págs. 1 y ss. Nótese, no obstante, que existen importantes diferencias entre las cláusulas «anti-BEPS» recogidas en la propuesta de BICIS presentada por la Comisión en 2011 y las aprobadas por el Ecofin a través de la Directiva ATAD, entre las que cabe destacar un mayor alineamiento con la jurisprudencia del TJUE y con los estándares recogidos en las distintas acciones del Proyecto BEPS. Téngase en cuenta que las propuestas de la Comisión de 2016 sobre Base Imponible Común y Consolidada articulan reglas absolutas y no de mínimos, lo cual significa que la armonización del IS vendría a ser plena y no parcial o de mínimos como acontece con la Directiva ATAD, con la consiguiente pérdida de soberanía fiscal y de uno de los principales instrumentos de política fiscal y económica. Destacados autores, como SANZ GADEA y LÓPEZ RIBAS, han advertido sobre la mínima armonización derivada de la Directiva ATAD, que deja en relación con algunas medidas (*v. gr.*, TFI) un amplio margen de maniobra a los legisladores nacionales (*vid.* SANZ GADEA, E.: «La Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional», *RCyT. CEF*, n.º 406, 2017, págs. 11-12; y LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, n.º 17-18, 2016).

<sup>18</sup> La regla de nivel mínimo de protección en sí misma considerada (y al margen de la configuración principalista de las medidas recogidas en la Directiva ATAD) no permite que se alcance uno de los objetivos principales que se pretenden lograr a través de este instrumento normativo europeo: la uniformidad y coordinación en el marco del mercado interior respecto de la implementación y aplicación de reglas de prevención de la elusión de los IS de los Estados miembros. Asimismo, la aplicación de esta regla plantea un buen número de cuestiones; así, por ejemplo, cabe destacar que los Estados miembros no están obligados a transponer las medidas recogidas en la directiva allí donde hayan establecido o establezcan medidas que garanticen un nivel de protección equivalente o superior, lo cual en sí mismo puede resultar difícil de evaluar; a este respecto, se suscita la cuestión de si tal «valoración» debe realizarse medida a medida o considerando el conjunto de medidas antielusión establecidas en un ordenamiento de un Estado miembro o incluso si hay que tomar en consideración el *enforcement* de las mismas. *Vid.*, a este respecto: GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *ET*, January, 2017, págs. 19-20.

namiento, aunque toda la implementación e interpretación de estas medidas quedará sujeta a los correspondientes mecanismos de control de la aplicación del Derecho UE por parte de la Comisión y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En realidad, la configuración de mínimos de la Directiva ATAD no es de fácil lectura o interpretación, como veremos, ya que muchas medidas serán mínimos y, a nuestro juicio, si se quiere respetar el derecho primario de la UE, a la vez, «máximos» (v. gr., art. 5, sobre imposición de salida y 6, sobre la cláusula general antiabuso) y otras permiten opciones cuya compatibilidad con el Derecho de la UE, en algunos casos, será dudosa y planteará problemas (v. gr., tratamiento de terceros Estados y normas de TFI). Todo ello sin olvidar que las opciones son y serán una suerte de incentivos a la competencia fiscal entre las distintas jurisdicciones, en combinación con un «soft enforcement» de las mismas. Tales opciones, por otra parte, por la cantidad de alternativas que ofrecen a los Estados miembros dejan margen para pensar si realmente la directiva, en algunos campos, va a suponer armonización alguna, ya que es posible que existan tantas legislaciones distintas en el marco de la directiva como Estados hay dentro de la UE (tal es el caso, por ejemplo, en materia de limitaciones a la deducción de intereses en el artículo 4 o en materia de TFI en los arts. 7 y 8). Es decir, es cuestionable el grado de armonización (o coordinación fiscal) que la Directiva ATAD pueda suponer, por no mencionar que tal fórmula no garantiza una implementación doméstica EU Proof, con todo lo que ello conlleva en términos de déficit de seguridad jurídica y potenciales controversias.

Así las cosas, la efectiva implementación de la Directiva ATAD por los Estados miembros (que está prevista, como regla general, de manera que sus disposiciones surtan efectos a partir del 1 de enero de 2019) traerá consigo un notable ensanchamiento del ámbito de influencia del Derecho UE sobre uno de los principales impuestos del sistema tributario de los Estados miembros (el impuesto sobre sociedades) sobre el que ostentan competencia exclusiva y que a día de hoy constituye uno de sus principales mecanismos de política económica y competencia fiscal<sup>19</sup>. Y el enfoque de armonización de medidas antielusión fiscal desarrollado por la Comisión (y aprobado finalmente por el Ecofin) fundamentado en las necesidades del mercado interior (respuesta coordinada y común a nivel UE a efectos de evitar respuestas nacionales fragmentarias y descoordinadas) no resulta del todo convincente considerando las medidas propuestas y la propia base de armonización empleada (art. 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–)<sup>20</sup>. Por un lado, la conexión que poseen algunas medidas (por ejemplo, la limitación de la

<sup>19</sup> PANAYI, C. H.: «The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law», *Bulletin for International Taxation*, January/February 2016, págs. 95-96.

<sup>20</sup> HASLEHNER, W.: «The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Remarks», *Kuvertaxlaw.blog.com*, 2016/02/05, pág. 1; y BHOGAL: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, September 5, 2016, págs. 881 y ss. En particular, se destaca como las medidas recogidas en la directiva lejos de facilitar operaciones cubiertas por el Derecho de la UE pueden dar lugar a una normativa nacional de los Estados que genere nuevos obstáculos fiscales al ejercicio de las libertades fundamentales, de suerte que la forma en que se han configurado tales medidas permite enfoques asimétricos que pueden dar lugar a nuevos casos de doble imposición. Tampoco está claro cómo se

deducibilidad de intereses, la tributación de salida) con el buen funcionamiento del mercado interior no es evidente y fuerte sino más bien débil y tenue. Por otro lado, ya hemos indicado que algunas de las medidas adoptadas no se proyectan sobre situaciones, operaciones o estructuras claramente conectadas con esquemas de elusión fiscal. Y además el enfoque de armonización mínima a partir de un modelo principalista y horizontal que permite un importante margen de maniobra de los legisladores nacionales puede generar nuevas fuentes de divergencias y descoordinación entre los Estados miembros y con países terceros.

La propuesta de directiva inicialmente presentada por la Comisión experimentó un buen número de cambios, llegando a existir hasta nueve versiones de la misma, lo cual refleja el proceso de negociación entre la Comisión y las distintas delegaciones nacionales principalmente en relación con la eliminación de la cláusula de *switch-over* y la flexibilización de las disposiciones relativas a limitación de deducibilidad de intereses y régimen de TFI a efectos de que cada Estado dispusiera de un margen de maniobra suficiente para adaptarla a su propia política fiscal y económica en este terreno (*strategic approach to tackling tax avoidance*)<sup>21</sup>. El Ecofin, como ya hemos adelantado, en su reunión de 21 de junio de 2016, adoptó un acuerdo político sobre el texto de directiva presentado por la presidencia holandesa el de 17 de junio 2016<sup>22</sup>, que fue aprobado definitivamente el 12 de julio a través del procedimiento de «silencio», siendo publicada (en el DOUE L) la versión final de la Directiva ATAD (2016/1164) el 19 de julio de 2016.

### 3. EXPOSICIÓN BÁSICA DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA ATAD: LAS MEDIDAS «ANTI-ELUSIÓN» ADOPTADAS EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El texto de la directiva finalmente aprobado establece un nivel mínimo de protección, de no fácil interpretación, como se ha indicado, permitiendo por tanto «la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades» (art. 3) en cinco ámbitos que son expuestos a continuación. Como se avanzó, a estos efectos, la incidencia de la cláusula no será homogénea sobre todas las medidas de la directiva: por ejemplo, en relación con el artículo 6, será difícil ad-

---

resolverán tales casos, aunque la Comisión parece depositar todas sus esperanzas en la nueva propuesta de Directiva de resolución de conflictos tributarios derivada del paquete de medidas del 25 de octubre de 2016, cuyo efecto en esta materia puede ser limitado. En este mismo orden de cosas cabe mencionar como los Parlamentos nacionales de Malta y Suecia comunicaron a las instituciones europeas su opinión razonada sobre el incumplimiento de la propuesta de directiva con el principio de subsidiariedad en tanto que otros parlamentos nacionales adoptaron una estrategia distinta basada en el diálogo constructivo con la Comisión (CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 492).

<sup>21</sup> Vid. HMRC: *Tax Policy Making: a new approach*, June 2010, paras. 2.14-2.15.

<sup>22</sup> Consejo de la UE, Expediente interinstitucional 2016/0011 CNS, Bruselas, 17 de junio de 2016, FISC 104 Ecofin 628.

mitir que los Estados puedan reconfigurar el concepto de abuso que de él se deriva con elementos más estrictos y contrarios a la jurisprudencia del TJUE, sin perjuicio de que, si así lo desean puedan crear cláusulas antiabuso específicas para situaciones nacionales o internacionales que merezcan un tratamiento especial. En otras palabras, el estándar mínimo de la directiva no es la justificación para que los Estados miembros endurezcan su legislación antiabuso como deseen, sin ningún límite.

### 3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA ATAD

Antes de entrar en la exposición de las cinco medidas antielusión fiscal recogidas en la Directiva ATAD debe determinarse el ámbito de aplicación de la misma, el cual viene regulado en su artículo 1 que dispone que sus disposiciones se aplicarán «a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros, incluidos los establecimientos permanentes en uno o varios Estados miembros de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país».

A este respecto cabe observar, por un lado, que la directiva no ha entrado a armonizar una de las cuestiones centrales del IS de los Estados miembros (y que es fuente de un buen número de asimetrías y de esquemas de planificación fiscal) como es la residencia fiscal de las entidades y los criterios para establecerla, cuestión que compete según el TFUE a los ordenamientos nacionales; nótese, a su vez, que las entidades fiscalmente transparentes quedan extramuros de la Directiva ATAD, aunque sus miembros sí pueden quedar comprendidos si son sujetos del IS o EP situados en territorio de un Estado miembro (de este tipo de entidades se ocuparán las nuevas propuestas de la Comisión en materia de base imponible común y consolidada). Por otro lado, debe señalarse igualmente como, en realidad, las disposiciones de la directiva también se proyectan más allá del IS de los Estados miembros, dado que la propia norma de la UE reconoce su aplicación a los EP situados en Estados miembros de la UE que normalmente son gravados con arreglo a un régimen fiscal similar al aplicable a las entidades residentes en sede del IS (en nuestro caso, en el impuesto sobre la renta de no residentes –IRNR–)<sup>23</sup>.

Asimismo, debe destacarse el amplio alcance de las disposiciones de la Directiva ATAD a partir de la omnicompreensiva definición de su ámbito de aplicación en el artículo 1 de la misma,

<sup>23</sup> No parece que la Directiva ATAD pretenda proyectarse sobre establecimientos permanentes de personas físicas (residentes fiscales o no en un Estado miembro) situados en el territorio de Estados miembros de la UE. De hecho, la exposición justificativa de la directiva en su apartado 4 clarifica que no se aplica a «entidades transparentes», esto es, entidades que no sean sujetos pasivos del IS en un Estado miembro; a su vez, se deja claro que el ámbito de aplicación de la directiva se limita a «establecimientos permanentes de entidades residentes a efectos fiscales» en un Estado miembro o en tercer país. No obstante, no puede descartarse que los Estados miembros realicen una transposición de la Directiva ATAD que extienda las medidas recogidas en la misma a todo tipo de EP, esto es, incluyendo las operaciones realizadas por establecimientos permanentes de personas físicas por ejemplo a los efectos de la imposición de salida. A nuestro entender, la legislación fiscal española no ordena con suficiente claridad las relaciones entre una persona física no residente y su EP situado en territorio español en lo que concierne a la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas que constituye actualmente la norma que permite establecer un gravamen de salida en las transferencias de activos.

de suerte que la falta de una definición de «contribuyente» y de «impuesto sobre sociedades» podría tener como objetivo superar una delimitación excesivamente estricta derivada del sistema tradicional de lista de entidades y de impuestos cubiertos por las Directivas Matriz-Filial, de Intereses y Cánones o de Fusiones<sup>24</sup>. De esta forma, cualquier persona o entidad sujeta (subjetivamente) al IS en un Estado miembro debería quedar afectada e incluida en el ámbito de aplicación de estas medidas, con independencia de que tal sujeción fiscal sea en virtud de un régimen especial. La regulación de la TFI que contiene la Directiva ATAD en su artículo 7.1 hace referencia a «entidades» y «establecimientos permanentes», de manera que fiducias/*trusts* y sociedades de personas/*partnerships* también estarían comprendidas en su ámbito de aplicación, siempre que concurrieran los demás condicionantes (sujeción subjetiva al IS en un Estado miembro o en un país tercero). En la medida en que la condición de contribuyente con arreglo a un IS en un Estado miembro (o en un país tercero, en el caso de EP) constituye el elemento determinante a efectos de la aplicación de las medidas de la Directiva ATAD sin que tal expresión haya sido definida (ni posea un significado uniforme o monolítico a nivel internacional), cabe esperar interpretaciones asimétricas de la misma, sin que quede claro si existe algún tipo de vinculación jurídica subjetiva para la definición del ámbito de aplicación del IS para los Estados miembros (aunque las exenciones del IS para ciertas categorías de empresas pudieran generar problemas de ayudas de estado a la luz del art. 107 del TFUE).

La falta de definición del término «impuesto sobre sociedades» plantea especiales dificultades para ordenamientos como el español, donde se diferencia entre IS e IRNR. A nuestro juicio, el término debe interpretarse como imposición que recae sobre las sociedades en un Estado miembro, con independencia de si este ha decidido aplicar dos impuestos distintos, uno a las entidades residentes y otro a las no residentes. Como veremos más adelante, la exclusión de los no residentes del ámbito de aplicación presentaría dificultades importantes a la hora de aplicar la directiva que solo pueden salvarse haciendo una interpretación del concepto de «impuesto sobre sociedades» como comprensiva también el IRNR español (o de otros impuestos similares). Tal interpretación está, además, justificada por la aplicación de la directiva, por ejemplo, a los no residentes según se deriva de su preámbulo (párrafo 3)<sup>25</sup>. La falta de definición del concepto, no obstante, también puede presentar ventajas, ya que permitirá defender que impuestos con elementos propios de un impuesto que grava la renta societaria sean exigidos por el Estado central u otros niveles de gobierno, también resultan afectados por la directiva, aunque, como sabemos, y la experiencia en la definición del concepto de impuesto sobre la renta en los convenios para

<sup>24</sup> Véase el apartado 4 de la exposición justificativa de la Directiva ATAD que indica que: «Es preciso establecer normas aplicables a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro. Teniendo en cuenta que esto supondría abarcar una gama más amplia de impuestos nacionales, no es deseable ampliar el ámbito de aplicación de la presente directiva a tipos de entidades no sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro». *Vid.* también RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>25</sup> Nótese igualmente que, en ocasiones, la regularización de una operación realizada por una entidad respecto de su IS requiere de una correlativa regularización en sede del IRNR (o del IRPF), de acuerdo con el principio de regularización completa (véase, por ejemplo, la SAN de 13 de octubre de 2016, rec. n.º 266/2012 [NFJ064966]).

la eliminación de la doble imposición ilustra, no será fácil decidir cuándo un determinado tributo presenta características similares a un impuesto sobre la renta societaria (v. gr., ¿es el IRAP italiano un impuesto sobre sociedades en el sentido de la directiva? ¿Son impuestos sobre sociedades algunos impuestos que los Estados miembros aplican sobre elementos específicos de renta obtenidos por determinados contribuyentes?). Quizás no hubiera, en consecuencia, estado de más que el artículo 2 de la directiva definiera el concepto o los rasgos característicos del IS.

Como se ha indicado, la directiva define su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación por referencia al IS (sin limitarse a los aspectos internacionales de este impuesto y comprendiendo situaciones internas). Sin embargo, cabe pensar que algún efecto, cuando menos, indirecto tendrá sobre el IRPF: desde un punto de vista técnico es necesario alinear las normas que la directiva prevé en relación con ciertas materias con el fin de eliminar diferencias entre el IRPF y el IS que podrían ocasionar lagunas y oportunidades de planificación si la regulación de las mismas en ambos impuestos fuera distinta. Singularmente, esto ocurrirá en relación con las normas de TFI (arts. 7 y 8), el impuesto de salida (art. 5) o la cláusula antiabuso (art. 6 de la directiva). La alineación de estos grupos de normas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) con las previsiones de la directiva sí que podría determinar que se aplicara la jurisprudencia futura del TJUE sobre la interpretación de este instrumento de derecho secundario en línea con la clásica jurisprudencia *Dzodzi*<sup>26</sup>, aunque los efectos transfronterizos de estas normas las situarán fundamentalmente en el radio de acción de la jurisprudencia del TJUE sobre las libertades fundamentales.

## 3.2. EXAMEN DE LAS CINCO MEDIDAS CONTRA LAS «PRÁCTICAS DE ELUSIÓN FISCAL» RECOGIDAS EN LA DIRECTIVA ATAD

### 3.2.1. La limitación de la deducibilidad fiscal de los intereses (art. 4 de la Directiva ATAD)

El objetivo político perseguido a través de la cláusula relativa a la limitación de los intereses reside en prevenir la traslación artificial de deuda a Estados miembros cuyo ordenamiento sea más flexible o generoso en cuanto a las condiciones de deducibilidad de gastos financieros en el IS<sup>27</sup>.

Las negociaciones sobre la configuración de esta cláusula fueron muy controvertidas y difíciles considerando, por un lado, la flexibilidad que ofrecía el Informe Final de la Acción 4 de BEPS, y, por otro, el impacto que podría derivarse de la medida para los distintos operadores económicos

<sup>26</sup> Sobre los efectos de esta línea jurisprudencial, *vid.* las referencias más abajo al hilo de las consideraciones sobre el artículo 6 de la directiva, vaya por delante que esta jurisprudencia solo se aplicará cuando el legislador nacional armonice su legislación con la propia de la directiva en ámbitos no incluidos dentro del campo de acción de la norma de la UE, es decir, solo resultará aplicable en la situación que hemos comentado: armonización de disposiciones del IRPF con las propias de la directiva.

<sup>27</sup> Véase el para. 6 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.



y las economías de los diferentes Estados<sup>28</sup>. Como veremos a continuación, la mayor parte de las opciones y elementos de flexibilización de la limitación de gastos financieros que recoge el Informe Final de la Acción 4 de BEPS fueron incluidos en el artículo 4 de la Directiva ATAD, con las excepciones del «*uplift* del 10%» (para. 25 del Informe Acción 4 de BEPS) y de la posibilidad de usar «promedios multianuales de ebitda» (paras. 155-158 Informe Final Acción 4 de BEPS); a este respecto, se considera que los legisladores de los Estados miembros no están autorizados a incorporar estos elementos de flexibilización de la regla de limitación de gastos financieros, ya que infringirían la cláusula de nivel mínimo de protección (art. 3 de la Directiva ATAD)<sup>29</sup>.

La cláusula establecida en el artículo 4 de la Directiva ATAD limita, como regla general, la deducibilidad de los costes de endeudamiento excedentario hasta un 30% del ebitda del contribuyente<sup>30</sup>. En el cálculo de ebitda, a efectos del cómputo del límite del 30%, se excluye la renta exenta, como los dividendos o los beneficios de los EP que estén exentos. Sin embargo, la renta que se beneficia del método de imputación sí entra en el cálculo, lo cual puede requerir analizar el método de eliminación de la doble imposición considerando estas dos variables.

A este respecto, cabe destacar como la directiva ha perfilado los elementos esenciales para la aplicación de esta cláusula, incluyendo definiciones («costes de endeudamiento» y «costes de endeudamiento excedentarios», y «sociedad financiera») y la fórmula de cálculo del ebitda (excluyendo la renta exenta de impuestos), en línea con el Informe Final de la Acción 4 de BEPS. En este sentido, cabe advertir diferencias relevantes con lo previsto en el artículo 16 de la LIS, por ejemplo, incluye como costes de endeudamiento los pagos en régimen de préstamos participativos, que resultarían afectados por la regla relativa a instrumentos híbridos del artículo 9 de la directiva, o excluye los dividendos o rentas de EP exentos de la parte de base de cálculo del límite de deducción (un incentivo que la normativa española e italiana prevén).

La directiva autoriza a los Estados miembros a adoptar diversas medidas en esta materia. Las opciones son tantas que será difícil pensar que se produce en esta materia una armonización total que no vaya a generar conflictos de doble imposición o fricciones entre las distintas normativas. Los Estados miembros podrán:

- Autorizar que los contribuyentes del IS apliquen una deducción superior al 30% del ebitda siempre que los costes de endeudamiento excedentarios no superen los 3 millones de euros<sup>31</sup>, o incluso la deducibilidad total si el contribuyente cons-

<sup>28</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>29</sup> Véase nota anterior.

<sup>30</sup> Nótese, no obstante, que se autoriza a los Estados miembros a utilizar un parámetro más estricto como el EBIT en lugar del ebitda, en línea con el Informe Final Acción 4 de BEPS (para. 84). Véase el para. 6 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>31</sup> Los Estados miembros pueden reducir este umbral monetario fijado para garantizar un nivel de protección más elevado de su base imponible nacional (para. 8 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD).

tituye una «entidad aislada» que no forma parte de ningún grupo consolidado ni posee una empresa asociada o un EP<sup>32</sup>. Tal límite máximo de 3 millones de euros por contribuyente individual se aplica igualmente para grupos fiscales en su conjunto.

- Además, en el caso de contribuyentes pertenecientes a grupos consolidados, los Estados miembros podrán permitir la aplicación de límites superiores al general del artículo 4.1 de la directiva (30 % ebitda), de acuerdo con los parámetros y criterios del artículo 4.5. Por tanto, los Estados miembros, con arreglo a la autorización del artículo 4.5 a) de la directiva, pueden articular un *equity escape clause* respecto de grupos consolidados, en línea con la *best practice* recomendada en el Informe BEPS Acción 4 (anexo C). Asimismo, el artículo 4.5 b) de la directiva incluye una segunda opción para flexibilizar el límite general (30 % ebitda) respecto de grupos consolidados en función del ebitda del grupo y el nivel de endeudamiento con terceros, alternativa que también admite el Informe Final BEPS Acción 4 (capítulo 7)<sup>33</sup>. El principal problema que posee la aplicación de este tipo de mecanismos de flexibilización de la regla fija y objetiva de limitación de gastos financieros en el marco de grupos consolidados resulta de su complejidad y costes de cumplimiento y acreditación para el contribuyente y comprobación para las Administraciones.
- Los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación de la regla general del artículo 4.1 de la directiva (límite del 30 % del ebitda) los costes de endeudamiento excedentarios sufragados en concepto de:

<sup>32</sup> Esta previsión no está conectada con las recomendaciones del Informe Final BEPS Acción 4, sino más bien parece responder a una exigencia de las autoridades alemanas, en la medida en que la normativa interna alemana de «barrera de deducibilidad de intereses» de 2008 contiene una disposición en tal sentido. Algunos autores consideran que aunque la Directiva ATAD deja claro que una entidad que posee un EP en otro Estado miembro no constituye una *standalone company* a estos efectos, sin embargo una entidad que posee un EP ficticio derivado de un activo inmobiliario situado en el otro país y que resulta gravado con arreglo al artículo 6 de un CDI constituye una *standalone company* o «entidad aislada» a estos efectos (art. 4.3 de la Directiva ATAD; *vid.*, VERMEULEN: «How alone is standalone in the EU Anti-Tax Avoidance Directive?», *Kluwer International tax blog*, October 19, 2016). Nótese, no obstante, que el hecho de que la Directiva ATAD no haya establecido una regulación de EP puede traer consigo una nueva fuente de asimetrías en su aplicación, más allá de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva ATAD, aunque la propuesta de Directiva ATAD 2 sí se proyecta sobre estas asimetrías. El hecho de que la Directiva ATAD permita a los Estados miembros excluir la aplicación de esta regla objetiva *anti-earning stripping* en situaciones puramente internas de entidades aisladas plantea dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE originario, ya que resulta evidente la diferencia de trato, sin que se haya establecido un mecanismo que permita flexibilizar realmente la aplicación de tal normativa atendiendo a razones comerciales sustantivas, lo cual puede suscitar un problema con el test de proporcionalidad. En parecidos términos *vid.*, BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *Kluwer International tax blog*, October 17, 2016).

<sup>33</sup> La OCDE ha desarrollado esta opción: Public Discussion Draft BEPS Action 4, *Elements of the Design and operation of the Group Ratio Rule*, 11 July 2016.

- Empréstitos o préstamos suscritos antes de 17 de junio de 2016, siempre que la exclusión no se haga extensiva a ninguna modificación *a posteriori* de dichos empréstitos<sup>34</sup>.
- Empréstitos o préstamos utilizados para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo cuando tanto el promotor del proyecto, los costes de endeudamiento, los activos y la renta estén en la UE<sup>35</sup>.

Igualmente podrá acordarse la no aplicabilidad de la regla a las «entidades financieras» (definidas de forma amplia en el art. 2.5 de la Directiva ATAD)<sup>36</sup>, incluidas las que formen parte de un grupo consolidado<sup>37</sup>.

Además, se ofrece a los Estados miembros varias posibilidades a la hora de permitir la aplicación de los costes de endeudamiento excedentarios no aplicados en un determinado ejercicio a ejercicios anteriores y posteriores (*excessive & unused deduction/tax credit carryback/forward*)<sup>38</sup>.

Como novedad de última hora, el Ecofin acordó incluir (a petición de Bélgica y Eslovenia), en el artículo 11.6 de la directiva, la posibilidad de que aquellos Estados miembros que posean normas nacionales específicas en materia de deducibilidad de intereses (cláusulas antisubcapitalización) que sean igual de eficaces que la regla de limitación recogida en la directiva podrán

<sup>34</sup> El para. 195 del Informe Final de la Acción 4 de BEPS también contempla varias opciones de *grandfathering*.

<sup>35</sup> El Informe Final de la Acción 4 de BEPS (paras. 64-71) también permite una exención objetiva relacionada con *public benefit projects*, aunque la definición es más amplia en lo que concierne a los proyectos (no solo los referidos a infraestructuras públicas) y a la vez más estricta en cuanto a las condiciones de aplicación, por comparación a las recogidas en la Directiva ATAD. Nótese que la Directiva ATAD advierte en el punto 8 de su memoria justificativa que esta exención objetiva se aplica sin perjuicio de las normas sobre ayudas de estado.

<sup>36</sup> Algunos comentaristas han puesto de relieve como la exención relativa a las «entidades financieras» no comprende a un significativo grupo de entidades reguladas o semireguladas que desarrollan un papel muy activo en el sector financiero aportando liquidez a los mercados y que resultarán negativamente afectadas por la normativa resultante de la implementación de la Directiva ATAD, lo cual a su juicio no encaja sino que más bien contradice la propia política europea en materia de desarrollo del mercado de capitales; en particular, se refieren a entidades titularizadoras, emisoras de deuda o bonos y de *leasing*. A este respecto, se ha puesto de relieve la ausencia de una guía más completa para aplicar la limitación de gastos financieros por parte de estas entidades, particularmente cómo se aplica el concepto de *exceeding borrowing costs* en relación con entidades que se endeudan para adquirir «bonos corporativos» o *distressed debt*. FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 18, 2016, n.º 4, pág. 3

<sup>37</sup> El Informe Final de la Acción 4 de BEPS dejó abierta cuestión pendiente al requerir un mayor análisis. A este respecto, cabe mencionar el Public Discussion Draft BEPS Action 4, Approaches to Address BEPS involving interest in the banking and insurance sectors (OECD, 28 July 2016), donde se exponen los limitados riesgos de erosión de bases imponibles a través de pagos de intereses que existen en estos sectores, con carácter general y sujeto a determinadas condiciones regulatorias.

<sup>38</sup> Véase el artículo 4.6 de la Directiva ATAD.

seguir aplicando su norma nacional hasta el primer ejercicio posterior a aquel en que se llegue a un acuerdo vinculante sobre la Acción 4 en el seno de la OCDE o, como máximo, hasta el 1 de enero de 2024. No está claro tampoco cuándo se cumplen las condiciones para la aplicación de la disposición transitoria, ni tampoco cuándo se aplica esta cláusula de excepción temporal, ya que puede resultar discutible que una cláusula como la de subcapitalización (5/1 *debt/equity ratio*) de Bélgica pueda operar con la misma efectividad que la cláusula objetiva de limitación de gastos financieros<sup>39</sup>. Otros Estados miembros, como Francia, Austria y Países Bajos, han articulado medidas específicas que limitan la deducibilidad de gastos financieros que presentan una configuración distinta a la cláusula del artículo 4 de la Directiva ATAD, de manera que podrán mantener tal situación hasta el 1 de enero de 2024 en la medida en que se verifique (por la Comisión) que se trata de medidas equivalentes en términos de eficacia *anti-earning stripping*, lo cual no será sencillo.

No puede perderse de vista que la medida recogida en el artículo 4 de la Directiva ATAD articula una cláusula de mínimos, de manera que los Estados miembros podrían utilizar un porcentaje inferior (al 30%), así como aplicarlo sobre una magnitud más reducida (EBIT); también se admite la posibilidad de combinar este mecanismo con disposiciones específicas que limitan la deducibilidad de intereses intragrupo (paras. 6-8 de la memoria justificativa de la directiva).

A la vista de la configuración de la Directiva ATAD, cabe destacar como la cláusula de limitación de gastos financieros recogida en el artículo 16 de la LIS no está plenamente alineada con la misma, de manera que su reforma parece inevitable, aunque tal modificación podría ser aprovechada por el legislador español para flexibilizarla en los términos que también recoge la directiva. No obstante, tampoco está claro si el artículo 16, a pesar de que incluye en la base de cálculo del límite rentas exentas (dividendos y rentas de EP extranjeros), es una medida equivalente a la propia de la directiva que pueda aguantar hasta 2024 con la protección de la cláusula transitoria. Es más probable, sin embargo, que el precepto se modifique por necesidades internas antes de tal fecha.

Ciertamente no puede negarse de plano que la articulación de un mecanismo estandarizado objetivo y automático de limitación de la deducibilidad fiscal de gastos financieros por los distintos Estados miembros puede restringir ciertas estructuras de planificación fiscal agresiva que pivotan sobre la deducibilidad de los intereses en un Estado miembro y la no o baja tributación en el Estado de residencia del receptor de los pagos. No obstante, no puede perderse de vista que reglas tan rígidas de limitación de deducibilidad fiscal de gastos financieros como las recogidas en la directiva pueden afectar negativamente a la inversión y el crecimiento económico<sup>40</sup>, par-

<sup>39</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 6; y FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 3

<sup>40</sup> Algunos autores consideran que el modelo por el que ha optado la Directiva ATAD va más allá de lo necesario para prevenir esquemas de planificación fiscal agresiva, ya que, por un lado, se proyectó sobre todo tipo de endeudamiento (intragrupo o no), de suerte que el endeudamiento no intragrupo (exceptuando esquemas *back-to-back*) no está

ticularmente en determinados sectores intensivos en inversión de capital<sup>41</sup>. Además, el modelo alemán de «barrera de limitación de gastos financieros» propuesto por la Comisión y finalmente aprobado por el Ecofin, a pesar de que está siendo empleado en una serie de Estados miembros (Alemania, Italia, Grecia, Finlandia, España y Portugal), no está exento de problemas de aplicación (v. gr. puede generar doble imposición) que en algunos casos ha llegado a suscitar dudas sobre la compatibilidad del mismo con el principio constitucional de capacidad económica, tal y como ha puesto de relieve el *Bundesfinanzhof*<sup>42</sup>. Igualmente, la gestión por parte de las empresas de la limitación de la deducibilidad de los intereses no está exenta de problemas que pueden afectar a los niveles de inversión y desarrollo de su actividad (*cash-flow*, gestión de tesorería, etc.), ya que el ratio de deducibilidad fiscal resulta de una magnitud contingente y dependiente del ebitda de cada ejercicio<sup>43</sup>.

Por otra parte, la interacción con la Directiva Matriz-Filial no se regula de forma expresa ni resultará tampoco sencilla, por lo que podrían producirse supuestos de doble imposición cuya solución no está clara, ya que tampoco se les aplicará probablemente la propuesta de directiva relativa a la resolución de disputas cuando existan casos de doble imposición que presentó la Comisión el 25 de octubre de 2016<sup>44</sup>.

### 3.2.2. La cláusula de tributación de salida/*exit taxation* (art. 5 de la Directiva ATAD)

El objetivo político que, según algunos comentaristas<sup>45</sup>, pretende alcanzarse a través de esta medida consiste en tratar de limitar determinadas transferencias de residencia y activos en el marco de esquemas de planificación fiscal agresiva, aunque la memoria justificativa de la directiva conecte en mayor medida esta cláusula con la territorialidad impositiva (véase el para. 10).

---

asociado con «estrategias de planificación fiscal BEPS»; por otro lado, la directiva utiliza un mecanismo muy rígido de limitación de la deducibilidad fiscal de gastos financieros existiendo fórmulas más flexibles y adecuadas para afrontar tal problema y que vienen siendo utilizadas por los Estados miembros con éxito durante las últimas décadas (cláusulas de subcapitalización, requisitos de justificación de razones comerciales del endeudamiento o de tributación mínima en sede del receptor, etc.). *Vid.*, JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, December 19, 2016, págs. 1.099 y ss.

<sup>41</sup> Tal observación va más allá de la posibilidad que tienen los Estados de excluir de la aplicación de la regla de limitación de deducibilidad de intereses los préstamos utilizados para financiar a largo plazo infraestructuras públicas de interés público para un Estado miembro (art. 4.4 b) de la Directiva ATAD).

<sup>42</sup> Véanse las Sentencias del BFH 10 de febrero de 2016, 14 de octubre de 2015 (I R 20/15) y de 18 de diciembre de 2013 (I B 85/13).

<sup>43</sup> *Vid.*, JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», pág. 1.100.

<sup>44</sup> COM(2016) 686 final.

<sup>45</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 6.

La Directiva ATAD establece en su artículo 5 la aplicación de una imposición de salida a toda transferencia de activos dentro de una misma entidad pero que supongan la pérdida del derecho de gravamen del activo como consecuencia de su transferencia a otra parte de la empresa localizada en otra jurisdicción. La cláusula se aplica también a cambios de residencia y a la transferencia del negocio realizado a través de un establecimiento permanente a otra jurisdicción (Estado miembro UE/EEE o país tercero). Asimismo, la memoria justificativa de la directiva también clarifica que las transferencias de activos (incluido el efectivo), entre una sociedad matriz y sus filiales no entran en el ámbito de aplicación de la norma sobre imposición de salida (para. 10).

A este respecto, debe precisarse que la Directiva ATAD no regula totalmente la configuración del gravamen de salida, de suerte que la creación del mismo debe resultar de la legislación tributaria nacional de cada Estado miembro; es decir, la Directiva ATAD no crea el impuesto o el hecho imponible del impuesto de salida pero sí obliga a los legisladores nacionales a crearlo, respetando así formalmente el principio de autoimposición recogido en un cierto número de Constituciones nacionales<sup>46</sup>. En este sentido, cabe indicar que el impuesto de salida que la Directiva ATAD obliga a establecer a los Estados miembros y su efecto fiscal correlativo en la otra jurisdicción comunitaria que tal directiva obliga a reconocer no se deduce de los CDI ni de los actuales principios de atribución de beneficios a los EP<sup>47</sup>.

La tributación de la transferencia de activos entre Estados miembros de la UE o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) está sujeta a las limitaciones establecidas por la jurisprudencia del TJUE en los casos *National Grid Indus, Comisión/Alemania, Comisión/Países Bajos C-301/11, Comisión/Portugal C-38/10* (NFJ048196), *Comisión/España C-64/11* (NFJ050566) (en relación con el antiguo art. 17.1 a) y c) del TRLIS), y *Comisión/Dinamarca C-261/11, Co-*

<sup>46</sup> Para. 10 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>47</sup> Ni los CDI ni el enfoque autorizado de la OCDE sobre la atribución de beneficios al EP exigen a los Estados la imposición de salida, de suerte que el referido enfoque autorizado se basa en la premisa de que las operaciones internas se consideran únicamente a los efectos de atribuir un importe adecuado de beneficios al EP (OCDE, *Informe sobre Atribución de Beneficios al EP*, OCDE, París, 2008, para. 208 *in fine*). Por tanto, el artículo 7 de los CDI que siguen el MC OCDE no requiere dotar de efectos fiscales simétricos a las operaciones internas EP-Casa Central (y viceversa), ya que el CDI (arts. 7 y 23) únicamente establece el límite de atribución de beneficios al EP en el Estado de la fuente y determina la correspondiente eliminación de la doble imposición sobre tal beneficio imputado al EP en el Estado de residencia de la entidad (véanse, por ejemplo, los paras. 28, 29 y 32 de los CMC y artículo 7 del MC OCDE 2010); de esta manera, el CDI no obliga a ninguno de los dos Estados a gravar la renta derivada de las «operaciones internas» entre la casa central y el EP, de suerte que el Estado de residencia solo está obligado a eliminar la doble imposición respecto del beneficio que sea atribuible a un EP con arreglo al artículo 7 del CDI pero no está obligado a ir más allá y reconocer/imputar fiscalmente ingresos/gastos imputables a la base imponible de la casa central como consecuencia de tales operaciones internas, aunque existen países que han establecido la aplicación bilateral y simétrica de los principios de empresa separada e independiente en su legislación interna estableciendo, por ejemplo, la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones internas EP-Casa Central; la OCDE reconoce la posibilidad de gravamen (plusvalía tácita) del Estado de la fuente con motivo de una transferencia de activos del EP a la casa central, sin que el CDI exija en modo alguno la exacción de tal gravamen en sede de los Estados contratantes (véanse paras. 28 CMC, arts. 7 y 4, 8 y 10 CMC al art. 13 C OCDE 2010).

*misión/Portugal C-503/14 (NFJ064992), Verder TecnoLab y DMC C-164/12 (NFJ053175), etc.*, que limitan el pago inmediato del impuesto (no así la liquidación tributaria), bajo determinadas condiciones. En este sentido, podría argumentarse que la regulación de la imposición de salida que prevé la Directiva ATAD no admite medidas internas más estrictas, sino que ya sería de máximos y no solo de mínimos.

Cabe destacar como el concepto de transferencia de activos que emplea la directiva es muy amplio al comprender cualquier operación en la que el Estado miembro de que se trate pierde el derecho a gravar los activos transferidos, que siguen bajo la titularidad jurídica o económica del mismo contribuyente. No resulta claro si la norma opera sobre transmisiones en sentido estricto o cesiones de activos que comprenden buena parte de la vida útil de los activos (transmisiones híbridas), ya que solo han excluido de su ámbito de aplicación cesiones temporales donde el activo se recupera por el transmitente o cedente en un plazo de 12 meses<sup>48</sup>.

No obstante, el alcance de la cláusula de imposición de salida no comprende transferencias intragrupo de funciones y controles de riesgos o reestructuraciones en el sentido del capítulo IX de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2016)<sup>49</sup>, ya que difícilmente se puede calificar la función o el riesgo como activo en sí mismo. En la misma línea, hay intangibles a los que se refiere el capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia que no son «activos» en sentido estricto, esto es, no tienen un reconocimiento jurídico o contable, y que no está claro si resultan afectados por la norma de la Directiva ATAD. Más bien parece que el concepto de activos de la directiva es de naturaleza estrictamente jurídica o contable y, en consecuencia, deja una laguna importante a la planificación de las empresas y grupos multinacionales<sup>50</sup>. Es cierto que la directiva ha dejado claro que el *exit tax* no se aplica a las transferencias de activos entre una sociedad matriz y sus filiales lo que determina que tales consideraciones

<sup>48</sup> Estamos ante otra medida que mitiga la aplicación de la cláusula del *exit tax* en relación con el sector financiero, ya que el apartado 7 del artículo 5 de la Directiva ATAD limita su aplicación respecto de transferencias temporales (12 meses) de activos relacionados con la financiación de garantías, los activos entregados como garantía o si la transferencia de activos se efectúa para cumplir los requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez (*vid.*, FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impactas on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 3).

<sup>49</sup> Nótese que el nuevo capítulo IX de las futuras Directrices OCDE de Precios de Transferencia, hecho público en 2016, consolida y desarrolla los importantes matices introducidos a través del Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS sobre el principio de no reconocimiento de operaciones intragrupo y reconstrucción de las mismas, ahora en el marco de reestructuraciones de grupos MNE. A este respecto puede consultarse: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad AEDAF*, n.º 36/2016.

<sup>50</sup> Acerca de las nuevas formas de planificación en el entorno post-BEPS, el concepto de abuso y de planificación fiscal agresiva y sus efectos, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ (2016): «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», en DOURADO (ed.), *Tax Avoidance Revisited*, Amsterdam: EATLP/IBFD (en prensa); y CALDERÓN y QUINTAS: «The concept of Aggressive Tax Planning Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: redefining the border between legitimate and Illegitimate tax planning», *Intertax*, vol. 44, 2016, n.º 3.



solo sean aplicables en relación con transferencias dentro de la misma entidad. No es menos cierto que las transferencias de funciones y riesgos entre una casa central y sus EP pueden ser empleados como un instrumento de planificación fiscal de primer orden al que no afecta esta imposición de salida y que las consideraciones que hacemos sobre las Directrices de Precios de Transferencia en su versión post-BEPS son trasladables por analogía a los principios de atribución de beneficios a los EP que se reconocen en el contexto OCDE (Informes de Atribución de Beneficios de 2008 y 2010). En resumidas cuentas, al no hacerse eco de estas formas de planificación, el impuesto de salida tendrá un efecto e impacto mucho más limitado de lo que se deriva de la propia finalidad de la directiva.

Resulta igualmente relevante apuntar como el ámbito de aplicación de esta cláusula comprende situaciones intracomunitarias y extracomunitarias, así como que la base de cálculo de la plusvalía latente a gravar viene dada por el «valor de mercado» del activo en los términos definidos en el artículo 5.6 de la Directiva ATAD, concepto que puede identificarse con el «valor normal de mercado» a efectos de precios de transferencia (aunque tampoco aquí hay una orientación clara de la norma del artículo 5 (6), que no da pautas para definir el concepto)<sup>51</sup>. Tal valor, sin embargo, puede no ser el mismo en los distintos Estados, cuya legislación y metodologías de valoración, especialmente en relación con algunos tipos de activos, pueden variar, aunque, en estos casos, debieran poder aplicarse los mecanismos intracomunitarios de resolución de conflictos previstos para eliminar la doble imposición (*vid.* para. 10 de la memoria justificativa de la directiva)<sup>52</sup>. La aplicación, no obstante, de la imposición de salida también en relación con terce-

<sup>51</sup> La aplicación plena (no restringida) del *arm's length* en relación con las operaciones de transferencia de activos casa central/EP puede suponer en cierta medida la aplicación del enfoque autorizado OCDE en la atribución de beneficios al EP. No obstante, no puede perderse de vista que la directiva no establece una regulación cerrada ni armoniza los criterios materiales que determinan si se ha llevado a cabo o no una «transferencia de activos», un «traslado de residencia fiscal» o un «traslado de un actividad realizada por un EP» o si existe o no «vinculación efectiva de los activos con un EP», toda vez que la delimitación que se ha realizado de tales operaciones (apartados 6, 7 y 8 del art. 2 de la Directiva ATAD) permite a los Estados establecer su propia regulación al respecto y los criterios que determinan la realización de tales transacciones internas, sin que se haya llevado a cabo una remisión a los criterios establecidos por la OCDE con arreglo al referido enfoque autorizado para la atribución de beneficios al EP. Con todo, cabe esperar que los criterios desarrollados por la OCDE para identificar una transferencia de activos entre las distintas partes de una empresa termine imponiéndose a efectos de lograr una mayor consistencia (reduciendo las asimetrías generadoras de doble imposición y no imposición) entre el *exit tax* y las reglas de tributación del EP, y las aplicables en materia de precios de transferencia, particularmente en un contexto post-BEPS. Con ello, surgen también los problemas y las oportunidades de planificación que el enfoque autorizado y BEPS no resuelven, *vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ: «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», *op. cit.*

<sup>52</sup> El TJUE ha conectado la imposición de salida con el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y con la doble imposición, en el sentido de que el gravamen de las plusvalías latentes o no realizadas con arreglo a un impuesto de salida debe reflejar la renta generada en el territorio del Estado miembro de salida de manera que el Estado de acogida solo grave la renta generada a partir de tal circunstancia y así se evite la doble imposición (STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Portugal*, C-503/14 [NFJ053175]). De esta forma, el Estado miembro de acogida, tal y como indica la Directiva ATAD, debe computar como valor de adquisición o histórico a efectos de la eventual transmisión del activo transferido el valor de mercado en el momento de la transferencia, si-

ros Estados determina que la solución de conflictos en estos casos solo pueda, si acaso, garantizarse a través de los mecanismos de los convenios para la eliminación de la doble imposición de los CDI o el nuevo instrumento multilateral (MLI BEPS 2016), aunque, en realidad, también su aplicación resultará difícil a estos casos, ya que el impuesto de salida no es aplicación estricta del CDI, por más que presente una conexión con el artículo 7 (beneficios empresariales) de los CDI.

Esta cláusula planteó ciertos problemas para su aprobación por el Ecofin, ya que los Estados miembros que no regulan esta imposición de salida ofrecieron cierta resistencia a su inclusión en la Directiva ATAD argumentando que constituye una medida innecesaria y *beyond BEPS*. Tal resistencia finalmente se superó a cambio de modulaciones en la redacción de la cláusula, por una doble vía, limitando su alcance y estableciendo un régimen transitorio de suerte que las disposiciones sobre imposición de salida deberán adoptarse antes del 31 de diciembre de 2019, entrando en vigor el 1 de enero de 2020. En este contexto, quizás una mayor y mejor conexión de esta cláusula con las Acciones 8 a 10 de BEPS y las reformas de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia de 2016 hubiera facilitado su aprobación.

Así las cosas, la imposición de salida articulada en la Directiva ATAD opera únicamente respecto de una serie de casos de traslado de activos al extranjero, obligando a los Estados miembros a establecer el gravamen por el valor de mercado de los mismos en el momento del traslado menos su valor fiscal, cuando debido al traslado el Estado miembro de origen ya no tenga derecho a gravar dichos activos. Esta imposición de salida será aplicable:

- a) Cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección/casa central a su EP situado en otro Estado miembro o en un país tercero, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- b) Cuando el contribuyente traslade activos desde su EP situado en un Estado miembro a su sede de dirección/casa central o a otro EP (del mismo contribuyente) localizado en otro Estado miembro o en un país tercero, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos.
- c) Cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un país tercero, excepto en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un EP en el primer Estado miembro.
- d) Cuando el contribuyente traslade la actividad realizada por su EP situado en el territorio de un Estado miembro a otro o a un país tercero, en la medida en que, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra el EP ya no tenga derecho a gravar dichos activos.

---

guiendo en principio el aceptado por el Estado miembro de salida en relación con este gravamen de las plusvalías latentes o no realizadas.

Se otorgará al contribuyente el derecho a aplazar o fraccionar el pago en un plazo de cinco años siempre que el traslado se realice a otros Estados miembros de la UE o a países terceros miembros del EEE que hayan celebrado un acuerdo con el Estado miembro del contribuyente o con la UE sobre asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE. Dicho aplazamiento no impedirá que el Estado de origen aplique los intereses correspondientes de acuerdo con su norma nacional, pero no podrá exigirse la constitución de garantías salvo en caso de riesgo demostrable y real de impago.

El aplazamiento se interrumpirá en cualquiera de los casos de enajenación del activo, traslado a un país tercero, quiebra o liquidación del contribuyente o incumplimiento de las obligaciones relativas a los pagos fraccionados.

En relación con la interrelación de la Directiva ATAD con la legislación española sobre la imposición de salida (arts. 18.2 i) y 19.1 de la LIS y arts. 15-18 del TRLIRNR), cabe poner de relieve dos cuestiones. Por un lado, la normativa española no regula de forma específica, completa y coordinada todos los supuestos recogidos en el artículo 5.1 de la Directiva ATAD, aunque es verdad que tales hechos imposables pueden resultar de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas cuando exista una transferencia interna de activos entre EP/casa central, siendo más dudoso el caso del traslado de la actividad realizada por un EP a otro Estado miembro o a un tercer Estado<sup>53</sup>; además no existe una coordinación con el artículo 22 de la LIS ni con los CDI, ni tampoco recoge una regla de *step-up* fiscal como la del artículo 5.5 de la directiva. Por otro lado, cabe poner de relieve como la directiva (art. 5.2) dispone que se otorgará al contribuyente el derecho a aplazar el pago del impuesto de salida, «fraccionándolo a lo largo de cinco años», y el apartado 3 del mismo artículo establece la posibilidad de solicitar la constitución de una garantía como condición para el aplazamiento del pago de la deuda, si bien se limita a aquellos supuestos en los que «exista un riesgo demostrable y real de impago». La normativa interna difiere en estos puntos, lo que podría ocasionar una adaptación en el futuro. Así, la LIS (art. 19) concede un aplazamiento indeterminado en el tiempo y la necesidad de prestar garantía queda condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos en la norma común, existiendo solo la posibilidad de obviarla en casos excepcionales.

La directiva establece una serie de supuestos de interrupción del aplazamiento de la deuda tributaria que no contempla la norma española ya que esta solo prevé el supuesto de transmisión a terceros de los elementos patrimoniales. A su vez, la directiva, como ya hemos visto, incluye los «impuestos de salida» que tienen como presupuesto generador la transferencia de activos afectos a la casa central o a un EP, los cuales son compatibles con el Derecho de la UE si se configuran de forma tal que están alineados con la jurisprudencia *National Grid Indus* (se concede la opción del pago aplazado con garantías) o a la jurisprudencia *Comisión/Alemania, DMC, y Verder TecnoLab*, que establece la compatibilidad con el Derecho de la UE de tales gravámenes

<sup>53</sup> En parecidos términos se pronuncia la profesora Ribes (RIBES RIBES: «La cláusula de *exit taxation* en la propuesta de Directiva Europea para luchar contra la evasión fiscal», *Crónica Tributaria*, 2016, 159, pág. 177).

allí donde se concede al contribuyente la opción por el aplazamiento o el escalonamiento del pago de impuesto (con o sin garantías) durante un periodo de cinco años<sup>54</sup>. En este sentido, la normativa española que regula el gravamen de estas transferencias de activos no está alineada con la Directiva ATAD ni con la jurisprudencia del TJUE a estos efectos y en tal sentido se requiere una acción normativa de cara a cumplir con el estándar mínimo fijado<sup>55</sup>. Otros Estados miembros, como los Países Bajos, Francia, Alemania, Austria y Bélgica, también se verán obligados a modificar su legislación introduciendo un auténtico *exit tax* configurado con arreglo a los parámetros fijados por la Directiva ATAD.

### 3.2.3. La cláusula general antiabuso o norma general contra las prácticas abusivas (art. 6 de la Directiva ATAD)

Según los comentaristas<sup>56</sup>, el objetivo político de esta medida (que es una cláusula general antiabuso, o «GAAR» por utilizar la terminología anglosajona) consiste en cerrar cualquier laguna o asimetría que pudiera existir en relación con las distintas cláusulas antiabuso generales y específicas que los Estados miembros establecen en relación con la protección de las potestades de supervisión sobre el cumplimiento tributario del IS. El preámbulo de la directiva (para. 11) alude a la necesidad de garantizar la aplicación uniforme de las normas generales antiabuso en situaciones de ámbito nacional, dentro de la UE y en relación con terceros países, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran. Ciertamente, la premisa para que tal aplicación uniforme tenga lugar pasa por una regulación común de una cláusula general antiabuso, pero no puede perderse de vista que en último análisis todo dependerá de la aplicación o *enforcement* que se haga de la misma por parte de las autoridades fiscales, la cultura de cumplimiento tributario en cada país y los medios de los que disponga la Administración para lograr tal *enforcement*, aunque la inaplicación o aplicación in-

<sup>54</sup> En relación con esta jurisprudencia puede consultarse el siguiente trabajo: CALDERÓN: «Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el Derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y los impuestos de salida», en MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dir.): *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 144 y ss.

<sup>55</sup> De forma resumida, los principales elementos de la normativa española que requieren alineamiento con el artículo 5 de la Directiva ATAD vendrían a ser los siguientes: a) el aplazamiento del gravamen durante cinco años a través de un sistema de «pagos fraccionados», aplicable a los cuatro supuestos sobre los que se proyecta la imposición de salida en relación con situaciones europeas y con países del EEE que hayan concluido con España un mecanismo de asistencia a la recaudación equivalente al establecido por la Directiva 2010/24; b) la interrupción del aplazamiento del pago en el caso de incumplimiento del sistema de «pagos fraccionados» y de los supuestos del artículo 5.4 de la directiva; c) el establecimiento de la regla de valoración de mercado de los activos transferidos de acuerdo con el principio de plena competencia, incluyendo el *step up* en el caso de «impatriación»; d) la articulación de una excepción a la imposición de salida en relación con casos de cesiones temporales de activos. Igualmente, la exigencia de garantías debe quedar limitada a los casos donde se motive la existencia de un riesgo real y demostrable de impago por las autoridades fiscales.

<sup>56</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 7.

correcta por vía administrativa o jurisprudencial del estándar general podría ocasionar también la apertura de procedimientos de infracción contra el Estado incumplidor (*motu proprio* por la Comisión o, de forma más improbable, a instancia de otros Estados).

La Directiva ATAD recoge una norma general antiabuso que refleja a grandes rasgos la recogida en la Directiva Matriz-Filial tras la reforma operada por la Directiva 2015/121/UE<sup>57</sup> (y guarda similitud con la cláusula general antiabuso derivada de la Acción 6 del Plan BEPS), en virtud de la cual los Estados miembros desestimarán todo mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. En esos casos, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional. A estos efectos, un mecanismo se considerará falseado en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica (incluidas «las actividades financieras», como se indica en el punto 11 del preámbulo de la directiva)<sup>58</sup>.

Nótese, en este sentido, que una operación o estructura articulada con el objetivo principal de aprovechar u obtener una ventaja fiscal no resulta en todo caso abusiva, de manera que allí donde sea consistente con la finalidad de la norma tributaria aplicada y cuando tal operación o estructura sea genuina en términos de sustancia o realidad económica no habrá abuso. La GAAR

<sup>57</sup> No obstante, la GAAR en la Directiva Matriz-Filial está conectada con las ventajas fiscales que derivan de la misma, en tanto que la GAAR de la Directiva ATAD no articula ventaja fiscal alguna. La segunda diferencia entre ambas cláusulas tiene que ver con el ámbito más amplio de aplicación de la GAAR de la ATAD que se refiere al IS globalmente considerado y afecta a situaciones domésticas, intracomunitarias y relacionadas con países terceros.

<sup>58</sup> Tal referencia posiblemente puede fundamentar estructuras articuladas a través de sociedades intermedias (*holdings*) que requieren baja sustancia en términos de medios humanos y materiales (establecimiento o nexo económico territorial) cuando se acredite que desarrollan funciones económicas a través de las mismas (*vid.* COLLET: «Offshore Holding Companies and the New European GAAR», *TNI*, May 9, 2016, págs. 593-594). No obstante, algunos autores han señalado como la determinación de la existencia de una situación abusiva (por ejemplo en relación con la Directiva Matriz-Filial) no puede quedar circunscrita a un debate de sustancia vs. no sustancia (insuficiencia de medios humanos y materiales) –entendiendo que la concurrencia de sustancia normalmente puede excluir el abuso–, sino que incluso en situaciones donde no concorra sustancia (por ejemplo, porque no se requiere en sentido estricto) puede no existir una situación abusiva allí donde el aprovechamiento de la ventaja fiscal de que se trate en el caso concreto resulta consistente con la finalidad de la norma tributaria de que se trate, considerando los hechos y circunstancias del caso y el propósito o fines perseguidos a través de tal estructura u operación (*vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *BIT / April-May*, 2012, y WEBER: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *Intertax*, vol. 44, n.º 2, 2016, págs. 98 y ss.). Igualmente, debe tenerse en cuenta como el TJUE a la hora de determinar la presencia de una situación puramente abusiva ha considerado que esta no concurría allí donde el contribuyente había aportado evidencias sobre el cumplimiento del principio de plena competencia, la existencia de medios humanos y materiales adecuados, el desarrollo de actividades económicas sustantivas (o incluso de la presencia de motivos fiscales en una situación no artificiosa). Algunos autores también han puesto de relieve la similitud de la cláusula del artículo 6 de la Directiva ATAD con la *principal purpose test clause* de la Acción 6 de BEPS, indicando que ello puede tener efectos interpretativos allí donde se aplicara la GAAR a los efectos de la aplicación de un CDI (BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*).

solo se proyecta por tanto sobre esquemas de planificación fiscal abusiva (que puedan ser incardinados en el *artificiality/genuine economic activity test* desarrollado por el TJUE) y no afecta al «derecho del contribuyente a elegir la estructura más eficaz desde el punto de vista fiscal para sus operaciones comerciales», tal y como se indica en la memoria justificativa (para. 11) de la Directiva ATAD, parafraseando la sentencia del TJUE en el asunto *Halifax*. La carga de la prueba sobre la concurrencia de los condicionantes jurídicos que permiten la aplicación de la cláusula general antiabuso a unos hechos específicos recae sobre las autoridades fiscales, que deben permitir que los contribuyentes ejerciten su derecho de defensa sin soportar dificultades excesivas<sup>59</sup>.

La cláusula antiabuso establecida debe proyectarse, una vez implementada, en relación con el IS y se prevé expresamente la posibilidad de que puedan imponerse sanciones tributarias, si así se establece por el legislador nacional, aunque a estos efectos existe jurisprudencia de la UE que podría limitar tal imposición de sanciones en algunos casos requiriéndose cuando menos una base legal clara respecto de los supuestos donde tales sanciones pueden ser impuestas.

En este sentido, es importante subrayar que la cláusula general contra las prácticas abusivas que establece la Directiva ATAD en su artículo 6 no opera únicamente frente a las operaciones o situaciones contempladas en las demás disposiciones de la misma, sino que se proyecta y debe ser aplicada por las autoridades competentes de los Estados miembros «a efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades» (art. 1 de la Directiva ATAD). Es decir, tal GAAR constituye una *catch-all mechanism*<sup>60</sup> que debe aplicarse a lo largo y ancho del IS de los Estados miembros, con independencia de que las autoridades fiscales estén supervisando la aplicación de una medida recogida en la Directiva ATAD o de una operación interna/doméstica o transfronteriza dentro de la UE o con terceros Estados, ya que aplica en todos estos escenarios, de acuerdo con los artículos 1 y 6.1 de la directiva, y sin necesidad de acudir a la doctrina establecida por el TJUE que requiere la interpretación uniforme de la normativa doméstica que sigue una regulación comunitaria a la luz del Derecho UE (jurisprudencia *Dzodzi*, *Leur-Bloem*, limitada por *Kleimwort-Benson*)<sup>61</sup>. En este mismo orden de cosas, cabe argumentar que el ámbito de apli-

<sup>59</sup> En el asunto C-6/16, *Eqion SAS*, relacionado con la aplicación de la GAAR francesa sobre un reparto de dividendos *outbound* se puso de relieve como la Directiva Matriz-Filial no permite la aplicación de una presunción de abuso meramente basada en el control de una *holding* europea por residentes de países terceros, ya que tal dato en sí mismo no es revelador de abuso y las autoridades fiscales deben acreditar, cuando menos mínimamente, a través de un análisis o test objetivo de hechos y circunstancias que se trata de una situación artificiosa. Las autoridades y tribunales franceses, no obstante, han reconocido en un cierto número de casos (e incluso en circulares administrativas) que la interposición de una *holding* no constituye una situación abusiva a los efectos de la aplicación de la Directiva Matriz-Filial, considerando necesario realizar tal test fáctico y objetivo de valoración global de los propósitos y sustancia económica de la operación o estructura (*vid.*: ANDRE y THEOLOGITIS: «French Participation Exemption Regime for Dividends and Antiabuse Rules: a long-standing relationship?», *TNI*, January 2017, págs. 283 y ss.).

<sup>60</sup> FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 4

<sup>61</sup> En relación con la misma, *vid.* la reciente STJUE (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15 (NSJ055412) y el capítulo de MARTÍN JIMÉNEZ relativo a la aplicación del Derecho de la UE en situacio-



cación de la cláusula general antiabuso del artículo 6 de la directiva no queda restringido al IS, sino que debe proyectarse sobre todas aquellas operaciones que tengan conexión directa con el IS, particularmente las relacionadas con el IRNR que afectan a los EP (*inbound*, ya que la situación *outbound* está comprendida en el IS) y los flujos de renta –como dividendos, intereses, cánones– sujetos a retenciones en la fuente con arreglo al IRNR, ya que impactan igualmente sobre el IS al tratarse «flujos fiscalmente duales»<sup>62</sup>, careciendo de sentido (y siendo inconsistente con la finalidad de la Directiva ATAD) que la GAAR solo se aplicara sobre las consecuencias fiscales de una operación (doméstica o internacional) que afectaran al IS en un Estado miembro<sup>63</sup>; nótese que el análisis que puede hacer una Administración tributaria de un Estado miembro de una transacción (pago de intereses), a los efectos de una GAAR, a los efectos del IS y del IRNR de los contribuyentes (residentes y no residentes) involucrados en la misma, se verá por otra administración desde la perspectiva de IS en el otro Estado miembro. Esta proyección de la GAAR del artículo 6 de la Directiva ATAD sobre el IS y el IRNR de los Estados miembros, unida a la circunstancia de que está configurada de manera que codifica la jurisprudencia del TJUE en relación con la configuración de las medidas contra las prácticas abusivas, trae consigo su aplicación en el contexto y a los efectos de la aplicación de las Directivas Matriz-Filial (2003/123), de Intereses y Cánones (2003/49) y de Fusiones (2009/133); tal circunstancia no supone prescindir de la jurisprudencia del TJUE dictada en relación con las mismas, ni de sus cláusulas antiabuso específicas, pero sí trae consigo un marco regulatorio antiabuso fijado por el legislador de la UE y que debe aplicarse en este contexto de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en materia de medidas frente a prácticas fiscales abusivas<sup>64</sup>. Incluso podría argumentarse que la nueva GAAR supone una derogación tácita de las

---

nes internas en MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dir.): *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2016. Por otra parte, la inaplicación flagrante de cláusulas antiabuso puede generar un problema de ayudas de estado, *vid.*, a estos efectos la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 del TFUE, 2016/C 262/01, DOUE de 19 de julio de 2016.

<sup>62</sup> La profesora DOURADO, sin embargo, parece posicionarse sobre la no aplicación de la GAAR sobre las retenciones en la fuente (DOURADO: «The EU Anti Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?», *Intertax*, vol. 44, n.º 6/7, 2016, pág. 442). Algunos autores vinculados a la Comisión, como RIGAUT, ponen de manifiesto como durante las negociaciones de las distintas versiones de la directiva se planteó el tema de la aplicación de la GAAR a las retenciones en la fuente, particularmente cuando afectarían a residentes de países terceros, resultando una cuestión controvertida que se dejó abierta a la transposición nacional que hagan los diferentes Estados miembros, considerando como algunos incluyen tales retenciones en su regulación del IS y otros no (*vid.*, RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 7). A este respecto, consideramos que la interpretación del artículo 6 de la Directiva ATAD a la luz de su finalidad y de acuerdo con la memoria justificativa debería conducir a su aplicación a las retenciones en la fuente vinculadas con el IS de un Estado miembro.

<sup>63</sup> Véase en este sentido el punto 11 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>64</sup> El Tribunal Supremo en algún pronunciamiento destacable (STS de 19 de julio de 2016, rec. n.º 2553/2015, caso *Sara Lee* [NFJ063385]), ha puesto de relieve como a grandes rasgos la jurisprudencia del TJUE en relación con las medidas de prevención y lucha contra prácticas fiscales abusivas coincide con la interpretación que se viene haciendo de las distintas cláusulas antiabuso internas frente a negocios anómalos, y en tal sentido la mera invocación del Derecho de la UE (una libertad fundamental) y de tal jurisprudencia comunitaria no posee mayor relevan-



cláusulas generales antiabuso de las directivas anteriores, habida cuenta de su marco de aplicación general al IS (la opción de considerar las cláusulas de las respectivas directivas como normas antiabuso especiales, «*SAARS*»), a nuestro juicio generaría el problema de que pudiera haber distintos estándares antiabuso en materia del IS, lo cual no parece que sea la finalidad de la directiva, que, más bien, persigue un concepto armonizado).

Nótese, por otra parte, que ahora la directiva requiere la aplicación uniforme de la *GAAR* doméstica a situaciones internas y transfronterizas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la directiva, lo que también puede tener un impacto importante si la cláusula antiabuso general se aplica fuera del IS del Estado de que se trate (por ejemplo, en relación con cualquier tributo y, singularmente, en el IRPF). A este respecto se ha criticado el empleo de una terminología vaga y poco precisa a los efectos de la configuración de la cláusula general antiabuso, de manera que permite interpretaciones múltiples que pueden generar doble imposición o simplemente la regularización si operaciones legítimas en el sentido de no artificiales, sin que se hayan arbitrado mecanismos efectivos de resolución de controversias fiscales transfronterizas<sup>65</sup>. Tal problema resultará paliado por (1) la necesidad de interpretar la misma de conformidad con la jurisprudencia anterior del TJUE y (2) la propuesta de directiva de la Comisión de resolución de controversias generadoras de doble imposición a la que ya nos hemos referido más arriba (aunque el ámbito de aplicación de esta última puede ser limitado en situaciones que se consideren de fraude, incumplimiento voluntario o negligencia grave, según el art. 15.6 de la citada propuesta).

La cláusula, no obstante, plantea una serie de cuestiones abiertas que conviene esbozar<sup>66</sup>:

---

cia práctica como argumento para cuestionar una regularización de una operación abusiva, rechazándose por tanto su alegación ritual bajo la tacha (no acreditada) de discriminación. Asimismo, cabe poner de relieve la creciente aplicación de las *GAAR* como mecanismo de regularización de operaciones intragrupo no genuinas o artificiales (carentes de razón de negocios y realidad económica), superando enfoques de supervisión monistas basados en la normativa de precios de transferencia: véanse en este sentido las SSTS de 9 de febrero de 2015 (rec. n.º 188/2014, caso *Sabic* [NFJ057488]), de 12 de febrero de 2015 (rec. n.º 184/2014, caso *Man Hummel* [NFJ060761]) y de 26 de febrero de 2015 (rec. n.º 4072/2013, caso *GlaxoSmithkline* [NFJ058191]) y la Sentencia del Tribunal Supremo de Noruega de 18 de octubre de 2016 (HR-2016-02165-A, en el caso *IKEA*). Téngase en cuenta igualmente que el nuevo test de racionalidad comercial de las operaciones intragrupo establecido en el Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS no resulta equivalente a un test *GAAR* relativo a la sustancia económica (razones de negocios que reflejan una realidad económica) como el recogido en el artículo 6 de la Directiva ATAD, y en tal sentido estamos ante cláusulas con fines distintos y diferencias relevantes en cuanto a su configuración y funcionalidad. A este respecto puede consultarse: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *op. cit.* La aplicación más intensa y frecuente de cláusulas antiabuso generales frente a esquemas de planificación fiscal agresiva está sujeta a los límites fijados por el TJUE en relación con medidas de prevención de la evasión fiscal, de suerte que tales límites se hacen más visibles una vez aprobada la Directiva ATAD.

<sup>65</sup> *Vid.*, CFE, *Opinion Statement FC 3/2016, on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January 2016*, págs. 13-14.

<sup>66</sup> En parte, algunas de las ideas que siguen fueron discutidas por el profesor MARTÍN JIMÉNEZ con el profesor GARCÍA PRATS en la conferencia de este último sobre el artículo 6 de la Directiva ATAD en el marco del curso «El futuro del

- Su relación con el artículo 3 de la Directiva ATAD (que configura la directiva como una norma de mínimos con carácter general) no está demasiado clara. A nuestro juicio, el artículo 3 no puede ser un argumento para variar los elementos estructurales del concepto general de abuso de la UE haciendo el mismo más rígido con ocasión de lo dispuesto en el citado precepto, ya que, al final, el artículo 6 tiene una finalidad de «armonización del concepto de abuso»<sup>67</sup>. Es decir, serán admisibles reglas específicas antiabuso o la toma en consideración de determinados fenómenos nacionales por los Estados miembros, pero los elementos estructurales del concepto, para cuya definición es necesario acudir a la jurisprudencia del TJUE, son los propios del artículo 6, resultando complejo admitir que una norma cuya finalidad es armonizadora vaya a aceptar en su seno sin dificultades elementos extraños y que puedan desvirtuar el propio concepto general que regula<sup>68</sup>.
- La aplicación del artículo 6 de la Directiva ATAD no va a ser sencilla ya que, al final, nos encontramos ante la paradoja de que, a diferencia de lo que ocurre con otras normas de la UE (Directiva Matriz-Filial, Directiva Fusiones, Directivas sobre el IVA, etc.), se ha aprobado una cláusula general antiabuso que está referenciada a un marco normativo no armonizado. Es decir, cuando el TJUE aplicaba otras cláusulas o principios antiabuso, lo hacía en un contexto en el que el propio TJUE interpretaba la finalidad de la norma que estaba siendo abusada, esto no ocurrirá en el ámbito de la Directiva ATAD, ya que la cláusula se vincula a una normativa nacional ajena al Derecho de la UE y cuyo monopolio interpretativo ni siquiera corresponde al TJUE<sup>69</sup>. Al margen de si realmente esto supone una infracción del principio de subsidiariedad o proporcionalidad, esta idea tiene una indudable trascendencia práctica, ya que determinará que los tribunales nacionales deban

---

impuesto sobre sociedades en la Unión Europea. Análisis de la incidencia de la nueva Directiva antiabuso tributario», celebrada el día 23 de octubre de 2016 en la Universidad de Cádiz. No obstante, hay también diferencias relevantes entre las tesis del profesor GARCÍA PRATS y de los presentes autores, que se indicarán con una correspondiente nota, esperando reflejar con precisión la opinión del citado profesor.

<sup>67</sup> El mismo problema se plantaba en el contexto de la reforma de la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial y, en este sentido, nuestra opinión está en línea con la de WEBER: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *op. cit.*, págs. 98 y ss., quien defiende que la inclusión de una cláusula general antiabuso en la Directiva Matriz-Filial como estándar mínimo no podía suponer carta blanca para los Estados miembros. Tal razonamiento es perfectamente trasladable al artículo 6 de la Directiva ATAD, es más, puede argumentarse que este precepto toma como base la evolución de la cláusula general de la propia Directiva Matriz-Filial, en su reforma de 2015.

<sup>68</sup> Para el profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, la redacción del artículo 3 es clara: el artículo 6 es una norma de mínimos. Nuestra posición en este punto está más en línea con la defendida por WEBER, *op. cit.*, págs. 102-103, sobre la Directiva Matriz-Filial, en el sentido de que los elementos estructurales del concepto de abuso están fijados y no se puede ir más allá de los mismos en la directiva y la jurisprudencia del TJUE.

<sup>69</sup> Para el profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, la compatibilidad de la Directiva con el Tratado por exceder las competencias atribuidas a la UE es dudosa. Compartimos tal posición.

hacer un esfuerzo intenso de explicación de la legislación nacional al TJUE y de relevancia del juicio de este para lograr la admisión a trámite de la misma (probablemente en línea con la jurisprudencia relativa a las situaciones internas<sup>70</sup>). Al mismo tiempo, cabe esperar que, si las sentencias del TJUE ya son poco claras en materia de abuso del Derecho de la UE, sean incluso más al aplicar el artículo 6 de la directiva, puesto que el TJUE tenderá más a ser más abstracto y reenviar al tribunal nacional la solución del caso concreto (la aplicación del derecho nacional abusado a los hechos).

- Si bien las consecuencias de la aplicación de la norma antiabuso no están definidas con claridad, hay una serie de elementos interpretativos que permiten integrar estas supuestas lagunas<sup>71</sup>. El artículo 6.3 se limita a indicar que «cuando un mecanismo no se tenga en cuenta de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1, la deuda tributaria se determinará con arreglo a la legislación nacional». Del tenor de este párrafo parece que se deriva que se debe aplicar la «norma nacional defraudada», lo cual está en línea con la jurisprudencia del TJUE al respecto en materia del IVA<sup>72</sup>. Con respecto a la imposición de sanciones, quizás, más sorprendente puede resultar que el párrafo 11 del preámbulo de las mismas parece admitir esta consecuencia, lo cual no está perfectamente alineado con la jurisprudencia del TJUE<sup>73</sup>, aunque puede resultar comprensible al aplicarse la cláusula en un sector no armonizado. Habrá que ver como evoluciona la jurisprudencia al respecto. Lo que no cabe duda es de que tanto en la vertiente procedimental como en la sancionadora se aplicará la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, lo cual, sin duda, supondrá un importante límite a los Estados miembros en esta materia.
- La GAAR de la UE que establece el artículo 6 de la directiva, en principio, podría pensarse, solo debería ser introducida por aquellos Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico o bien no prevé expresamente una cláusula general antiabuso

<sup>70</sup> Vid. a este respecto el esfuerzo argumentativo del juicio de relevancia desde la perspectiva del Derecho de la UE que se exige al tribunal nacional en la reciente STJUE de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15 (NSJ055412).

<sup>71</sup> El profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, se muestra crítico con la falta de regulación. A nuestro juicio, nuevamente, la jurisprudencia del TJUE debe servir para integrar las consecuencias materiales y procedimentales de la aplicación de la norma, aunque, coincidimos con él, en que una regulación expresa hubiera sido deseable.

<sup>72</sup> Vid. los párrafos 50 y 51 de la STJUE, *Weald Leasing*, C-103/09 (NFJ041103) o los párrafos 90 a 98, *Halifax*, C-255/02 (NFJ021677).

<sup>73</sup> El párrafo 93 de *Halifax*, con cita a *Emsland-Starke*, párrafo 56, indica lo siguiente: «Además, procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva no debe llevar a una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del IVA soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas» [énfasis añadido por nosotros].

(Letonia, Países Bajos, por ejemplo)<sup>74</sup>, o bien la cláusula existente no opera en el IS o ha sido delimitada de forma excesivamente estricta y resulta incompatible con el estándar de la directiva<sup>75</sup>, aunque todas las cláusulas antiabuso generales deben aplicarse con arreglo a la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de abuso allí donde la operación de que se trate está cubierta por el Derecho de la UE (o incluso en ámbitos no cubiertos si la cláusula opera por igual en relación con situaciones cubiertas y no cubiertas por el Derecho de la UE). Cabe plantearse, sin embargo, en el contexto específico de esta directiva, en relación con la cláusula general del artículo 6, si es necesario un desarrollo expreso de la misma o su transposición en la legislación española. Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE no requiere tal incorporación expresa, no obstante, a nuestro juicio, la misma sería conveniente por razones de seguridad jurídica: que el contribuyente conozca que los elementos del abuso del Derecho de la UE se han incorporado y se van a aplicar en el ordenamiento interno y si las divergencias con la práctica nacional en la materia resultan de una aplicación del artículo 3 de la directiva o, por el contrario, de una falta de adecuación del ordenamiento nacional con el Derecho de la UE. Es cierto que en nuestro ordenamiento la inclusión de un concepto de abuso que afecte solo al IS conduciría a una mayor confusión (los perfiles entre la simulación, el fraude de ley y la calificación de los arts. 16, 15 y 13 de la LGT ya son suficientemente borrosos como para incluir otro nuevo concepto)<sup>76</sup>, pero no lo es menos que estamos ante una oportunidad para reordenar la práctica administrativa de aplicación de estos preceptos y la jurisprudencia de los tribunales (también en relación con la jurisprudencia sobre el motivo económico válido). En cualquier caso, esta conclusión propia de la situación del ordenamiento interno no debe empañar el hecho de que el contribuyente necesita conocer si su ordenamiento incorpora el concepto de abuso de la directiva

<sup>74</sup> Respecto de estos países se plantea con particular importancia la cuestión del ámbito de aplicación temporal de la GAAR, de suerte que ya se ha planteado la posibilidad de aplicar tal cláusula antiabuso en relación con la comprobación de ejercicios fiscales del IS anteriores a la aprobación de la Directiva ATAD.

<sup>75</sup> En este orden de cosas, debe ponerse de relieve como la GAAR establecida por la Directiva ATAD es más amplia que un buen número de cláusulas antiabuso establecidas en la legislación interna de los Estados miembros, lo cual puede requerir ya la articulación de una nueva cláusula (solución más acorde con la seguridad jurídica), ya una interpretación conforme con el artículo 6 de la Directiva ATAD y la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas fiscales abusivas. A este respecto, se han suscitado dudas sobre si la configuración de la GAAR del artículo 6 de la directiva (construida a partir de un test de «propósitos principales») resulta compatible con el test de «montajes puramente abusivos o totalmente artificiales» derivado de la jurisprudencia del TJUE (GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *op. cit.* pág. 20).

<sup>76</sup> El profesor GARCÍA PRATS, conferencia de la Universidad de Cádiz, con acierto criticó que la inclusión de una nueva cláusula antiabuso de aplicación general en el IS puede generar más confusión si se añade a los estándares de nuestra LGT cuyos perfiles son muy borrosos, sobre todo, en la práctica aplicativa e interpretativa de la Administración y la jurisprudencia.

o si se está optado por un concepto diferente sobre la base del artículo 3 y si tal opción resulta admisible, lo cual nos hace decantarnos por la necesidad de una reforma legislativa en España que traslade expresamente a nuestro ordenamiento del citado artículo 6 de la Directiva ATAD, a través de una nueva reforma del artículo 15 de la LGT, no creando una nueva cláusula general a añadir a este. La transposición expresa es, a nuestro juicio, la opción más compatible con la propia finalidad de introducir un concepto común de abuso y con los principios de seguridad jurídica y certeza<sup>77</sup>. Como *second best*, posiblemente menos rupturista con nuestra tradición legislativa en materia de cláusulas frente a negocios anómalos codificada en la LGT, cabría plantear una reforma que pasara por la introducción en el IS y el IRNR de una GAAR simétrica siguiendo el patrón del artículo 6 de la Directiva ATAD, eliminando paralelamente las cláusulas antiabuso generales recogidas en la legislación del IS e IRNR que afectan a regímenes derivados de la implementación de las Directivas UE de Fusiones, Matriz-Filial e Intereses y Cánones. De esta forma se podría lograr el objetivo de incorporar la regulación uniforme y común antiabuso recogida en la Directiva ATAD afectando transversalmente a todas las medidas conectadas con el IS y con los ámbitos armonizados del IRNR, logrando mayor seguridad jurídica, aunque eso sí renunciando al objetivo de alinear la regulación de la LGT con la jurisprudencia del TJUE sobre prevención de prácticas fiscales abusivas, lo cual, como se indicó más arriba, ocasionará confusión en un ámbito ya de por sí problemático.

- A nuestro juicio, la cláusula se aplicará tanto en relación con la normativa interna como en conexión con los CDI firmados por España: la legislación interna antiabuso forma parte del contexto en relación con el que los CDI se aplican en nuestro país, por lo que nada impide que el estándar de ese contexto, en relación con las personas sujetas al IS o el IRNR a las que la directiva afecta, esté formado también por el artículo 6 de la directiva y su cláusula general<sup>78</sup>.

### 3.2.4. La norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (régimen de transparencia fiscal internacional) (arts. 7 y 8 de la Directiva ATAD)

El objetivo político de esta medida reside en hacer tributar en sede del IS del accionista comunitario de entidades residentes en jurisdicciones de baja tributación. Un régimen de TFI puede

<sup>77</sup> En relación con la modificación de la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial, WEBER: («The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *op. cit.*, págs. 103-104) se pronunció en este sentido. Los mismos argumentos son trasladables, a nuestro juicio, al artículo 6 de la Directiva ATAD.

<sup>78</sup> A una conclusión parecida llegó el profesor WEBER en relación con la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial (WEBER: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *op. cit.*, págs. 104-105).

neutralizar un buen número de esquemas de planificación fiscal a través de estructuras intermedias situadas en jurisdicciones de conveniencia, pero también puede generar un buen número de casos de doble imposición y afectar de forma negativa al marco de inversión extranjera establecido por determinados países que pretenden servir de plataforma de negocios internacionales. En este sentido, la articulación de una medida de este tipo no es neutral sino que, dependiendo de su alcance, hay países ganadores y perdedores<sup>79</sup>. Precisamente por ello, la negociación del régimen de TFI de la Directiva ATAD fue compleja, tanto desde el plano técnico como político, al igual que aconteció en el marco de los debates que tuvieron lugar en el marco de la Acción 3 de BEPS, cuyo informe final dejó abiertas tantas cuestiones y elementos del régimen de TFI que hacen que este informe pueda ser considerado como el menos útil en términos de coordinación internacional de la política legislativa a los efectos de la implementación de tal régimen<sup>80</sup>.

Esta centralidad de la cláusula de TFI en el marco de la Directiva ATAD motivó, como ya hemos anticipado, que un cierto número de Estados miembros plantearan objeciones en relación con su configuración y alcance, las cuales fueron superadas por la vía de dejar un amplio margen de maniobra a los Estados miembros sobre el modelo de régimen de TFI que deben implementar; así, se han establecido dos grandes modelos uno basado en el «enfoque por categorías» y otro en el «enfoque por sustancia» que en términos aplicativos, tanto desde la perspectiva de la Administración como de los contribuyentes, resultan muy dispares siendo mucho más exigente en términos de carga de la prueba de la sustancia el segundo enfoque. Igualmente, cabe señalar que la directiva fija un umbral de tributación efectiva que desencadena la aplicación del régimen de TFI, de forma que puede ser distinto o variar dependiendo del Estado miembro de que se trate y de la aplicación específica de su normativa del IS sobre el contribuyente de que se trate en función del diferencial fiscal que resulte de la tributación en destino (*host country*), esto es, en el Estado miembro o tercer país en el que está establecida la sociedad extranjera controlada o el EP.

Cabe observar como la Directiva ATAD no termina de cumplir uno de sus principales objetivos que pasa por coordinar a nivel UE la regulación de los Estados miembros en relación con la protección mínima frente a esquemas artificiales de erosión y transferencia de beneficios a jurisdicciones de baja tributación, ya que cada Estado miembro puede graduar de forma sustantiva el alcance del principal instrumento antielusión fiscal que establece la directiva. Si existía un interés de la UE en la aprobación de la Directiva ATAD, derivaba precisamente de la eliminación de las distorsiones derivadas de distintos enfoques y prácticas nacionales antielusión fiscal corporativa, de manera que las asimetrías que permite la directiva permite que surjan en relación

<sup>79</sup> Téngase en cuenta a este respecto que actualmente tan solo una minoría de Estados miembros ha establecido un régimen de TFI/CFC (Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Polonia, Portugal, Suecia, España, Hungría y Reino Unido), existiendo muchas diferencias entre las distintas regulaciones domésticas.

<sup>80</sup> La delegación del Reino Unido ejerció una importante presión para la inclusión del régimen de TFI en la directiva, al considerar que la falta de una normativa de este tipo en los otros Estados miembros generaba una «desventaja competitiva» para los países que sí habían introducido este régimen (CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 503).

con su principal medida antielusión fiscal resulta criticable y pone en duda el propio fundamento de la medida<sup>81</sup>. En este sentido, podría decirse que el régimen de TFI de la Directiva ATAD reproduce en gran medida y está, por tanto, alineado con el Informe Final de la Acción 3 de BEPS, por lo que se refiere a los modelos, alternativas y opciones que contempla. Por otra parte, al referenciar la cláusula de TFI a la imposición del Estado de residencia de la entidad que controla la filial o EP transparentados se introduce un elemento de competencia fiscal que puede llevar a constituir entidades matrices allí donde el efecto de la cláusula sea menor, por ser inferior el tipo de gravamen efectivo del IS del Estado donde resida la matriz (Hungria, por ejemplo, acaba de anunciar un tipo de imposición nominal del 9% para su IS aplicable en 2017 y cabe también pensar que el Reino Unido baje su IS (fijado en el 17% para el año 2017), aunque, en este caso, como elemento de atracción post-*brexít*). De esta forma, podrían llegar a reproducirse en la UE los problemas asociados a las operaciones de *Corporate Inversions* que han llevado a cabo un buen número de matrices de MNE norteamericanas como reacción frente a la falta de competitividad fiscal del marco regulatorio de EE. UU.<sup>82</sup>

Así las cosas, la directiva prevé en su artículo 7 que los Estados miembros tratarán como entidad transparente (sociedad extranjera controlada) a las entidades o EP cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o resulten exentos cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) En el caso de una entidad, cuando el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, posea una participación directa o indirecta de más del 50% en los derechos de voto, o posea directa o indirectamente más del 50% del capital o tenga derecho a percibir más del 50% de los beneficios de dicha entidad.
- b) El IS efectivamente pagado sobre sus beneficios por parte de la entidad o del EP de que se trate sea menor que la diferencia entre el IS que se habría aplicado a dicha entidad o EP en virtud del sistema del IS aplicable en el Estado miembro del contribuyente y el IS efectivamente pagado sobre sus beneficios por la entidad o EP de que se trate (tributación inferior al 50% de la imposición en residencia accionista de control)<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Algunos destacados autores como el profesor F. VANISTENDAEL han puesto de relieve como este conjunto de iniciativas presentadas por la Comisión durante 2015 y 2016 no promueven el interés general de la UE a los efectos de reforzar la aplicación de los Tratados en el sentido previsto en el artículo 17 del TFUE, sino que tienen como finalidad la protección de las bases imponibles de los Estados miembros, lo cual no constituye un objetivo de la UE, sino una causa de justificación (sometido a un test de coherencia y proporcionalidad) de medidas fiscales restrictivas de libertades fundamentales (VANISTENDAEL, F.: «A World Full of Challenges, Part 2: the Tax Details», *TNI*, May 23, 2016, págs. 797 y ss.).

<sup>82</sup> *Vid.* SOLOMON, E.: «Corporate Inversions: A Symptom of Larger Tax System Problems», *TNI*, vol. 67, 2012, págs. 1.203 y ss.

<sup>83</sup> El artículo 7.1 b) *in fine* de la Directiva ATAD indica que a estos efectos: «el establecimiento permanente de un sociedad extranjera controlada que no esté sometida a imposición o esté exenta de impuestos en el territorio fiscal de la sociedad extranjera controlada no se tendrá en cuenta. Además, el impuesto sobre sociedades que se hubiera aplicado en el Estado miembro del contribuyente se considerará calculado de conformidad con las normas del Estado



En primer lugar, es preciso remarcar que la referencia son los tipos de imposición efectivos y no nominales exigibles en los distintos Estados en sede de IS<sup>84</sup>. Nótese que la Directiva ATAD omite cualquier referencia a un tipo de gravamen o un umbral de tributación mínima como consecuencia de la petición del algunos Gobiernos (particularmente de Irlanda y Reino Unido) de dejar claro que la fijación de los tipos de gravamen es competencia exclusiva de los Estados miembros<sup>85</sup>. No obstante, cabe señalar que los Estados miembros pueden fijar un umbral de tributación mínimo más estricto (más alto) que el recogido en el artículo 7.1 de la Directiva ATAD<sup>86</sup>, de suerte que la observación de la legislación de los (14) Estados miembros que regulan un régimen de TFI revela cierta dispersión en lo que se refiere a tal umbral de suerte que el umbral más alto del 75% lo han establecido Reino Unido, Dinamarca y España, y el más bajo del 50% lo han articulado Francia, Alemania, Grecia o Hungría<sup>87</sup>.

En relación con la renta que resulta «transparentable» con arreglo a la normativa de TFI se establecen dos sistemas alternativos que podrían emplearse por los Estados miembros para determinar tal imputación en la base imponible del contribuyente residente en su territorio:

A) *Sistema de lista de categorías de renta (art. 7.2 a) de la Directiva ATAD)*

Las rentas no distribuidas de la entidad o del EP que se deriven de las siguientes categorías («enfoque por categorías de renta»)<sup>88</sup>:

- Intereses u otras rentas generadas por activos financieros.
- Cánones u otras rentas generadas por propiedad intelectual e industrial.

---

miembro del contribuyente». Esta previsión trata de evitar la combinación de los tipos de gravamen efectivos de la casa central y del EP, a efectos de poder excluir la aplicación del régimen de TFI. Una recomendación similar se encuentra en el para. 71 del Informe Final BEPS Acción 3.

<sup>84</sup> En relación con el cómputo de la imposición societaria efectiva se plantea el problema de la toma en consideración de las figuras impositivas complementarias (IS o equivalente exaccionados por entes locales) y recargos, de suerte que por ejemplo en Alemania el tipo de gravamen nominal del IS es el 15% pero el impuesto local (*Gewerbesteuer*) y el recargo de solidaridad se exaccionan sobre el beneficio empresarial. A este respecto, algunos autores consideran que afectos de evitar resultados arbitrarios, el cálculo de la imposición efectiva debe realizarse excluyendo del cómputo la aplicación de determinados créditos fiscales de otros ejercicios (*carryback/forward* de pérdidas, intereses, etc.). (*Vid.*, JOCHIMSEN Y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», pág. 1.101).

<sup>85</sup> RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>86</sup> Véase el para. 12 de la memoria justificativa de la Directiva ATAD.

<sup>87</sup> ZEW: *The Impact of Tax Planning on forward-looking effective tax rates*, WP EU Commission, n.º 64, 2016, pág. 59.

<sup>88</sup> El *entity approach* y la lista de categorías de renta sujetas a TFI coincide con la recogida en el Informe Final de la Acción 3 de BEPS (paras. 76-80 y 95-97).

- Dividendos y rentas procedentes de la enajenación de acciones.
- Rentas procedentes del arrendamiento financiero.
- Rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras.
- Rentas procedentes de la facturación de sociedades que perciben ingresos por ventas y servicios comprados y vendidos a empresas asociadas, añadiendo un valor económico escaso o nulo.

Los Estados miembros excluirán la aplicación del régimen de TFI derivado del «enfoque por categorías de renta» cuando la sociedad extranjera controlada lleve a cabo una «actividad económica de importancia», según la directiva, «basada en una plantilla, equipamiento, bienes e instalaciones de los que darán fe los hechos y circunstancias pertinentes<sup>89</sup>, aunque los Estados miembros podrán no aplicar este enfoque (más blando) cuando se trate de entidades domiciliadas en un país tercero no miembro del EEE. Es decir, el enfoque por categorías también constituye un enfoque de sustancia pero definido o configurado de forma más laxa que el segundo enfoque antes enunciado.

Además, cuando apliquen el «enfoque por categorías», los Estados miembros podrán no considerar a una entidad como sociedad extranjera controlada si un tercio o menos de las rentas de la entidad o EP pertenecen a alguna de las categorías antes mencionadas; así como no considerar como sociedades extranjeras controladas a las sociedades financieras si un tercio o menos de las rentas de la entidad derivadas de las categorías previstas proceden de transacciones con el contribuyente o con sus empresas asociadas.

Lo cierto es que este enfoque y sus excepciones plantean varias dificultades:

1. No está claro qué añade al enfoque de precios de transferencia derivado de las Acciones 8-10 del Plan BEPS sobre las que opera la directiva cuando, en realidad, las normas de TFI deben configurarse como un complemento de las normas de precios de transferencia que facilite la actividad de la administración en casos donde el enfoque de precios no sea deseable (en este supuesto, da la impresión de que la prueba de sustancia en términos de precios de transferencia podría servir para interpretar la excepción a la aplicación de las normas de TFI lo que no resulta plenamente compatible con el objetivo intrínseco de estas disposiciones)<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Los Estados miembros y los contribuyentes deben cooperar a los efectos de fijar los hechos y circunstancias relevantes de cara a aplicar la concurrencia de la actividad económica sustantiva. Asimismo, la directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros puedan elaborar listas blancas, grises o negras respecto de países terceros a los efectos de la aplicación de su régimen de TFI. Véase el para. 12 de la Directiva ATAD.

<sup>90</sup> Lo cierto es que la normativa de TFI únicamente debería proyectarse sobre estructuras de baja o nula funcionalidad que apenas pueden ser susceptibles de una imputación de beneficios significativa con arreglo al estándar de precios

2. La compatibilidad de este enfoque con la libre circulación de capitales o incluso con las normas de ayudas de estado puede ser puesta en entredicho, ya que las entidades de terceros Estados no se sitúan en igualdad de condiciones con otras de la UE y del EEE incluso cuando tienen sustancia y realidad económica suficiente. Cabe argumentar que el control requerido de la entidad hace que no se aplique la libre circulación de capitales pero habrá que tener en cuenta que, allí donde el control sea debido a la adquisición de productos financieros, sí que podría jugar esta libertad (*vid.* la Sentencia del TJUE en la sentencia de 13 de noviembre de 2014, *Comisión/Reino Unido*, C-112/14, aunque está referida a un umbral muy inferior en la legislación nacional de participación en relación con el que regula la norma de la UE sobre TFI)<sup>91</sup>. Por otra parte, recuérdese a estos efectos la política de la UE de añadir cláusulas sobre buena gobernanza que pueden ser similares a las disposiciones sobre ayudas de estado del TFUE y que ahora pueden ser activadas contra la UE por países que se vean afectados por la norma UE de TFI (*v. gr.* Suiza). Se trata de un tema que, a buen seguro, generará controversias en el futuro.
3. La aplicación de un régimen de TFI en relación con entidades que obtengan una amplísima categoría de rentas (dividendos, plusvalías accionariales, cánones de propiedad intelectual e industrial), sin clarificar siquiera mínimamente a través de ejemplos o una guía interpretativa de casos donde se considera que sí media sustancia mínima suficiente para excluir la aplicación del régimen antielusión, puede generar un buen número de casos de aplicación indebida o excesiva de la normativa de TFI, lo cual va en contra de los objetivos del mercado interior y de las libertades fundamentales del TFUE.

*B) Sistema de cláusula general relativo a rentas derivadas de esquemas no genuinos (artificiales) implementados con el propósito esencial de obtener una ventaja fiscal (art. 7.2 b) de la Directiva ATAD)*

Con arreglo a este modelo transaccional (inspirado en la legislación británica de TFI), las rentas no distribuidas de la entidad o EP derivadas de mecanismos falseados que se han estable-

---

de transferencia derivado de las Acciones 8-10 de BEPS, lo cual pone en tela de juicio la proporcionalidad de esta medida y la observancia del principio de subsidiariedad. De esta forma, la aplicación de los estándares definidos en las Acciones 8-10 y 6 de BEPS en relación con entidades *holdings*, financieras, IP *companies*, etc., constituyen medidas suficientes para prevenir el uso impropio de las mismas a efectos de planificaciones fiscales artificiales. En el mismo sentido, *vid.* JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*, pág. 1.102.

<sup>91</sup> En relación con la jurisprudencia del TJUE sobre el régimen de TFI puede consultarse el estudio y la bibliografía citada en CALDERÓN: «Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso *Olsen*», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, enero 2015, págs. 165-205.

cido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal («enfoque por sustancia») quedan capturadas por este régimen de imputación<sup>92</sup>. Se considerará así cuando la entidad o EP no poseyera los activos o no hubiera asumido los riesgos que generan una parte o la totalidad de su renta si no estuviera controlada por una sociedad en la que las personas influyentes/significativas ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada. Los criterios que permiten la aplicación de este «enfoque por sustancia» se han configurado de forma vaga y muy abierta, de manera que las autoridades fiscales nacionales ostentan un amplio margen de maniobra para su desarrollo y aplicación a nivel interno. La aplicación de este modelo transaccional de TFI puede generar un buen número de controversias entre las autoridades fiscales y los contribuyentes, tanto sobre sus presupuestos de aplicación como sobre la cuantificación de la renta a integrar en la base imponible de la entidad matriz o de otras entidades vinculadas. Lógicamente, los Estados miembros que opten por este modelo ostentan mayor margen de maniobra respecto de situaciones extracomunitarias, pero en todo caso la aplicación de este régimen debe hacerse de forma compatible con los CDI y el principio de plena competencia y el propio Derecho de la UE. En realidad, no está claro nuevamente tampoco aquí qué añade este enfoque (más allá de una inversión de la carga de la prueba) con respecto a las reglas de imposición a precios de mercado derivado de las Acciones 8-10 de BEPS y cuyo efecto está basado en vincular la atribución de beneficios a un control real (no legal) de activos, funciones y, sobre todo, riesgos. Tampoco está claro si este enfoque añade algo en relación con el artículo 6 (cláusula general antiabuso) o incluso si sus parámetros son paralelos o, más bien, diversos (a nuestro juicio, la interpretación paralela es la más correcta).

Por otra parte, cuando se aplique el «enfoque por sustancia», los Estados miembros también podrán optar por no aplicar el régimen de transparencia a las entidades o EP (*small CFCs exemption*) con beneficios contables no superiores a 750.000 euros o ingresos no comerciales no superiores a 75.000 euros, o cuyos beneficios contables no representen más del 10% de sus gastos de explotación durante el periodo impositivo (con ciertas limitaciones relativas a los gastos de explotación que la directiva específica).

El artículo 8 de la directiva establece una serie de reglas relativas al cómputo de la renta de las entidades que caen en el ámbito del régimen de TFI<sup>93</sup>. El cómputo de la renta objeto de imputación vía TFI resulta distinto dependiendo del modelo por el que adopte el legislador de

<sup>92</sup> El Informe Final BEPS Acción 3 contempla igualmente este enfoque de sustancia (paras. 81-86 y 95-97).

<sup>93</sup> A este respecto se ha criticado que la Directiva ATAD, a diferencia de la Acción 3 de BEPS, no contemple la imputación del impuesto extranjero indirecto que ha podido gravar los beneficios de la sociedad controlada, allí donde se ha aplicado otro régimen de TFI en relación con una entidad intermedia controlada por la primera, de suerte que tal doble imposición resultaría contraria a los propios objetivos de la directiva y el buen funcionamiento del mercado interior (BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*). Las posibilidades de aplicación concurrente de un régimen de TFI sobre la misma renta se intensificarán ya que la Directiva ATAD obliga a implementar un régimen de TFI, pero permite a los Estados miembros optar por dos modelos y diferentes alternativas.

cada Estado miembro. Así, el modelo de TFI basado en el «enfoque de categorías» resulta similar al previsto en el artículo 100 de la LIS, en tanto que el modelo de transparencia que pivota sobre el «enfoque de sustancia» se construye sobre la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length*) y puede traer consigo un simultáneo ajuste de precios de transferencia en relación con la atribución de beneficios a la *controlling company* (también el enfoque con categorías, como apuntamos más arriba, tiene, especialmente en las cláusulas de excepción, una intensa conexión con un enfoque de precios de transferencia). Ni que decir tiene que, más allá del ámbito de aplicación de la norma de TFI, la aplicación de la regulación de precios de transferencia de cada Estado miembro (alineada o no a las Acciones 8-10 de BEPS) resulta compatible con la Directiva ATAD, tal y como se indica en el para. 14 de la memoria justificativa de la directiva, aunque tal aplicación debe realizarse de forma compatible con el derecho y jurisprudencia del TJUE en la materia. Como hemos expuesto, sin embargo, no está claro qué añaden los dos modelos de normas de TFI a las reglas de precios derivadas de las Acciones 8-10 de BEPS, lo cual puede hacer que su utilidad y complementariedad con las mismas sea cuestionable y cuestionada, incluso desde la perspectiva de su alineamiento con la (vaga) Acción 3 del Plan BEPS de la OCDE.

Llama la atención en los artículos 7 y 8 que se admiten solapamientos de normas sobre TFI de los distintos Estados miembros, sin que se aporte ninguna solución sobre los potenciales problemas o divergencias aplicativas e interpretativas que pudieran surgir y que pueden traer consigo dobles o triples imposiciones por falta de coordinación fiscal afectando negativamente al clima de inversión en el mercado interior<sup>94</sup>. Por ejemplo, si una matriz española participa en una entidad alemana que, a su vez, controla una entidad húngara, cabe que tanto Alemania como España apliquen su norma sobre TFI y que ambas jurisdicciones traten de atraer los beneficios de la entidad húngara hacia sus sociedades con sus normas de TFI. Una interpretación alternativa podría llevar a considerar que España debe tener en cuenta las normas alemanas sobre TFI ya que estas mismas determinarán que Alemania integre el beneficio de la sociedad húngara en su base imponible. No obstante, tal ejercicio sirve para tomar la decisión de si la entidad alemana es transparente desde la perspectiva española pero no en conexión con la entidad húngara por lo que los beneficios de la misma pueden terminar tributando al mismo tiempo en Alemania y España. La directiva debería haber resuelto este conflicto y, sin embargo, ni lo ha hecho ni se sabe bien cómo se podrá resolver (una regla de control último a modo de la que se establece en relación con el CbCR de la Acción 13 de BEPS podría haber resuelto estos problemas).

Lógicamente, el potencial impacto que puede tener la aprobación de la Directiva ATAD sobre el régimen español de TFI del artículo 100 de la LIS dependerá de un conjunto de factores, particularmente, de la propia posición de política tributaria que adopte el legislador nacional dentro de tal marco. No obstante, hay aspectos del régimen de TFI español que requieren en todo caso ser modificados (*v. gr.* inclusión en su ámbito de aplicación de los EP situados en el extran-

<sup>94</sup> Vid. JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*, pág. 1.101.

jero o una mejora de la redacción del «puerto seguro UE» recogido en el apartado 16 del art. 100 de la LIS en línea con lo previsto en el art. 7.2 a) de la Directiva ATAD<sup>95</sup>.

### 3.2.5. La cláusula de neutralización de las asimetrías híbridas (art. 9 de la Directiva ATAD)

De acuerdo con el preámbulo de la directiva (para. 13), las asimetrías híbridas que se pretenden capturar y neutralizar a través de esta regulación mínima se deben a diferencias en la calificación jurídica de pagos (instrumentos financieros) o entidades, que surgen en el contexto de la interacción entre los ordenamientos de dos (o más) jurisdicciones. La definición de asimetría híbrida afectada por la directiva, no obstante, se contiene en el artículo 2.9, aunque la misma no resulta completa (*v. gr.* no se define qué es un «mecanismo estructurado») y cabe probablemente pensar en la función integradora que la Acción 2 de BEPS puede ejercer sobre esta definición.

Ciertamente, la directiva recoge dos cláusulas configuradas de forma muy abierta y basadas en la Acción 2 de BEPS, con el objetivo de neutralizar los efectos fiscales de los esquemas o asimetrías híbridas que aprovechan las diferencias de trato fiscal de una entidad o instrumento sometido a la legislación de dos o más Estados miembros para lograr una deducción de la renta en uno de los Estados sin inclusión en la base imponible del otro Estado. No obstante, la cláusula antiasimetrías híbridas recogida en el artículo 9 de la Directiva ATAD resulta más sencilla que las distintas fórmulas recogidas en el Informe Final de la Acción 2 de BEPS y, además, limita su aplicación a situaciones internas de la UE, quedando extramuros de este marco mínimo las situaciones que afectan a países terceros (y las asimetrías indirectas que afectan a Estados miembros y países terceros)<sup>96</sup>, que se regularán en las nuevas propuestas de directiva que la Comisión ha planteado a estos efectos y son objeto de estudio y desarrollo también en el grupo del Código de Conducta de la UE.

La cláusula frente asimetrías híbridas establece que:

- En la medida en que una asimetría híbrida (en los términos definidos en la directiva) resulte, de forma directa, en una doble deducción, la deducción será concedida únicamente en el Estado miembro donde tal pago tiene su fuente.
- En la medida en que una asimetría híbrida (en los términos definidos en la directiva) resulte, de forma directa, en una deducción sin inclusión, el Estado miembro del pagador denegará la deducción de tal pago.

<sup>95</sup> En relación con el impacto de la Directiva ATAD sobre el régimen español de TFI, algunos destacados autores, como SANZ GADEA, han puesto de relieve el carácter central de la cláusula de sustancia como criterio determinante para una adecuada imputación de la renta, lo cual podría aconsejar un desarrollo de la misma de forma más alineada con la referida directiva y la jurisprudencia del TJUE; igualmente, SANZ GADEA, advierte del carácter secundario de la normativa de TFI respecto de la de precios de transferencia, lo cual termina asignando a esta un carácter residual (SANZ GADEA, E.: «La Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional», *op. cit.*, págs. 21-22).

<sup>96</sup> BHOGAL: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*, págs. 881 y ss.

Por tanto, cuando la asimetría híbrida dé lugar a la doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago, mientras que si da lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente. Como hemos puesto de manifiesto en otro lugar, la segunda de estas cláusulas complementa el enfoque sobre híbridos de esta norma y contribuye a alinearla con la Acción 2 del Plan BEPS<sup>97</sup>. Esto es, el artículo 9 de la Directiva ATAD regula la denominada «norma primaria» que estaba ausente en la normativa sobre híbridos de la Directiva Matriz-Filial, que solo contenía una «norma secundaria» (de eliminación de la exención en el Estado de residencia del perceptor de la renta que había sido deducida en sede de la entidad pagadora). La regulación de la UE, por tanto, se proyecta sobre supuestos de doble deducción y de deducción y no inclusión derivados, de forma directa, de una diferente calificación jurídica de instrumentos financieros y entidades, de manera que en este último caso se denegaría la deducción si no se verifica el correspondiente efecto fiscal derivado de la inclusión de tal renta en el otro Estado miembro. La cláusula antihíbridos, por tanto, es potencialmente aplicable a un buen número de asimetrías como instrumentos de deuda/fondos propios, repos, *group contributions*, *silent partnerships*, en tanto que otros mecanismos calificados como «híbridos institucionales» como el *notional interest deduction* belga (y de otros países) quedarían fuera de su ámbito de aplicación puesto que no media «pago» alguno<sup>98</sup>. En todo caso resulta evidente su impacto sobre el sector financiero, al margen de que la utilización de estos instrumentos financieros esté justificado por razones regulatorias más allá de las consideraciones fiscales<sup>99</sup>.

Asimismo, respecto de la regla de deducción y no inclusión se ha planteado, por un lado, la cuestión de la interpretación (estricta o amplia) de tal regla en el sentido de si una mínima tributación de la renta en el Estado miembro del perceptor (*one cent of taxes*) serviría para excluir la aplicación de la regla primaria y, por otro, si tal regla resulta compatible con la jurisprudencia del TJUE que admite las asimetrías fiscales de manera que la deducción (e incluso la exención) en un Estado y la no tributación de la renta en otro en sí misma no es abusiva y de resultar discriminatoria plantearía problemas de Derecho de la UE<sup>100</sup>. Asimismo, cabe señalar igualmente la indeterminación por falta de definición en la directiva de uno de los presupuestos de la cláusula relativo a la diferencia de calificación del instrumento financiero/entidad, de suerte que no resulta claro qué tipo de diferencias resultan significativas a estos efectos o si por el contrario

<sup>97</sup> Vid. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.) CISS, Valencia, 2016, págs. 1.009 y ss.

<sup>98</sup> BUNGAARD, J. y SCHMIDT, P.: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.*

<sup>99</sup> FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*, pág. 5.

<sup>100</sup> FINET, J.: «Hybrid Mismatch Rules Expected to Raise Issues for CJEU», *TNI*, October 17, 2016, pág. 244; y BUNGAARD, J.: «Hybrid financial instruments and Primary EU Law Part I and II», *European Taxation*, 2013, págs. 539 y ss. y 587 y ss. A este respecto cabe poner de relieve como, por ejemplo, el TJUE en su Sentencia de 13 de julio de 2016, *Brisal*, C-18/15 (NFJ063337), indicó que el mero riesgo de doble deducción no constituye una causa de justificación que resulte suficiente respecto de una discriminación contraria a la libre prestación de servicios.



únicamente hay que atender a aquellas que determinan la consecuencia que se trata de neutralizar (doble deducción/deducción y no inclusión). El mismo comentario es extensivo a la cuestión de la determinación del «Estado de la fuente» en relación con un instrumento financiero o entidad, dado que los pagos, deducciones o pérdidas legalmente se asocian a una entidad pero a efectos fiscales pueden ser imputados o imputables total o parcialmente a un EP o a una entidad transparente; como quiera que la regla de deducción o exclusión de la deducción corresponde al Estado de la fuente y la identificación de este puede no resultar clara podrían plantearse casos de doble imposición y de doble deducción<sup>101</sup>.

En relación con la normativa española sobre híbridos, cabe poner de manifiesto como existiendo varias normas (arts. 15 j), 21.2.3.º y 32.2.2.º de la LIS) que combaten los efectos de rentas de naturaleza híbrida, podría ser necesaria una modificación de la ley para incorporar los efectos previstos en el artículo 9 de la directiva respecto de entidades híbridas o de algunos tipos de híbridos o estructuras no claramente comprendidos en la norma española<sup>102</sup>. La norma española recogida en el artículo 15 j) de la LIS pivota sobre la calificación fiscal en lugar de la calificación jurídica (con efectos fiscales) y emplea un concepto de entidad vinculada que no resulta totalmente coincidente con el de empresa asociada que utiliza la Directiva ATAD, y también contiene algún exceso (v. gr. la vinculación de su aplicación con un tipo de nominal de IS en el Estado del receptor) con respecto a la cláusula de la directiva o el Plan BEPS que no está claro si será compatible con esta a la luz del artículo 3 (la compatibilidad con el Derecho primario de la UE de esta cláusula es también dudosa). Aunque el artículo 15 j) de la LIS permite una interpretación que comprende los instrumentos financieros y entidades híbridas, la cláusula del artículo 9 de la Directiva ATAD se configura de forma más amplia incluyendo todo tipo de situaciones de «doble deducción» y de «deducción y no inclusión» generadas por diferente calificación jurídica a efectos fiscales, más allá de operaciones entre empresas asociadas (al comprender «mecanismos estructurados entre participantes de distintos Estados miembros» que no sean *institutional hybrids* como el *notional interest deduction* de Bélgica)<sup>103</sup>.

En este mismo orden de cosas, cabe señalar como el Ecofin, en su reunión de 17 de junio de 2016<sup>104</sup>, mostró su adhesión a la guía aprobada por el Grupo del Código de Conducta en materia de fiscalidad empresarial sobre las medidas a adoptar por los Estados miembros frente a establecimientos permanentes híbridos situados en países terceros en relación con situaciones de

<sup>101</sup> Vid. JOCHIMSEN y IMSCHWEILER: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *op. cit.* pág. 1.103.

<sup>102</sup> Sobre el impacto de la Acción 2 de BEPS en el IS español, véanse las interesantes consideraciones realizadas por CONCHA CARBALLIDO: «Acción 2: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos», Fundación Impuestos y Competitividad, octubre, 2016.

<sup>103</sup> GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *op. cit.*, pág. 17.

<sup>104</sup> Council conclusions on the Code of Conduct (Business Taxation), FISC 106, Ecofin 635, 17 June 2016, 10459/16,

doble no imposición o doble deducción de gastos/pérdidas; la OCDE, en el marco del Proyecto BEPS, está elaborando un informe sobre esta misma materia con el objeto de adoptar una recomendación al respecto<sup>105</sup>. De hecho, algunos países como EE. UU. (véase la cláusula frente a estructuras triangulares a través de EP recogida en el *US Treasury Model*, February 2016, y el *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS/MLI*)<sup>106</sup> ya están incorporando en sus CDI cláusulas, como la negociada en el marco del protocolo 2016 con Luxemburgo, que limitan la utilización de tales convenios para articular esquemas de doble no imposición a través de estructuras triangulares, aunque tales medidas no quedan circunscritas a casos de EP híbridos<sup>107</sup>. Igualmente, tampoco puede dejar de señalarse como la Comisión, a través de su decisión de 6 de junio de 2016 de apertura de un procedimiento de ayudas de estado en el caso *McDonalds*, ha construido la fundamentación del inicio del procedimiento sobre la potencial existencia de ayuda de estado fiscal sobre la base de una interpretación de los CDI que excluyente de los mismos casos de doble no imposición como los que resultan de EP híbridos, aunque tal enfoque ni se ha desarrollado con carácter general (sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto), ni ha sido confirmado o validado por los tribunales europeos<sup>108</sup> e incluso, se puede decir, su compatibilidad con el propio artículo 107 del TFUE resulta más que discutible.

Finalmente, debe mencionarse como la Comisión, el 25 de octubre de 2016, presentó una propuesta de directiva dirigida a modificar la Directiva ATAD para neutralizar la utilización de «asimetrías híbridas» por entidades de la UE en relación con operaciones o situaciones con países terceros<sup>109</sup>. Esta propuesta viene a dar cumplimiento al mandato del Ecofin que, con motivo de la aprobación de la Directiva ATAD, solicitó la presentación de esta propuesta en términos consistentes y no menos efectivos que las reglas recomendadas por la OCDE en su Informe Final sobre la Acción 2 de BEPS, con el objetivo de aprobar las nuevas medidas antes del final del año 2016, de manera que fueran aplicables a partir de 1 de enero de 2019, esto es, de forma simultánea las normas nacionales de transposición del artículo 9 de la Directiva ATAD.

La propuesta de directiva presentada por la Comisión (ATAD 2) no solo implica la proyección de las normas (de la UE) antihíbridos sobre situaciones («extra-UE») que tengan lugar con países terceros (e impliquen dobles deducciones o doble no imposición), sino que la superación de la cláusula frente a asimetrías híbridas que contiene la Directiva ATAD resulta igualmente de

<sup>105</sup> OECD, BEPS Action 2, *Branch Mismatch Structures* (Public Discussion Draft 22 August 2016).

<sup>106</sup> El artículo 10 del MLI recoge una cláusula antiabuso para establecimientos permanentes situados en países terceros que sigue el Informe Final de la Acción 6 de BEPS.

<sup>107</sup> US Department of the Treasury Office of Tax Policy, *Bilateral Tax Treaty Negotiation between the US and Luxembourg*, June 22, 2016. *Vid.*, TANENBAUM: «The 2016 US Model Income Tax Treaty in Action: US-Luxembourg Protocol», 187 *DTR* J-1.

<sup>108</sup> *Vid.* HASLEHNER, W.: «The McDonald's State Aid case- The EU Commission Interprets a Tax Treaty», *Kluwertaxlaw blog.com*, 22 June 2016.

<sup>109</sup> COM(2016) 87 final.

considerar los tipos de asimetrías (indirectas) sobre las que se proyecta la nueva regulación propuesta. Así, mientras que la Directiva ATAD se proyecta únicamente sobre *hybrid entity mismatches* y *hybrid financial instrument mismatches*, la Directiva ATAD 2 contempla adicionalmente otras cuatro categorías de híbridos: a) *hybrid transfers*, b) *hybrid permanent establishment mismatches*, c) *imported mismatches*, y d) *dual resident mismatches*. El radio de alcance de las medidas antihíbridos recogido en esta propuesta de directiva es muy superior que el resultante de la Directiva ATAD 1, pudiendo afectar a un buen número de situaciones no abusivas de asimetrías fiscales relacionadas con instrumentos financieros (*PECs*, *MRPS*, *debt instruments stapled with an equity instrument*, *redemption of convertible debt instruments*)<sup>110</sup>, entidades híbridas (*US check-the-box rules*) e incluso afectando a la tributación de EP<sup>111</sup>, sin que, a diferencia de lo previsto en la Acción 2 de BEPS, se haya incluido salvaguarda alguna respecto de situaciones amparadas por los CDI de Estados miembros con países terceros. Nótese, no obstante, que el *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS/MLI* también recoge varias cláusulas en relación con asimetrías híbridas<sup>112</sup>.

### 3.2.6. Disposiciones finales de la Directiva ATAD

Las disposiciones finales de la directiva prevén que la Comisión presentará, a los cuatro años de la aplicación de la misma, un informe sobre esta, particularmente por lo que se refiere a la limitación de la deducibilidad de intereses, acompañándolo de las propuestas legislativas que estime oportunas.

Los Estados miembros deben adoptar antes del 31 de diciembre de 2018 las normas de transposición de la directiva, que entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2019. Sin embargo, se establecen dos reglas especiales referidas, en primer lugar, a la limitación de la deducción de intereses, en que como hemos visto los Estados miembros podrán, en su caso, aplicar sus disposiciones nacionales hasta como máximo el 1 de enero de 2024; y, en segundo lugar, a las disposiciones sobre imposición de salida, que deberán adoptarse antes del 31 de diciembre de 2019, entrando en vigor el 1 de enero de 2020.

<sup>110</sup> HELLEPUTTE y PIERON: «EU Commission's New Proposal Wreaking Havoc on Hybrids?», *Mayer Brown Legal Update*, 8 November 2016.

<sup>111</sup> En relación con determinadas asimetrías híbridas (doble deducción de gastos o casos de deducción y no inclusión) que afectan a EP (que son reconocidos tanto en el *home* como el *host country*), no puede dejar de destacarse como la falta de consenso internacional sobre el modelo de atribución de beneficios al EP (*AOA vs partial AOA*) en sí mismo es susceptible de generar tales asimetrías y provocar tanto doble imposición como doble no imposición, y en tal sentido parece más razonable que tanto la OCDE como la UE adopten una posición más consistente sobre el modelo de atribución de beneficios en lugar de generar mayor complejidad en el cumplimiento tributario y más riesgos de doble imposición a través de estas medidas. *Vid.* MITCHEL y BELL: «More Permanent Establishments Expected under OECD Draft», 197 *DTR* I-1, 11 October 2016.

<sup>112</sup> Véase la Parte II del MLI referida a *hybrid mismatches*.

## 4. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA ATAD

La relevancia derivada de la aprobación de la Directiva ATAD resulta de considerar sus objetivos, impactos sobre la regulación de los Estados miembros de la UE, e implicaciones para los contribuyentes del IS que operan en el mercado interior.

En relación con los objetivos, entre los que cabe mencionar la restauración de la confianza en la integridad y justicia de los sistemas tributarios, la puesta en marcha de forma coordinada y a través de medidas de *hard-law* de las principales recomendaciones y estándares de fiscalidad internacional acordados por la OCDE/G20 en el marco del Proyecto BEPS y el reforzamiento del nivel de protección mínimo a nivel europeo frente a determinados esquemas de planificación fiscal agresiva, sin generar obstáculos ni doble imposición en el mercado interior; debe destacarse como la Directiva ATAD finalmente adoptada a duras penas permitirá cumplir con algunos de los objetivos enunciados.

Por un lado, las medidas adoptadas carecen de entidad suficiente para erradicar de forma inmediata todo tipo de abuso o planificación agresiva de manera que permita visualizar a corto plazo la restauración de la justicia e integridad de los sistemas fiscales de los Estados miembros. Por otro lado, el nivel de coordinación instrumentado a través de la directiva es de intensidad media, ya que esta se limita a fijar «principios» y un «estándar mínimo», de suerte que los Estados miembros ostentan un margen relevante para implementar (y aplicar) estas medidas, particularmente en relación con el régimen de TFI o los regímenes sobre limitación a la deducción de intereses. De esta forma, el objetivo de la Directiva ATAD basado en la coordinación para implementar los estándares antielusión fiscal BEPS en la UE a efectos de eliminar distorsiones, eliminar la fragmentación del mercado interior, nuevas fuentes de asimetrías y de competencia fiscal, difícilmente se alcanzará, antes al contrario pueden surgir distorsiones derivadas de nuevos casos de doble imposición y una nueva fórmula de competencia fiscal<sup>113</sup>.

Por otra parte, tampoco puede pasarse por alto que sus disposiciones afectan a la competitividad de las economías de los Estados miembros, así como a la propia liquidez de los mercados de capitales europeos con las consiguientes consecuencias para los niveles de inversión en el mercado interior<sup>114</sup>, y además pueden traer consigo controversias fiscales que den lugar a nuevos casos de doble imposición intracomunitaria sin que se hayan establecido por el momento medi-

<sup>113</sup> En parecidos términos: CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, págs. 494 y ss. Esta autora añade una crítica basada en los problemas de seguridad jurídica que resultan de la Directiva ATAD, ya que la fórmula tan abierta que se ha establecido no satisface el objetivo de una implementación «EU Proof» de los nuevos estándares BEPS, particularmente respecto de la normativa de TFI derivada de la directiva y la interrelación de la cláusula antiabuso general con las disposiciones específicas antiabuso recogidas en el ordenamiento de los Estados miembros.

<sup>114</sup> FERNLEY y MORONEY: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *op. cit.*

das dirigidas a resolver de forma efectiva tales conflictos<sup>115</sup>, obviando así las recomendaciones vertidas en el marco de la Acción 14 de BEPS<sup>116</sup>. Las nuevas propuestas de la Comisión Europea en este sentido, en concreto, la propuesta de directiva sobre resolución efectiva de los conflictos que generen doble imposición puede contribuir a mitigar estos problemas si resulta aprobada en un plazo breve aunque, con su redacción actual, de forma muy limitada, al dejar fuera de su ámbito de aplicación casos de fraude, incumplimiento voluntario o negligencia.

No debe, sin embargo, olvidarse que la aprobación de la Directiva ATAD convertirá en *hard-law* algunas recomendaciones y estándares de *soft-law* de la OCDE, pudiendo llegar a afirmarse que la UE se convierte en un *early adopter* de las recomendaciones de la OCDE/G20 adoptadas en el marco del Proyecto BEPS<sup>117</sup>, pero incluye, asimismo, medidas (como la tributación de salida o la cláusula general antiabuso) que van más allá de BEPS y se proyectan sobre siete Estados miembros de la UE que no forman parte de la OCDE. En este sentido, no puede perderse de vista el carácter *Beyond BEPS* de la Directiva ATAD.

Respecto de los impactos que pueden derivarse de la Directiva ATAD para la legislación del IS de los Estados miembros, resulta evidente que los legisladores nacionales pueden verse obligados a modificar elementos del impuesto que juegan un papel relevante y afectan a su modelo de imposición corporativa e incluso a la política económica instrumentada a través de este impuesto. En este sentido, ya hemos expuesto con anterioridad los cambios que, muy probablemente, se verá obligado a acometer el legislador español con relación a la LIS. Otro efecto colateral de la aprobación de la Directiva ATAD pasa por la puesta en marcha en la UE de una fórmula informal de monitorización global de la implementación de los estándares mínimos de BEPS por parte de los diferentes países no comunitarios<sup>118</sup>, de suerte que tal control puede llevarse a cabo

<sup>115</sup> A este respecto, algunos comentaristas han destacado como los nuevos «estándares fiscales internacionales» establecidos en el marco del proyecto OCDE/G20 BEPS no constituyen auténticos «estándares» en el sentido de un conjunto de reglas uniformes que permitan una aplicación o implementación efectiva de forma relativamente lineal y simétrica, sino que son «estándares blandos» que reflejan un consenso de básicos entre un amplio grupo de países con intereses y posiciones muy diversas; tal subproducto del proyecto BEPS está lejos de resolver el problema que trataba de evitar (el creciente unilateralismo fiscal y colapso del sistema de fiscalidad internacional pre-BEPS) y en tal sentido el nuevo orden fiscal internacional sigue permitiendo unilateralismo fiscal y asimetrías en la implementación y aplicación de tales «estándares blandos», tan subjetiva y ampliamente configurados (ERNICK: «Can the OECD Remain an International Tax Standard-Setting Organization?», 45 *TM International Journal*, 745, Bloomberg BNA). En este sentido, resulta crítica la efectiva aplicación de los mecanismos de resolución de controversias, de manera que en el marco de los mismos pueda lograrse una segunda aplicación más alineada a los estándares (particularmente, en lo que concierne a las Acciones 6, 8-10 de BEPS) (vid. DE RUITER, M.: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss).

<sup>116</sup> Vid. CFE, *Opinion Statement FC 3/2016, on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January 2016*.

<sup>117</sup> CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 493.

<sup>118</sup> Véase el *Draft statement of the Council and the Commission in relation to ensuring a level playing field at international level to be included in the Council minutes*, recogido en el anexo II del texto de la Directiva ATAD del Consejo.

en el marco de la estrategia exterior comunitaria para la tributación efectiva aprobada por el Ecofin que contempla la elaboración de una «lista paneuropea» de jurisdicciones no cooperativas. No es casualidad que tanto Singapur como Hong Kong hayan hecho público sendos comunicados (16 y 20 de junio de 2016, respectivamente) poniendo de manifiesto su compromiso para llevar a cabo una implementación (blanda) de los estándares mínimos de BEPS (Acciones 5, 6, 13 y 14), o que la Reforma III del Impuesto sobre Sociedades de Suiza, que alinea su imposición corporativa con los principales estándares internacionales, se haya aprobado por el Parlamento helvético el 17 de junio de 2016. Todo apunta a que la competencia fiscal interestatal está evolucionando hacia la articulación de modelos impositivos estratégicamente configurados a efectos de lograr el cumplimiento de los estándares mínimos BEPS, sin renunciar a un nivel de imposición efectiva competitivo, en combinación con una regulación flexible, estable (predecible y dotada de un adecuado nivel de seguridad jurídica) y con bajo coste de cumplimiento acompañada de un *enforcement* cooperativo. Posiblemente, ello traiga consigo una intensificación del fenómeno de *race to the bottom* en materia de reducción de los tipos nominales y efectivos de la imposición societaria, con todo lo que ello conlleva en términos de (eventual) sustitución de tal fuente de ingresos por figuras impositivas más regresivas<sup>119</sup>, todo lo cual plantea el interrogante de si el proceso de reestructuración de la fiscalidad internacional que se está llevando a cabo se erige sobre fundamentos correctos.

La Directiva ATAD apenas ha sido celebrada por parte de organizaciones o instituciones relevantes más allá de la Comisión, habiendo recibido duras críticas por parte del sector privado (v. gr., *Business Europe* y *European Banking Federation*), determinados partidos con representación en el Parlamento UE (los Verdes) y organizaciones no gubernamentales (v. gr., Intermón Oxfam)<sup>120</sup> al haber rebajado sustancialmente el estándar mínimo antielusión fiscal inicialmente recogido en la propuesta de la Comisión<sup>121</sup>. Desde el sector privado empresarial se ha puesto de relieve como ir más allá de lo requerido por los estándares mínimos de BEPS puede dañar la competitividad global del mercado interior, de suerte que la adopción de ciertas medidas como la limitación de la deducibilidad de gastos financieros puede tener un impacto económico relevante en el marco de inversión de los Estados miembros de la UE, sin que se haya realizado un análisis sobre las consecuencias de las medidas adoptadas; la crítica también se extiende a las normas antihíbridos y de tributación de salida ya que pueden generar doble imposición residual, llegando a calificarlas como *business killers*. El Partido Europeo de los Verdes y Oxfam, por su parte, consideran que la Directiva ATAD finalmente aprobada se ha quedado muy corta, optándose por un «enfoque minimalista» que desac-

---

jo de 17 de junio 2016, donde se establece que considerando que la directiva aprobada va más allá de BEPS y puede dañar la competitividad de los Estados miembros, estos y la Comisión supervisarán de cerca la implementación de las recomendaciones BEPS a escala global.

<sup>119</sup> Vid. OXFAM: *Tax Battles. The dangerous global race to the bottom on corporate tax*, 12 december 2016.

<sup>120</sup> Vid. KIRWIN, J.: «EU Anti-Tax Avoidance Deal Clears Legislative Hurdle», *Daily Tax Report, BNA*, 120 DTR I-1, 21 June 2016, págs. 1-2, y FINLEY, J.: «Council Approves Compromise Anti-Tax-Avoidance Directive», *TNI*, June 27, 2016, pág. 1.242.

<sup>121</sup> CEDELLE: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *op. cit.*, pág. 492.

tiva buena parte del alcance de la propuesta de la Comisión, de forma que lejos de establecer mecanismos efectivos frente a esquemas artificiales BEPS establece cláusulas de transitoriedad que permiten que tales esquemas perduren en el tiempo (en referencia al *interest deduction loophole*, esto es, a la inaplicación de la cláusula de limitación de intereses hasta el año 2024).

Con todo, a nuestro juicio, la Directiva ATAD no puede entenderse de forma aislada sino como una pieza más de un complejo puzzle que está redefiniendo los cimientos del sistema fiscal global. Y en este contexto resulta indudable que la directiva aprobada contribuye a consolidar las nuevas tendencias de fiscalidad internacional dirigidas a evitar el arbitraje fiscal a través de diferencias entre las legislaciones de los distintos países y a evolucionar hacia un modelo fiscal más sustancialista<sup>122</sup>. La directiva puede encuadrarse en la tendencia/dirección global hacia un «modelo de geometría fiscal variable» que sigue permitiendo asimetrías fiscales, doble imposición y competencia fiscal (bajo nuevo marco definido por «estándares blandos» que permiten múltiples opciones). En el contexto global la Directiva ATAD representa una iniciativa que conlleva un cierto *over-implementation of BEPS* (articula como *hard-law* medidas de *soft-law* que además no son estándares mínimos de BEPS y contiene medidas *Beyond BEPS*), frente a países que han adoptado una estrategia más tibia (*under-implementation of BEPS*).

En este sentido, el nuevo marco sustantivo de la fiscalidad internacional, que deriva de la Directiva ATAD y todas estas medidas nacionales e internacionales de implementación del Proyecto BEPS, combinado con otra línea de mecanismos de transparencia fiscal corporativa y de exigencias de buena gobernanza tributaria, altera de forma muy relevante el tradicional marco de planificación fiscal internacional y trae consigo una transformación del campo de juego que afecta a las piezas claves del modelo actual, desde el desarrollo de la función fiscal hasta el propio modelo de relaciones con la Administración tributaria<sup>123</sup>.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la eventual aprobación de las propuestas de la Comisión sobre base imponible común consolidada en el IS pueden suponer una reducción im-

<sup>122</sup> Desde el sector privado del asesoramiento legal se ha puesto de relieve como el paquete antielusión fiscal de la Comisión posee un limitado impacto sobre estructuras de planificación fiscal no agresiva o *main stream tax planning* (con sustancia económica y racionalidad empresarial), aunque se reconoce la necesidad de su robustecimiento y el mayor coste de salida o desmantelamiento que pueden surgir como consecuencia de alguna de las medidas propuestas por la Comisión (*exit taxation*) (Vid. SOONG JOHNSTON, S.: «EU Presents "Pro-Business" Anti-Tax Avoidance Package», *TNI*, February 1, 2016, pág. 395). Tal posición no puede compartirse plenamente considerando como algunas de las medidas propuestas (reglas de limitación de la deducibilidad de intereses o la imposición de salida) pueden afectar negativamente a un buen número de operaciones y estructuras (vid. HASLEHNER, W.: «The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Remarks», *op. cit.*). No obstante, no cabe olvidar que la Directiva ATAD deja intactas las bases de la planificación fiscal post-BEPS y que, en este sentido, no contribuye para nada a cerrar las lagunas o debilidades que se pueden derivar del nuevo estándar antiabuso que BEPS define, vid., MARTÍN JIMÉNEZ: «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», *op. cit.*

<sup>123</sup> Vid. CALDERÓN y QUINTAS: «The concept of Aggressive Tax Planning Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: redefining the border between legitimate and Illegitimate tax planning», *op. cit.*



portante del ámbito de aplicación de la Directiva ATAD, al menos para aquellas empresas que opten por aplicar, cuando se apruebe, la nueva norma de la UE o para aquellas que se vean obligadas a aplicarla<sup>124</sup>.

En suma, la Directiva ATAD puede tener un efecto transformador del marco de fiscalidad internacional a nivel europeo, trayendo consigo un marco antiabuso un tanto descoordinado, generador de doble imposición sin fácil solución, y que se proyecta sobre esquemas de planificación fiscal abusiva y sobre estructuras comerciales genuinas que aprovechan legítimamente oportunidades de eficiencia fiscal y procuran reducir o neutralizar las dobles imposiciones estructurales del sistema actual, todo lo cual puede traer consigo mayores costes de cumplimiento y de capital para las empresas<sup>125</sup>, mayores riesgos fiscales, y un marco de negocios más complejo en el mercado interior lo cual no deja de resultar paradójico.

---

<sup>124</sup> Aunque no resulta claro cómo se articularía la interrelación entre la Directiva ATAD y la de Base Imponible Común/CCTB, cabe pensar que el «estándar ATAD» (con las múltiples versiones del mismo resultantes de la implementación realizada por cada Estado miembro) aplicaría únicamente a las entidades sujetas al IS que no estuvieran obligadas a aplicar el «estándar CCTB», el cual instrumenta una armonización más intensa estableciendo una auténtica base imponible armonizada o común aplicable a las MNE que operan en la UE. De esta forma, existirían cuando menos dos «estándares» en materia de base imponible del IS que con el tiempo tenderían a aproximarse sustancialmente, considerando los costes de gestión y cumplimiento para las autoridades fiscales y contribuyentes (*vid.* GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *op. cit.* pág. 20).

<sup>125</sup> La Comisión ha hecho público un estudio que trata de fundamentar la efectividad de las principales medidas antielusión fiscal articuladas frente a las típicas estructuras de planificación fiscal agresiva, poniendo de relieve como su aplicación neutraliza buena parte de las ventajas fiscales logradas a través de tal *tax planning*, aumentando el coste de capital para las empresas y poniendo en riesgo la sostenibilidad en el tiempo de sus previsiones de tipo fiscal efectivo a nivel de grupo fijado con arreglo a tales estructuras (*vid.*, ZEW: *The Impact of Tax Planning on forward-looking effective tax rates*, *op. cit.*).

## Bibliografía

ANDRE y THEOLOGITIS [2017]: «French Participation Exemption Regime for Dividends and Antiabuse Rules: a long-standing relationship?», *TNI*, January, págs. 283 y ss.

BHOGAL [2016]: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, September 5, págs. 881 y ss.

BUNDGAARD, J. [2013]: «Hybrid financial instruments and Primary EU Law Part I and II», *European Taxation*, págs. 539 y ss. y 587 y ss.

BUNDGAARD, J. y SCHMIDT, P. [2016]: «Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive», *Kluwer International tax blog*, October 17.

CALDERÓN [2016]: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad AEDAF*, n.º 36.

- [2016]: «Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el Derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y los impuestos de salida», en MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dirs.), *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona, págs. 144 y ss.
- [2016]: «Revisitando la transparencia fiscal internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, enero 2015, págs. 165-205.

CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ [2016]: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.) CISS, Valencia.

CALDERÓN y QUINTAS [2016]: «The concept of Aggressive Tax Planning Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: redefining the border between legitimate and Illegitimate tax planning», *Intertax*, vol. 44, n.º 3.

CARMONA FERNÁNDEZ, *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CARMONA, N. (dir.), CISS, Valencia, ediciones 2016 y 2017.

CEDELLE, A. [2016]: «The EU Anti-Tax Avoidance Directive: a UK Perspective», *BTR*, n.º 4/2016 y Oxford University Centre for Business Taxation, WP 16/17, September.

CFE [2016]: *Opinion Statement FC 3/2016, on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive of 28 January*, págs. 13-14.

COLLET [2016]: «Offshore Holding Companies and the New European GAAR», *TNI*, May 9, págs. 593-594.

CONCHA CARBALLIDO [2016]: «Acción 2: neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos», *Fundación Impuestos y Competitividad*, octubre.

DE RUITER, M. [2016]: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, págs. 295 y ss.

DOURADO [2016]: «The EU Anti Tax Avoidance Package: moving ahead of BEPS?», *Intertax*, vol. 44, n.º 6/7, pág. 442.

- ERNICK: «Can the OECD Remain an International Tax Standard-Setting Organization?», 45 *TM International Journal*, 745, Bloomberg BNA.
- FERNLEY y MORONEY [2016]: «EU Anti-Tax Avoidance Package: Impacts on Financial Institutions», *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 18, n.º 4.
- FINET, J. [2016]: «Hybrid Mismatch Rules Expected to Raise Issues for CJEU», *TNI*, October 17, pág. 244.
- FINLEY, J. [2016]: «Council Approves Compromise Anti-Tax-Avoidance Directive», *TNI*, June 27, pág. 1.242.
- GUTMANN; PERDELWITZ; RAINGEARD; OFFERMANN; SCHELLEKENS; GALLO; HAP y OLEJNICKA [2017]: «The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey», *ET*, January, págs. 2 y ss.
- HASLEHNER, W. [2016]: «The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Remarks», *Kuwertaxlaw.blog.com*, 02/05.
- [2016]: «The McDonald's State Aid case- The EU Commission Interprets a Tax Treaty», *Kluwertaxlaw.blog.com*, 22 June.
- HELLEPUTTE y PIERON [2016]: «EU Commission's New Proposal Wreaking Havoc on Hybrids?», *Mayer Brown Legal Update*, 8 November.
- JOCHIMSEN y IMSCHWEILER [2016]: «LBO Transactions to Change Under EU Anti-Tax Avoidance Directive», *TNI*, December 19, págs. 1.099 y ss.
- JÜNGER y THORBAUER [2017]: «Austria: the New Anti-Tax Avoidance Directive and its effects on Austrian taxation», *Schoenherr Tax News*, January.
- KIRWIN, J. [2016]: «EU Anti-Tax Avoidance Deal Clears Legislative Hurdle», *Daily Tax Report, BNA*, 120 DTR I-1, 21 June, págs. 1-2.
- LÓPEZ RIBAS [2016]: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*.
- MARTÍN JIMÉNEZ [2016]: «Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard? BEPS and the "new" standards of (legal and illegal) tax avoidance», en DOURADO (ed.), *Tax Avoidance Revisited*, Amsterdam: EATLP/IBFD (en prensa).
- [2012]: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *BIT / April-May*.
- MARTÍN JIMÉNEZ y CARRASCO (dir.) [2016]: *Impuestos directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE*, Aranzadi, Pamplona.
- MITCHEL y BELL [2016]: «More Permanent Establishments Expected under OECD Draft», 197 *DTR I-1*, 11 October.
- PANAYI, C. H. [2016]: «The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law», *Bulletin for International Taxation*, January/February, págs. 95-96.
- RIBES RIBES [2016]: «La cláusula de *exit taxation* en la propuesta de Directiva Europea para luchar contra la evasión fiscal», *Crónica Tributaria*, 159.
- RIGAUT, A. [2016]: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, n.º 11, págs. 1 y ss.
- SANZ GADEA [2016]: «La Directiva Antiabuso (I)», *RCyT. CEF*, n.º 403, págs. 39 y ss.

– [2017]: «La Directiva Antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional», *RCyT. CEF*, n.º 406.

SOLOMON, E. [2012]: «Corporate Inversions: A Symptom of Larger Tax System Problems», *TNI*, vol. 67, págs. 1.203 y ss.

SOONG JOHNSTON, S. [2016]: «EU Presents "Pro-Business" Anti-Tax Avoidance Package», *TNI*, February 1.

TANENBAUM: «The 2016 US Model Income Tax Treaty in Action: US-Luxembourg Protocol», 187 *DTR* J-1.

VANISTENDAEL, F. [2016]: «A World Full of Challenges, Part 2: the Tax Details», *TNI*, May 23, págs. 797 y ss.

VERMEULEN [2016]: «How alone is standalone in the EU Anti-Tax Avoidance Directive?», *Kluwer International tax blog*, October 19.

WEBER [2016]: «The New Common Minimum Anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive», *Intertax*, vol. 44, n.º 2, págs. 98 y ss.

ZEW [2016]: *The Impact of Tax Planning on forward-looking effective tax rates*, WP EU Commission, n.º 64.