

DIRECTIVA EUROPEA ANTI-ABUSO

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 afectan directamente al funcionamiento del mercado interior

DIRECTIVA ATAD (“Anti Tax Avoidance Directive”)

ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIDA RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE SALIDA (“Exit Tax”) y a LA NORMA GENERAL CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	2
1.1	LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO (“ATAD”) COMO PARTE DEL PAQUETE ANTI-ELUSIÓN FISCAL (“ATAP”)	4
1.2	OBJETIVOS DE LA ATAD	6
1.3	MEDIDAS CONTENIDAS EN LA ATAD	6
1.4	PRINCIPALES CUESTIONES SUSCEPTIBLES DE DISCUSIÓN EN RELACIÓN CON LA ATAD	9
2.	IMPOSICIÓN DE SALIDA (EXIT TAX)	12
2.1	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS	12
2.2	RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN ESPAÑA	14
2.3	BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO	14
2.4	VALORACIÓN DE LA MEDIDA	16
3.	NORMA GENERAL CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS	17
3.1	ANTECEDENTES Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS	17
3.2	RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN ESPAÑA	20
3.3	BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO	20
3.4	VALORACIÓN DE LA MEDIDA	21

1. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se analiza el contenido 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 afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, conocida como ATAD (*Anti-Tax Avoidance Directive* o “la Directiva anti-abuso”) y el contexto en el que surge, incluyendo algunas reflexiones y valoraciones preliminares sobre las implicaciones que las medidas propuestas pudieran tener tanto en el ámbito europeo e internacional como, más específicamente, en el entorno español.

Tras haber trabajado con distintos textos de Propuestas de Directiva durante el primer semestre de 2016, el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) alcanzó finalmente un acuerdo en su reunión del 17 de Junio de 2016 (viernes) sobre el actual texto de la Directiva y que fue confirmado mediante el excepcional sistema de silencio positivo a las 00:00 horas del lunes posterior, al no haberse presentado ninguna objeción en el plazo concedido al efecto por los representantes de los Estados miembros.

Consideramos oportuno mencionar esta particularidad del proceso de aprobación de la Directiva anti-abuso pues es una clara muestra de la firme voluntad política de los Estados miembros de llevar adelante, en el marco de la Unión Europea, la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (en adelante BEPS, por sus siglas en inglés) ordenada por el G20 y plasmada en las 15 acciones del Plan BEPS desarrollado en el seno de la OCDE.

En definitiva, los Estados miembros lanzan con este trabajado acuerdo un mensaje de unidad frente a la lucha contra la planificación fiscal agresiva, dejando a un lado intereses individuales de los Estados y superando discrepancias sobre determinadas propuestas. No obstante, las discrepancias existentes y la imperiosa necesidad de llegar a un acuerdo político han provocado que una de las medidas más novedosas (y controvertida) de la Propuesta de Directiva, como era la cláusula de inversión (en inglés, “*switch-over rule*”) no figure en el texto finalmente publicado, quedando reducido a cinco el número de medidas contra la elusión fiscal que se incluyen en la Directiva:

1. Norma relativa a la limitación de los intereses (art. 4)
2. Imposición de salida (art. 5)
3. Norma general contra las prácticas abusivas (art. 6)
4. Norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (“*Controlled Foreign Corporations*” o “CFC” por sus siglas en inglés) (art.7)
5. Asimetrías híbridas (art. 9)

Como puede observarse, tres de las cinco medidas propuestas se corresponden con acciones del plan BEPS: la Acción 4 sobre la deducibilidad de intereses, la Acción 3 sobre transparencia fiscal internacional (CFC) y la Acción 2 sobre instrumentos y entidades híbridas. No encuentra reflejo expreso en el Plan de Acción BEPS la “Imposición de

salida” ni la “Norma general contra las prácticas abusivas”, si bien nos atreveríamos a decir que esta última medida recoge en sí misma la esencia o el objetivo común de las 15 acciones de las que consta el Plan BEPS.

Calendario de transposición

Como decíamos, la aprobación y publicación del texto definitivo de la ATAD, con el consenso de todos los Estados miembros, no habría sido posible sin el compromiso político alcanzado por los Gobiernos de aquellos de materializar en una norma de derecho positivo la lucha contra la planificación fiscal agresiva y las prácticas fiscales abusivas internacionales en el seno de la UE. Conviene resaltar este aspecto clave que diferencia a esta Directiva del Plan de acción BEPS: mientras que las acciones desarrolladas en los documentos publicados hasta el momento en el seno de la OCDE cuentan con distintos grados de compromiso para su implantación por parte de los Estados que han participado en los mismos, la Directiva anti-abuso es una norma de derecho positivo de directa aplicación en todos los Estados miembros y de obligada transposición en los plazos que se establecen en la misma.

Así, los Estados miembros deberán transponer la Directiva en sus ordenamientos internos no más tarde del 31 de diciembre de 2018, entrando en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales que sean necesarias para ello a partir del 1 de enero de 2019, con dos excepciones:

- los Estados miembros dispondrán de un año más, hasta el 31 de diciembre de 2019, para introducir en sus ordenamientos internos la imposición de salida y
- en relación con la norma de limitación de intereses, aquellos Estados que, como España, ya cuenten con normas nacionales específicas que sean igualmente eficaces, podrán aplicar las mismas hasta que termine el primer ejercicio presupuestario siguiente a la fecha en que se publique el acuerdo entre los miembros de la OCDE sobre la acción 4 del Plan BEPS, pero en ningún caso más allá del 1 de enero de 2024.

Inter-acción de la ATAD con el ATAP y BEPS

La Directiva anti-abuso se encuadra dentro del paquete de medidas anti-elusión conocido como ATAP (“*Anti Tax Avoidance Package*”) y que también fue objeto de discusión en el Consejo ECOFIN del 25 de mayo pasado. En aquella reunión se logró el consenso en torno a las otras tres medidas que junto con la ATAD conforman el paquete ATAP (“*Anti Tax Avoidance Package*”): así, se adoptó formalmente la reforma de la Directiva 2011/16/UE, para regular el intercambio obligatorio automático del informe país por país (“*country by country reporting*” - CbCR), se acordaron conclusiones sobre la Comunicación de la Comisión sobre la estrategia de imposición exterior (lista común de paraísos fiscales) y también sobre la Recomendación de la Comisión sobre medidas contra el abuso de Tratados para evitar la doble imposición. El consenso sobre la ATAD no se alcanzaría, como ya hemos comentado, hasta el 17 de junio siguiente.

Por otra parte, la inter-acción entre la ATAD y el Plan de Acción BEPS es evidente, hasta tal punto que, como ya hemos indicado, la entrada en vigor de una de las principales medidas anti-abuso como es la limitación de intereses se hace depender de la fecha en que se publique el acuerdo entre los miembros de la OCDE sobre una normas mínimas en relación con la Acción 4.

Dado que este documento forma parte de una serie de trabajos elaborados por los patronos de la Fundación Impuestos y Competitividad (FIC) sobre las distintas acciones del Plan BEPS, no serán objeto de desarrollo en el mismo las medidas incluidas en la ATAD que se abordan en alguna de las acciones BEPS (i.e. limitación de intereses, instrumentos y entidades híbridos y transparencia fiscal internacional). Nos centraremos, por lo tanto, en la imposición de salida y, de forma más breve, en la norma general anti-abuso.

Sin perjuicio de lo anterior, tras esta introducción comenzaremos nuestro análisis describiendo someramente el Plan de acción ATAP y cada una de las medidas contenidas en la Directiva Anti-Abuso.

1.1 LA DIRECTIVA ANTI-ABUSO (“ATAD”) COMO PARTE DEL PAQUETE ANTI-ELUSIÓN FISCAL (“ATAP”)

No podría entenderse el objetivo y contenido de la ATAD sin encuadrarla en el contexto del resto de trabajos que desde la OCDE y desde la propia Unión Europea se están llevando a cabo, con una notable intensidad y eficacia, para dar respuesta a los denominados esquemas internacionales de elusión fiscal y planificación fiscal agresiva. Así, el Consejo Europeo en sus conclusiones de 18 de diciembre de 2014 ya destacó la necesidad de avanzar urgentemente en este camino, y la OCDE desde entonces ha concluido una primera fase de sus trabajos de definición de normas y estándares mundiales para el logro de dichos objetivos (el proyecto BEPS) con la publicación de los denominados “documentos BEPS” en Octubre de 2015. Es el rápido avance del proyecto BEPS lo que impulsa la necesidad de que los Estados miembros de la UE den una respuesta coordinada con el objeto de incorporar dichas medidas a sus ordenamientos internos y así proteger el buen funcionamiento del mercado interior.

En el contexto de estos trabajos, el Consejo ha subrayado la necesidad de encontrar soluciones comunes y a la vez flexibles, a escala de la UE, que se ajusten a las conclusiones de los trabajos BEPS de la OCDE. Asimismo, el Consejo ha intentado promover una rápida y efectiva aplicación coordinada de las medidas contra las prácticas tributarias abusivas en el plano de la UE, considerando que las directivas son el instrumento más apropiado para poner en práctica las conclusiones alcanzadas tanto a nivel de la OCDE como de la UE.

En este contexto, dando un paso más en esta dirección, la Comisión presentó el pasado 28 de enero de 2016 el denominado Paquete Anti-Elusión Fiscal o ATAP (*Anti-Tax Avoidance Package*) el cual agrupaba una serie de acciones dirigidas a neutralizar esquemas de erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios en el entorno del mercado interior de la UE que se consideran inaceptables desde la perspectiva de una política fiscal societaria que debería perseguir la consistencia y justicia en la imposición a nivel europeo. Siendo el objetivo esencial de dichas acciones o medidas

comunitarias conseguir que las empresas paguen sus impuestos allí donde obtengan sus beneficios, las mismas tienen como finalidad corregir una serie de factores de entre los que destacan los siguientes:

- (i) la **descoordinación** y existencia de diferencias entre los sistemas tributarios de los Estados miembros que provoca la creación de los denominados “vacíos” o “**loopholes**” aprovechados por los grupos multinacionales para explorar e implantar esquemas de planificación fiscal agresiva;
- (ii) la diferente regulación y aplicación de **criterios anti-abuso** en los Estados miembros frente a estructuras de planificación fiscal agresiva; y
- (iii) la ausencia de un marco adecuado de **transparencia** a nivel transfronterizo que facilite el control tributario de las actividades internacionales de los grupos multinacionales.

La Comisión pretende con este paquete coordinar la respuesta a escala de la UE a la elusión del impuesto sobre sociedades, siguiendo los estándares mundiales elaborados por la OCDE. No obstante, como veremos más adelante, la necesidad de que una implementación uniforme, coordinada y simétrica de dichos estándares responda a las particularidades del mercado interior y del Derecho de la UE, ha llegado a provocar que determinadas medidas propuestas como parte de la ATAD excedan de los estándares y recomendaciones originales de la OCDE en el proyecto BEPS (tanto en el nivel de cumplimiento exigido -no sólo recomendaciones sino medidas de mínimos que deberán ser traspuestas en la normativa doméstica de cada Estado miembro- , como en el contenido en sí de las propias medidas).

En concreto, el ATAP presentado por la Comisión se compone de las siguientes acciones:

- (i) La **ATAD** (como ya hemos apuntado, la medida sobre la que sólo el firme compromiso político de los Gobiernos de los Estados miembros ha permitido alcanzar un trabajado consenso)
- (ii) Una propuesta de Directiva de reforma de la Directiva 2011/16/UE en relación con el **intercambio automático de información fiscal país a país** entre Estados miembros de la UE, en línea con lo recogido en la Acción 13 del proyecto BEPS.
- (iii) Una Recomendación de la Comisión Europea 2016/136 sobre la aplicación de **medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales**, relacionada con lo dispuesto en las Acciones 6 y 7 del proyecto BEPS a efectos de la incorporación en los convenios fiscales de una cláusula anti-abuso general y de las medidas de prevención de la elusión artificial del estatus de establecimiento permanente.
- (iv) Una Comunicación sobre **Estrategia Exterior** para la Tributación Efectiva (cuyo principal aspecto probablemente sea la confección de una lista única de paraísos fiscales a nivel de la UE).

1.2 OBJETIVOS DE LA ATAD

De acuerdo con lo manifestado por el Consejo los dos grandes ámbitos inspiradores del contenido de la Directiva son tanto (i) el proyecto BEPS, como (ii) la propuesta para una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades contenida en el Plan de Acción para un Sistema de Imposición de las Sociedades Justo y Eficaz, presentado por la Comisión el 17 de junio de 2015.

En primer lugar, resulta necesario evitar un escenario en el que la aplicación unilateral y divergente de las medidas BEPS por parte de los Estados miembros pueda generar obstáculos fiscales a las entidades de la UE o lagunas que pudieran ser aprovechadas por esquemas de planificación fiscal agresiva.

Por su parte, la Comisión continúa considerando el proyecto de la base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades como la solución global para alcanzar una fiscalidad más justa y eficaz que evite el fenómeno BEPS en el seno de la UE. No en vano, ante las dificultades evidentes que hasta el momento ha encontrado el desarrollo de dicho proyecto, tanto la ATAD como el ATAP en su conjunto resultan compatibles con el mismo y podrían ser el punto de partida para su relanzamiento.

El objetivo de la Directiva es, por tanto, lograr un equilibrio a la hora de que cada Estado miembro implemente las medidas derivadas de los trabajos BEPS en la UE, entre la uniformidad y coordinación necesaria en toda la UE y las particularidades del ordenamiento jurídico y situación de cada uno de dichos Estados. De esta forma, la Directiva se ha materializado en una serie de medidas que actúan como principios mínimos y que deberán ser desarrollados y configurados por cada Estado miembro en lo que respecta a los elementos concretos de su implementación.

Dichos principios y normas en los que se materializaran actuarían sobre todos los contribuyentes del impuesto sobre sociedades de un Estado miembro, así como sobre los establecimientos permanentes situados en la UE de contribuyentes que no estuvieran sometidos a la Directiva.

1.3 MEDIDAS CONTENIDAS EN LA ATAD

La Directiva recoge cinco medidas anti-elusión que se configuran como estándares mínimos de protección del impuesto sobre sociedades frente a estructuras y transacciones de planificación fiscal agresiva que tengan el objeto de erosionar bases imponibles y transferir de forma ilegítima beneficios a jurisdicciones de baja tributación, en línea con los resultados del proyecto BEPS y, en algunos casos, excediendo el alcance y exigencias de estos.

Dichas medidas se configuran como principios mínimos que permiten a los legisladores nacionales cierta flexibilidad a la hora de desarrollar e implementar cada una de ellas en su ordenamiento jurídico, siempre que no afecte negativamente al objetivo perseguido por la Directiva. Así, el artículo 3 de la Directiva “Nivel Mínimo de protección” establece que *“La presente Directiva no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades”*.

Este aspecto deberá ser vigilado por los mecanismos de control con los que cuenta el Derecho de la UE. Este margen de maniobra otorgado a cada uno de los Estados miembros podría volver a generar las divergencias, asimetrías y descoordinaciones que precisamente se pretenden evitar con estas medidas y que podrían ser aprovechadas por estructuras con ánimo de elusión o podrían generar situaciones no deseadas de doble imposición.

Incluimos a continuación una breve referencia a las cinco medidas propuestas, si bien el objeto de este documento es desarrollar con algo más detalle el contenido de la medida relativa a la imposición de salida (“*exit tax*”) y hacer unas reflexiones generales sobre la norma general anti-abuso, por ser éstas las únicas medidas que no encuentran reflejo en las acciones desarrolladas en el contexto del proyecto BEPS, tras haberse eliminado la referente al “*switch-over rule*”. Dedicaremos asimismo unas líneas a apuntar los principales motivos por los que esta controvertida cláusula del “*switch-over rule*” ha desaparecido finalmente del texto de la Directiva.

Breve descripción de las cinco medidas de la Directiva

1. Norma relativa a la deducibilidad de intereses (artículo 4)

La medida aprobada consiste fundamentalmente en limitar la deducibilidad de los gastos financieros a un máximo del 30% del EBITDA o a 3 millones de euros si el primero fuese inferior. No obstante, los Estados miembros podrán autorizar la deducibilidad de los intereses que superasen dicho umbral si el sujeto pasivo demuestra que la relación existente entre sus fondos propios y sus activos no es inferior en más de un 2% a la de su grupo. También se permitiría deducir los intereses que resulten de aplicar sobre el EBITDA de la entidad individual el ratio de endeudamiento del grupo determinado como el cociente de dividir los gastos financieros netos entre el EBITDA de dicho grupo. (Relacionada con la Acción 4 de BEPS).

2. Imposición de salida (*Exit tax*) (artículo 5)

La medida prevé la imposición de un gravamen sobre las plusvalías latentes relacionadas con activos transferidos al exterior en determinadas circunstancias. Esta medida es objeto de un análisis más detallado en el apartado 2 de este documento.

3. Norma general contra las prácticas abusivas (artículo 6)

La medida incluye una cláusula general anti-abuso dirigida a prevenir los negocios o conjuntos de negocios artificiosos o no genuinos cuya finalidad esencial sea la obtención de un ahorro fiscal contrario a los objetivos de la norma tributaria que hubiera debido ser aplicada. Analizamos con más detalle esta medida en el apartado 3 de este documento.

4. Régimen de sociedades extranjeras controladas – Transparencia fiscal internacional (*CFC rules*) (artículos 7 y 8)

La medida prevé la posibilidad de que se graven los beneficios no distribuidos de entidades residentes en un tercer estado en las que se tenga el control y en las que el impuesto satisfecho sobre los beneficios sea inferior a la diferencia entre el impuesto que habrían pagado en el país de la matriz y el impuesto efectivamente satisfecho (i.e. en la práctica, si la cuota del impuesto se determinase de forma similar en ambas jurisdicciones, el requisito sería que el tipo impositivo sea inferior al 50% del tipo impositivo de la jurisdicción en la que reside la sociedad matriz). Sólo se transparentarán determinadas rentas de las denominadas “pasivas” (v.g. intereses u otros ingresos de activos financieros, ingresos procedentes de la propiedad intelectual, dividendos o rentas generadas por la enajenación de participaciones sociales, actividades de seguros, facturación de bienes y servicios a empresas asociadas con escaso valor añadido, ...) así como rentas no distribuidas por la entidad o establecimiento permanente derivadas de mecanismos falseados cuyo principal objetivo fuera conseguir una ventaja fiscal. (Relacionada con la Acción 3 de BEPS).

5. Asimetrías híbridas (artículo 9)

De acuerdo con el contenido de dicha medida, en los casos en los que el diferente tratamiento conferido por dos Estados miembros a un mismo contribuyente (entidad híbrida) o a un mismo mecanismo estructurado (instrumento híbrido) ocasione la deducción de las mismas pérdidas o gastos, tanto en el país de origen como en otro Estado miembro dichos gastos solamente serán deducibles en el Estado en el que se haya originado el pago correspondiente. En la misma línea, si una asimetría híbrida da lugar a una deducción de un gasto en el Estado miembro de origen sin la inclusión del mismo en la base imponible del Estado de destino, el Estado de origen no permitirá la deducción fiscal del gasto. (Relacionada con la Acción 2 de BEPS).

Debemos señalar que el 25 de octubre se publicó una Propuesta de Directiva del Consejo para modificar la Directiva ATAD con el objetivo de incluir también las asimetrías híbridas con terceros estados. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva se indica que la normativa resultante no debería ser menos efectiva que las recomendaciones relativas a la regulación de las asimetrías híbridas contenidas en el documento que recoge la Acción 2 de BEPS.

La desaparecida cláusula de inversión (“switch-over rule”)

Finalmente, hemos considerado conveniente incluir unos breves comentarios sobre la Cláusula de inversión (*switch-over rule*), medida eliminada del texto de la Directiva anti-abuso finalmente consensuado y aprobado.

La propuesta consistía fundamentalmente en sustituir el método de exención por el método de imputación bajo determinadas circunstancias en relación con distribuciones de beneficios y ganancias patrimoniales derivadas de entidades residentes en un tercer país. La propuesta obedecía a que la tendencia internacional a aplicar el método de

exención sobre dividendos y plusvalías de fuente extranjera podría haber favorecido, en ocasiones, estructuras o esquemas de planificación fiscal agresiva buscando trasladar rentas al extranjero para tributar a un tipo efectivo final muy reducido (o incluso evitando totalmente cualquier tributación).

De acuerdo con el texto del último borrador de la Directiva previo a la eliminación de esta medida, los Estados miembros no podrían aplicar el régimen de exención a dividendos distribuidos por una entidad de un tercer país, o a ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de acciones que se poseyeran en una entidad, o rentas derivadas de un establecimiento permanente, de un tercer país, si el tipo nominal ("*statutory rate*") del impuesto sobre beneficios que gravara los beneficios en ese país era inferior al 40% del tipo impositivo que se le habría aplicado de acuerdo con el impuesto sobre sociedades del Estado Miembro del contribuyente.

En el caso de España, la implantación de esta medida no habría supuesto un drástico cambio en nuestro régimen de exención, puesto que el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ya exige una tributación mínima del 10% en la entidad no residente, tipo coincidente con el 40% del tipo nominal del IS en España actualmente en vigor (25%). No obstante, la medida propuesta en la Directiva no contemplaba, como sí contempla la norma española, la convalidación automática del requisito cuando existe un Convenio para evitar la doble imposición de aplicación.

Al margen de las discusiones técnicas sobre la configuración de la norma (v.g. sobre si el tipo mínimo debía ser fijado de forma autónoma o como un porcentaje del tipo de la jurisdicción de residencia de la sociedad matriz, lo que favorecería la implantación de sociedades holding en los Estados miembros con tipos nominales más bajos), preocupaba especialmente a algunos Estados miembros que la misma afectara negativamente a la competitividad de las empresas europeas con inversiones en el extranjero. Efectivamente, en supuestos en los que el país destino de la inversión hubiera decidido gravar los beneficios obtenidos por sociedades residentes a un tipo inferior al exigido por la cláusula de inversión, las empresas matrices europeas podrían encontrarse en desventaja con respecto a las de otras jurisdicciones que sí aplicarían el método de exención sobre los dividendos y plusvalías procedentes de esa jurisdicción de baja tributación.

Por otra parte, se penalizaría la repatriación de capitales al verse estos sometidos a imposición adicional al ser recibidos por la sociedad matriz, dificultando por lo tanto la libre circulación de los mismos.

La eliminación de esta medida del texto definitivo de la Directiva ha supuesto la modificación más significativa respecto de las Propuestas anteriormente debatidas por el Consejo.

1.4 PRINCIPALES CUESTIONES SUSCEPTIBLES DE DISCUSIÓN EN RELACIÓN CON LA ATAD

Como consecuencia de la relevancia que el impacto de las medidas contenidas en la ATAD podría tener, desde la publicación de los primeros borradores fueron surgiendo distintos comentarios, críticas y valoraciones emitidas tanto por representantes de las distintas industrias, como por profesionales del asesoramiento tributario y por los

propios Estados miembros. Señalamos a continuación algunos de los asuntos que, de forma general, fueron objeto de debate y que sin duda influyeron en la configuración del texto de la Directiva finalmente aprobado.

1. Concurrencia del principio de subsidiariedad en este ámbito

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la UE debe intervenir cuando su actuación se prevea más eficaz que la de los Estados miembros a escala nacional o local.

En el Preámbulo de la Directiva finalmente aprobada se señala que su objetivo no es otro que *“mejorar la resiliencia del mercado interior en su conjunto frente a las prácticas de elusión fiscal transfronteriza, ..., (objetivo que) no puede ser alcanzado suficientemente por los Estados miembros de forma individual”*. Así, la Comisión justifica la concurrencia del principio de subsidiariedad al perseguir un marco común en la UE para la incorporación de los resultados del proyecto BEPS a las legislaciones nacionales, de forma que la coordinación a nivel de la UE evite la fragmentación del mercado interior en materia de fiscalidad directa. También se alude al principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, señalando que *“Mediante el establecimiento de un nivel mínimo de protección del mercado interior, la presente Directiva sólo pretende alcanzar un grado mínimo básico de coordinación dentro de la Unión con el fin de materializar sus objetivos”*.

Se podría cuestionar la concurrencia del principio de subsidiariedad en este ámbito, sobre la base argumental de que en el panorama tributario actual de la UE existen circunstancias -a las que no se estaría dando respuesta con la aprobación de la ATAD- que provocan de una forma más intensa la distorsión y fragmentación del mercado interior, como podría ser la dispersión de tipos nominales de gravamen en los distintos Estados Miembro -fijados en algunas ocasiones con el ánimo de atraer actividades o bases imponibles-.

2. Ausencia de valoración de impacto

Por su parte, en la Exposición de Motivos (*“Explanatory Memorandum”*) de la Propuesta de Directiva publicada el 28 de enero de 2016, se justificaba la ausencia de realización de una evaluación del impacto de la misma. Los motivos sobre los que se sustentaba dicha justificación son los siguientes:

- (i) Existe una estrecha vinculación con el trabajo sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (BEPS), y los documentos de trabajo de la OCDE ya suministran un conjunto significativo de datos y análisis;
- (ii) Las partes interesadas (diferentes actores del sector privado, principalmente industria y asesores) participaron ampliamente en una fase anterior en las consultas sobre los elementos técnicos de las normas propuestas;

- (iii) La demanda urgente de acción coordinada de la UE que existe actualmente sobre esta cuestión ante la inminente implantación de medidas BEPS por los países, considerada una prioridad política internacional.

No obstante, el hecho de que las medidas contenidas en la ATAD hayan ido más allá de los estándares mínimos exigidos por BEPS, o que incluso haya incluido medidas no recogidas en dicho proyecto, como veremos a continuación, sin duda debilita el argumento de base por el que se justifica el no haber realizado la evaluación de impacto.

3. Urgencia de la tramitación

El calendario de tramitación de la ATAD ha sido muy ambicioso. Algunos comentarios apuntan a que una reforma de este calado debería haberse realizado con más detenimiento, analizando cada una de las implicaciones que se podrían derivar de las medidas propuestas y garantizando su adecuación (tanto en forma como en fondo) con el Derecho de la UE.

No debe olvidarse que la aprobación del conjunto de medidas recogidas en la Directiva ha supuesto un notable ensanchamiento del ámbito de influencia del Derecho de la UE sobre uno de los principales impuestos del sistema tributario de los Estados miembros sobre el que poseen competencia exclusiva y que constituye uno de sus principales mecanismos de política económica y competencia fiscal.

4. Un paso más allá de BEPS

La crítica en este apartado se suscita al comprobar que las medidas que integran la ATAD no encuentran reflejo en ninguno de los estándares mínimos acordados en el proyecto BEPS. Al contrario, dichas medidas o bien no tienen ningún reflejo en BEPS o bien responden a recomendaciones o *best practices*. Recordemos que los estándares mínimos del Plan de Acción BEPS se referían a las acciones sobre medidas fiscales perniciosas (acción 5), abuso de convenio (acción 6), documentación en materia de precios de transferencia país por país (acción 13) y resolución de conflictos (acción 14).

Vemos como algunos de estos estándares mínimos sí han sido recogidos en otras medidas del ATAD que sí lograron el consenso del ECOFIN el pasado 25 de mayo (recomendaciones sobre los convenios de doble imposición y la propuesta de directiva para facilitar el intercambio de información).

Por lo tanto, parece que imponer una serie de principios de mínimo cumplimiento en el seno de la UE en materias en las que la OCDE o bien únicamente ha emitido recomendaciones o bien no se ha manifestado, puede (i) poner en riesgo la competitividad de las entidades europeas frente a las de otras jurisdicciones; y (ii) crear un marco económico poco atractivo para inversiones en comparación con aquellas jurisdicciones que implementen, de forma más relajada, los resultados de BEPS.

5. Establecimiento de principios generales poco precisos

Por último, es objeto de particular crítica la imprecisión o amplitud con la que la Directiva recoge las medidas aprobadas, estableciendo principios y reglas generales que deberán ser desarrollados por los Estados miembros a la hora de incorporarlos a su normativa interna. Como decíamos anteriormente, el margen de maniobra otorgado a cada uno de los Estados Miembro podría traducirse en nuevas divergencias, asimetrías y descoordinaciones entre los ordenamientos internos, generando de nuevo un marco tributario desigual en la Unión.

2. **IMPOSICIÓN DE SALIDA (EXIT TAX)**

Esta medida no ha generado demasiada controversia durante la negociación del texto definitivo de Directiva, tal vez por haber sido ya objeto de discusión a nivel europeo en los últimos años. No obstante, como era necesario que el ECOFIN adoptase un acuerdo sobre la ATAD de forma global, el retraso en el consenso en torno a las medidas más controvertidas afectó necesariamente a la aprobación del resto.

2.1 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

El artículo 5 de la ATAD incluye una serie de reglas comunes sobre la imposición de salida. Dicha imposición, ya implementada en las normativas internas de varios Estados miembros ha venido provocando históricamente distintas discusiones en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) fundamentadas básicamente en la fricción entre el ejercicio sin restricciones de la libertad de establecimiento en el ámbito de la UE y el derecho de los Estados miembros a someter a imposición las plusvalías latentes que se han generado en su territorio con anterioridad al cambio de residencia y que aflorarán en la jurisdicción de destino.

En este contexto, la medida aprobada consiste fundamentalmente en lo siguiente:

- (i) Las operaciones a las que afecta la imposición de salida serían: (a) la transferencia o cesión de activos de la casa central a un establecimiento permanente situado en otro Estado Miembro o en un país tercero ; (b) la transferencia o cesión de activos de un establecimiento permanente situado en un Estado Miembro a su casa central u otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o país tercero; (c) el cambio de residencia fiscal de una entidad de un Estado miembro a otro Estado miembro o a un país tercero, y (d) transferencia de un establecimiento permanente situado en un Estado miembro a otro o a un país tercero.
- (ii) La imposición de salida se aplicaría sobre el valor de mercado en el momento de la salida de los activos trasladados, una vez deducido su valor de adquisición o coste a efectos fiscales.
- (iii) En línea con la jurisprudencia del TJUE (casos National Grid Indus y Verder Labtec, entre otros) se recogen las condiciones bajo las cuales se permite el diferimiento del pago del impuesto, el devengo de intereses durante dicho periodo y la necesidad de aportar garantía suficiente.

Así, un contribuyente podrá aplazar el pago del impuesto de salida fraccionándolo en un periodo de cinco años cuando se cumpla cualquiera de las siguientes circunstancias:

- cuando el contribuyente traslade activos desde su sede de dirección a su establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE);

- cuando el contribuyente traslade activos desde su establecimiento permanente en un Estado miembro a su sede de dirección o a otro establecimiento permanente en otro Estado miembro o en un tercer país que sea parte en el Acuerdo EEE;

- cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país que sea parte en el Acuerdo EEE; o

- cuando el contribuyente traslade su establecimiento permanente a otro Estado miembro o a un tercer país que sea parte en el Acuerdo EEE.

Por su parte, dicho aplazamiento se interrumpirá en los siguientes supuestos: (a) cuando los activos trasladados se enajenen; (b) cuando los activos trasladados se trasladen posteriormente a un tercer país; (c) cuando la residencia fiscal del contribuyente o su establecimiento permanente se trasladen posteriormente a un tercer país; (d) cuando el contribuyente se halle en situación de quiebra o liquidación o (e) cuando el contribuyente incumpla sus obligaciones en relación con el aplazamiento del pago.

Asimismo, cuando un contribuyente proceda al aplazamiento se le podrán aplicar intereses de conformidad con la legislación del Estado miembro del contribuyente o del establecimiento permanente, según el caso, en la medida necesaria para preservar el valor de la deuda tributaria determinada.

En caso de que exista un riesgo demostrable y real de no recuperación, se podrá exigir además a los contribuyentes que constituyan una garantía como condición para el aplazamiento del pago.

- (iv) Asimismo, se incluye una medida dirigida a eliminar la doble imposición mediante la cual el Estado miembro de destino debería aceptar el valor de mercado establecido en el Estado miembro de origen como coste de adquisición a efectos fiscales de cara a la determinación del impuesto que podría devengarse en el futuro sobre las ganancias patrimoniales derivadas de una ulterior transmisión de los activos.
- (v) Las normas de imposición de salida no se aplican en determinados casos de traslados de activos de carácter temporal si se prevé su retorno al Estado miembro responsable del traslado en un plazo no superior a doce meses.

2.2 RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN ESPAÑA

De acuerdo con lo dispuesto en la actual redacción del artículo 19.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”) y en el anterior 17.1.a) del derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“TRLIS”), el cambio de residencia de una entidad residente en territorio español determina la conclusión de un período impositivo, debiéndose integrar en el mismo la renta asociada a las plusvalías tácitas incorporadas en los elementos de los que sea titular, para ser gravadas en territorio español. Dicha plusvalía vendría determinada por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales de la entidad.

No obstante, el pago de esta deuda tributaria cuando los elementos patrimoniales son transferidos a otro Estado miembro o, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, a un Estado del EEE con el que exista efectivo intercambio de información, se puede aplazar mediante solicitud del sujeto pasivo, hasta la fecha de la transmisión de tales activos a terceros, siendo aplicables las normas generales contenidas en la Ley General Tributaria en cuanto al devengo de intereses de demora y la constitución de garantías para dicho aplazamiento.

Como puede observarse, el alcance del “exit tax” de la Directiva es mucho más amplio que el del “exit tax” español regulado en el artículo 19 de la LIS: mientras que éste sólo afecta a los cambios de residencia de entidades, aquel afectaría a otros supuestos que a día de hoy no se encuentran expresamente regulados en nuestra LIS, como sería la transferencia de activos de la casa matriz a un establecimiento permanente (EP) en el exterior, o el traslado desde España al exterior de establecimientos permanentes de entidades no residentes. Ello, sin perjuicio de que algunos de estos supuestos deban ser analizados a la luz de la normativa sobre precios de transferencia o de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (LIRNR).

Efectivamente, la calificación como partes vinculadas de una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero recogida en el artículo 18 de la LIS, o la regulación en el artículo 16 de la LIRNR de supuestos de desafectación de elementos patrimoniales de un EP y de la reexportación de bienes, junto con el ya mencionado artículo 19 de la LIS vendrían a constituir el marco normativo español que podría verse afectado (mejorado y/o completado) por el nuevo “exit tax” de la Directiva.

2.3 BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

A continuación incluimos una breve descripción del tratamiento del “exit tax” en algunos países de nuestro entorno, también miembros de la UE, cuya legislación fiscal interna se ha visto afectada, igual que la española, en mayor o menor medida, por la jurisprudencia del TJUE.

(i) Alemania

En general, el traslado del domicilio social fuera de las fronteras alemanas lleva implícita la liquidación de la compañía desde la perspectiva del derecho mercantil alemán. El tratamiento fiscal sigue la línea del tratamiento mercantil de la

migración, por lo que el traslado del domicilio y la sede de dirección efectiva fuera de Alemania normalmente provocarán la tributación por parte de la sociedad migrada de la renta resultante como consecuencia de la liquidación de la compañía.

No obstante lo anterior, si la compañía alemana se relocalizase en otro Estado miembro de la UE o del EEE, la tributación de la plusvalía emergente podrá diferirse durante un plazo máximo de cinco años.

(ii) Dinamarca

En Dinamarca existe también un impuesto de salida sobre la plusvalía latente derivada de la transmisión tácita a valor de mercado de todos los activos y pasivos de la compañía que migra en el momento del traslado.

Como consecuencia de la sentencia del TJUE en el asunto C-261/11, Comisión contra Dinamarca, en la que, una vez más, el Tribunal decretó que el régimen danés era contrario a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del TFUE, el legislador danés adoptó una serie de modificaciones en la normativa interna danesa que, como en la mayoría de los casos, se tradujeron en otorgar la opción al contribuyente de diferir la carga tributaria fraccionando el pago en un periodo máximo de siete años.

La entidad migrada deberá satisfacer intereses sobre el importe del tributo de salida pendiente de pago. El tipo de interés será el mayor del 3% anual o el tipo de interés del Banco Central Danés más cien puntos básicos.

(iii) Países Bajos

La transferencia de la sede de dirección efectiva fuera del territorio de los Países Bajos no provoca el devengo del “*exit tax*”, salvo que dicho traslado vaya acompañado de una transferencia de activos, de forma que la entidad pase a tener la consideración de no residente en Holanda.

Precisamente Holanda fue la primera recriminada por la Comisión Europea en el ámbito de la imposición de salida de las personas jurídicas y, con ocasión de la sentencia del TJUE en el asunto C-371/10, National Grid Indus, se vio obligada a adaptar su normativa interna.

La entidad que migre desde territorio holandés con destino a otro Estado miembro tiene la posibilidad de diferir el pago hasta la realización efectiva de la plusvalía o satisfacerla en cuotas anuales durante un periodo de diez años, todo ello sujeto a determinadas condiciones y con la posibilidad por parte de las autoridades fiscales de los Países Bajos de girar intereses sobre el importe pendiente o someter el aplazamiento al otorgamiento de garantías.

(iv) Portugal

Desde 1 de enero de 2006, la transferencia del domicilio social o de la sede de dirección efectiva sin liquidación da lugar al nacimiento de una plusvalía o minusvalía latente sujeta a tributación en Portugal, derivada de la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos de la compañía portuguesa, salvo que dichos activos permanezcan afectos a un establecimiento permanente en dicho Estado.

La adaptación de la normativa interna portuguesa a los preceptos de la sentencia Comisión contra Portugal (asunto C-38/10), se llevó a cabo mediante la introducción de la opción de diferir el pago hasta la efectiva transmisión de los activos o hasta su desvinculación de la actividad empresarial de la compañía, o bien la posibilidad de fraccionar su pago en cuotas anuales de cinco años.

Las alternativas que implican un diferimiento en el pago del impuesto llevan inherente el devengo de intereses y están sometidas a determinados requisitos, además de sujetas al otorgamiento de garantías.

2.4 VALORACIÓN DE LA MEDIDA

Si bien las críticas a la existencia de “exit tax” locales basadas en la supuesta incompatibilidad del régimen con la libertad de establecimiento en el ámbito de la UE han visto limitado su recorrido a raíz de la reiterada jurisprudencia del TJUE al respecto, el debate se ha trasladado a los efectos financieros perjudiciales derivados del aplazamiento del pago de dichos impuestos, i.e. el devengo de intereses de demora y la necesidad de prestar garantía suficiente.

Es en este punto donde la Directiva una vez más deja en manos de los Estados miembros el desarrollo de los mecanismos que consideren oportunos, lo cual podría implicar tratamientos desiguales dependiendo del Estado miembro que estuviera aplicando la imposición de salida. Recordemos que en este punto los costes derivados de la prestación de garantías o de la aplicación de un tipo más alto o más bajo a los intereses de demora pueden tener un impacto económico importante y que podría decantar la elección de una u otra jurisdicción de la UE para desarrollar determinadas actividades o planificar estructuras.

Más controversia cabe prever que genere la aplicación del “exit tax” a las transferencias de activos y/o de establecimientos permanentes de unas jurisdicciones a otras, sin que se produzca un cambio de residencia (pues sólo el cambio de residencia implicaría la pérdida de soberanía sobre dicho contribuyente del Estado de residencia original) ni una transmisión de activos, sino una “simple” recolocación o reasignación de activos y/o de actividades/funciones.

Pero es cierto que la combinación de la inexistencia de un hecho imponible en la transferencia de activos entre jurisdicciones sin que se produzca un cambio en la titularidad de los mismos, con el régimen de exención de las rentas obtenidas por los establecimientos permanentes en el extranjero, podría invitar a implantar esquemas que, en el entorno BEPS, bien podrían considerarse como planificación fiscal agresiva.

De forma similar, en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, España no evita la pérdida de potestad tributaria para gravar determinadas rentas cuando se producen bien migraciones de los contribuyentes (por ejemplo, hacia un Estado que cuenta con un Convenio con España que no permite a nuestro país gravar las plusvalías en la venta de acciones) o bien traslados de activos afectos a un establecimiento permanente fuera del territorio español (aspecto que sí se regula, sin embargo, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades cuando la transferencia sigue a una reorganización acogida al régimen de neutralidad fiscal). La remisión habitual de la Ley del IRNR a la Ley del IRPF a la hora de la determinación de las rentas implica que no se grave una plusvalía latente donde no hay alteración patrimonial, al mantener el sujeto pasivo su patrimonio inalterado.

Por otra parte, la propuesta del “exit tax” en la ATAD obliga al Estado receptor a reconocer como valor fiscal de entrada el valor de mercado, con el fin de evitar la doble imposición.

En definitiva, sí parece conveniente regular de forma expresa una serie de supuestos que, en la actualidad, generan incertidumbre en cuanto a su tratamiento fiscal y en los que unas claras reglas del juego en cuanto al reparto de potestades tributarias entre los distintos Estados Miembros deberían evitar tanto supuestos de des-imposición como de doble imposición que se pueden estar produciendo en la actualidad.

3. NORMA GENERAL CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS

Terminamos nuestro análisis de la Directiva anti-abuso con unos breves comentarios sobre la medida que, en nuestra opinión, y como ya apuntábamos anteriormente, recoge la esencia y/o el objetivo común de las 15 acciones del Plan BEPS de la OCDE y del propio paquete de medidas contra la elusión fiscal impulsado en el seno de la UE (ATAP): la norma general anti-abuso que la Directiva obligará a los Estados miembros a trasponer a sus ordenamientos internos en el ámbito del impuesto sobre sociedades.

3.1 ANTECEDENTES Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

A pesar de que la inclusión de cláusulas generales anti-abuso en las Directivas europeas sobre imposición directa no es una novedad¹, la inclusión de esta norma general anti-abuso y el texto final de la misma ha generado un intenso debate. Es cierto que se trata de una materia extremadamente sensible en la que la tradición y cultura jurídica de los distintos Estados miembros no es ni mucho menos homogénea.

¹ El artículo 15 de la Directiva sobre fusiones (90/434/CEE, actual Directiva 2009/133/CE), el artículo 5 de la Directiva sobre intereses y cánones (2003/49/CEE) y el artículo 1.2. de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales (90/435/CEE, actual Directiva 2011/96/UE) recogen cláusulas generales anti-abuso que proponen la inaplicación de los beneficios de la Directiva en aquellos casos en los que el principal propósito o uno de los principales propósitos de una estructura, transacción o “arreglo” (en una particular traducción al español del inglés “*arrangement*”) es la obtención de una ventaja fiscal.

A pesar de la existencia de unos criterios razonablemente consolidados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de la que la sentencia de 12 de septiembre de 2006 en el caso Cadbury Schweppes es un claro referente, y de la Recomendación 2012/772/UE de la Comisión Europea sobre planificación fiscal agresiva, que ya en diciembre de 2012 aconsejaba a los Estados miembros adoptar una norma general de lucha contra el fraude, lo cierto es que, hasta la fecha, ha sido un ámbito en que las prácticas varían considerablemente entre los diversos países de la UE.

Aquella Recomendación tuvo diferente acogida en los distintos Estados miembros, pero la gran mayoría no consideraba necesaria la inclusión de dicha cláusula por contar ya con una cláusula doméstica, bien basada en el “fraude de ley” (“*abuse of law*”) o en el principio de la “sustancia sobre la forma” (“*substance over form*”) que perseguía el mismo objetivo².

Sin embargo, unos años más tarde se han dado las circunstancias políticas y sociales adecuadas para que difícilmente ningún Estado miembro pudiera oponerse políticamente a la inclusión de esta medida en la Directiva 2016/1164, una cláusula anti-abuso amplia que trata de cerrar las puertas que las normas anti-abuso específicas de algunos Estados miembros (o la ausencia de norma anti-abuso alguna) podrían dejar abiertas a la planificación fiscal abusiva.

La lectura de un extracto de la sentencia Cadbury Schweppes del TJUE del año 2006, de la Recomendación de la Comisión de 2012 y de la cláusula general anti-abuso finalmente incluida en la Directiva 2016/1164 permite identificar matices que muestran un cierto endurecimiento de la cláusula general anti-abuso con respecto a la doctrina del TJUE de hace diez años.

En efecto, en el año 2006 el TJUE señaló lo siguiente en la sentencia Cadbury Schwepes:

“... De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.”

En diciembre de 2012 la Comisión invitaba a los Estados miembros a introducir la siguiente cláusula en su legislación nacional:

“Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica”.

² “The path to a unanimously accepted GAAR by EU Member states”, Ana-Maria Geamanu, Universidad de Bucarest (Marzo 2016).

Si reproducimos a continuación el texto literal del artículo 6.1. de la Directiva anti-abuso observaremos que los distintos términos utilizados permiten intuir cierto endurecimiento con respecto a lo que el TSJUE proponía hace diez años:

“1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún 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. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos sean desestimados de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional.”

Mientras que el TJUE hablaba en 2006 de combatir “*montajes puramente artificiales ... con el objetivo de eludir el impuesto*” – dejando entreabierta la puerta para la defensa de estructuras con cierta sustancia aunque pudieran facilitar una ventaja fiscal – y la Recomendación de la Comisión de 2012 se refería a “*mecanismos artificiales con el objetivo fundamental de evadir impuestos*”, la cláusula de la Directiva anti-abuso se conforma con la existencia de un “*mecanismo falseado en el que uno de sus propósitos principales es la obtención de una ventaja fiscal*”. En efecto, bajo la nueva Directiva no parece necesario que “el objetivo” o “el objetivo fundamental” de la estructura o mecanismo sea evadir o eludir impuestos, sino que resulta suficiente que “uno de los propósitos principales sea la obtención de una ventaja fiscal”.

Siendo conscientes de que, en la práctica, será complicado apreciar si la obtención de una ventaja fiscal resulta ser el objetivo fundamental, el único objetivo o uno de los principales objetivos de una estructura o mecanismo, lo cierto es que la evolución que se observa hacia una redacción más amplia de las cláusulas anti-abuso se corresponde con la tendencia de las Administraciones y de los Tribunales a adoptar una actitud cada vez más combativa contra la denominada planificación fiscal agresiva.

Finalmente, en un plano más descriptivo, conviene señalar que la cláusula general anti-abuso deja claro, al igual que lo hace la cláusula anti-abuso recientemente incluida en la Directiva Matriz Filial, y a nuestro juicio de forma innecesaria, que el abuso puede tener lugar a través de una serie de operaciones encadenadas (mecanismo o serie de mecanismos que podrán estar constituidos por más de una fase o parte).

También se ocupa de aclarar que, en línea con el TJUE, el test de contraste para descartar la “artificiosidad” o “falseamiento” del mecanismo, transacción o estructura, consistirá en la existencia de razones comerciales válidas que justifiquen la existencia de los mismos.

Si bien el artículo 6 de la Directiva guarda silencio al respecto, en el Preámbulo se señala que *“No debería impedirse a los Estados miembros aplicar sanciones cuando sean aplicables las normas generales”*.

3.2 RELACIÓN CON LAS MEDIDAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN ESPAÑA

Esta norma general anti-abuso incluida en la Directiva podría considerarse ya transpuesta en nuestro ordenamiento tributario, dada la similitud en contenido e incluso en redacción con el artículo 15 de la Ley General Tributaria sobre el Conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Recordemos simplemente que el mencionado artículo 15 se refiere a *“actos o negocios notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”* de los que no resulten *“efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal”*.

Si bien no es descartable que pueda introducirse una norma general anti-abuso en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades que refleje de forma más exacta el contenido del artículo 6 de la ATAD, consideramos que dicha inclusión no tendría un efecto relevante en la práctica, al resultar las normas generales anti-abuso contenidas en nuestra Ley General Tributaria perfectamente aplicables en el ámbito de dicho Impuesto.

3.3 BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

La mayor parte de los Estados miembros cuentan con normas generales anti-abuso en sus ordenamientos, ya sea sobre la base del principio de la *“sustancia sobre la forma”* (Portugal, Grecia, Irlanda o muchos de los países de Europa del Este, como Croacia, la República Checa o Rumanía), del *“fraude de ley”* (Bélgica, Francia, Alemania) o de ambos (España, Italia, Austria o Hungría). Son la excepción algunos países de Europa del Este que, hasta la fecha, carecen de este tipo de cláusula general anti-abuso (Polonia o Letonia).

Hemos considerado interesante recoger unos breves comentarios sobre algunas jurisdicciones en particular:

(i) Reino Unido

La introducción de una norma general anti-abuso en el ordenamiento tributario del Reino Unido es reciente (2014), si bien presenta algunas diferencias con la incluida en la Directiva que permitirían una aplicación incluso más amplia de la misma. Por ejemplo, la norma general anti-abuso del Reino Unido no requiere para su aplicación que el mecanismo o transacción desvirtúe el objeto o la finalidad del derecho fiscal aplicable, sino que sería suficiente con que la operación no se considere razonable desde un punto de vista económico y a la vista de la normativa fiscal aplicable.

(ii) Irlanda

Cuenta con norma general anti-abuso desde 1989, si bien sufrió una importante modificación con el “Finance Act” de 2014. En línea con el Reino Unido, su aplicación sólo requiere que sea razonable considerar que el principal propósito de una operación, transacción, mecanismo o estructura, sea la obtención de una ventaja fiscal.

(iii) Luxemburgo

La norma anti-abuso luxemburguesa se refiere a “transacciones o acciones ficticias” (*“Fictitious transactions or other fictitious actions – for example, the establishment or the maintenance of a fictitious residency – are of no significance for tax purposes”*), por lo que es posible que deba ser ampliada si es que su concepto de “ficticio” es similar a nuestro concepto de “simulación”, en principio más restrictivo que el término “mecanismo falseado” que utiliza la Directiva.

Puede observarse que tanto jurisdicciones que tradicionalmente han estado a la vanguardia de la lucha contra la planificación fiscal agresiva (v.g. Reino Unido), como otras jurisdicciones que se suponen menos combativas (v.g. Irlanda o Luxemburgo), cuentan con normas domésticas anti-abuso generales que parecen perseguir un mismo fin. Sin embargo, la interpretación y aplicación de las mismas no se percibe como homogénea en todas las jurisdicciones, lo que viene a confirmar que la tradición y cultura jurídica de los distintos Estados miembros en este ámbito ha venido siendo distinta hasta la fecha.

3.4 VALORACIÓN DE LA MEDIDA

A pesar de que, como acabamos de ver, son pocos los Estados miembros que no cuentan ya con una cláusula general anti-abuso y es previsible que aquellos que cuentan con ellas no necesiten acometer grandes modificaciones en las mismas para cumplir con el mínimo impuesto por la Directiva, la inclusión de una norma general anti-abuso a nivel comunitario es ciertamente relevante.

En efecto, tal y como se señala en el Preámbulo de la Directiva, “... es importante garantizar la aplicación uniforme de las normas generales (anti-abuso) en situaciones de ámbito nacional, dentro de la Unión y en relación con países terceros, de modo que su alcance y los resultados de su aplicación en situaciones nacionales y transfronterizas no difieran”.

Así, la relevancia de esta cláusula general anti-abuso es que abre los ordenamientos tributarios de los Estados miembros en cuanto a imposición directa se refiere a la revisión del TJUE y de la propia Comisión Europea. En determinados casos, será el TJUE el que pueda dictaminar si una operación doméstica debe o no verse afectada por la norma general anti-abuso, sintiéndose tal vez legitimado por la Directiva ATAD para entrar a valorar los motivos económicos de la operación y la finalidad de las normas fiscales nacionales. Lo cierto es que, formalmente, el TJUE debería abstenerse de valorar los hechos concretos de los procedimientos que originan una cuestión prejudicial, si bien

de facto, ya lo venía haciendo. Cabe prever que la inclusión de esta cláusula general anti-abuso en la Directiva lleve al TJUE a extender esta práctica.

A pesar de las objeciones que algunos Estados podrían haber insinuado en contra de esta norma general anti-abuso por la potencial pérdida de soberanía fiscal que supone, lo cierto es que difícilmente ninguno de ellos podría haberse opuesto a la inclusión de una medida que, como ya hemos apuntado, recoge, en nuestra opinión, la esencia que subyace tras las acciones contra la planificación fiscal agresiva que se están gestando tanto en el ámbito de la OCDE como en el de la Unión Europea.