

Evolución de la propuesta de directiva antielusión fiscal

Pilar Álvarez Barbeito

*Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El texto originario de la propuesta de directiva antielusión fiscal, incluido en el paquete de medidas contra la evasión fiscal publicado en enero del presente año, se ha visto sometido a una constante evolución hasta llegar al texto transaccional actualizado propuesto por la Presidencia holandesa.

1. Introducción

La reunión del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (Ecofin) del pasado 25 de mayo ha significado, entre otras cosas, un avance hacia la futura aprobación de la directiva antielusión fiscal propuesta por la Comisión Europea dentro de un paquete de medidas de lucha contra la evasión fiscal publicado el 28 de enero del 2016 y cuyo texto originario ha experimentado una serie de cambios con sucesivas versiones hasta llegar al texto transaccional actualizado de la Presidencia de 26 de mayo del 2016¹. El Ecofin no ha alcanzado aún un acuerdo sobre la aprobación de la directiva, siendo el objetivo de la Presidencia holandesa lograrlo en la próxima reunión de dicho consejo (17 de junio del 2016).

2. Principales modificaciones operadas sobre el texto originario de la propuesta de directiva

El texto originario de la propuesta de directiva estableció medidas de lucha contra la evasión fiscal relacionadas con seis ámbitos específicos de actuación que, en mayor o menor medida, han ido revisándose, por lo que resumimos a continuación el estado actual de tales cuestiones.

a) Deducibilidad de los intereses (art. 4)

La propuesta, situada en la línea de la acción número 4 del *Informe BEPS*, recomienda establecer una limitación a la deducibilidad de intereses financieros a un máximo del 30 % del beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones (EBITDA), aunque se podrá otorgar al contribuyente el derecho a deducir los costes de endeudamiento excedentarios hasta tres millones de euros (importe que se aplica al grupo en su conjunto) o a deducir íntegramente tales costes si se trata de una entidad aislada.

Pues bien, según la redacción actual de la propuesta, los EBITDA se calcularán 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. Sin embargo, se prevé ahora que la renta exenta de impuestos quedará excluida de los EBITDA del contribuyente.

Además, el artículo 4 de la propuesta de directiva contiene una serie de cláusulas por las cuales los Estados pueden flexibilizar la

¹ Consejo de la Unión Europea, Expediente interinstitucional 2016/0011 (CNS), Bruselas, 26 de mayo del 2016, FISC 87, Ecofin 512.

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.

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 22 de mayo del 2016, o bien se utilicen para financiar proyectos de infraestructura pública a largo plazo, bajo determinados requisitos.

En segundo término, cuando el contribuyente sea miembro de un grupo consolidado financiero, podrá 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 determinados requisitos—, o bien deducir los citados costes en una cantidad superior a la que en principio tendría derecho, límite superior 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 de los costes de endeudamiento excedentarios a ejercicios anteriores o posteriores, como que puedan excluir a sociedades financieras de la aplicación de esta medida incluso cuando formen parte de un grupo consolidado financiero.

b) Imposición de salida (art. 5)

La Comisión recomienda establecer impuestos de salida en casos de transferencia de activos desde la matriz a un establecimiento permanente (EP) 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, la misma recomendación se hace en los casos

de traslado de residencia fiscal a otro Estado miembro o a un tercer país, así como en los casos de traslado a otro Estado miembro o a un tercer país de la actividad realizada a través de un establecimiento permanente, en el caso, también, de que debido al traslado el Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento permanente ya no tenga derecho a gravar dichos activos.

Para calcular el importe que se haya 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, previsión esta que, como puede intuirse, podrá acarrear problemas y conflictos de valoración; de hecho, esta previsión está planteando problemas para su aprobación.

Por otra parte, se establece 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 prevé, además, al igual que en la redacción original de la propuesta, 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) Cláusula de inversión (switch over) (art. 6)

Atendiendo a la última redacción de la propuesta en relación con esta medida, el establecimiento de limitación de beneficios fiscales respecto de las rentas que provengan de una distribución de dividendos o plusvalías

de participaciones de entidades residentes en terceros países se limitará a los casos en los que los beneficios procedan de una actividad económica y siempre que la entidad esté sujeta en su país de residencia a un impuesto sobre sociedades con un tipo legal de gravamen inferior al 40 % del que correspondería aplicar en el Estado de residencia del contribuyente. Ahora bien, lo anterior no operaría en el caso de que exista un convenio para evitar la doble imposición entre el Estado miembro del contribuyente y el país tercero en el que la entidad sea residente.

En estos supuestos se propone el gravamen de los ingresos de origen extranjero, aunque permitiendo la deducción del impuesto abonado en el tercer país.

No obstante, las posiciones encontradas de los Estados miembros en relación con el mantenimiento de esta medida hacen pensar que ésta podría excluirse de la redacción definitiva del texto final de la directiva.

d) Norma general contra las prácticas abusivas (art. 7)

Se propone una medida que cuenta con amplio consenso en virtud de la cual, los Estados miembros, en caso de sospechar que se haya llegado a un acuerdo comercial únicamente por motivos fiscales, ignorarán tal acuerdo denegando la aplicación de los beneficios fiscales pretendidos con la operación. España ya cuenta con cláusulas antiabuso generales de carácter similar, por lo que no es previsible que la incorporación de esta medida al texto definitivo de la directiva vaya a traducirse en cambios significativos en nuestro país.

e) La transparencia fiscal internacional (arts. 8 y 9)

La redacción de las medidas propuestas en relación con el régimen de transparencia fiscal internacional que deben introducir los Estados, del que dependerá en gran medida la efectividad de la directiva, ha sido objeto de varias modificaciones desde la primera versión de la propuesta. Así, a tenor de su redacción actual, el Estado miembro de un

contribuyente debe considerar como sociedad extranjera controlada 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 esos efectos, el umbral de baja tributación se fija en un 50 % del tipo impositivo efectivo que se habría aplicado a la entidad o establecimiento permanente a efectos del impuesto sobre sociedades aplicable en el Estado miembro de residencia del contribuyente, de modo que, cuando la tributación sea inferior a lo señalado, el contribuyente habrá de integrar en su base imponible una parte de las rentas no distribuidas por sus filiales.

Así pues, no todas las rentas aludidas son imputables al contribuyente, sino sólo algunas, existiendo dos sistemas para que los Estados puedan regular esta cuestión:

- En primer lugar, el artículo 8.2a de la propuesta de directiva señala que el Estado miembro puede incluir en la base imponible las rentas no distribuidas de la entidad o establecimiento permanente que consten en el listado de categorías de rentas propuesto en ese artículo (intereses, cánones, dividendos, etc.). 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 8.2a. 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, a modo de alternativa, cabe que los Estados miembros añadan a 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 8.2*b* 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 75 000 euros o cuyos beneficios contables no representen más del 10 % de sus gastos de explotación durante el periodo impositivo. Estos gastos no podrán incluir el coste de los bienes vendidos fuera del país en el que está registrada la sociedad ni en el que está situado el establecimiento permanente a efectos fiscales, ni los pagos a empresas asociadas.

El debate sobre el régimen de transparencia fiscal internacional ha puesto de relieve una serie de desacuerdos importantes entre las delegaciones de los diferentes Estados que podrían terminar en una flexibilización de los requisitos previstos para su aplicación.

f) Marco para hacer frente a las asimetrías híbridas

Por último, destacaremos que la versión actual de la propuesta de directiva ha simplificado mucho la redacción del artículo 10 del texto respecto de la original. Se señala así, en primer lugar, que, cuando una asimetría híbrida dé lugar a una doble deducción, la deducción 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.

Así pues, parece que se ha optado por cláusulas muy abiertas sobre las que también se han puesto de manifiesto diferencias de opinión importantes entre las delegaciones de los diferentes Estados miembros, algunos de ellos interesados, por ejemplo, en ampliar su ámbito de aplicación a terceros países.

3. Transposición

El artículo 12 de la propuesta de 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 la aplicación de las disposiciones de la futura directiva.