

Principales medidas adoptadas por la directiva antielusión fiscal (Directiva 2016/1164, de 12 de julio del 2016)

Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La directiva antielusión fiscal (ATAD, por su siglas en inglés), finalmente publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de julio del 2016, proyectará sus efectos sobre cinco principales ámbitos de actuación: la limitación de la deducción de intereses, la regulación de la denominada imposición de salida, el establecimiento de una norma general antiabuso, la transparencia fiscal internacional y las normas para hacer frente a las asimetrías híbridas.

1. Introducción

El *Diario Oficial de la Unión Europea* de 19 de julio del 2016 (L193) ha publicado la Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio del 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Como es sabido, esta norma es el resultado final de una propuesta de la Comisión Europea publicada el 28 de enero del 2016 dentro de un paquete de medidas de lucha contra la evasión fiscal, propuesta inicial que se vio sometida a varias modificaciones hasta culminar en el texto definitivo, cuyas principales novedades, respecto de las versiones anteriores, pasamos a comentar.

2. Principales medidas recogidas en la directiva

Pues bien, mientras el texto originario de la propuesta de directiva establecía medidas de lucha contra la evasión fiscal relacionadas

con seis ámbitos específicos de actuación, el texto definitivo las ha reducido a cinco, eliminando la medida inicialmente recogida en el artículo 6 de la propuesta bajo el título de «Cláusula de inversión», también denominada *switch-over clause*. En virtud de ella, se establecía una limitación de beneficios fiscales respecto de las rentas procedentes de distribuciones de dividendos o plusvalías de participaciones de entidades residentes en terceros países cuando éstas estuviesen sujetas a un tipo nominal del impuesto sobre sociedades inferior al 40 % del tipo aplicable en el Estado europeo donde se hallase la matriz o casa central. La oposición de algunos Estados a la medida, manifestada con argumentos como su alcance excesivo en comparación con las previsiones del plan BEPS (por sus siglas en inglés) o el hecho de que la finalidad de la directiva no podía ser la determinación de tipos de gravamen mínimos, provocó finalmente la desaparición de la referida cláusula.

Así pues, son ahora cinco las principales medidas contenidas en la directiva:

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

a) Deducibilidad de los intereses (art. 4)

Esta medida, situada en la línea de la acción número 4 del BEPS, establece una limitación a la deducibilidad de intereses financieros, con independencia de cuál sea la fuente de la financiación, a un máximo del 30 % del beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA), aunque se permite la plena deducibilidad hasta el umbral de los tres millones de euros.

Tal y como señala el apartado 2 del artículo 4, el EBITDA se calculará volviendo a incorporar a la renta sujeta los importes corregidos a efectos fiscales de los costes de endeudamiento excedentario y los corregidos en concepto de depreciación y amortización, quedando excluida la renta exenta de impuestos.

Además, este precepto incluye una serie de cláusulas mediante las cuales los Estados pueden flexibilizar la regla de la limitación de la deducibilidad de intereses.

Así, en primer lugar, podrán excluir del ámbito de aplicación de la regla general los costes de endeudamiento excedentarios sufragados en concepto de empréstitos que, o bien se hayan suscrito antes del 17 de junio del 2016, o bien se utilicen para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo, todo ello bajo determinados requisitos.

En segundo término, cuando el contribuyente sea miembro de un grupo consolidado financiero, podrá, o bien deducir íntegramente los costes de endeudamiento excedentario si puede demostrar que la razón entre sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la razón equivalente del grupo —siempre que se cumplan determinadas condiciones—, o bien deducir los citados costes en una cantidad superior a la que en principio tendría derecho según lo anterior, límite incrementado que se aplicará al grupo consolidado financiero del que el contribuyente forma parte y que se calculará en dos fases, teniendo en cuenta el endeudamiento del grupo con terceros y el endeudamiento del contribuyente.

Por otra parte, se prevé tanto que los Estados miembros puedan configurar de varias maneras el traspaso a ejercicios anteriores o posteriores de los costes de endeudamiento excedentarios, como que puedan excluir a «sociedades financieras» de la aplicación de esta medida incluso cuando formen parte de un grupo consolidado financiero. En este sentido, en el considerando 9 de la directiva se advierte que, aunque se suele admitir que las entidades financieras y las compañías de seguros también deberían estar sujetas a limitaciones en materia de deducibilidad de los intereses, se reconoce al mismo tiempo que esos dos sectores presentan características específicas que requieren un enfoque individualizado. Pues bien, habida cuenta de que los debates a este respecto aún no son lo suficientemente concluyentes ni en el contexto internacional ni en el de la Unión, se apunta que todavía no es posible establecer normas específicas en tales sectores, pudiendo los Estados miembros excluirlos del ámbito de aplicación de la norma sobre limitación de deducibilidad de intereses.

Los Estados podrán adaptar su normativa nacional sobre limitación de deducibilidad de intereses de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la directiva hasta el 1 de enero del 2024 como máximo —salvo que la OCDE llegue a un acuerdo antes de esa fecha y haga público un estándar mínimo sobre este tema—.

b) Imposición de salida (art. 5)

El artículo 5 de la directiva se refiere a la imposición de salida que procederá en casos de transferencia de activos desde la matriz a un establecimiento permanente situado en un Estado miembro o en un tercer país, y viceversa, en la medida en que, debido al traslado, en el primer caso, el Estado miembro en el que se encuentra la sede ya no tenga derecho a gravar dichos activos y, en el segundo supuesto, cuando no tenga ese derecho el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente. Por otra parte, se establece la misma regla para los casos de traslado de residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país, así como en casos de traslado de la actividad

efectuado por un establecimiento permanente a otro Estado miembro o a un tercer país si, debido al traslado, el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento permanente ya no tiene derecho a gravar dichos activos.

Para calcular el importe que se ha de gravar en caso de que los activos, la residencia fiscal o la actividad realizada por el establecimiento permanente se trasladen a otro Estado miembro, éste aceptará el valor determinado por el Estado miembro de salida del activo a efectos fiscales, salvo que no refleje el valor de mercado.

Por otra parte, se prevé que no se aplicará la medida de tributación de salida —siempre que se prevea que los activos deben retornar al Estado miembro del responsable de la transferencia en un plazo de doce meses— a las transferencias de activos relacionados con la financiación de garantías, a los activos entregados como garantía o a aquellos casos en los que la transferencia de activos se efectúa para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez.

Se dispone, además, al igual que ya hacía la redacción original de la propuesta de esta directiva, la posibilidad de aplazamiento del pago del impuesto de salida, extremo que podrá conllevar la aplicación de intereses e, incluso, cuando exista un riesgo demostrable y real de no recuperación, el Estado miembro podrá exigir al contribuyente que constituya una garantía para el aplazamiento.

c) Norma general contra las prácticas abusivas (art. 6)

Esta medida, que ha contado con amplio consenso, se recoge en unos términos similares a los de la norma antiabuso ya incorporada a la directiva matriz-filial en el año 2015. En ese sentido, la directiva dispone que los Estados miembros, en caso de sospechar que se ha llegado a un acuerdo comercial únicamente por motivos fiscales, ignorarán tales acuerdos denegando la aplicación de los beneficios fiscales pretendidos con la operación. España ya tiene cláusulas

antiabuso generales de carácter similar, por lo que la incorporación de esta medida al texto definitivo de la directiva no parece que vaya a traducirse en cambios significativos en nuestro país.

d) La transparencia fiscal internacional (arts. 7 y 8)

Las medidas introducidas en relación con el régimen de transparencia fiscal internacional que deben adoptar los Estados han sido objeto de varias modificaciones desde la primera versión de la propuesta. Pues bien, en el texto definitivo se señala que el Estado miembro de un contribuyente debe considerar como sociedades extranjeras controladas a las entidades y establecimientos permanentes cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o estén exentos en dicho Estado miembro, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

A propósito de tales condiciones, y al margen de la relativa a los porcentajes de control —que se ha mantenido inalterada—, el texto definitivo de la directiva sí ha modificado la referencia que en principio se hacía a un tipo efectivo del impuesto sobre sociedades que alcanzase al menos el 50 % del tipo impositivo efectivo del Estado miembro de la matriz. Dicho porcentaje ha sido eliminado y, en su lugar, la directiva establece como requisito que el impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por sus beneficios por parte de la entidad o del establecimiento permanente de que se trate sea menor que la diferencia entre el que se habría aplicado en virtud del sistema del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro del contribuyente y el efectivamente pagado sobre sus beneficios por tal entidad o establecimiento permanente.

Para la imputación de las rentas no distribuidas, los Estados disponen de dos sistemas para su inclusión en la base imponible.

En primer lugar, el artículo 7.2a de la directiva señala que los Estados miembros pueden incluir en la base imponible de la entidad o establecimiento permanente que tenga la consideración de sociedad extranjera controlada

según lo señalado anteriormente las rentas no distribuidas que consten en el listado de categorías de rentas recogido en ese artículo (intereses, cánones, dividendos, etcétera). Lo anterior será posible siempre que la entidad transparente no desarrolle una verdadera actividad económica de importancia (basada en plantilla, equipamiento, bienes e instalaciones, excepción que podrá no aplicarse si dicha entidad es residente en un tercer Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo. Al margen de lo anterior, cuando se opte por esta modalidad, se permite a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar el régimen de transparencia fiscal internacional si un tercio o menos de las rentas de la entidad o establecimiento permanente pertenecen a alguna de las categorías previstas en la lista del artículo 7.2a. Además, también cuando los Estados miembros hayan optado por esta modalidad, tienen la posibilidad de no aplicar el referido régimen a las sociedades financieras si un tercio o menos de las rentas de la entidad derivadas de las categorías previstas en el citado listado proceden de transacciones con el contribuyente o con sus empresas asociadas.

En segundo lugar, como alternativa, cabe que los Estados miembros incluyan en la base imponible del contribuyente las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente derivadas de mecanismos falseados que se hayan establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal, a cuyos efectos el artículo 7.2b aclara cuándo un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados.

Respecto de los Estados que hayan optado por esta segunda modalidad, se prevé la

posibilidad de excluir el régimen de transparencia fiscal internacional a las entidades o establecimientos permanentes que tengan beneficios contables no superiores a 750 000 euros e ingresos no comerciales no superiores a esa cantidad o cuyos beneficios contables no representen más del 10 % de sus gastos de explotación durante el periodo impositivo. Se aclara que en estos gastos no se contendrá el coste de los bienes vendidos fuera del país en el que esté registrada la sociedad o en el que esté situado el establecimiento permanente a efectos fiscales, ni los pagos a empresas asociadas.

e) Marco para hacer frente a las asimetrías híbridas (art. 9)

Por último, es de destacar que el texto de la directiva, en comparación con las primeras versiones de la propuesta, ha simplificado mucho la redacción de lo dispuesto en su artículo 9. Se señala así, en primer lugar, que, cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, el beneficio fiscal sólo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente; en segundo término, se dispone que en los casos en los que una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.

3. Transposición

El artículo 11 de la directiva establece como fecha máxima de transposición para los Estados miembros el 31 de diciembre del 2018, siendo el 1 de enero del 2019 la fecha prevista para que dichas medidas produzcan efectos, sin perjuicio de las disposiciones transitorias específicas que se prevén respecto de algunas medidas.