

Beneficiario efectivo

Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

La referida sentencia examina un conjunto de cuestiones concernientes a la tributación de los intereses intracomunitarios, planteadas en relación con las liquidaciones denegatorias de la aplicación de la exención prevista en la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados, efectuadas por la autoridad fiscal danesa.

1. Supuesto de hecho

En el asunto C-115/16, un conjunto de sociedades de inversión, ninguna de las cuales residía en un Estado miembro de la Unión Europea o de un país con el que Dinamarca hubiese suscrito un convenio fiscal para evitar la doble imposición, constituyeron varias sociedades instrumentales en Luxemburgo y en Dinamarca al objeto de adquirir una sociedad operativa constituida en este último país. La adquisición se financió, en gran parte, mediante préstamos cuyos intereses fueron pagados por las sociedades instrumentales danesas a las sociedades instrumentales luxemburguesas y por estas transferidos a las sociedades de inversión extracomunitarias, en razón a las estructuras de financiación concertadas entre ellas.

La autoridad fiscal danesa consideró que las sociedades luxemburguesas no eran los beneficiarios efectivos de los intereses, de manera tal que denegó la exención respecto de la retención prevista en la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados (Directiva 2003/49).

En el asunto C-118/16, varias sociedades de inversión extracomunitarias constituyeron una sociedad de capital-riesgo en Luxemburgo, la cual dominaba a una sociedad sueca a la que, además, concedió un préstamo cuya finalidad era adquirir un grupo de sociedades danés, lo que así hizo a través de una sociedad *holding* danesa.

La autoridad fiscal danesa consideró que tanto la sociedad sueca como la sociedad luxemburguesa no podían ser consideradas como beneficiarios efectivos de los intereses, a los efectos de la Directiva 2003/49 y del convenio entre Luxemburgo y Dinamarca, así como del convenio entre los países nórdicos, por cuanto los beneficiarios efectivos de los intereses eran las sociedades de inversión extracomunitarias propietarias de la sociedad de capital-riesgo luxemburguesa.

Por otra parte, la autoridad fiscal danesa entendió que la forma jurídica de la sociedad luxemburguesa no figuraba en la lista del artículo 3 a) i) de la Directiva 2003/49 y que, además, incumplía el requisito de estar sujeta sin exención del artículo 3 a) iii) de la citada directiva, sin que, a mayor abundamiento, hubiera aportado documentación alguna que acreditara que sus socios fueran, en su mayor parte, residentes fiscales en países de la Unión Europea o en países con los que Dinamarca hubiese celebrado un convenio para evitar la doble imposición.

En el asunto C-119/16, una sociedad norteamericana procede a una reestructuración, en cuya virtud la participación anteriormente ostentada sobre una entidad danesa, cabecera de un subgrupo de sociedades danesas operativas, a través de una sociedad constituida en las Islas Caimán, pasa a ser ostentada por una sociedad *holding* danesa, dependiente de unas sociedades suecas, la cual adquiere la participación sobre la antigua sociedad dominante, valorada a precio de mercado, mediante financiación concedida por las sociedades suecas las cuales, a su vez, la habían recibido de la sociedad constituida en las Islas Caimán.

La autoridad fiscal danesa, tal vez muy influida por la vitola fiscal del conjunto de la operación de reestructuración, consideró que las sociedades suecas receptoras de los intereses pagados por la sociedad *holding* danesa no podían ser calificadas como beneficiario efectivo, ni con arreglo a la Directiva 2003/49 ni de acuerdo con el convenio fiscal entre los países nórdicos, habida cuenta de que apenas disponía de facultades sobre las cantidades percibidas.

En el asunto C-299/16, un conjunto de fondos de inversión constituidos en Jersey, cuyos inversores eran residentes fiscales de gran número de países, pertenecientes o no a la Unión Europea, fundaron una sociedad de inversión danesa, la cual adquirió la participación mayoritaria sobre una sociedad operativa danesa. En el curso de la operación la sociedad operativa danesa quedó endeudada con la sociedad de inversión, la cual transfirió su crédito a una sociedad luxemburguesa creada al efecto, así como la participación sobre la sociedad operativa danesa.

La autoridad fiscal danesa consideró que la sociedad luxemburguesa no tenía la consideración de beneficiario efectivo ni con arreglo a la Directiva 2003/49 ni de acuerdo con el convenio entre Dinamarca y Luxemburgo, por cuanto aquella era una sociedad instrumental sin facultades reales o sin la posibilidad de adoptar decisiones en cuanto a la disposición de los importes transferidos.

Los cuatro casos responden, aun con todas sus variantes, a un patrón común, a saber, la toma de participación sobre una sociedad operativa, determinante de un apalancamiento financiero cuyos intereses serán transferidos a las sociedades inversoras con la pretensión de disfrutar de la exención que, respecto de la retención, ha establecido la Directiva 2003/49.

El impacto fiscal de todos los casos es doble.

En primer lugar, determinan importantes gastos financieros en sede de las sociedades operativas danesas, sin que sus actividades reales hayan sufrido variación alguna, por más que una nota publicada por el grupo apuntara a razones económicas y financieras, afirmando que «en 2004, el grupo [...] revisó su estructura organizativa y decidió integrar sociedades *holding* adicionales y agregar un efecto de apalancamiento en su estructura europea... las sociedades *holding* adicionales permiten a la sociedad acceder más libremente a los capitales en Europa y transferir con mayor eficacia los capitales en el seno de las familias

de sociedades del grupo. Además, las cuentas de las nuevas sociedades *holding* reflejan valoraciones de mercado razonables para el grupo europeo, lo cual puede traducirse en mayores posibilidades de obtener financiación de terceros en el futuro. Por último, y acaso sea el factor más importante, la introducción del efecto de apalancamiento en la estructura permite minimizar los riesgos comerciales de la empresa al reducir la cuantía de los capitales propios expuestos en las operaciones comerciales». Este impacto aflora tangencialmente en la sentencia.

En segundo lugar, esos mismos gastos financieros se pretende cobijarlos bajo los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49.

2. Doctrina del tribunal

La similitud, cuando no coincidencia, de las cuestiones formuladas por el tribunal de justicia danés, llevó al Tribunal de Justicia a una agrupación de las mismas, de manera tal que los temas abordados fueron los siguientes:

- Determinación del concepto de beneficiario efectivo.
- Elementos constitutivos e indicativos del abuso de derecho y prueba de los mismos.
- Incidencia del régimen fiscal de la entidad preceptora de los intereses.
- Eventual oposición del Tratado a un régimen jurídico distinto respecto de las retenciones sobre intereses según que los pagos sean internos o transfronterizos.

La respuesta a las cuestiones formuladas conforma la doctrina del Tribunal de Justicia, que puede ser resumida en los siguientes puntos:

- Para interpretar y aplicar la Directiva 2003/49, son aptos los criterios contenidos en los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE relativos al beneficiario efectivo.
- Las sociedades instrumentales o conductoras no tienen la condición de beneficiario efectivo.
- Los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49 pueden retirarse por el solo hecho de no concurrir en la sociedad preceptora de los intereses la condición de beneficiario efectivo, sin que sea necesaria la prueba de una situación de abuso de derecho, ni la identificación del beneficiario efectivo.
- El ordenamiento comunitario repele, con carácter general, el abuso del derecho, de manera que no es necesaria una norma nacional antiabuso específica de transpo-

sición del artículo 5 de la Directiva 2003/49, a los efectos de retirar los beneficios fiscales otorgados por la misma, cuando se pruebe la existencia de los elementos, objetivo y subjetivo, constitutivos del abuso de derecho.

- Para probar la existencia de los elementos, objetivo y subjetivo, del abuso de derecho, habrá de verificarse, caso por caso, la existencia de un conjunto de indicios demostrativos, en el sentido propuesto por la sentencia del Tribunal de Justicia.
- La entidad perceptora de los intereses no cumplirá con el requisito de sujeción sin exención a la imposición sobre los beneficios, cuando dichos intereses no tributen efectivamente en sede de la misma.

3. Comentario crítico

3.1. Determinación del concepto de beneficiario efectivo

El artículo 1.1 de la Directiva 2003/49 establece la exención de la retención sobre los intereses, a condición de que «el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro, y el apartado 4 de dicho artículo 1 precisa que una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es, de agente, depositario o mandatario».

El Tribunal de Justicia entiende que el concepto de beneficiario efectivo de la Directiva 2003/49 bebe en las fuentes del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de manera tal que «el concepto de "beneficiario efectivo" que figura en los convenios bilaterales que se ajustan al citado modelo, así como las sucesivas modificaciones introducidas en dicho modelo y en los correspondientes comentarios son pertinentes para la interpretación de la antedicha Directiva». Y así, atendiendo básicamente a los comentarios a dicho Modelo de Convenio, la sentencia concluye que «el concepto de "beneficiario efectivo" excluye las sociedades instrumentales y debe entenderse no en un sentido técnico estricto, sino de modo que permita prevenir la doble imposición y el fraude y la evasión fiscal».

No obstante, también precisó que la mera circunstancia de que la sociedad que percibe los intereses en un Estado miembro no sea el beneficiario efectivo no significa necesariamente que no sea aplicable la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49. Cabe la posibilidad de que tales intereses estén exentos en virtud de dicha disposición en el Estado de la fuente, si la sociedad que los percibe transfiere su importe a un beneficiario efectivo residente en un Estado miembro que, además, cumpla con todos los requisitos exigidos por la Directiva 2003/49.

El ya clásico informe de la OCDE titulado *Los convenios de doble imposición y la utilización de las sociedades de tránsito* (1987) advertía que «... los artículos 10 a 12 del Modelo de Convenio (se refiere al de 1977) niegan la limitación de gravamen en el Estado de la fuente respecto de los dividendos, intereses y cánones si la compañía conductora no es beneficiario efectivo... Por lo tanto una compañía conductora normalmente no será contemplada como beneficiario efectivo si, aunque formalmente sea propietaria de ciertos activos, tiene muy reducidos poderes, lo que la convierten en una mera fiduciaria o administrador que actúa por cuenta de los verdaderos interesados (muy probablemente sus accionistas)...». Pero el informe también añadía que «... el hecho de que su principal función es poseer activos o derechos no es en sí mismo suficiente para calificarla como mera intermediaria...», y también que «... las nuevas normas del Modelo de Convenio de 1977 tratan las estrategias conductoras de una manera muy rudimentaria, expresando solamente una preocupación general en el sentido de que el uso impropio de los convenios debería ser evitado...».

El Modelo de Convenio de 1995, en los comentarios a los artículos 10, 11 y 12, establecía que «... la limitación del impuesto en la fuente no se aplica cuando un intermediario, como un agente o un mandatario, se interponga entre el acreedor y el deudor, a menos que el beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado contratante...».

Los comentarios del Modelo de Convenio de 2003, a los que expresamente se remite la sentencia del Tribunal de Justicia, continuaron perfilando la condición de beneficiario efectivo, en los siguientes términos:

- El Estado de la fuente no está obligado a renunciar a sus derechos de imposición sobre las rentas (dividendos, intereses, cánones) simplemente porque las mismas sean inmediatamente percibidas por un residente del otro Estado.
- Cuando una renta es recibida por un residente de un Estado contratante que actúa en calidad de agente o fiduciario sería inconsistente con el objeto y propósito del convenio que el Estado de la fuente otorgara un beneficio o exención simplemente por el hecho de que el perceptor de la renta tenga el estatuto de residente del otro Estado contratante. El perceptor inmediato de la renta tiene la calidad de residente, pero ninguna doble imposición se origina como consecuencia del tal estatuto en la medida en que tal perceptor no tiene la condición del propietario de la renta a efectos fiscales en el Estado en el que reside.
- Sería igualmente inconsistente con el objeto y propósito del convenio para evitar la doble imposición que el Estado de la fuente otorgase algún beneficio o exención cuando un residente del otro Estado contratante simplemente actúa como una sociedad conductora en beneficio de otra persona quien de hecho recibe la renta afectada. En este sentido una entidad conductora (*conduit company*) no puede normalmente ser contemplada como el beneficiario efectivo si, aunque tenga la condición formal de propietaria, tiene, en la práctica, muy estrechos poderes sobre la misma.

- Se advierte que el término beneficiario efectivo no debe usarse en un sentido estrictamente técnico, sino que, más bien, ha de ser entendido en el contexto en que se aplica y a la luz del objeto y propósitos del convenio, lo que incluye tanto evitar la doble imposición como la evasión y el fraude fiscal.
- Finalmente, se describe un caso respecto del que se solicita una especial atención: el beneficiario efectivo de las rentas (dividendos, intereses, cánones) que se originan en un Estado contratante es una compañía residente en el otro Estado contratante; todo o parte de su capital está poseído por socios que residen fuera de ese otro Estado contratante; habitualmente no distribuye los beneficios en forma de dividendos; y goza de un régimen fiscal privilegiado (*private investment company, base company*). El problema que se suscita es si es justificable permitir una exención o reducción de los impuestos en el Estado de la fuente, cuando la compañía perceptora reúna las características citadas.

Los comentarios al Modelo de Convenio de 2003 expulsaron del concepto o cualidad de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales o conductoras, pero no definieron ni describieron las características que las identifican.

Con fecha 29 de abril de 2011, la OCDE emitió un documento de consulta en el que se perfilaba la configuración del beneficiario efectivo en los siguientes términos:

- Voluntad de regulación autónoma del concepto beneficiario efectivo, esto es, superior de los conceptos nacionales, con la finalidad de encontrar un concepto común.
- No consideración como beneficiarios efectivos a los agentes, mandatarios, fiduciarios y administradores.
- Descripción del beneficiario efectivo, bajo una fórmula general: «el receptor de un dividendo, interés o canon, no es beneficiario a menos que tenga el poder de utilizarlo y disfrutarlo plenamente, sin estar obligado contractual o legalmente a transferir el importe recibido a un tercero...» (traducción del autor).
- Advertencia de que la apreciación de la condición de beneficiario efectivo no impide la aplicación de otras normas antiabuso: «sin embargo, el hecho de que el receptor de un dividendo [interés, canon] sea el beneficiario efectivo no significa que la limitación deba ser automáticamente acordada. Por el contrario, la limitación no debería ser acordada en caso de uso abusivo de la limitación. Como explica la sección consagrada al uso incorrecto de la Convención en los comentarios al artículo 1, existen numerosos medios de contrarrestar la utilización de sociedades *relais* [conductoras] y, más generalmente, el arbitraje fiscal. Estos diversos medios incluyen la inserción en la Convención de disposiciones antiabuso específicas, la utilización de reglas antiabuso generales, o de procedimientos tendentes a hacer primer el fondo sobre la forma o a buscar la sustancia económica. Aunque el concepto de beneficiario efectivo impide ciertas formas de evasión fiscal (es decir,

aquellas que implican la intervención de un perceptor obligado a transmitir el dividendo [interés, canon] a un tercero), no impide otras formas de arbitraje fiscal y, por consiguiente, no debe ser considerado como limitando en manera alguna la aplicación de otras técnicas para contrarrestar esas prácticas».

- No es apropiado extraer el concepto de beneficiario efectivo de legislación no fiscal, como, por ejemplo, la concerniente a aspectos financieros, en la cual se tiene por tal a la persona física que controla una entidad.

En octubre de 2012, la OCDE, a la vista de las observaciones recibidas, lanzó una versión revisada del documento de consulta, cuyos elementos esenciales eran:

- Insistir en que los agentes, *nominees*, y compañías conductoras que actúan como fiduciarios o administradores no son beneficiarios efectivos porque el uso y disfrute del dividendo, interés, o canon, está constreñido por la obligación, contractual o legal, de transferir el importe recibido a otra persona.
- Esa obligación de transferir debe estar relacionada con el pago recibido. Una obligación no relacionada no sería tomada en consideración a estos efectos. Y cita a las instituciones de inversión colectiva y a los fondos de pensiones como ejemplos de entidades sobre las que pesan obligaciones de pago no relacionadas con el dividendo, interés o canon, recibido.

Los trabajos preparatorios precedentes cuajaron en los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio de 2014.

De acuerdo con los nuevos comentarios, el beneficiario efectivo se construye por la presencia de tres notas:

- Es el perceptor del dividendo, interés o canon.
- Tiene derecho de usar y disfrutar del concepto de ingreso que le ha sido pagado.
- No se encuentra obligado a transferir la cantidad recibida a otra persona, sea por razón de precepto normativo o pacto contractual o asimilado.

En el informe final de la acción 6 del proyecto BEPS no se contienen precisiones adicionales respecto del beneficiario efectivo, y lo propio cabe decir del Modelo de Convenio de 2017.

Pues bien, todos los criterios precedentes, espigados de los textos de la OCDE, tienen, a juicio del Tribunal de Justicia, valor interpretativo, a efectos de la determinación de la condición de beneficiario efectivo, en el sentido de la Directiva 2003/49.

Esta doctrina es muy relevante, por cuanto trae al ámbito de la interpretación de una norma comunitaria los criterios de la OCDE, rebasando, en cierto modo, la literalidad de aquella.

3.2. El abuso de derecho, sus elementos constitutivos e indicativos, y prueba

El artículo 5 de la Directiva 2003/49 establece que la misma «no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos, de manera tal que los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso».

A la vista de dicho precepto, el tribunal danés remitente inquirió si, para neutralizar un abuso de derecho en el marco de la aplicación de la Directiva 2003/49, era necesaria una disposición nacional específica de transposición del artículo 5 o bastaba con las disposiciones o principios generales consagrados a combatir el fraude o la evasión fiscal.

Esta pregunta dio pie al Tribunal de Justicia para verter un conjunto de razonamientos respecto del abuso de derecho en el ordenamiento comunitario, su relación con las normas antiabuso de las directivas, y los elementos indicativos del fraude y su prueba.

Sin embargo, como bien apunta la sentencia, la concurrencia del abuso no es necesaria para retirar los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49, sino que basta con probar que el beneficiario efectivo no es una entidad residente en un Estado miembro, de manera tal que «si el beneficiario efectivo de un pago de intereses tiene su residencia fiscal en un Estado tercero, la denegación de la exención contemplada en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 no precisa en absoluto que se constate un fraude o un abuso de Derecho».

En consecuencia, los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49 podrán ser retirados si se prueba que el beneficiario efectivo de los intereses no reside en un Estado miembro o si se prueba la concurrencia de fraude o evasión fiscal. Ciertamente, es previsible que las dos situaciones converjan, pero no es necesario que así sea. En cualquier caso, la prueba plena de los hechos constitutivos de una y otra fortalece la posición de la Administración tributaria que niega la aplicación de dichos beneficios.

3.2.1. La prohibición del abuso de derecho como principio general

Recordó el Tribunal de Justicia, con cita de abundante jurisprudencia en varios campos normativos, que «el principio de prohibición de prácticas abusivas constituye un principio general del Derecho de la Unión que se aplica independientemente de si los derechos y ventajas objeto de abuso encuentran su fundamento en los tratados, en un reglamento o en una directiva, de manera tal que la aplicación del referido principio no está sometida a una exigencia de transposición», en el presente caso del artículo 5 de la Directiva 2003/49.

El abuso de derecho consiste en una oposición entre el objeto y la finalidad perseguida por el legislador al diseñar y aprobar la norma concernida y los efectos prácticos alcanza-

dos por el interesado mediante la realización de una operación o conjunto de operaciones. De esta manera, el abuso implica un quebrantamiento del espíritu y finalidad de la norma. Así lo indica el Tribunal de Justicia, afirmando que «el principio general de prohibición de prácticas abusivas debe oponerse frente a una persona que invoca determinadas normas del Derecho de la Unión que establecen una ventaja si la aplicación que pretende de tales normas es incongruente con los objetivos para los que se adoptaron».

La clave, por tanto, reside en determinar cuándo se produce la aludida incongruencia. Pues bien, esta incongruencia no se presenta solamente por causa de la concurrencia de una ventaja fiscal, sino que es preciso un elemento de artificiosidad diseñado al efecto. En este sentido, el Tribunal de Justicia indica que «si bien el intento de un contribuyente de acogerse al régimen fiscal que le resulte más ventajoso no puede fundar, como tal, una presunción general de fraude o de abuso también es cierto que tal contribuyente no puede disfrutar de un derecho o de una ventaja que se deriven del Derecho de la Unión si la operación en cuestión es puramente artificial desde el punto de vista económico y persigue eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate».

3.2.2. Elementos constitutivos del abuso de derecho

De esta manera, el abuso de derecho se presenta cuando concurren las notas de incongruencia y artificiosidad, de manera tal que «para probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención». En consecuencia, «el examen del conjunto de los hechos es lo que permitirá verificar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, y especialmente si los operadores económicos han efectuado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de obtener una ventaja indebida».

En síntesis, el abuso de derecho se presenta cuando las operaciones ejecutadas, teñidas de artificiosidad, pretenden alcanzar una aplicación de los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49 incongruente con su espíritu y finalidad.

Incongruencia y artificiosidad son los ingredientes del abuso de derecho.

3.2.3. Elementos indicativos de la concurrencia del abuso de derecho

Bien se comprende que la apreciación de la incongruencia y artificiosidad es una cuestión que, mediante la valoración de los hechos en presencia, compete a los tribunales de

justicia nacionales. El Tribunal de Justicia, tras así explicitarlo, observa que ello no es óbice para poder realizar una labor de orientación. En este sentido, espiga los siguientes indicios:

- La constitución de un conjunto de sociedades que carecen de una finalidad económica, de manera tal que su existencia se debe, principalmente, al designio de obtener una ventaja fiscal cuyo disfrute puede reputarse adverso al espíritu y finalidad de la Directiva 2003/49. El tribunal indica que «corresponde a tal definición el supuesto en que, utilizando una entidad instrumental intercalada en la estructura del grupo entre la sociedad que satisface los intereses y la entidad destinataria y beneficiaria efectiva de estos, se elude el pago del impuesto sobre los intereses».
- La transferencia inmediata y sistemática de los intereses percibidos a otra u otras sociedades del grupo, esto es, que los intereses «una vez percibidos, sean retransferidos por la sociedad perceptora íntegramente o en su casi totalidad, y en un plazo muy breve, a entidades que no cumplen los requisitos de aplicación de la Directiva 2003/49».
- El exiguo beneficio derivado de la operación financiera para la sociedad presuntamente instrumental, de manera tal que la misma «solo realiza un beneficio gravable insignificante».
- La realización de una operatoria exclusivamente ceñida a la percepción y transferencia de los intereses «al beneficiario efectivo o a otras sociedades instrumentales».
- La existencia de un conjunto de contratos entre las sociedades del grupo implicadas en las operaciones financieras «que den lugar a flujos financieros intragrupo que, como se menciona en el artículo 4 de la Directiva 2003/49, pueden tener por objeto transferir los resultados positivos de una sociedad comercial beneficiaria a entidades accionistas con el fin de evitar o reducir al máximo la carga impositiva».
- La ausencia efectiva del poder de disposición, de manera tal que «no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los intereses percibidos».

Estos indicios no pierden valor por el hecho de que el beneficiario efectivo resida en un país con el que medie un convenio para evitar la doble imposición que no permita gravar al país de la fuente, pero «tampoco puede excluirse, en una situación en la que los intereses habrían resultado exentos en caso de pago directo a la sociedad que tuviera su sede en un Estado tercero, que el propósito que guía a la estructura del grupo sea ajeno a un abuso de Derecho. En tal caso, no puede reprocharse al grupo haber optado por una estructura como la referida en lugar de por el pago directo de los intereses a dicha sociedad».

Las orientaciones precedentes constituyen una aportación relevante de la doctrina del Tribunal de Justicia en orden a encauzar la labor aplicativa de la Directiva 2003/49. El Tribunal de Justicia, por tanto, no se ha limitado a una función interpretativa sino que facilita

a los tribunales de justicia nacionales una suerte de guía para desvelar la situación determinante de abuso de derecho. Esa guía, ciertamente, también será útil para las Administraciones tributarias y los contribuyentes.

3.2.4. La carga de la prueba

La prueba de la percepción de los intereses por un beneficiario efectivo residente en un Estado miembro corre a cargo de la entidad pagadora de los mismos, sin perjuicio de la comprobación administrativa, en tanto que la prueba de los hechos constitutivos del abuso del derecho corresponde a la Administración tributaria que pretende retirar los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49.

A estos efectos, podrá utilizar los indicios anteriormente apuntados, sin que le sea «exigible identificar los beneficiarios efectivos de los referidos intereses, sino demostrar que el supuesto beneficiario efectivo no es más que una sociedad instrumental por medio de la cual se ha cometido un abuso de Derecho».

El criterio del Tribunal de Justicia responde al principio de que los hechos constitutivos de un derecho deben ser probados por quien pretende ejercitarlo, de manera tal que, una vez configurada tal prueba, los beneficios fiscales habrán de ser aplicados, excepto si la Administración tributaria prueba la concurrencia de los hechos constitutivos del abuso de derecho.

Esta certera distribución de la carga de la prueba rechaza todas aquellas teorías según las cuales el disfrute de los beneficios fiscales requiere que los contribuyentes realicen una suerte de prueba de que sus operaciones responden a motivos económicos válidos. Serán las Administraciones tributarias quienes, en el contexto de la prueba de los hechos determinantes del abuso de derecho, podrán examinar y desvelar, en su caso, la artificiosidad de las mismas, basándose, entre otros aspectos, en la ausencia de motivos económicos válidos.

3.3. Régimen fiscal de las entidades perceptoras de los intereses

El artículo 3 a) iii) de la Directiva 2003/49 establece que la sociedad perceptora de los intereses, además de residir en un Estado miembro, adoptar una determinada forma jurídica y estar en relación de asociación con la sociedad pagadora, debe «estar sujeta, sin posibilidad de exención», a uno de los impuestos que enumera, que son aquellos que, en cada Estado miembro, gravan los beneficios.

En el caso de autos (C-118/16), la entidad perceptora residía en Luxemburgo, tenía una forma jurídica apropiada, guardaba la relación de asociación y estaba sujeta y no exenta al impuesto sobre beneficios. Sin embargo, la Administración tributaria danesa sostenía que no eran aplicables los beneficios fiscales de la Directiva 2003/49, ya que los intereses estaban «efectivamente exentos» de tributación en Luxemburgo.

La sentencia del Tribunal de Justicia respaldó el criterio de la Administración fiscal danesa, habida cuenta de que el objetivo de la Directiva 2003/49 «no es otro que garantizar que esos pagos de intereses sean gravados una vez en un único Estado miembro», estableciendo así un criterio interpretativo del artículo 3 a) iii) de la Directiva 2003/49, en cuya virtud la sujeción sin exención debe ser entendida como tributación efectiva de los intereses percibidos respecto de los que se reclama la protección de la misma.

3.4. Régimen distinto de los pagos internos y transfronterizos

Para el caso de que la entidad perceptora de los intereses no tuviere la condición de beneficiario efectivo, la sentencia del Tribunal de Justicia se adentra en examinar si el artículo 63 del Tratado, relativo a la libertad de movimiento de capitales, se opone a un régimen fiscal que establece una retención sobre los intereses transfronterizos cuando no lo hace respecto de los internos, si bien los mismos forman parte de los ingresos gravables de la entidad residente perceptora.

El tribunal entiende que ese trato fiscal distinto determina una restricción a la libertad de movimiento de capitales que, sin embargo, puede estar justificada por «la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, por cuanto el procedimiento de retención y el régimen de responsabilidad que le sirve de garantía constituyen un medio legítimo y adecuado para asegurar la sujeción fiscal de las rentas de una sociedad residente fuera del Estado de imposición».

Es importante notar que la legislación concernida, en el caso de autos la danesa, gravaba los intereses en sede de la entidad residente perceptora pues, de lo contrario, el Tribunal de Justicia hubiera hallado una restricción que, tan solo, eventualmente, hubiera podido ser superada por la concurrencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición que hubiera permitido, en sede de la entidad no residente perceptora de los intereses, la recuperación total de la retención.

En fin, la sentencia siguió los precedentes contenidos en las sentencias *Truck Center* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-282/07 –NFJ031306–), *Brisal* y *KBC Finance Ireland* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–) y *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–).

3.5. La legislación española contemplada a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia

¿En qué grado y en qué forma, si alguno, afecta la sentencia del Tribunal de Justicia a la legislación española sobre la materia?

Cuando se aprobó la Directiva 2003/49, España ya había eliminado la retención sobre los intereses pagados a sociedades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, lo que explica que la transposición únicamente debió efectuarse en relación con la exención concerniente a los cánones. Esa transposición, actualmente contenida en el artículo 14.1 m) del Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), contempló, de acuerdo con la Directiva 2003/49, los requisitos de forma jurídica, sujeción y no exención a un impuesto sobre los beneficios, condición de beneficiario efectivo, e incorporó dos cláusulas antiabuso, basadas en el hecho de que los socios de la entidad perceptora de los cánones no fuesen residentes comunitarios. Por el contrario, la exención relativa a los intereses, actualmente contenida en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR, está huérfana de todos esos requisitos.

Bajo la consideración precedente, podría entenderse que la sentencia del Tribunal de Justicia no tiene trascendencia alguna respecto de la legislación española, tanto en su contenido material como en su aplicación práctica.

Tal entendimiento sería certero en relación con el régimen fiscal de la entidad perceptora de los intereses, ya que el artículo 14.1 c) del TRLIRNR nada establece sobre el particular, pero no así respecto del beneficiario efectivo y, eventualmente, de la identificación de una situación determinante de abuso del derecho.

En efecto, la ausencia de una mención al beneficiario efectivo en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR no debe ser interpretada en el sentido de que la exención pueda ser aplicable, ciegamente, frente a cualquier perceptor de los intereses residente en un Estado miembro. No entenderlo así sería tanto como aceptar la interposición de sociedades constituidas para burlar el IRNR y los convenios para evitar la doble imposición pactados con Estados terceros habilitadores, sobre la base del hecho imponible establecido en el IRNR, de una retención limitada en la fuente. Por ello, la exención del artículo 14.1 c) ha de predicarse, exclusivamente, respecto del beneficiario efectivo.

Los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE admiten que las normas de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición deben aplicarse considerando que el perceptor de los dividendos, intereses o cánones, ha de tener la condición de beneficiario efectivo, aun cuando tal figura no se halle expresamente establecida en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que sea aplicable.

Así, en el comentario número 8 al artículo 11 del Modelo de Convenio de la OCDE, versión de 2000, se afirmó que la mención al beneficiario efectivo contenida en el apartado 2 de dicho artículo apareció por primera vez en el texto del Modelo de Convenio de 1977, mediante una modificación realizada con la finalidad de «aclarar esta cuestión, conforme a la posición constante de todos los Estados miembros». En los comentarios a la versión de 2003 se volvió a insistir en el carácter de clarificación de la modificación relativa al benefi-

ciario efectivo, si bien, con mayor énfasis, puesto que no solo se conservó el comentario anteriormente mencionado, sino que, en el párrafo inicial del número 8, se añadió que «el requisito del beneficiario efectivo fue introducido en el párrafo segundo del artículo 11 para clarificar el sentido de las palabras "pagado a un residente"».

Si se proyectan los criterios precedentes respecto del artículo 14.1 c) del TRLIRNR, es fácil colegir que la exención prevista en el mismo solo debe aplicarse cuando el perceptor de los mismos sea el beneficiario efectivo.

Ahora bien, toda vez que la sentencia del Tribunal de Justicia ha admitido los criterios de la OCDE a los efectos de interpretar la Directiva 2003/49, y que el artículo 14.1 c) del TRLIRNR ha de entenderse que, en cuanto cumple sus objetivos, es norma que transpone la misma al ordenamiento interno, parece pertinente concluir que tales criterios son aplicables para interpretar dicho artículo.

Del mismo modo y por la misma razón, los criterios espigados en la sentencia del Tribunal de Justicia respecto del beneficiario efectivo y del abuso de derecho, serán válidos para, en su caso, rechazar la aplicación de la exención del artículo 14.1 c) del TRLIRNR, respetando, ciertamente, los procedimientos establecidos al efecto en la Ley General Tributaria, como así lo puso de relieve la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–).