

LA CONTROVERTIDA BASE JURÍDICA DE LA DIRECTIVA ANTIELUSIÓN FISCAL. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE REGLAS DE VINCULACIÓN

MARÍA CRUZ BARREIRO CARRIL¹
Universidad de Vigo
mcruzbarreiro@uvigo.es

Cómo citar/Citation

Barreiro Carril, M. C. (2019).
La controvertida base jurídica de la Directiva antielusión fiscal.
Un análisis a la luz de reglas de vinculación.
Revista de Derecho Comunitario Europeo, 62, 155-196.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.05>

Resumen

La directiva antielusión fiscal (ATAD) supone un cambio radical respecto de las directivas armonizadoras adoptadas, hasta el momento, en materia de imposición directa. Mientras aquellas perseguían eliminar obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales por parte de los contribuyentes, la ATAD persigue la prevención del abuso, un objetivo concebido, hasta ahora, como estatal. Sin embargo, un objetivo no adquiere estatus europeo solo porque figure como tal en una directiva. En el ámbito de la imposición directa, las directivas únicamente pueden adoptarse para «la aproximación de las disposiciones legales [...] de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior», como reza el art. 115 TFUE, única base jurídica para la aprobación de directivas en dicho ámbito. La directiva, en lugar de aproximar legislaciones estatales, incorpora cláusulas antiabuso para luchar contra las prácticas de planificación fiscal agresiva, presentando varias de sus cláusulas un contenido similar al de las cláusulas estatales que el TJUE

¹ Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Vigo.

había tenido que tolerar debido a la ausencia esencial de armonización en materia de impuestos directos, resultando el contenido de otras incompatible con la jurisprudencia del Tribunal, en tanto en cuanto se aplican a transacciones genuinas, haciendo prevalecer de forma absoluta la necesidad de prevenir el abuso por encima de las libertades fundamentales. Este trabajo expone las razones por las que el art. 115 TFUE no puede constituir la base de una directiva que persigue exclusivamente luchar contra la planificación fiscal agresiva, en la manera en que lo hace la ATAD.

Palabras clave

Directivas armonizadoras; base jurídica para la armonización de la imposición directa; mercado interior; libertades fundamentales; doble imposición; principio de imposición única; normas antiabuso; directiva antielusión fiscal; Plan BEPS; planificación fiscal agresiva; asimetrías híbridas; reglas de vinculación.

THE CONTROVERSIAL LEGAL BASIS OF THE ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVE. AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE LINKING RULES

Abstract

The Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) marks a radical departure from harmonizing directives so far adopted in the field of direct taxation. While the latter aimed at abolishing tax obstacles jeopardizing the exercise of fundamental freedoms, the ATAD aims at preventing tax avoidance, a goal so far conceived as an objective to be achieved at the level of Member States. However, an objective does not acquire EU status only because it appears as such in a directive. In the field of direct taxation, directives can only be adopted for “the approximation of [...] laws [...] of the Member States, as directly affect the functioning of the internal market”, as established in art. 115 TFEU, the sole possible legal basis for adopting a directive in that field. The ATAD, instead of approximating domestic legislations, lays down anti-tax avoidance rules, having some of them a similar content to those of domestic anti-tax avoidance rules that the ECJ has had to tolerate due to the lack of essential harmonization of direct taxation, while having, some others, a content which is incompatible with the ECJ’s jurisprudence in the field, as they apply to genuine transactions, thereby giving absolute priority to the need to prevent tax avoidance over the fundamental freedoms. This article explains the reasons why art. 115 TFEU is not the proper legal basis to adopt a directive aimed, exclusively, at fighting against aggressive tax planning, at least, in the manner in which this goal is pursued by the ATAD.

Keywords

Harmonizing directives; legal basis for the adoption of harmonizing directives in the field of direct taxation; internal market, fundamental freedoms; double taxation;

single taxation principle; anti-tax avoidance rules; ATAD; BEPS Project; aggressive tax planning; hybrid mismatches; linking rules.

LA POLÉMIQUE BASE JURIDIQUE DE LA DIRECTIVE ANTI-ÉVASION FISCALE. UNE ANALYSE À LA LUMIÈRE DES RÉGLES DES “LINKING RULES”

Résumé

La Directive anti-évasion fiscale (ATAD) implique un tournant décisif dans le cadre des directives d’harmonisation dans le domaine de la fiscalité directe. Tandis que celles-ci visaient à supprimer les entraves à l’exercice des libertés fondamentales par les contribuables, l’ATAD poursuit la prévention de l’évasion fiscale, un objectif conçu, jusqu’à présent, au niveau des États. Cependant, un objectif n’acquiert pas de nature européenne seulement par le fait qu’il apparaît comme tel dans le texte d’une directive. Dans le domaine qui nous occupe, les directives ne peuvent être adoptées que pour “le rapprochement des dispositions législatives [...] des États membres qui ont une incidence directe sur l’établissement ou le fonctionnement du marché intérieur”, tel qu’énoncé dans l’art. 115 TFUE, la seule base juridique pour l’adoption des directives dans le domaine précité. La Directive, au lieu de rapprocher les législations nationales incorpore des clauses anti-abus pour lutter contre les pratiques d’évasion fiscale, certaines d’entre elles avec un contenu similaire à celui des clauses nationales que la CJUE avait dû tolérer dû au manque d’harmonisation essentielle de l’imposition directe, et en étant incompatible, le contenu de certains autres, avec la jurisprudence de la Cour, compte tenu qu’elles s’appliquent aux véritables transactions, en faisant prévaloir d’une façon absolue, la prévention des abus sur les libertés fondamentales. Le présent travail explique les raisons pour lesquelles l’art. 115 TFUE ne peut pas constituer la base d’une directive visant exclusivement à lutter contre les pratiques d’évasion fiscale de la façon dont le fait l’ATAD.

Mots clés

Directives d’harmonisation; base juridique pour l’harmonisation de la fiscalité directe; marché intérieur; libertés fondamentales; double imposition; double non-imposition; principe de l’imposition “unique”; règles anti-évasion fiscal; ATAD; Projet BEPS; stratégies fiscales agressives; montages hybrides; “linking rules”.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ATAD COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SECUNDARIO EN MATERIA DE IMPOSICIÓN DIRECTA: DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESTATALES: 1. La reticencia de los estados miembros a adoptar directivas armonizadoras que eliminen obstáculos fiscales (doble imposición). 2. La doble no imposición como preocupación esencial del plan BEPS y de la ATAD, y la desconsideración del problema de la doble imposición. III. EL OBJETIVO DE LA ATAD Y SU CONTROVERTIDA BASE JURÍDICA: 1. Cuestiones previas. 2. El objetivo de la ATAD en el contexto del artículo 115 del TFUE: 2.1. *Diferencias entre los artículos 113 y 115 TFUE.* 2.2. *El artículo 115 del TFUE como base apropiada para la aproximación de legislaciones estatales conducente a la imposición única, al contribuir a la consecución de un mercado interior genuino.* 2.3. *La inadecuación del artículo 115 del TFUE como base para la adopción de una directiva en materia de impuestos directos que, en lugar de aproximar legislaciones, lucha contra comportamientos, persiguiendo, en particular, como único objetivo, la lucha contra la planificación fiscal agresiva.* 3. La doctrina del TJUE en materia de cláusulas estatales antiabuso no puede emplearse para valorar las cláusulas antiabuso de la ATAD a la luz del derecho primario: 3.1. *Incoherencias de la ATAD respecto de la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas estatales antiabuso.* 3.2. *La improcedencia de incorporar al Derecho secundario las disposiciones estatales (aún proporcionadas) de lucha contra el abuso fiscal, que sigue siendo un objetivo estatal.* 4. El principio de imposición única aplicado de forma coherente. Consideraciones a la luz de las asimetrías híbridas: 4.1. *Aproximación al tema.* 4.2. *Función de las reglas de vinculación en relación con las disparidades. Disparidades y discriminación.* 4.3. *Las reglas de vinculación y el derecho primario: diferencia esencial según las reglas procedan del derecho interno o del derecho secundario.* IV. A MODO DE COROLARIO: LAS DIEZ GRANDES PARADOJAS DE LA ATAD. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La directiva antielusión fiscal, conocida por las siglas de su denominación en lengua inglesa (*Anti Tax Avoidance Directive*, ATAD), podría verse

como el gran avance en el desarrollo del derecho secundario en materia de imposición directa. Ello porque tras seis décadas desde la fundación de las Comunidades Europeas sin apenas directivas en la materia, el año 2016 aparece como una *rara avis* por ser aquel en que los Estados miembros dieron luz verde a una directiva en materia de fiscalidad directa que, integrando el «Paquete de lucha contra la evasión fiscal»², fue aprobada en menos de seis meses desde su presentación como propuesta por la Comisión Europea³. La celeridad en su aprobación choca frontalmente con el lento e incierto proceso hacia la consecución de una Base Imponible Común Consolidada para el impuesto sobre sociedades, un proyecto que se remonta al año 2001, y que pese a integrar, junto con la ATAD, el mencionado paquete⁴, se encuentra todavía sobre la mesa, sin que haya atisbos de que consiga, en un medio plazo, la unanimidad que, por tratarse de una norma en materia fiscal se requiere para su aprobación⁵.

Sin embargo, la ATAD no constituye, en nuestra opinión, un paso positivo en el desarrollo del derecho secundario en la materia que nos ocupa. Conviene recordar que los Estados miembros se habían venido oponiendo a la adopción de directivas armonizadoras de los impuestos directos, concebidos como poderosas herramientas de sus políticas socioeconómicas, materializándose los

² Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre «La transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales», COM(2015)0136 final, 18 de septiembre de 2015.

³ La propuesta de directiva fue publicada el 28 de enero de 2016 [COM(2016) 26 final 2016/0011 (CNS)]. La directiva fue publicada el 19 de julio de ese mismo año [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 (DO L 193 de 19 de julio de 2016, p. 1)]. Si bien en este trabajo se utilizan las siglas ATAD para referirse a esta directiva, entendiéndola comprensiva de las modificaciones introducidas en la misma a través de la conocida como ATAD II [Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164, (DO L 144, 7.6.2017, p. 1—11)], algunos autores utilizan el término más concreto «ATAD I» para aludir a la misma.

⁴ El proyecto de Base Imponible Común Consolidada (BICC) incluido en el paquete antielusión presenta relevantes modificaciones respecto del original de 2001.

⁵ No obstante, De Graaf y Visser (2018: 43) explican que las crecientes restricciones a las políticas fiscales estatales (entre las que incluyen las medidas de la ATAD) y la toma de conciencia de que aquellas no eliminarán por completo la planificación fiscal agresiva podrían sentar las bases para la adopción de una Base Imponible Consolidada europea.

intentos armonizadores de la Comisión en una escasa armonización, que había llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a repetir que «la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros»⁶. No obstante, y dado que la ausencia de armonización en un ámbito concreto en absoluto implica que los Estados miembros puedan legislar a su antojo, el mismo Tribunal había venido advirtiendo que «si bien es cierto que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no lo es menos que estos últimos deben ejercerla respetando el derecho comunitario»⁷. Así, el TJUE viene aplicando el principio de no discriminación y las disposiciones relativas a las libertades fundamentales al ámbito de los impuestos directos, pronunciándose sobre la (in)compatibilidad de las normas nacionales en dicho ámbito con el derecho de la UE.

La jurisprudencia resultante refleja la tensión entre los intereses estatales por proteger sus ingresos tributarios y la necesidad de otorgar efecto directo a las disposiciones relativas a las libertades fundamentales. En este contexto, resulta oportuno destacar que muchas de las normas nacionales sometidas al escrutinio del TJUE vienen siendo normas antiabuso, a través de las cuales los Estados tratan de proteger sus bases imponibles. La oposición del Tribunal a este tipo de normas, y en particular cuando restringen la libre circulación de forma desproporcionada, había llevado a Michael Lang a escribir, hace más de diez años, que, en materia de fiscalidad directa, el TJUE, al destruir los muros que los Estados miembros vienen construyendo para proteger sus bases imponibles, estaba creando presión sobre la UE para armonizar (Lang, 2007: 53). La ATAD aparece en este contexto como un elemento extraño en el panorama de la armonización fiscal, al obligar a los Estados miembros a establecer, precisamente, normas antiabuso para la protección de sus bases imponibles.

Tales consideraciones constituyen un primer indicio de que la ATAD no implica un paso positivo en el desarrollo del derecho de la UE en la materia. El presente trabajo explora, de manera general, y a la luz de las reglas de vinculación incluidas en la directiva en particular, las razones de esta afirmación, bajo la esencial premisa de que el aparente difícil encaje de aquella en el derecho de la UE, así como el sinfín de problemas jurídicos que, precisamente por ello, plantea, se derivan de la inadecuación de su base jurídica: el art. 115 TFUE.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, EU:C:1999:438, apartado 58.

⁷ *Ibid.*

II. LA ATAD COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SECUNDARIO EN MATERIA DE IMPOSICIÓN DIRECTA: DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESTATALES

1. LA RETICENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS A ADOPTAR DIRECTIVAS ARMONIZADORAS QUE ELIMINEN OBSTÁCULOS FISCALES (DOBLE IMPOSICIÓN)

Hasta la aprobación de la ATAD, los esfuerzos armonizadores de la Comisión Europea en materia de imposición directa habían venido siendo sumamente infructuosos. Si bien los redactores del Informe Neumark (Neumark Committee, 1963) planteaban un ambicioso programa de armonización fiscal, que incluía tanto los impuestos indirectos como los directos, los Estados miembros nunca llegaron a aceptar una verdadera armonización de los últimos, y así, al margen de la reciente ATAD, el derecho secundario en el ámbito referido está integrado solo por cinco directivas, dos de las cuales no son siquiera armonizadoras, sino que articulan, simplemente, un intercambio de información⁸. Las tres directivas armonizadoras, que abordan aspectos muy concretos de la fiscalidad directa y persiguen la supresión de obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, son la directiva sobre fusiones⁹, la directiva matriz-filial¹⁰ y la

⁸ Tales directivas son la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO L 64 de 11 de marzo de 2011, p. 94), que engloba a los impuestos indirectos también, y la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DO L 157 de 26 de junio de 2003, p. 38), derogada por la Directiva (UE) 2015/2060 del Consejo, de 10 de noviembre de 2015 (DO L 301, 18 de noviembre de 2015, p. 1).

⁹ Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activo y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225 de 20 de agosto de 1990, p. 1), sustituida por la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO L 310 de 25 de noviembre de 2009, p. 34).

¹⁰ Directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225 de 20 de agosto de 1990,

directiva sobre intereses y cánones¹¹. Las dos primeras responden al cambio de rumbo emprendido por la Comisión Europea en 1990 cuando, a la vista de la reticencia de los Estados miembros a armonizar los elementos esenciales de la imposición societaria, decidió centrarse en la tributación de las multinacionales y los grupos societarios inmersos en actividades intra-UE, con el fin esencial de eliminar la doble imposición económica. La más tardía directiva sobre intereses y cánones de 2003 tenía como objeto la supresión de las retenciones en origen sobre los pagos de tales rentas entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, eliminando, así, la doble imposición jurídica.

A pesar de su carácter sectorial, las tres directivas mencionadas evidencian una cesión de competencias por parte de los Estados miembros a la Unión Europea: una renuncia a ejercer sus potestades tributarias en favor de una mejora de las condiciones de ejercicio por parte de los contribuyentes de las libertades fundamentales, pilares del mercado interior. Y así, fueron adoptadas con base en el art. 115 TFUE que habilita al Consejo para, por unanimidad, adoptar «directivas para la aproximación de las disposiciones legales [...] de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior». Es precisamente la renuncia a la soberanía que supone la adopción de este tipo de directivas lo que explica su escaso número, así como su lento y arduo proceso de aprobación.

2. LA DOBLE NO IMPOSICIÓN COMO PREOCUPACIÓN ESENCIAL DEL PLAN BEPS Y DE LA ATAD, Y LA DESCONSIDERACIÓN DEL PROBLEMA DE LA DOBLE IMPOSICIÓN

La ATAD ha logrado, sin embargo, la unanimidad para su aprobación en un tiempo récord, lo que nos hace pensar que su naturaleza debe ser distinta a la de las directivas armonizadoras que acabamos de mencionar. En efecto, la ATAD responde a la filosofía del Plan de Lucha contra la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, conocido por sus siglas en inglés, BEPS¹² (OCDE 2013), que pretende luchar contra comportamientos de las multinacionales consistentes en el aprovechamiento de las asimetrías entre

p. 6). La directiva ha sido reemplaza por la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 345 de 29 de diciembre de 2011, p. 8).

¹¹ Directiva 2003/49/CE del Consejo de 3 de junio de 2003 relativa a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO L 157 de 26 de junio de 2003, p. 49).

¹² *Base Erosion and Profit Shifting*.

legislaciones estatales, conducentes a una situación de desimposición a nivel global. Para ello, el plan realiza varias recomendaciones a los Estados, entre las que se incluyen una serie de cláusulas antiabuso. La ATAD ha incorporado tales cláusulas, si bien ha ido más allá del Plan BEPS al incluir otras no contempladas por aquel.

Un claro ejemplo de cómo las disparidades entre legislaciones nacionales pueden provocar que las rentas de las multinacionales queden sin tributar en ningún Estado se produce en el ámbito de los instrumentos financieros híbridos, aquellos instrumentos cuyas características se asocian con más de una calificación tributaria (Duncan, 2000: 22), lo que dificulta sobremanera su subsunción en una categoría de renta. Tal es el caso de las rentas derivadas de formas de financiación de sociedades que combinan características de capital y deuda. La calificación de tales rentas como rentas derivadas de la financiación mediante capital (dividendos) o deuda (intereses) tiene consecuencias fiscales importantes, pues, generalmente, el pago de intereses constituye un gasto deducible en sede de la entidad pagadora, tributando en sede de la receptora, mientras que el pago de dividendos no es deducible en sede de la entidad pagadora, si bien, con el fin de evitar la doble imposición económica¹³, suele estar exento en manos de la receptora. Los problemas (de calificación) que plantean dichos instrumentos se agravan cuando la filial distribuidora y la matriz receptora residen en Estados distintos. Si el Estado de residencia de la filial califica, a efectos fiscales, las rentas como intereses, aquella podrá deducir en su base imponible el pago de las mismas. Si el Estado de residencia de la matriz las califica, por el contrario, como dividendos, aplicándole la referida exención, las rentas quedarán sin tributar en ninguno de los Estados, produciéndose el fenómeno denominado «doble no imposición»¹⁴.

La preocupación por las situaciones de doble no imposición late en el corazón del Plan BEPS y de la ATAD. Sin embargo, las disparidades en la

¹³ La «doble imposición económica» tiene lugar cuando una manifestación de capacidad económica tributa dos veces, en cabeza de sujetos distintos. Surge típicamente en el supuesto de obtención de beneficios por una sociedad, que son gravados, primero, en cabeza de esta, y más tarde, cuando se distribuyen en forma de dividendos, tributan en cabeza de los socios.

¹⁴ Como indican Falcón y Tella y Pulido (2013: 115), la expresión «doble no imposición» «no es muy afortunada desde el punto de vista lógico, pues si bien la “imposición” puede ser doble, o triple, etc. [...] la “no imposición” no admite multiplicadores, pues si “cero” entra en una multiplicación, el resultado es siempre “cero”». Con todo, se ha optado por utilizar la referida expresión al ser la mayoritariamente adoptada por la doctrina, tanto en nuestro país como en el ámbito internacional. Véase, entre otros, Jiménez-Valladolid de L’Hotellerie-Fallois (2015).

calificación fiscal de los híbridos pueden conducir también a la situación contraria (doble imposición), que se produciría si el Estado de la filial distribuidora calificase los rendimientos como dividendos —sin posibilidad de deducción del pago— y el Estado de la matriz los calificase como intereses, quedando sujetos a tributación, al no resultar aplicable exención alguna. Sin embargo, la doble imposición no es abordada por el Plan BEPS, y, en consecuencia, tampoco por la ATAD.

En relación con la doble imposición producida por las prácticas de las multinacionales consistentes en el aprovechamiento de las asimetrías híbridas, ha de enfatizarse que dichas prácticas, pese a su efecto nocivo sobre la integridad del sistema tributario, no contravienen precepto legal alguno. No pudiéndose subsumir en las categorías de fraude, elusión o evasión fiscal, han venido a agruparse bajo el paraguas de la «planificación fiscal agresiva», una categoría que abre numerosos interrogantes y consiguientes problemas de (in) seguridad jurídica.

El hecho de que las conductas de «planificación fiscal agresiva» no contravengan el ordenamiento jurídico de ningún Estado en absoluto significa que el legislador no deba emprender acciones para tratar de evitarlas. Es precisamente tal circunstancia la que las reviste de una peculiar gravedad pues los mecanismos tradicionales de lucha contra las prácticas ilegales no resultan aplicables en estos casos. Sin embargo, el modo en que la ATAD aborda el problema nos lleva a colegir que esta no es el instrumento adecuado para tal fin.

III. EL OBJETIVO DE LA ATAD Y SU CONTROVERTIDA BASE JURÍDICA

1. CUESTIONES PREVIAS

Mucho se ha escrito sobre los problemas que la ATAD plantea en relación con el derecho de la UE y con el funcionamiento del mercado interior. Así, la ATAD ha recibido críticas por el (cierto¹⁵) automatismo¹⁶ con que se aplican varias de sus cláusulas antiabuso, al no distinguir entre transacciones artificiosas y genuinas. Ello plantea problemas de compatibilidad con la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas nacionales antiabuso, según la cual estas, para ser respetuosas con el principio de proporcionalidad, solo

¹⁵ Así lo expresa Panayi (2018: 374-375) en relación con las reglas relativas a los regímenes de transparencia fiscal internacional.

¹⁶ El automatismo con que son aplicadas las reglas relativas a las asimetrías híbridas ha sido criticado por Navarro *et al.* (2016: 130).

pueden aplicarse a las transacciones totalmente artificiosas. Al ampliar su ámbito de aplicación más allá de tales transacciones, las referidas cláusulas de la ATAD hacen prevalecer de forma absoluta la prevención del abuso sobre el ejercicio de las libertades fundamentales¹⁷. En relación con este principio, plantea problemas la norma relativa a la limitación de los intereses (art. 4 de la ATAD) que, al aplicarse tanto en situaciones intra-UE como en situaciones domésticas, parece ir más allá de lo necesario para proteger el mercado interior¹⁸.

La ATAD también ha sido criticada por contradecir el principio de subsidiariedad que constituye, junto con el de proporcionalidad, el corolario del principio de atribución consagrado en el art. 5 del TFUE, y que establece que, en el ámbito de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, aquella solo puede intervenir cuando su actuación sea más eficaz que la de aquellos. Desde la perspectiva de este principio, la ATAD se justificó, en el memorándum explicativo que acompañaba la propuesta de directiva, por la necesidad de «proporcionar un marco común para la incorporación de los resultados del proyecto BEPS a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de manera coordinada», a fin de evitar una incorporación separada por parte de cada Estado, que «reproduciría, agravándola posiblemente, la actual fragmentación del mercado interior»¹⁹. Sin embargo, como el Parlamento maltés alegó en su objeción a la propuesta de directiva, esta no explicaba suficientemente por qué las diferencias entre las legislaciones nacionales en la implementación de las recomendaciones BEPS tendrían un efecto directo en el funcionamiento del mercado interior, lo que resulta especialmente grave al tratarse de una directiva en materia de imposición directa.

Los problemas de inseguridad jurídica que plantea la categoría de «planificación fiscal agresiva» en relación con la concepción de abuso en la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de las libertades fundamentales tampoco han pasado desapercibidos para la doctrina, habiéndose advertido, además, que no procede trasladar el concepto de abuso desarrollado a nivel estatal al derecho de la UE (Vanistendael, 2017: 268).

Es nuestro parecer que cada una de las críticas que recibe la ATAD puede explicarse por el hecho de que la base jurídica sobre la que se adoptó, el art. 115 TFUE, es inadecuada, pues este artículo no sirve para aprobar una directiva con

¹⁷ Conclusiones similares sobre la cláusula antiabuso relativa a las asimetrías híbridas, incorporada en la directiva matriz-filial, fueron expuestas por Vanistendael (2017: 261).

¹⁸ Así lo había expresado el Parlamento maltés con ocasión de su objeción a la propuesta de directiva de 16 de marzo de 2016, disponible en: <https://bit.ly/2HLHE4Q>.

¹⁹ Propuesta de directiva, pp. 5-6. Véase nota 2.

el contenido de la ATAD. Teniendo en cuenta que las directivas que afecten al régimen sustantivo de los impuestos directos²⁰ solo pueden aprobarse con base en dicho artículo, de la afirmación anterior se colige también que la UE carece de competencia para adoptar una directiva que aborda la planificación fiscal agresiva en el modo en que lo hace la ATAD²¹.

En este contexto, la cuestión sobre si una directiva en imposición directa puede perseguir la lucha contra la planificación fiscal agresiva conduce directamente al análisis del art. 115 TFUE, no siendo suficiente una valoración de ese fin a la luz del mercado interior (cuya promoción se pretende a través de tal artículo), sino que se requiere, además, un análisis del contenido de la directiva, esto es, del modo en que aquella persigue el fin. Así, el TJUE había señalado que «en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto no puede depender únicamente de la convicción de una Institución respecto al fin perseguido, sino que debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional», entre los que «figuran, en particular, el objetivo y el contenido del acto»²².

Por ello, a través del análisis del contenido de una de las reglas de la ATAD, la regla primaria relativa a las asimetrías híbridas, y sin perjuicio de alguna referencia a otras de sus reglas, exponemos las razones que nos llevan a colegir que el art. 115 TFUE no puede constituir la base de una directiva dirigida a luchar contra la planificación fiscal agresiva en el modo en que lo hace la ATAD.

²⁰ Pérez Royo (2004: 17) realizó una distinción entre las directivas en materia de imposición directa que afectan a su régimen sustantivo, y aquellas que no lo hacen. Mientras las primeras podrían aprobarse con base en el art. 114 del TFUE que regula el procedimiento general de codecisión, y por mayoría cualificada, las segundas solo pueden aprobarse con base en el art. 115 del TFUE, a través del procedimiento de consulta y por unanimidad. Lamentaba este autor que la directiva del ahorro no se hubiese adoptado con base en el art. 114, ya que no trajo «consigo cambio alguno en el régimen sustantivo de los rendimientos derivados del pago de intereses», al articular, como se ha advertido previamente, tan solo un intercambio de información.

²¹ Como han indicado Amténbrink y Raulus (2011: 18), los conflictos de competencia en la Unión pueden versar sobre la existencia de competencia para adoptar legislación europea vinculante, o sobre la correcta base jurídica para tal adopción. Sucede que en materia de imposición directa ambas cuestiones son interdependientes al constituir el art. 115 del TFUE la única base jurídica para adoptar directivas. Una directiva en este ámbito solo puede perseguir un fin que encaje en dicho artículo.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo, 300/89, EU:C:1991:244.

2. EL OBJETIVO DE LA ATAD EN EL CONTEXTO DEL ARTÍCULO 115 DEL TFUE

2.1. *Diferencias entre los artículos 113 y 115 TFUE*

La primera pregunta que debe ser resuelta es cuál es la razón de ser u objetivo de la directiva. Ello porque, en materia de imposición directa, las directivas no pueden perseguir cualquier fin, sino únicamente la promoción del mercado interior (Pistone y Szudoczky, 2016: 30). Así se deriva del art. 115 TFUE, conforme al cual, «el Consejo adoptará, por unanimidad [...] directivas para la aproximación de las disposiciones legales [...] de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior». Este artículo, que no se refiere en particular a las legislaciones estatales en materia de imposición directa, sino a las legislaciones estatales en general, constituye la base jurídica para la armonización de los impuestos directos. Objetivos similares, aunque ligeramente distintos, pueden perseguir las directivas armonizadoras de los impuestos indirectos, que sí cuentan con una base específica para su armonización: el art. 113 TFUE, según el cual «el Consejo, por unanimidad [...], adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia».

Las diferencias entre ambas disposiciones son evidentes. La previsión de una base jurídica específica para la armonización de la imposición indirecta pone de manifiesto la intención de los Estados miembros, en el origen de la Comunidad Económica Europea (CEE) —que perseguía la creación de una Unión Aduanera—, de armonizar ese ámbito de la imposición, susceptible de intervenir fuertemente en la libre circulación de mercancías, mientras retenían de manera celosa sus competencias sobre los impuestos directos, instrumentos para el desarrollo de las políticas económicas y sociales, cuya armonización solo era posible a través de la base genérica del art. 115 TFUE, en la medida en que las legislaciones estatales reguladoras de los mismos incidiesen (negativamente) en el mercado interior. Este artículo parece dejar un menor espacio a las posibilidades armonizadoras del permitido por el 113, que habilita la armonización en tanto en cuanto (esta) sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia. Al margen de incluir de manera expresa las cuestiones relacionadas con la competencia, el art. 113 fundamenta la armonización en la medida en que esta sea necesaria para

mejorar el funcionamiento del mercado interior, mientras el 115 la justifica en la necesidad de aproximar legislaciones estatales que afecten al mercado interior (y sin referencia expresa a las cuestiones relacionadas con la competencia)²³. El mayor margen de maniobra para la armonización que parece derivarse del art. 113 TFUE puede encontrar su razón de ser, precisamente, en la distinta concepción que los Estados miembros tenían de los impuestos directos, respecto de los indirectos, cuando decidieron, en el momento de redacción de los Tratados fundacionales, el grado de cesión de competencias a la UE, concepción que han mantenido hasta hoy.

2.2. El artículo 115 del TFUE como base apropiada para la aproximación de legislaciones estatales conducente a la imposición única, al contribuir a la consecución de un mercado interior genuino

En cualquier caso, y centrándonos en los impuestos directos, parece claro que el art. 115 TFUE podría perfectamente constituir la base jurídica de una directiva que aproximase, por ejemplo, las disposiciones fiscales nacionales en materia de híbridos, a través, entre otros, de la aplicación del principio de prevalencia del fondo sobre la forma²⁴, de la armonización de las definiciones de deuda y capital²⁵, o a través de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo²⁶, conforme al cual el Estado de residencia reconocería la calificación fiscal otorgada a la renta en el Estado de la fuente. Ello porque una directiva basada en alguno de los referidos enfoques eliminaría la doble imposición producida por las calificaciones fiscales divergentes de distintos países, que, si bien no puede ser eliminada por el TJUE a través de la aplicación de las

²³ Con todo, las cuestiones relacionadas con la competencia parecen incluirse en el concepto de mercado interior, concebido este como una «comunidad económica competitiva en la que los factores de trabajo y capital deben poder circular en vistas a alcanzar la máxima eficiencia sin interferencias de los Estados miembros a través de medidas proteccionistas» (Bonn, 2017: 146; la traducción es nuestra).

²⁴ Helminen (2004: 60) ha destacado las bondades del principio de prevalencia del fondo sobre la forma a la hora de abordar los desajustes en materia de híbridos.

²⁵ Esta opción era una de las propuestas por el Parlamento Europeo en su resolución de 16 de diciembre de 2015, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión [2015/2010(INL)].

²⁶ Fibbe y Stevens (2017: 166) han defendido la aplicación del principio de reconocimiento mutuo como la mejor forma de solucionar la problemática de las asimetrías híbridas.

disposiciones relativas a las libertades fundamentales²⁷, constituye uno de los mayores obstáculos al funcionamiento del mercado interior. Por lo tanto, el fundamento de tal directiva encajaría perfectamente en el art. 115 TFUE, al aproximar disposiciones nacionales que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, al crear obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, pilares de aquel. Pero, además, tal directiva eliminaría las situaciones de «doble no imposición» que surgen cuando una renta cuyo pago es deducible en el Estado de la fuente está exenta en el Estado de residencia (de la entidad receptora). Si, por ejemplo, tal directiva optase por el enfoque del reconocimiento mutuo, el Estado de residencia adoptaría la calificación fiscal del Estado de la fuente (interés deducible), tributando la renta únicamente en el Estado de residencia.

Al eliminar tanto las situaciones de doble imposición como de doble no imposición, dicha directiva estaría inspirada en el principio de «imposición única» (*single tax principle*), encajando perfectamente en el art. 115 del TFUE, pues el objetivo del mercado interior es conseguir un mercado que opere de la forma más similar posible a un mercado nacional²⁸, y qué duda cabe que las asimetrías híbridas no se producen, *per se*, en el ámbito de un solo Estado, que decidirá, según su política concreta, si quiere que una determinada corriente de renta tribute en manos de la entidad pagadora o en manos de la receptora. Esta conclusión preliminar evidencia que la distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE, así como el análisis del grado de adecuación de una base jurídica para la aprobación de una directiva en el ámbito de la fiscalidad directa, depende, esencialmente, del significado que se sostenga de la expresión «mercado interior», a efectos del art. 115 TFUE. En nuestra opinión, el rasgo más característico de aquel es su aspiración a funcionar como un mercado nacional en el que las personas, los bienes, servicios y capitales circulen libremente, como si de un mercado nacional se tratase.

Una directiva con un contenido como el descrito sería coherente desde la perspectiva del mercado interior (eliminando las situaciones de doble no imposición de la misma manera que las de doble imposición), de modo que se hace evidente que la imposición única (aplicada de forma coherente) es un fin que puede perseguir la UE, a través de una directiva con base en el art. 115 TFUE. A los efectos de valorar la procedencia de la base jurídica de esa directiva no serían necesarias mayores indagaciones sobre la existencia

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 2009, Block, 128/08, EU:C:2009:92, apdo. 35.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1982, Polydor, 270/80, EU:C:1982:43, apdo. 16.

de otros objetivos que, adicionalmente, aquella pudiese perseguir (por ejemplo, luchar contra la planificación fiscal agresiva). La imposición única explicaría suficientemente su razón de ser, aun cuando la directiva tuviese, ciertamente, el efecto de evitar la referida planificación fiscal agresiva.

Sucede que la ATAD en general, y su disposición relativa a las asimetrías híbridas en particular, no trata de eliminar las situaciones de doble imposición, sino únicamente las de doble no imposición. La imposición única no constituye, por lo tanto, su fundamento. Bien parece que su único fundamento es prevenir los comportamientos de planificación fiscal agresiva conducentes a situaciones de doble no imposición. Ahora bien, ¿puede adoptarse una directiva en imposición directa con el único propósito de luchar contra la planificación fiscal agresiva? A esta cuestión tratamos de responder en el siguiente apartado, teniendo en cuenta que el art. 115 TFUE solo permite directivas para la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida en estas incidan directamente en el funcionamiento del mercado interior.

2.3. La inadecuación del artículo 115 del TFUE como base para la adopción de una directiva en materia de impuestos directos que, en lugar de aproximar legislaciones, lucha contra comportamientos, persiguiendo, en particular, como único objetivo, la lucha contra la planificación fiscal agresiva

A partir de un análisis más bien superficial del art. 115 del TFUE pudiese parecer que la adopción de una directiva con el único objetivo de luchar contra las prácticas de planificación fiscal agresiva sería posible si se entiende que tales prácticas dañan el mercado interior, lo que es más que evidente. Así, la explotación de las asimetrías híbridas provoca una pérdida de ingresos fiscales a nivel mundial, distorsiona la competencia, tiene un impacto negativo sobre la eficiencia económica, disminuye la transparencia y va en contra de la equidad. Por lo tanto, la explotación de las asimetrías híbridas, de la misma forma que las restantes prácticas abusivas, tiene un impacto (negativo) en el mercado interior. Con todo, nos parece que dicho impacto presenta una naturaleza más indirecta que el provocado por los obstáculos fiscales (por ejemplo, doble imposición) al ejercicio de las libertades fundamentales, obstáculos que sí afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, al constituir aquellas los pilares de este. Por ello, mientras es obvio que el art. 115 del TFUE constituye la base jurídica adecuada para la adopción de una directiva que elimine ese tipo de obstáculos, no parece tan claro que tal disposición pueda emplearse para abordar, únicamente, la planificación fiscal agresiva. Ello no significa, en modo alguno, que dicha planificación fiscal no deba ser afrontada desde las instituciones de la UE, sino que una directiva

no parece el instrumento adecuado, pudiendo adoptarse, a tales efectos, otros instrumentos como el *soft law*.

Esta conclusión preliminar parece confirmarse si analizamos con mayor detenimiento el art. 115 TFUE, y observamos que este se dirige a las legislaciones estatales. En lugar de ello, la ATAD se dirige a las prácticas de elusión fiscal de los contribuyentes, pues, como reza su título, a través de la misma «se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior». La ATAD no aproxima normas estatales que inciden en el funcionamiento del mercado interior (lo que legitimaría su adopción con base en el art. 115), sino que obliga a los Estados miembros a introducir en sus legislaciones nacionales una serie de normas (establece normas) para luchar contra comportamientos de los contribuyentes que inciden directamente (según indica, y a nuestro parecer, de forma equivocada) en el mercado interior.

Como se ha advertido, existe una diferencia en la redacción del art. 115 TFUE respecto del 113, base jurídica para la armonización de la imposición indirecta que permite la armonización «en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». El hecho de que, sin embargo, el art. 115 TFUE se refiera a la aproximación de legislaciones nacionales, en la medida en que estas afecten al establecimiento o funcionamiento del mercado interior, debe tener, en nuestra opinión, cierta relevancia, circunscribiendo a términos más estrictos las posibilidades de armonización en materia de imposición directa.

Así, el art. 115 no se dirige a prácticas o comportamientos de los contribuyentes, sino a legislaciones estatales. Si las reglas existentes resultan inadecuadas a nivel global y permiten a los contribuyentes explotar las disparidades legislativas en su beneficio, y en detrimento de los intereses recaudatorios de los Estados, estos deberían emprender acciones y adoptar directivas armonizadoras coherentes, que eliminen tanto las situaciones de doble imposición como las de doble no imposición. La «evasión», idea que inspira la ATAD, es, como ha indicado Dourado, un concepto centrado en el comportamiento de los contribuyentes y no en la inadecuación de las legislaciones existentes (Dourado, 2016: 264). La inadecuación de las legislaciones nacionales existentes no debería dar lugar, en nuestra opinión, a respuestas por parte del derecho de la UE que afecten de manera adversa a los contribuyentes que realicen transacciones legales aprovechándose de dicha inadecuación. A mayor abundamiento, entendemos con Weber (2006: 78) que el aprovechamiento por parte de los contribuyentes de los sistemas jurídicos (más) beneficiosos de otros Estados de la UE es conforme al objetivo del mercado interior, y que si aquellos quieren evitar que los contribuyentes hagan uso de las disparidades, deben armonizar verdaderamente, por ejemplo, a través de una directiva

coherente desde la perspectiva del mercado interior, en los términos explicados en el apartado anterior. Una directiva de tal tipo, que eliminase disparidades a través de la armonización de conceptos, o eliminase los efectos (doble imposición y doble no imposición) de tales disparidades, a través del reconocimiento mutuo, sería coherente en sus efectos desde tal perspectiva, pudiendo residenciar su base jurídica en el art. 115 TFUE, al aproximar legislaciones nacionales que afectan negativamente al mercado interior²⁹.

La concepción del referido artículo en sus estrictos términos resuelve la cuestión planteada en el presente apartado. Dado que una directiva fundamentada en el art. 115 del TFUE (i) solo puede aproximar legislaciones (no puede ir dirigida a comportamientos) y (ii) únicamente en la medida en que aquellas incidan directamente en el mercado interior (por crear obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales), una directiva en materia de imposición directa no puede perseguir como único objetivo la lucha contra la planificación fiscal agresiva. Por lo tanto, una directiva en el ámbito solo podrá aproximar normas, cuando su efecto sea (i) bien exclusivamente la eliminación de tales obstáculos (por ejemplo, doble imposición), o bien (ii) la eliminación de aquellos así como de otras situaciones (perjudiciales para los Estados) como la doble no imposición, estando inspirada, en este último caso, en el principio de imposición única. El objetivo de la ATAD no se relaciona con ninguno de tales efectos, pues persigue la imposición única de forma incoherente, eliminando, únicamente, las situaciones de doble no imposición. Ello, *inter alia*, porque, en lugar de proyectarse sobre las legislaciones estatales, se dirige a comportamientos. Si se proyectase sobre las legislaciones estatales, solo podría aproximarlas, y de esa aproximación solo podrían derivarse resultados coherentes, por lo que ya no perseguiría, como objetivo único, la erradicación de las prácticas de planificación fiscal agresiva, sino también la supresión de los obstáculos fiscales al mercado interior.

Al margen de las anteriores observaciones, debe enfatizarse que la ATAD, dirigida a comportamientos, no tiene el efecto, en muchos casos, de aproximar legislaciones nacionales (normas antiabuso). La función de la directiva no es armonizar reglas antiabuso, como indica De la Feria (2017: 10), competencia

²⁹ La propuesta originaria de ATAD (véase *supra* nota 2) se inspiraba, precisamente, en el principio de reconocimiento mutuo, haciendo prevalecer la calificación del Estado de la fuente. Si bien algunos Estados mostraron interés por dicha propuesta, la mayoría se decantó por el enfoque de la OCDE (Rigaut, 2016: 504-505) —Plan BEPS—, basado en las reglas de vinculación.

que, por otro lado, no creemos que tenga el legislador de la UE³⁰. Por el contrario, la directiva establece reglas contra las prácticas fiscales agresivas, lo que significa que crea, en muchos casos, nuevas reglas para los Estados miembros. El ejemplo más claro lo constituye la regla general antiabuso, ausente en muchos de los sistemas fiscales estatales, pero también las reglas contra las asimetrías híbridas, o la regla de Transparencia Fiscal Internacional (TFI), solo presente, hasta la fecha de adopción de la directiva, en la mitad de los Estados miembros (Panayi, 2018: 376).

3. LA DOCTRINA DEL TJUE EN MATERIA DE CLÁUSULAS ESTATALES ANTIABUSO NO PUEDE EMPLEARSE PARA VALORAR LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO DE LA ATAD A LA LUZ DEL DERECHO PRIMARIO

3.1. *Incoherencias de la ATAD respecto de la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas estatales antiabuso*

Al margen del esencial problema de fondo que implica que una directiva en materia de imposición directa no puede perseguir como único objetivo la erradicación de la planificación fiscal agresiva, un análisis de sus cláusulas revela que, como se ha advertido en un apartado anterior, varias de ellas plantean problemas en relación con el principio de proporcionalidad tal y como ha venido siendo aplicado por el TJUE en el análisis de compatibilidad de las normas (estatales) antiabuso con el derecho de la UE.

Hasta la adopción de la ATAD la prevención del abuso era un objetivo a conseguir a nivel estatal, de modo que muchos de los sistemas fiscales nacionales contaban con normas para proteger sus bases imponibles de las prácticas fiscales agresivas de los contribuyentes. Tal era el caso de la norma TFI británica, según la cual los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada establecida en otro Estado miembro se integraban en la base imponible de la matriz residente en Reino Unido, cuando eran gravados en el otro Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en Reino Unido. La norma fue cuestionada por la sociedad británica Cadbury Schweppes, que había creado una entidad en Irlanda y argumentaba que el distinto trato fiscal entre la situación interna —en la que obviamente no se aplicaba la regla TFI— y la intra-UE podía obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento. El

³⁰ Observaciones en este sentido en torno a la regla general antiabuso, incluida en la Recomendación de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE), han sido realizadas por Vanistendael (2016: 563-565).

caso llegó a instancias del TJUE³¹, que reconoció que la norma producía efectivamente una restricción a la referida libertad, si bien se encontraba justificada por la necesidad de prevenir el abuso. No obstante, para superar el test de proporcionalidad, la aplicación de la norma debía restringirse, según la doctrina del TJUE, a los montajes puramente artificiosos. Y como ha recordado Vanistendael (2017: 269), el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales, por parte del contribuyente, implica la ausencia de abuso.

Sucede que varias de las disposiciones de la ATAD plantean problemas desde esta perspectiva. Así, la regla relativa a las sociedades extranjeras controladas³² (art. 7), en lugar de adoptar el test de los «montajes puramente artificiosos», aplica el test de los «arreglos no genuinos». En concreto, en su apdo. 2.b) establece que

un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que la entidad o establecimiento permanente 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 ejercen funciones, pertinentes en relación con dichos activos y riesgos, que contribuyen a la generación de la renta de la sociedad controlada.

Ello ha llevado a Panayi (2018: 375) a plantear si tal previsión es compatible con la doctrina del TJUE, en tanto no realiza mención alguna a la artificiosidad. La vulneración del principio de proporcionalidad, desde esta perspectiva, es todavía más clara en las reglas sobre asimetrías híbridas que se aplican, abiertamente, a las transacciones genuinas.

3.2. La improcedencia de incorporar al derecho secundario el contenido de las disposiciones estatales (aún proporcionadas) de lucha contra el abuso fiscal, que sigue siendo un objetivo estatal

Una de las críticas más recurrentes de que es objeto la ATAD es, precisamente, la relativa a la aplicación (cuasi)automática de varias de sus cláusulas,

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, EU:C:2006:544.

³² En lengua inglesa, el régimen en cuestión se denomina *Controlled Foreign Corporations* (o *Companies*), que se puede traducir al castellano como «régimen relativo a las sociedades extranjeras controladas (SEC)», término que aparece en la versión en castellano de la ATAD. Sin embargo, el régimen se denomina en el ordenamiento español, régimen de Transparencia Fiscal Internacional (TFI), expresión que será, por lo tanto, la empleada en este trabajo.

en contra de la doctrina del TJUE. Gran parte de la doctrina que realiza tales críticas extrapola al derecho secundario las conclusiones vertidas por el TJUE sobre cómo deben estar diseñadas las normas antiabuso estatales para resultar compatibles con las disposiciones relativas a las libertades fundamentales. Y así, si las normas de la ATAD se acomodan a la jurisprudencia luxemburguesa se concluye que son compatibles con el derecho primario y viceversa. Entendemos que este enfoque no es procedente, pues olvida que a la hora de valorar una restricción a las libertades no es, en absoluto, baladí si tal restricción se deriva de una disposición estatal —que refleja la soberanía estatal— o si, por el contrario, se deriva de una norma de derecho secundario que, en fiscalidad directa, solo puede perseguir la promoción del mercado interior. La medida en que las libertades fundamentales pueden ceder en favor de otros intereses queda totalmente subordinada al origen (norma estatal o europea) de la restricción a aquellas, pareciendo, a primera vista, que la restricción podrá ser de mayor grado si se deriva de una norma antiabuso estatal, pues en este caso la falta de armonización esencial en la materia, que todavía justificaría la existencia de la norma restrictiva, revela que la imposición directa, en el ámbito concreto de que se trate, seguiría siendo competencia estatal. En este contexto, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

(i) La posición del TJUE sobre las normas estatales antiabuso no debe ser entendida en el sentido de que el tribunal las valora positivamente de cara a la construcción del mercado interior, sino que más bien las tolera, dado el escenario de ausencia esencial de armonización de la imposición directa. En efecto, el TJUE viene entendiendo que tales normas son perjudiciales para el funcionamiento del mercado interior, pero que, no obstante, debido a que los Estados retuvieron competencia en la materia, no pueden prohibirse de forma absoluta. La obligación de restringir su aplicación a las situaciones artificiosas es fruto de un delicado ejercicio de ponderación entre la necesidad de hacer efectivas las libertades fundamentales y la necesidad de respetar las competencias estatales en la materia, ejercicio del que resulta que tales libertades no pueden llegar tan lejos como para impedir que los Estados apliquen medidas antiabuso a las transacciones totalmente artificiosas. Así, las libertades fundamentales prevalecen sobre los intereses recaudatorios estatales únicamente cuando no existe abuso.

(ii) El hecho de que el TJUE haya tolerado tales normas cuando cumplen los requisitos mencionados en modo alguno significa que aquellas puedan ser trasladadas, sin más, a una directiva, por lo menos a una directiva que tenga como único objetivo la lucha contra la planificación fiscal agresiva. Esto implica que cuando se valoran las normas de la ATAD a la luz del derecho primario no puede adoptarse el escrutinio empleado por el TJUE para valorar las normas estatales antiabuso a la luz de aquel. Si se tiene en cuenta que una

de las principales razones esgrimidas por el TJUE para tolerar tales normas es la ausencia de armonización, no tiene sentido, y resulta paradójico, que se apruebe una directiva (que dice ser armonizadora) cuyo contenido son las medidas que el TJUE había permitido, precisamente, por no existir directivas armonizadoras. La ATAD refleja, a través de sus disposiciones antiabuso, un reparto competencial ya alcanzado previamente, cuando dicho reparto se explicaba, asimismo, por la ausencia de directivas.

De lo anterior se colige, desde una perspectiva política, que el derecho secundario no está llamado a perpetuar el *statu quo* de los impuestos directos en el contexto de la UE, sino que su función solo puede ser la de contribuir al desarrollo del mercado interior, y desde una perspectiva jurídica, que el análisis sobre la compatibilidad de las normas antiabuso incluidas en el derecho secundario con el derecho primario no puede realizarse conforme a los criterios empleados para valorar la compatibilidad de normas antiabuso estatales —en ausencia de armonización— con el derecho primario. El margen de manobra que el TJUE concede a los Estados miembros en relación a sus normas antiabuso se debe, precisamente, a que se trata de normas de nivel estatal. El enfoque de los impuestos directos a nivel de la UE tiene que ser distinto: debe ir encaminado a mejorar las condiciones del mercado interior. A efectos prácticos esto significa que a la hora de valorar la compatibilidad del derecho secundario con el derecho primario no deben tenerse en cuenta únicamente las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, sino, además, todas las relacionadas con el reparto competencial entre los Estados miembros y la UE, y muy especialmente, las bases jurídicas para la armonización. En definitiva, las disposiciones de derecho secundario deben estar sometidas a un grado de escrutinio más exigente, en relación con el derecho de la UE y con el mercado interior, que las normas nacionales.

(iii) Las normas antiabuso son instrumentos diseñados para proteger, primordialmente, los intereses estatales. Como ha indicado Vanistendael (2017: 268), la evasión fiscal, y en particular la evasión fiscal como un instrumento de lucha contra la erosión de las bases imponibles, constituye, en esencia, un intento de recuperar ingresos para los presupuestos estatales. La prevención del abuso es (y sigue siendo) un objetivo estatal que, en el ámbito de la UE, debe permanecer en el nivel de las justificaciones a las restricciones a las libertades fundamentales, pilares (y objetivo primordial) del mercado interior. La ATAD abraza, sin embargo, la prevención del abuso como si fuera un objetivo con estatus europeo, y quizás podría acudir a ese (aparente) estatus para justificar la aplicación automática de varias de sus cláusulas, haciendo prevalecer de forma absoluta los intereses estatales sobre las libertades fundamentales. Tal razonamiento nos parece totalmente desafortunado. La improcedencia de la incorporación de normas antiabuso en una directiva, con el contenido de la ATAD,

se hace evidente, sin necesidad de analizar tales normas a la luz del «test de los montajes puramente artificiosos» del TJUE. Basta con reflexionar sobre los objetivos que, conforme al art. 115 TFUE, puede perseguir una directiva en el ámbito sustantivo de la imposición directa, teniendo presente que un objetivo no adquiere estatus europeo solo porque figure como tal en una directiva. Interpretando este artículo en sus justos términos se colige que tal directiva solo podría aproximar legislaciones que afecten directamente al mercado interior, y no establecer normas antiabuso (proporcionadas o desproporcionadas). Tal disposición solo permite la adopción de directivas verdaderamente armonizadas, que podrían encontrar su fundamento en la tributación única, en los términos que se explican a continuación, impidiendo situaciones de doble imposición, y de doble no imposición, sirviendo, desde esta última perspectiva, para luchar contra las prácticas de planificación fiscal agresiva, pero sin constituir la lucha contra tales prácticas, su (único) objetivo directo.

4. EL PRINCIPIO DE IMPOSICIÓN ÚNICA APLICADO DE FORMA COHERENTE. CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS

4.1. *Aproximación al tema*

Consideraciones similares sobre el ejercicio de ponderación a realizar a la hora de valorar las normas TFI estatales a la luz del derecho primario pueden hacerse respecto de las reglas estatales de vinculación en materia de instrumentos híbridos, que venimos mencionando y que vienen constituyendo poderosos instrumentos para conseguir una desimposición a nivel global. Varios Estados miembros habían incorporado las reglas de vinculación que, con carácter previo a su inclusión en la ATAD, venían siendo recomendadas por la OCDE a través del Plan BEPS, con el fin de luchar contra tales escenarios de desimposición. El legislador español, por ejemplo, había introducido una previsión según la cual no serán fiscalmente deducibles los gastos «correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas [...] generen un ingreso exento». Esta regla, conocida como «regla primaria» trata de evitar, junto con la «regla secundaria»³³, los escenarios de doble no imposición en una situación internacional.

³³ La regla secundaria actúa obligando al Estado de la entidad receptora a denegar la exención de una renta cuyo pago hubiese sido deducible en el Estado de la entidad pagadora.

La doctrina viene analizando con empeño la compatibilidad de estas reglas nacionales de vinculación con el derecho primario, y en particular con las disposiciones relativas a las libertades fundamentales. La cuestión se plantea por el hecho de que tales reglas imponen un trato aparentemente distinto, y más gravoso, al contribuyente inmerso en una situación intra-UE, en relación con el involucrado en una situación interna, pues el primero, por aplicación de la mencionada regla, puede verse impedido para deducir el pago de una renta, que sí habría podido deducir en una situación doméstica, al ser imposible que en el ámbito de un Estado dicha renta reciba una calificación (fiscal) distinta en cabeza de la entidad receptora.

El TJUE se ha enfrentado a una regla con una finalidad similar a la de la regla descrita, si bien en un ámbito distinto, en el asunto *Schempp*³⁴, que versaba sobre la regla alemana de vinculación en el ámbito de la tributación de las pensiones entre excónyuges, constituyendo, en nuestra opinión, el único supuesto en que el TJUE abordó una auténtica regla de vinculación. En aquel caso, Alemania gravaba la pensión en manos de la persona receptora, permitiendo a la persona pagadora deducirse el pago. Sin embargo, si el pago iba dirigido a una persona no residente, su deducción era posible solo si la pensión tributaba, efectivamente, en cabeza de la persona receptora. Claramente, la regla alemana de vinculación podía conducir a un trato diferente (desventajoso) en un contexto intra-UE, en comparación con el doméstico. Ello fue alegado por el señor Schempp, residente en Alemania que pagaba una pensión a su exesposa, quien había transferido su residencia a Austria. Dado que Austria gravaba las pensiones en manos de la persona pagadora, sin permitir la deducción del pago, declarando exenta la renta en manos de la receptora, el señor Schempp no pudo deducir en su base imponible el pago que sí habría podido deducir si su exesposa continuase residiendo en Alemania.

El TJUE dio luz verde a la regla en cuestión, siendo su decisión entendida en el sentido de que el principio de «tributación única» (*single tax principle*) —que garantiza que la corriente de renta intra-UE tribute una vez, impidiendo la doble no imposición derivada de las disparidades entre las legislaciones estatales— justificaba un trato diferente de la situación intra-UE en relación con la situación doméstica (Lang, 2006: 58).

No es el objetivo de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de la decisión del TJUE, pero sí resaltar alguno de sus aspectos con dos finalidades: (i) determinar el papel que desempeñan de cara a las disparidades las reglas de vinculación dirigidas a evitar la doble no imposición, y (ii) determinar si tales

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2005, *Schempp*, 403/03, EU:C:2005:446.

reglas pueden adoptarse por los legisladores domésticos, y/o por el legislador de la UE, a través de una directiva (como ha hecho la ATAD).

4.2. Función de las reglas de vinculación en relación con las disparidades.

Disparidades y discriminación

La identificación del objetivo de la regla de vinculación alemana en la imposición única debe ser objeto de mayores reflexiones, siendo necesario, con carácter previo, profundizar en el concepto de disparidad.

El trato desigual al que quedaba sujeto el señor Schempp no se derivaba, según el TJUE, de una disposición discriminatoria, sino de una disparidad entre las legislaciones alemana y austriaca en materia de tributación de las pensiones entre excónyuges. Así, mientras en una situación doméstica el pago era siempre deducible, en el ámbito intra-UE se aplicaba la regla de vinculación, que podía imposibilitar, en determinados casos, la deducción de aquel. En este contexto, el TJUE había rechazado la comparabilidad entre ambas situaciones por entender que «el beneficiario de la misma está sujeto, en cada una de estas situaciones, a una normativa fiscal distinta en lo que atañe a la tributación de tal pensión» (apdo. 35). Esta declaración ha llevado a Wattel y Terra (2012: 284) a concluir que el TJUE empleó en este caso el «subjectio to tax approach», absteniéndose de continuar con el análisis del caso en el estadio de la comparabilidad por el hecho de que la persona receptora no quedaba sujeta a gravamen en Alemania, constituyendo prueba de ello, según este autor, el hecho de que el Tribunal no concedió relevancia alguna a la circunstancia de que si la exesposa del señor Schempp hubiese permanecido en Alemania, habría quedado exenta de gravamen igualmente, pues la renta era inferior al umbral de tributación establecido en dicho Estado. Sin embargo, en nuestra opinión, el TJUE no rechazó la comparabilidad por el hecho de que la persona receptora de la renta se encontrase sujeta a «una normativa fiscal distinta» —la austriaca—, sino porque dicha normativa difería de la alemana. En efecto, la regla de vinculación alemana no impedía la deducción del pago de las pensiones siempre que las personas destinatarias fuesen no residentes (lo que constituiría una clara discriminación, prohibida por el derecho primario), sino únicamente cuando las pensiones no tributaban en manos de aquellas. Y así, rechazó la comparabilidad porque Austria no gravaba las pensiones en cabeza de la persona receptora. Por ello se dice que, si bien no lo hizo expreso, el tribunal permitió un trato diferente por estar justificado en la imposición única (Lang, 2006: 61), indicando que el trato desigual padecido no se derivaba de una disposición discriminatoria, sino de una disparidad entre las normas alemana y austriaca, declaración que merece algunas observaciones.

No podemos cuanto menos cuestionarnos si el trato desigual se deriva de una disparidad o, en realidad, de una discriminación (de la existencia de la regla alemana de vinculación). Es cierto que existe una clara disparidad entre las legislaciones analizadas: mientras Alemania gravaba la pensión en cabeza de la persona receptora, Austria la gravaba en cabeza de la persona pagadora. Si Austria hubiese gravado la pensión en sede de la persona receptora, el señor Schempp no habría estado sujeto al trato desventajoso que le llevó a plantear el litigio. Sin embargo, no es menos cierto que si la regla de vinculación alemana no existiese, el señor Schempp habría podido deducirse el pago, con independencia de la existencia de la disparidad entre las legislaciones alemana y austriaca, produciéndose una situación de doble no imposición. Esta observación pone de relieve que la regla de vinculación crea un perjuicio para el señor Schempp. Mientras el TJUE centra toda su atención en la disparidad —origen, en su opinión, del perjuicio—, no pone suficiente énfasis en el hecho de que la regla de vinculación establece un trato diferente entre la situación intra-UE y la doméstica. Este dato es significativo, pues en el ámbito no armonizado de los impuestos directos, el TJUE no puede eliminar disparidades, pero sí oponerse a las discriminaciones derivadas de las legislaciones unilaterales de un solo Estado, obligándolo a adecuar tales legislaciones a las exigencias del derecho de la UE.

Con todo, y aunque hubiese sido deseable una mayor claridad en el razonamiento del TJUE, sobre todo en el ámbito de la comparabilidad, entendemos que lo que este quiso decir es que la regla alemana de vinculación es compatible con el derecho de la UE, por lo que al no ser imputable (legalmente) el perjuicio del señor Schempp a Alemania, dicho perjuicio no es remediable a través de la aplicación de las libertades fundamentales, por lo que no se puede hacer (tampoco) responsable a dicho Estado de las disparidades.

Si bien no compartimos el razonamiento adoptado por el TJUE, sí estamos de acuerdo con la decisión final. En nuestra opinión la situación interna y la intra-UE no eran comparables: mientras la pensión hubiese tributado en manos de una receptora residente³⁵, no quedaba sujeta a gravamen en manos de la exesposa del señor Schempp. Dado que el propio legislador alemán, a través de la regla de vinculación, incluyó la situación tributaria en el otro Estado, a los efectos de determinar si la pensión era deducible o no, tal situación debe ser tomada en cuenta por el TJUE, en particular, en este caso, en el estadio de la

³⁵ Con todo, hay que advertir que por ser la pensión inferior al mínimo exento de tributación en Alemania, la exesposa del Sr. Schempp, de haber mantenido su residencia en Alemania, tampoco habría tributado. Este dato no es relevante al efecto de nuestro estudio, dirigido a precisar el concepto de disparidad entre las legislaciones de los Estados en cuestión, que siguen enfoques opuestos en la tributación de la pensión.

comparabilidad³⁶. Y es en este contexto que se entiende que la regla de vinculación alemana, al impedir la deducción cuando la renta no tributa en manos de la persona receptora (no residente), pretende garantizar la imposición única.

Tal afirmación requiere, sin embargo, un análisis más exhaustivo. En efecto, el ordenamiento jurídico alemán solo se preocupa por la tributación única en los supuestos de doble no imposición, pero no en los supuestos de doble imposición, que se producirían si la pensión fuese pagada por un contribuyente residente en un Estado que no permitiese la deducibilidad del pago (por ejemplo, Austria) a un contribuyente residente. Alemania no preveía en este caso una regla de vinculación que declarase exenta la renta en manos de la persona receptora, lo que evidencia que al legislador alemán no le preocupa tanto garantizar la imposición única como evitar la erosión de sus bases imponibles.

A la luz de las consideraciones anteriores puede colegirse que (i) la regla de vinculación alemana no elimina las disparidades entre legislaciones, sino que impide su explotación por parte de los contribuyentes que tratan de beneficiarse de una situación de doble no imposición en una situación intra-UE, (ii) Alemania aplica de forma incoherente la referida regla de vinculación, pues solo establece una regla para eliminar la doble no imposición, pero no prevé una regla que funcione de forma similar para impedir la doble imposición, y (iii) la eliminación de las disparidades solo se puede conseguir mediante una verdadera armonización, que eliminaría tanto las situaciones de doble imposición como de doble no imposición.

4.3. Las reglas de vinculación y el derecho primario: diferencia esencial según las reglas procedan del derecho interno o del derecho secundario

A la luz de lo expuesto podría decirse que, dado que Alemania aplicaba la regla de vinculación solo para evitar las situaciones de doble no imposición, el ordenamiento jurídico alemán es incoherente desde el punto de vista

³⁶ Ello no implica una adopción del «enfoque conjunto» frente al «enfoque individual». La doctrina ha acuñado con esos términos los enfoques adoptados por el TJUE al abordar los obstáculos a las libertades fundamentales derivados de normas en materia de fiscalidad directa. Cuando adopta el enfoque individual tiene únicamente en cuenta la legislación en el Estado en el que se plantea el litigio, mientras que cuando adopta el enfoque conjunto, toma en consideración, además, la situación en el otro Estado que ejerce, simultáneamente, su competencia tributaria en el caso en cuestión. En nuestra opinión, en el ámbito de los impuestos directos, dado el grado actual de desarrollo del derecho de la UE, el TJUE debe aplicar el enfoque individual. En *Schempp*, al ser la propia legislación alemana la que obliga a tomar en cuenta la situación en el otro Estado, la aplicación del enfoque individual requiere el análisis de tal situación.

del mercado interior. Sin embargo, la regla analizada es coherente, desde una perspectiva estatal, incluso en relación con el mercado interior: Alemania grava las pensiones en cabeza de la persona receptora (decisión que pertenece a la esfera de sus competencias retenidas), y extiende el trato nacional a las situaciones intra-UE (exigiendo para la deducción del pago el gravamen de la pensión en manos de la receptora no residente). Desde el punto de vista de un solo Estado, la regla de vinculación no es discriminatoria.

La referida regla (coherente desde la perspectiva alemana) se integra en un ordenamiento jurídico (el alemán), que es incoherente, en su conjunto, desde el enfoque del mercado interior. Al ignorar el problema de la doble imposición, dicho ordenamiento refleja un interés por proteger las bases imponibles, más que por garantizar la imposición única. Para ser coherente desde la perspectiva del mercado interior, debería prever una regla de vinculación que declarase exenta la pensión en manos de la persona receptora residente cuando su pago no hubiese generado un gasto deducible en manos de la pagadora no residente. Pero tal coherencia no puede exigirse por parte del TJUE. Ello solo sería posible si aquella se hubiese alcanzado a través de una directiva. Ya que la imposición directa sigue siendo competencia de los Estados miembros, el derecho de la UE en su actual grado de desarrollo no exige medir la coherencia desde el enfoque del mercado interior al conjunto del ordenamiento tributario alemán. Igualmente, las normas estatales que implementan reglas de vinculación similares en materia de híbridos, como la referida regla primaria española, no infringirían, en nuestra opinión, el derecho de la UE³⁷.

Valoración distinta merece la inclusión de reglas de vinculación en el derecho secundario, como hace ATAD cuando en el apartado segundo de su art. 9 prevé una regla primaria en materia de híbridos, conforme a la cual «cuando una asimetría híbrida dé lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente». La directiva no obliga, sin embargo, al Estado del receptor de la renta a declararla exenta cuando aquella procede de un Estado que permite a la persona pagadora deducirse el pago. El objetivo de la directiva, por lo menos en este aspecto, no es la imposición única. En nuestra opinión, el derecho secundario debe ser sometido a un escrutinio con el derecho primario, que adopte el enfoque del mercado interior, y no un enfoque estatal. Es decir, las medidas incluidas en una directiva requieren una coherencia a nivel de la UE, y no simplemente a nivel de un único Estado.

³⁷ En contra, Vanden Berghe (2017: 91), quien entiende que para que tales reglas resulten compatibles con el derecho primario, deben, entre otras cosas, aplicarse tanto en las situaciones de doble imposición como de doble no imposición.

Esta consideración es coherente con nuestra posición sobre el papel que deben desempeñar las directivas en materia de imposición directa, y sobre cómo ha de concebirse el art. 115 del TFUE. La posición del TJUE en *Schempp* debe ser entendida en los términos expuestos en el apdo. III.3.2. Si el TJUE toleró una norma como la regla de vinculación alemana, aplicada de forma incoherente desde la perspectiva del mercado interior (al no ir acompañada de una regla que eliminase la doble imposición), fue porque el estado actual de desarrollo del derecho de la UE en la materia no le permite más que oponerse a las discriminaciones fiscales unilaterales de un Estado miembro. Ello no significa que, desde la perspectiva del mercado interior, no sea también (o incluso más) deseable eliminar la doble imposición. Sucede que normas como la alemana, integradas en un ordenamiento incoherente desde la perspectiva del mercado interior, siguen siendo posibles en un escenario de ausencia de armonización esencial (directivas). Y así, la decisión del TJUE en *Schempp* refleja una ponderación entre los intereses estatales (competencias retenidas en fiscalidad directa) y la necesidad de hacer efectivo el ejercicio de las libertades fundamentales.

No tiene sentido (jurídico) que el legislador de la UE introduzca en una directiva las normas estatales que el TJUE ha tenido que tolerar precisamente por la ausencia de armonización. Igual que se ha indicado previamente, una concepción del art. 115 TFUE como la que proponemos solo permitiría una directiva verdaderamente armonizadora, que armonizase conceptos o aplicase el principio de reconocimiento mutuo, o a lo sumo, una directiva que aplicase las reglas de vinculación de forma coherente desde la perspectiva del mercado interior³⁸.

IV. A MODO DE COROLARIO: LAS DIEZ GRANDES PARADOJAS DE LA ATAD

El análisis realizado a lo largo de este trabajo permite concluir que la ATAD no persigue ni la imposición única ni la eliminación de obstáculos al

³⁸ Si bien esta última solución no es la más deseable. Entendemos que sí sería adecuada si en lugar de adoptarse mediante una directiva, fuese alcanzada por los Estados miembros, motivados por una norma europea, en la línea del enfoque propuesto por la Comisión (muy distinto al de la ATAD) en su comunicación «La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior» —COM (2006) 825 final—, que dejaba en manos de los Estados, ya fuese de forma voluntaria o motivados por el *soft law*, las decisiones sobre las medidas dirigidas a eliminar las situaciones discriminatorias, de doble imposición y de doble no imposición, así como sobre las medidas antiabuso.

funcionamiento del mercado interior, únicos objetivos posibles de una directiva en el ámbito de la imposición directa, según el art. 115 del TFUE. Al abrazar un objetivo inapropiado, la ATAD evidencia las siguientes paradojas:

Primera paradoja

La ATAD obliga a los Estados miembros a gravar, a ejercer su soberanía. Apelando a la equidad de los sistemas fiscales, no mejora las condiciones de ejercicio de las libertades fundamentales.

La ATAD no se compadece con las directivas hasta ahora adoptadas en el ámbito de la imposición directa, que, con el fin de evitar esencialmente la doble imposición, obligaban a los Estados miembros a abstenerse de gravar. La ATAD obliga precisamente a lo contrario. Así lo hace, por ejemplo, la regla de vinculación que, con el fin de evitar los escenarios de doble no imposición, obliga al Estado miembro de la entidad pagadora a denegar la deducción del pago si la renta está exenta en el Estado de la entidad receptora. Desde esta perspectiva, con la ATAD las soberanías estatales, en lugar de verse disminuidas, han salido reforzadas (Van Arendonk, 2016: 244). No en vano puede leerse en su preámbulo que «es imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los gobiernos ejercer de forma eficaz su potestad tributaria». Pero ¿no resulta acaso también imprescindible restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales y permitir a los contribuyentes ejercer sus libertades fundamentales? Esto no parece ser tan urgente para el Consejo, ya que la Base Imponible Común Consolidada (BICC), que implicaría una armonización coherente³⁹, eliminando obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, se ha dejado para un momento posterior.

Segunda paradoja

La ATAD abraza como (único) objetivo la lucha contra la planificación fiscal agresiva, objetivo estatal sin estatus europeo (que incide en el mercado interior de forma indirecta), haciéndolo prevalecer (en varios casos) de forma absoluta sobre las libertades fundamentales —pilares del mercado interior y consagradas en el TFUE con efecto directo—.

El hecho de que la UE funcione sobre el principio de atribución de competencias implica que una directiva no puede adoptarse para perseguir

³⁹ El proyecto de BICC plantea, no obstante, varios problemas. Véase, entre otros, Sánchez-Archidona Hidalgo (2018).

cualquier fin. En el ámbito sustantivo de los impuestos directos, una directiva solo puede adoptarse con base en el art. 115 TFUE, que no permite una directiva dirigida a luchar contra las prácticas de planificación fiscal agresiva, por mucho que se empeñe en enfatizar el título de la ATAD que dichas prácticas «inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior». Al margen de que el efecto de tales prácticas sobre el mercado interior es de naturaleza indirecta, lo que ha de incidir (directamente) en el funcionamiento del mercado interior, son, como indica el art. 115, las disposiciones legales de los Estados miembros, que una directiva podría aproximar. Si tales disposiciones conducen a un escenario de doble imposición, es obvio que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, entendido este como un espacio en el que los factores de producción circulan libremente, alcanzando la máxima eficiencia. Sin embargo, la ATAD ignora la doble imposición y otros obstáculos fiscales que padecen los contribuyentes, incorporando de manera inapropiada el objetivo de lucha contra la planificación fiscal agresiva. Pero además, al prever cláusulas que se aplican de forma indistinta a transacciones genuinas y artificiosas, hace prevalecer tal objetivo, de forma absoluta, sobre las libertades fundamentales consagradas en el TFUE con efecto directo y que constituyen los pilares del mercado interior⁴⁰, cuya consecución se pretende mediante el art. 115 TFUE.

Tercera paradoja

Como consecuencia de lo anterior, la ATAD supone una distorsión en el análisis realizado por el TJUE en materia de normas (estatales) antiabuso y resulta contradictoria con la concepción de las medidas anti-abuso en el TFUE, donde aparecen «como un asunto estatal».

Hasta la adopción de la ATAD, el espacio de las normas antiabuso quedaba circunscrito al ámbito de las justificaciones (estatales) a una restricción a las libertades fundamentales, siendo estas últimas el objetivo prioritario de la UE. En ese contexto, el TJUE, a la hora de valorar aquellas normas a la luz del derecho de la UE, venía sopesando dos intereses contrapuestos: (i) el interés

⁴⁰ Tal conclusión reviste especial gravedad si tenemos en cuenta que según la clasificación de principios jurídicos realizada por Vanistendael, la prohibición de abuso del Derecho de la UE pertenece a la categoría de principios obligatorios para el TJUE, pero no para legislador europeo, mientras que las libertades fundamentales pertenecen a la categoría de principios obligatorios para ambos. Destaca el profesor holandés que cuando el Derecho secundario o el derecho nacional violan los principios pertenecientes a la última categoría, los contribuyentes pueden invocarlos ante los jueces nacionales y ante el TJUE (2014: 47).

nacional de lucha contra la evasión fiscal y (ii) el interés de la UE en garantizar el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales. La novedad que implicará la ATAD es que el TJUE, en el caso de enfrentarse a una valoración de las disposiciones nacionales que traspongan la ATAD, con la propia ATAD, tendría que analizar dos disposiciones que persiguen el mismo objetivo: la prevención del abuso. Así, el TJUE tendrá que valorar cuán adecuadas son tales disposiciones estatales de cara a la lucha contra la erosión de las bases imponibles. En este contexto, no podemos más que preguntarnos: ¿dónde estarán las libertades fundamentales en ese análisis? ¿Se abstendrán los Estados miembros de aplicar las cláusulas antiabuso, invocando las disposiciones que consagran las libertades fundamentales para, entre otros objetivos, proteger a los contribuyentes que realizan transacciones genuinas intra-UE? Entendemos que, lamentablemente, no será así. Por suerte, en áreas no armonizadas exhaustivamente —como la relativa a los impuestos directos— las libertades fundamentales y el derecho secundario se aplican, de forma simultánea, para valorar la compatibilidad de una norma estatal con el derecho de la UE (Szudoczky, 2014: 270), de modo que el TJUE deberá valorar dichas normas (también) a la luz de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales⁴¹. Pero, además, el TJUE podría verse en la situación de tener que valorar la propia ATAD a la luz de tales disposiciones. La particularidad en este caso es que, aparentemente, los dos objetivos a sopesar (necesidad de prevención del abuso vs. necesidad de proteger las libertades fundamentales) serían objetivos con estatus europeo, al haber adquirido supuestamente el primero tal naturaleza por su inclusión en la ATAD. Sin embargo, un objetivo no adquiere estatus europeo (prioritario) solo porque así figure en una directiva: la lucha contra la evasión fiscal no es, en nuestra opinión, un objetivo a conseguir mediante una directiva, por lo menos en la manera en que lo ha tratado de perseguir la ATAD.

La prevención del abuso sigue siendo, en nuestra opinión, un objetivo esencialmente estatal, y mientras no exista una verdadera armonización, debe seguir operando, simplemente, en el ámbito de las justificaciones a una restricción, como se desprende de un análisis sistemático del TFUE, y de manera expresa, de su art. 65, que establece que la libre circulación de capitales «se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros», *inter alia*, a «adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal» siempre que no constituyan «un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63».

⁴¹ Las disposiciones relativas a las libertades fundamentales deben ser tomadas en cuenta *ex officio* por el TJUE, incluso cuando no hayan sido invocadas por las partes (*id.*).

Cuarta paradoja

La ATAD, que se justifica, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, en la necesidad de implementar las recomendaciones BEPS en la UE de manera coordinada y compatible con el derecho de la UE, va más allá del Plan BEPS y no ofrece evidencias de por qué es preferible una actuación a nivel de la UE, inmiscuyéndose en las políticas fiscales de los Estados miembros.

La ATAD no se acompaña de un estudio de impacto⁴² que explique por qué la implementación de las recomendaciones del Plan BEPS en la UE a través de una directiva conducirá a mejores resultados, desde el punto de vista del mercado interior, que si tal implementación se deja en manos de los Estados miembros, incluyendo, además, alguna medida que no está contemplada en el referido plan⁴³, y resultando varias de sus cláusulas anti-abuso, incompatibles con la jurisprudencia del TJUE en la materia. Entendiendo la prevención del abuso como un asunto estatal, y recordando que la imposición directa sigue siendo competencia de los Estados miembros, qué duda cabe de que estos se encuentran en la mejor posición para decidir cómo implementar las recomendaciones BEPS de manera coherente con sus políticas socioeconómicas, así como con las libertades fundamentales, al contar con una consolidada jurisprudencia del TJUE, que en ausencia de verdadera armonización debe continuar siendo, en nuestra opinión, la guía adecuada en el diseño de los sistemas fiscales nacionales. Sin embargo, la ATAD se inmiscuye en la competencia de los Estados miembros para diseñar sus medidas antiabuso, incluso si entienden improcedente incluirlas. Desde esta perspectiva, la directiva se presenta, si cabe, como doblemente paradójica, porque si bien parece reforzar las soberanías estatales (al obligar a los Estados miembros a ejercer su soberanía: primera paradoja), implica una intromisión en dicha soberanía, al obligarles a introducir unas cláusulas anti-abuso que pueden resultar ajenas a sus necesidades.

Quinta paradoja

En la aplicación de las cláusulas antiabuso, la ATAD no adopta el enfoque coherente desde la perspectiva del mercado interior que el derecho

⁴² Así lo había advertido el Parlamento maltés en su objeción a la propuesta de directiva de 16 de marzo de 2016. Véase nota 18.

⁴³ Así, por ejemplo, la regla relativa a la imposición de salida, así como la cláusula *switch over* (incluida en la propuesta de directiva, pero no en el texto finalmente aprobado) no se contemplan en el Plan BEPS.

secundario requiere, perpetuando el *statu quo* del derecho de la UE en el ámbito de la fiscalidad directa.

La ATAD incorpora las cláusulas antiabuso que el TJUE había tenido que tolerar debido a la ausencia de armonización esencial de la imposición directa. Tal es el caso de la regla SEC o la regla de vinculación, si bien en este último caso, en materia de híbridos⁴⁴. Aun a pesar de constituir obstáculos a las libertades fundamentales, el TJUE había tolerado tales medidas, siempre que, en el caso de la primera, su aplicación se circunscribiese a las situaciones artificiosas, y en el caso de la segunda, no fuese discriminatoria, en el sentido de que solo se aplicase cuando la situación intra-UE no era comparable a la interna (al encontrarse exenta la renta en manos de la persona receptora). El TJUE adoptaba en estos casos el enfoque individual, que implica que el examen de coherencia de las normas se aplica desde un punto de vista estatal. Ello porque no existe armonización suficiente en la materia que obligue a los Estados a ir más allá del cumplimiento del principio de no discriminación desde la perspectiva de un solo Estado, y así, en *Schempp* no pudo exigir el establecimiento de una regla de vinculación que se aplicase para impedir los escenarios de doble imposición. Asimismo, la ausencia de armonización suficiente también implica que no pudo prohibir las reglas antiabuso de forma absoluta (cuando se aplican a transacciones artificiosas). Sin embargo, ello no significa que el contenido de las normas estatales que superaron el escrutinio del TJUE pueda ser incorporado en una directiva. Todo lo contrario: carece de sentido (jurídico) que el legislador de la UE introduzca en una directiva las normas estatales que el TJUE tuvo que tolerar, precisamente, por la ausencia de armonización. El derecho secundario que está llamado a eliminar de forma coherente (desde la perspectiva del mercado interior) las situaciones de doble imposición y de doble no imposición, haciendo del mercado interior un mercado lo más parecido al nacional, está, en lugar de ello, a través de la ATAD, contribuyendo a perpetuar el *statu quo* del derecho de la UE en materia de imposición directa.

Sexta paradoja

La ATAD no cumple la función de reforzar la legitimidad de las libertades fundamentales sobre los intereses estatales y no supone una mejora respecto de la limitada «armonización negativa» del TJUE, planteando problemas de seguridad jurídica.

⁴⁴ Y no en materia de tributación de pensiones, sobre la que versaba la regla de vinculación analizada en el asunto *Schempp*.

Al hilo de lo anterior, la ATAD no supone una mejora de cara a la consecución del mercado interior respecto de los logros alcanzados por el TJUE en el ámbito de los impuestos directos. Una de las razones esgrimidas para la adopción de directivas armonizadoras de la fiscalidad directa era que aquellas servirían de guía al TJUE sobre cómo aplicar las disposiciones relativas a las libertades fundamentales en el ámbito en cuestión, al constituir «una aproximación de las legislaciones programada y progresiva, y no en base de pronunciamientos que respondan más a reacciones ad hoc frente a los casos que se le someten que a una aplicación sistemática de principios coherentes que valoren los demás factores e intereses en juego en cualquier proceso de armonización» (Roche Laguna, 2000: 33).

La ATAD no ha venido a superar las deficiencias y limitaciones de la jurisprudencia del TJUE, ya que, *inter alia*, no aporta una solución coherente desde el punto de vista del mercado interior al problema que supone la existencia de disparidades, sino que aborda solo uno de sus efectos: la doble imposición. Además, en la medida en que incorpora cláusulas antiabuso que se aplican de forma automática, no contribuye a reforzar la legitimidad de las libertades fundamentales sobre los intereses estatales, resultando incompatible con la jurisprudencia del TJUE, y generando en los Estados miembros todavía más confusión sobre cómo diseñar y aplicar sus sistemas tributarios de forma compatible con el derecho de la Unión, menoscabando, en definitiva, la seguridad jurídica. Y ello por mucho que se indique en su preámbulo que «contar con medidas nacionales de aplicación que se atengan a un planteamiento común en toda la Unión aportaría seguridad jurídica a los contribuyentes, ya que dichas medidas serían compatibles con el Derecho de la Unión». Tales medidas no son compatibles con el derecho de la Unión solo porque aparezcan en una directiva: tal compatibilidad ha de derivarse de su análisis a la luz del Derecho primario, y en particular, de las disposiciones relativas al reparto de competencias entre los Estados miembros y la UE.

Séptima paradoja

La ATAD, al incorporar cláusulas antiabuso que se aplican en situaciones puramente domésticas, e impedir el aprovechamiento de las ventajas fiscales en otros Estados miembros, va contra la idea misma del mercado interior, fragmentándolo (todavía) más.

Algunas de las medidas antiabuso previstas en la ATAD se aplican no solo en situaciones intra-UE, sino también en situaciones domésticas. Tal es el caso de la regla sobre limitación de la deducibilidad de intereses (art. 4), que implementa, en el ámbito de la UE, las recomendaciones de la OCDE en

torno a la acción 4 del Plan BEPS⁴⁵, y que pretende desincentivar las prácticas de los grupos empresariales que, en vistas a minimizar la carga tributaria global, incurren en un endeudamiento excesivo. La extensión de esta regla al ámbito doméstico podría llevar a pensar que su objetivo no es (solo) la lucha contra BEPS en un escenario internacional, sino (también) otro distinto⁴⁶. Sin embargo, el objetivo de la regla parece seguir siendo, esencialmente, aquel, pues las disparidades en el trato fiscal de los dividendos (cuyo pago no es deducible) e intereses (cuyo pago es deducible), en una situación meramente interna, no repercuten en la carga tributaria global, mientras sí tiene este efecto en un escenario internacional, al ser aprovechadas por las multinacionales para minimizar la carga fiscal sobre los intereses en la jurisdicción del pagador, lo que se traduce en un endeudamiento excesivo⁴⁷. Por ello, la OCDE recomienda que la regla en cuestión se aplique, como mínimo, a los grupos empresariales multinacionales, mientras la presenta como opcional para los grupos domésticos⁴⁸, advirtiendo que el ejercicio de esta opción en el ámbito de la UE podría responder a la necesidad de cumplir con las exigencias del derecho de la UE. Así las cosas, siendo el objetivo esencial de la medida la lucha contra BEPS en un escenario internacional, parece que la única razón de incluir los grupos domésticos en el ámbito del art. 4 es dejarlo fuera del escrutinio del TJUE⁴⁹. La extensión de la norma controvertida a las situaciones puramente domésticas había sido el modo en que varios Estados miembros habían reaccionado a la jurisprudencia del TJUE en la materia⁵⁰, lo que había sido objeto de fuertes críticas, y así, en relación con las reglas

⁴⁵ «Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros».

⁴⁶ Ese otro objetivo podría ser, de forma más general, el recaudatorio. En relación con el objetivo recaudatorio, que, al margen de la prevención de BEPS, podrían perseguir las normas que limitan la deducibilidad de intereses, véase Benítez Régil (2016: 239).

⁴⁷ Observaciones en este sentido han sido puestas de manifiesto por la OCDE en *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 -2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París, disponible en: <https://bit.ly/2DasbpF>, apdo. 2.

⁴⁸ También la presenta como opcional para las entidades independientes. Véase *ibid*, apdos. 43-53.

⁴⁹ Con todo, la mera extensión de la regla en cuestión a las situaciones puramente domésticas puede no ser suficiente para solucionar el problema de (in)compatibilidad con el derecho de la UE (Dourado, 2017: 118-120).

⁵⁰ Así habían reaccionado varios Estados a la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, EU:C:2002:749, sobre la norma alemana antesubcapitalización.

anti-subcapitalización, el abogado general Geelhoed había advertido que la libertad de establecimiento no implica que «los Estados miembros estén necesariamente obligados a extender su legislación sobre la subcapitalización a las situaciones puramente internas en las que no existe riesgo posible de abuso», lamentando que «la falta de claridad acerca del alcance de la justificación por motivos de abuso respecto al artículo 43 CE⁵¹ haya conducido a una situación en la que los Estados miembros, en la duda sobre la amplitud de la legislación contra el abuso, prima facie “discriminatoria”, que están facultados para adoptar, se hayan considerado obligados a “jugar sobre seguro” mediante la ampliación del alcance de sus normas a situaciones puramente internas en las que no existe riesgo posible de abuso», lo que, *inter alia*, es «contraproducente en realidad para la eficiencia económica», y en definitiva “está en conflicto con el mercado interior”»⁵².

La ATAD, al incorporar normas antiabuso que parecen restringir de forma desproporcionada las libertades fundamentales, no ha venido a aportar la claridad sobre «el alcance de la justificación por motivos de abuso respecto de la libertad de establecimiento» a la que aludía el abogado general, sino que se ha limitado, en varios casos, a plasmar la reacción controvertida de los Estados frente a la (limitada, por su propia naturaleza) armonización negativa del TJUE, al optar por aplicar algunas de las normas antiabuso en las situaciones internas, fragmentando todavía más el mercado interior.

Más allá de esto, el mercado interior se ve afectado por la esencia misma de varias de las normas antiabuso de la ATAD, que impiden a los contribuyentes aprovecharse de los regímenes tributarios más favorables de otros Estados miembros. Es el caso de las reglas sobre las asimetrías híbridas, que, al impedir al contribuyente aprovechar los efectos (favorables) de las disparidades, desempeñan una función similar a la cláusula *switch-over*, incluida inicialmente en la propuesta de directiva. Del mismo modo que los Estados miembros entendieron que tal cláusula no era deseable desde la perspectiva de la competitividad e iba contra la esencia misma del mercado interior, deberían tener en cuenta que otras tantas medidas tienen exactamente el mismo efecto. Siendo uno de los principios fundamentales del mercado interior la competencia entre sistemas legales, los contribuyentes deberían poder aprovecharse del sistema que les resulte más beneficioso (Weber, 2006:196). La única forma que tienen los Estados de evitar tal cosa, es armonizando verdaderamente dichos sistemas. Lo que no procede, es que, para evitar la explotación de las

⁵¹ Actual art. 49 del TFUE relativo a la libertad de establecimiento.

⁵² Conclusiones del abogado general Geelhoed, presentadas el 29 de junio de 2006, Test Claimants, C-524/04, EU:C:2006:436, apdo. 68.

disparidades en beneficio de los contribuyentes, adopten reglas de vinculación incoherentes, impidiéndoles aprovecharse de la doble no imposición derivada de las disparidades, pero sin eliminar los perjuicios (doble imposición) que de tales disparidades se derivan.

Octava paradoja

La directiva no permite determinar en qué país se ha erosionado la base imponible, lo que resulta incoherente desde la perspectiva del mercado interior en ausencia de un presupuesto europeo que asigne recursos a los contribuyentes de la UE.

A pesar de aparecer como primera idea en el preámbulo de la ATAD «la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor», las reglas de la directiva —y en particular las relativas a las asimetrías híbridas— no permiten determinar la jurisdicción en la que la base imponible ha sido objeto de erosión⁵³, estando tales reglas diseñadas únicamente para garantizar que las multinacionales paguen impuestos en alguna jurisdicción de la UE, sin que sea relevante en cuál de ellas. Ello evidencia, una vez más, que la ATAD no es coherente desde la perspectiva del mercado interior, ya que la renta recuperada a través de la aplicación de una regla antiabuso integra el presupuesto del Estado miembro que aplica dicha regla, y no un presupuesto de la UE que reparta recursos directamente a los contribuyentes con base en principios de derecho europeo de justicia tributaria⁵⁴.

Novena paradoja

La ATAD puede provocar una pérdida de motivación en los Estados miembros para emprender una verdadera armonización.

Dado que varias de las preocupaciones de los Gobiernos estatales en torno a la pérdida de ingresos quedarán resueltas gracias a la ATAD, es muy probable que aquellos no encuentren razón para ceder (parte de) su soberanía a la UE en favor de las libertades fundamentales de los contribuyentes. Las

⁵³ En este sentido, indica Casadevall (2017: 162) que la ATAD no trata «de proteger a la jurisdicción que experimenta una pérdida de ingresos fiscales».

⁵⁴ Como ha indicado López Escudero (2015: 421-422), la consecución de una unión fiscal con un presupuesto ampliado, integrado con impuestos específicos de la UE, que ejerciese una función de redistribución interpersonal de riqueza entre los Estados miembros, se presenta como un proceso difícil y lento, e implicaría, entre otras cosas, «una amplia reforma del derecho originario».

medidas de la ATAD, al proteger las bases imponibles de los Estados miembros, evitan que estos padezcan las consecuencias negativas de la falta de armonización, por lo que puede alegarse que, protegidos sus ingresos, no sentirán presión para armonizar. Se llegaría a la situación contraria a la vaticinada por Michael Lang hace más de diez años, cuando señalaba que la jurisprudencia del TJUE, al destruir los muros creados por los Estados miembros para proteger sus bases imponibles, estaba creando presión sobre ellos para armonizar; y aplicando, por analogía, las palabras de Vanistendael, podríamos concluir que los Estados miembros continuarían teniendo su tarta nacional, mientras comen de la europea⁵⁵, ya que a través de la ATAD los Estados no armonizan y, a la vez, no padecen los perjuicios de la falta de armonización.

Décima paradoja

La ATAD no es una directiva armonizadora de la imposición directa, por lo que no puede adoptarse sobre la base del art. 115 del TFUE.

Una directiva verdaderamente armonizadora implicaría el establecimiento de una serie de reglas comunes (por ejemplo, sobre la estructura de la base imponible), de manera que, en lo que respecta a las asimetrías híbridas, se centraría en su causa esencial (la existencia de disparidades) y no en (uno de) sus síntomas (la doble imposición). En lugar de establecer reglas que impidan a los contribuyentes explotar las disparidades, habría eliminado las

⁵⁵ A pesar de su carácter coloquial, la expresión es enormemente significativa en el contexto que nos ocupa. Vanistendael (2003: 3) la utilizó en un momento previo a una de las más importantes ampliaciones de la UE, para urgir sobre la necesidad de modificar el mecanismo de adopción de normativa europea en fiscalidad directa, con el fin de construir un Ordenamiento Tributario Europeo democrático, que, *inter alia*, abandonase la regla de la unanimidad. Decía que «los Estados miembros no deberían creer ilusoriamente que pueden tener su propia tarta y, comer de la europea: deberían elegir y afrontar las consecuencias» (la traducción es nuestra). Vanistendael construye la expresión a partir de la expresión inglesa «(you can't) have your cake and eat it (too)» (que en castellano equivaldría a la expresión «querer estar en misa y repicando»), que significa, según el Diccionario de Cambridge «to have or do two good things at the same time that are impossible to have or do at the same time» (tener o hacer simultáneamente dos cosas buenas, cuando ello es imposible). En la actualidad, con la ATAD los Estados miembros, igual que entonces, pretenden dos cosas incompatibles: aprobar una directiva en el ámbito de los impuestos directos y no renunciar a su soberanía en favor de las libertades fundamentales. Aplicando la expresión, diríamos que los Estados miembros no pueden pretender no armonizar, y al mismo tiempo no padecer los perjuicios derivados de la falta de armonización.

disparidades. En materia de híbridos ello podría lograrse, por ejemplo, a través de una directiva que armonizase las definiciones nacionales de deuda y capital, y así ayudase en algunos casos a los contribuyentes (eliminando la doble imposición) y en otros, a los Estados (eliminando la doble no imposición). El art. 115 TFUE no habilita a los Estados miembros a establecer reglas para luchar contra ciertas prácticas de los contribuyentes, sino a aproximar disposiciones legales estatales, cuando tales disposiciones incidan en el funcionamiento del mercado interior. Dado que tales disposiciones pueden crear obstáculos fiscales (por ejemplo, doble imposición) al ejercicio de las libertades fundamentales, pilares del mercado interior, una directiva de aproximación puede perseguir como único objetivo la eliminación de la doble imposición, o puede perseguir la imposición única (eliminando de forma coherente la doble imposición y la doble no imposición). En la medida en que la ATAD no persigue ninguno de estos objetivos, no puede fundamentarse en el art. 115 TFUE.

Bibliografía

- Antenbrink, F. y Raulus, H. (2011). Contribution to: Fiscal policy in the European Union context: The semi-detached sovereignty of Member States in the European Union. En S. J. J. Jansen, (ed.). *Fiscal sovereignty of the Member States in an Internal Market. Past and future* (pp. 1-37). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Benítez Régil, P. (2016). BEPS Actions 2, 3 and 4 and the Fundamental Freedoms: Is There a Way Out? *European Taxation*, 56 (6), 230-245.
- Bonn, J. C. (2017). CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive. *EC Tax Review*, 26 (3), 145-152.
- Casadevall, J. (2017). La neutralización de híbridos en la Directiva ATAD 2. *Quincena Fiscal*, 15-16, 159-186.
- De Graaf, A. y Visser, K. J. (2018). BEPS: Will the Current Commitments and Peer Review Model Prove Effective? *EC Tax Review*, 27 (1), pp. 36-47.
- De la Feria, R. (2017). Harmonizing anti-tax avoidance rules. *Intertax* 26 (3), 10-11.
- Dourado, A. P. (2016). The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law. En J. Englisch (ed.). *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism* (pp. 253-278). Amsterdam: IBFD.
- (2017). The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle. *EC Tax Review*, 26 (3), 112—121.
- Duncan, J. A. (2000). General report on subject I: Tax treatment of hybrid financial instruments in cross border transactions. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 85a, 21-34.

- Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. (2013). *Derecho fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- Fibbe, G. y Stevens, T. (2017). Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II. *EC Tax Review*, 26 (3), 153-166.
- Helminen, M. (2004). Classification of cross border payments of hybrid instruments. *Bulletin for International Taxation*, 58 (2), 56-61.
- Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois, D. J. (2015). Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades. En C. García-Herrera Blanco (coord.). Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª edición): «La reforma del sistema tributario español» (2.ª parte), *IEF Documentos*, 10, 137-147.
- Lang, M. (2006). The Marks and Spencer Case. The Open Issues Following the ECJ's Final Word. *European Taxation*, 46 (2), 54-67.
- (2007). Double taxation and EC Law. En R. S. Avi-Yonah, J. R. Hines Jr. y M. Lang (eds.). *Comparative Fiscal Federalism* (pp. 11-53). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- López Escudero, M. (2015). La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica unión económica en formación? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19 (50), 2015, 361-433.
- Navarro, A., Parada, L., y P. Schwarz, P. (2016). The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts. *EC Tax Review*, 24 (3), 117-131.
- Neumark Committee (1963). *Report of the Fiscal and Financial Committee in the E.E.C. on Tax Harmonisation*. Amsterdam: IBFD.
- Panayi, C. (2018). The ATAD's CFC Rule and its Impact on the Existing Regimes of EU Member States. En P. Pistone y D. Weber (eds.). *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU* (pp. 355-377). Amsterdam: IBFD.
- Pérez Royo, F. (2004). La Directiva 2003/48/CE, sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español. *Revista Quincena Fiscal*, 21-22, 9-27.
- Pistone, P. y Szudoczky, R. (2016). The coordination of tax policies in the EU. En M. Lang et al. (eds.). *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (pp. 27-52). Wien: Linde.
- Roche Laguna, I. (2000). *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rigaut, A. (2016). Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons. *European Taxation*, 56 (11), 497-505.
- Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (2018). Valoraciones, un tanto escépticas, de las propuestas de directivas de BICIS y BICCIS. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 422, 81-100.
- Szudoczky, R. (2014). *The Sources of EU Law and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*. Amsterdam: IBFD.
- Van Arendonk, H. (2016). The European Cooperation Project, Tax and Sovereignty. *EC Tax Review*, 26 (5-6), 242-246.
- Vanden Berghe, B. (2017). Enforceability of OECD Linking Rules in the Light of EU Law. *LSE Law Review*, 2, 63-92.

- Vanistendael, F. (2003). A Window of Opportunity for the making of Europe: Member States Cannot have their National Cake and Eat the European One. *EC Tax Review*, 12 (1), 2-3. Disponible en: <https://doi.org/10.1023/A:1015889826173>.
- Vanistendael, F. (2014). The Role of (Legal) Principles. En C. Brokelind (ed.). *EU Tax Law in Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law* (pp. 29-41). Ámsterdam: IBFD.
- Vanistendael, F. (2016). Can EU Tax Law Accommodate a Uniform Anti-Avoidance Concept? En H. Jochum, P. Essers, M. Lang, N. Winkelijohann y B. Wiman (eds.). *Practical problems in European and International Tax Law* (pp. 543-565). Ámsterdam: IBFD.
- Vanistendael, F. (2017). EU vs. BEPS: Conflicting Concepts of Tax Avoidance. En D. Weber (ed.). *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid* (pp. 249-273). Ámsterdam: IBFD.
- Wattel, P. y Terra, B. (2012). *European Tax Law*. La Haya: Kluwer Law Internacional.
- Weber, D. (2006). *Tax avoidance and the EC Treaty freedoms*. Alphen aand den Rijn: Kluwer Law International.