



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. JULIANE KOKOTT  
presentadas el 1 de marzo de 2018<sup>1</sup>

## Asunto C-118/16

**X Denmark A/S**  
**contra**  
**Skatteministeriet**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (Directiva sobre intereses y cánones) — Concepto de beneficiario efectivo — Actuación en nombre propio y por cuenta ajena — Influencia de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE en la interpretación de una Directiva de la Unión Europea — Abuso de alternativas fiscales — Criterios determinantes de la existencia de un abuso para evitar la imposición en la fuente — Abuso favorecido por la falta de sistemas de intercambio de información entre los países — Aplicación de la Directiva 2003/49/CE a los pagos efectuados a una S.C.A, SICAR, luxemburguesa — Aplicación directa de una disposición de una Directiva que no ha sido transpuesta — Interpretación conforme al Derecho de la Unión de principios nacionales para la prevención de abusos»

## I. Introducción

1. Tanto en el presente caso como en otros tres procedimientos paralelos,<sup>2</sup> el Tribunal de Justicia debe decidir en qué circunstancias el beneficiario efectivo de los intereses con arreglo al Derecho privado puede ser también considerado beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva 2003/49 sobre intereses y cánones.<sup>3</sup> Es necesario aclarar si la interpretación del Derecho de la Unión puede basarse también en los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, en particular, cuando éstos han sido reformulados después de la adopción de la Directiva. Se suscita, además, la cuestión de la definición y la aplicación directa de la prohibición de abusos del Derecho de la Unión. También precisa aclaración en qué medida es aplicable la Directiva sobre intereses y cánones a una sociedad luxemburguesa constituida bajo la forma particular de una S.C.A. cuando se trata de una entidad, denominada sociedad de inversión de capital riesgo, que está sujeta en Luxemburgo a un régimen fiscal especialmente ventajoso.

<sup>1</sup> Lengua original: alemán.

<sup>2</sup> En concreto, se trata de los asuntos acumulados C-115/16 y C-119/16, acumulados al C-118/16 y C-299/16.

<sup>3</sup> Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO 2003, L 2003, p. 49).

2. En el presente asunto, relativo a una operación de compra de empresa, una serie de inversores, a través de diferentes sociedades de inversión residentes en terceros países, concedió un préstamo a una sociedad luxemburguesa, la cual adquirió, por medio de dos sociedades suecas «interpuestas», un Grupo de empresas operativo danés. La sociedad matriz de este Grupo paga intereses por un préstamo a una sociedad sueca que efectúa transferencias intragrupo a la otra sociedad sueca para que, a su vez, esta última pueda pagar intereses a la sociedad luxemburguesa. Los beneficios de la sociedad luxemburguesa se distribuyen, a continuación, a las sociedades de inversión, residentes en terceros países, las cuales fueron constituidas por inversores que residen, según consta en autos, dentro y fuera de la Unión Europea. El resultado de todo ello es que se evita la retención en la fuente danesa sobre los intereses pagados.

3. En definitiva, las anteriores cuestiones se refieren al conflicto fundamental en la legislación fiscal entre la libertad de organización de los sujetos pasivos en el ámbito del Derecho privado y el rechazo de estructuras que, aunque válidas en ese ámbito, son abusivas en determinadas circunstancias. Aunque esta problemática existe ya desde el nacimiento del Derecho fiscal moderno, sigue resultando difícil la delimitación entre una minimización de impuestos admisible y otra que no lo es.

4. Considerando la voluntad política de combatir las prácticas fiscales de algunos grupos que actúan a escala mundial, efectuar una delimitación no resulta tarea fácil para el Tribunal de Justicia: no todo comportamiento de un individuo tendente a reducir la carga impositiva puede ser tachado de abusivo.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

5. El marco jurídico del Derecho de la Unión lo constituyen la Directiva 2003/49 y los artículos 43 CE, 48 CE y 56 CE (actualmente artículos 49 TFUE, 54 TFUE y 63 TFUE).

6. La Directiva 2003/49 expone en sus considerandos 1 a 6 lo siguiente:

- «(1) En un mercado único que reúne las características de un mercado interior, las transacciones entre sociedades de diferentes Estados miembros no deberían estar sujetas a condiciones fiscales menos favorables que las que se aplican a las mismas transacciones cuando éstas tienen lugar entre sociedades del mismo Estado miembro.
- (2) En la actualidad no se cumple esta exigencia por lo que respecta a los pagos de intereses y cánones. Las legislaciones fiscales nacionales, combinadas en su caso con Convenios bilaterales o multilaterales, quizás no siempre garanticen la eliminación de la doble imposición y que su aplicación implica a menudo trámites administrativos onerosos y problemas de tesorería para las sociedades afectadas.
- (3) Es necesario garantizar que los pagos de intereses y cánones sean gravados una vez en un Estado miembro.
- (4) La supresión de los impuestos sobre los pagos de intereses y cánones en el Estado miembro en el que se generan, recaudados bien mediante retención a cuenta o bien mediante estimación de la base imponible, constituyen la solución más adecuada para eliminar dichas cargas y trámites y conseguir la igualdad de trato fiscal entre las transacciones nacionales y las transfronterizas. Se impone proceder a la supresión de dichos impuestos por lo que respecta a los pagos efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, así como a los realizados entre establecimientos permanentes de dichas sociedades.

- (5) Este régimen sólo debe aplicarse, en su caso, al importe de los pagos de intereses o cánones que hubieran convenido el pagador y el beneficiario efectivo en ausencia de una relación especial entre ellos.
- (6) Además es necesario no impedir que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos.»

7. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 reza como sigue:

«Los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen, siempre 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.»

8. El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2003/49 establece:

«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.»

9. El artículo 1, apartado 7, de la Directiva 2003/49 tiene el siguiente tenor:

«El presente artículo se aplicará únicamente si la sociedad pagadora, o la sociedad cuyo establecimiento permanente sea tratado como el pagador de intereses o cánones es una sociedad asociada de la sociedad que sea la beneficiaria efectiva o cuyo establecimiento permanente sea tratado como el beneficiario efectivo de dichos intereses o cánones.»

10. El artículo 5 de la Directiva 2003/49, bajo el título «Fraude y abuso», dispone que:

«(1) La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos.

(2) 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.»

## **B. Derecho internacional**

11. El Convenio nórdico para evitar la doble imposición, de 23 de septiembre de 1996 (revisado posteriormente), y el Convenio para evitar la doble imposición entre Dinamarca y Luxemburgo (en lo sucesivo, «Convenio de doble imposición»), de 17 de noviembre de 1980, disponen lo siguiente en su artículo 11, apartado 1, respecto al reparto de la potestad para gravar los intereses:

«1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante sólo podrán someterse a imposición en este otro Estado, siempre que dicho residente sea el beneficiario efectivo de los intereses.»

12. Con arreglo a esta disposición, el Estado de la fuente, en este caso Dinamarca, no puede someter a imposición los intereses pagados a un residente en Suecia o en Luxemburgo si dicho residente es el «beneficiario efectivo» de los intereses. El concepto de «beneficiario efectivo» no se define en ninguno de los dos Convenios citados.

### C. Derecho danés

13. De las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente se infiere que el marco legal vigente en Dinamarca en los años en cuestión era el siguiente:

14. La ley relativa a la fiscalidad de las sociedades anónimas (en lo sucesivo, «Ley del impuesto sobre sociedades») <sup>4</sup> en su artículo 2, párrafo primero, letra d), regula la sujeción al impuesto por obligación real de las sociedades extranjeras respecto a los intereses pagados o debidos por sociedades danesas:

«Artículo 2. Con arreglo a la presente ley, también quedan sometidas a tributación las sociedades, asociaciones u otras entidades, en el sentido del artículo 1, apartado 1, que tengan su sede en otro país, cuando:

d) perciban intereses de fuente nacional por una deuda que ostente una [sociedad de derecho danés] o un [...] [establecimiento permanente de una sociedad no residente] [...] a favor de personas jurídicas extranjeras mencionadas en el artículo 3 B de la Skattekontrolllov (Ley sobre el control fiscal) (deuda controlada). [...] No estarán sujetos a imposición los intereses cuando éstos no están gravados, o lo están a un tipo reducido, con arreglo a la Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros o a un Convenio para evitar la doble imposición con las Islas Feroe, Groenlandia o el Estado en que la empresa beneficiaria tenga su sede. No obstante, ello se aplicará únicamente si la sociedad pagadora y la beneficiaria están asociadas durante un período ininterrumpido de al menos un año, en el que debe hallarse la fecha de pago, en el sentido de la citada Directiva [...]»

15. En consecuencia, la sujeción fiscal por obligación real no incluía, en 2007, los intereses pagados a una sociedad matriz que, de conformidad con la Directiva 2003/49 o un Convenio de doble imposición, no estaban gravados o lo estaban a un tipo reducido.

16. En cambio, si hay sujeción al impuesto por obligación real respecto a los ingresos por intereses procedentes de Dinamarca con arreglo al artículo 2, párrafo primero, letra d), de la Ley del impuesto sobre sociedades, el pagador de los intereses está obligado, conforme al artículo 66 B de la Ley danesa sobre las retenciones en la fuente, <sup>5</sup> a practicar una retención en la fuente («impuesto sobre los intereses»).

17. El tipo impositivo para los ejercicios fiscales 2008 y 2009 era del 25 %. En caso de ingreso extemporáneo de las cantidades retenidas (en tributación por obligación real), la deuda tributaria genera intereses (artículo 66 B de la Ley sobre las retenciones en la fuente). La obligación de abonar los intereses de demora recae sobre la persona obligada a practicar la retención.

18. En los años 2007 a 2009, no existía en Dinamarca ninguna norma legal de carácter general para la prevención del abuso. No obstante, la jurisprudencia ha desarrollado la denominada «doctrina de la realidad», según la cual debe efectuarse la tributación sobre la base de una apreciación específica de las circunstancias del caso. Esto significa, en particular, que, en determinadas circunstancias, es lícito no tener en cuenta las estructuras fiscales artificiales y simuladas, para, en su lugar, efectuar una imposición basada en la realidad («substance over form»). Es pacífico entre las partes que esta doctrina no permite considerar que las operaciones realizadas en el presente caso no deben ser tenidas en cuenta.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven — Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (Boletín Oficial n.º 1037, de 24 de agosto de 2007).

5 Kildeskatteloven — Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (Boletín Oficial n.º 1086, de 14 de noviembre de 2005).

19. Asimismo, la jurisprudencia danesa ha sentado el principio del denominado «perceptor real de las rentas». Conforme a este principio, que se fundamenta en la norma básica sobre la fiscalidad de los ingresos contenida en el artículo 4 de la Ley tributaria del Estado danés (statsskatteloven), las autoridades tributarias no están obligadas a aceptar una separación artificial entre la actividad o negocio que genera unos ingresos y la atribución de tales ingresos. Se trata de determinar, por tanto, quién es el perceptor real de los ingresos y, en consecuencia, quién debe soportar la carga fiscal, con independencia de la apariencia que haya adoptado; es decir, a quién han de imputarse las rentas a efectos tributarios. Así, el «perceptor real de las rentas» será la persona sujeta a imposición por los ingresos en cuestión.

### III. Litigio principal

20. X Denmark A/S, demandante en el litigio principal ante el órgano jurisdiccional remitente, forma parte del Grupo X. El Grupo X es una empresa de dimensión mundial que emplea a un total de 12 500 trabajadores, incluidos 600 en Dinamarca, y cuenta con filiales en más de 70 países. En 2005, el Grupo fue absorbido por un conglomerado de sociedades de inversión.

21. Dichas sociedades de inversión poseen el 100 % del capital de la sociedad holding residente en Luxemburgo a la que he aludido anteriormente (X S.C.A.) y están sujetas al régimen de transparencia fiscal.<sup>6</sup> Según las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente, los inversores en tales sociedades fiscalmente transparentes son considerados a efectos fiscales, en consecuencia, los propietarios directos de la citada sociedad holding X S.C.A.

22. X Denmark A/S ha indicado que dichos inversores son residentes en países de dentro y de fuera de la Unión Europea, entre los cuales hay países con los que Dinamarca tiene suscrito un Convenio de doble imposición.

23. X S.C.A. Es la sociedad matriz que se erige en el centro del Grupo. Al revestir carácter de sociedad de inversión en valores mobiliarios, X S.C.A. pudo registrarse como una société d'investissement en capital à risque» (SICAR).

24. Ello implica que las ganancias que obtenga la sociedad derivadas de su inversión en valores mobiliarios, es decir, dividendos y plusvalías, están exentas de tributación. Tampoco se aplica a una SICAR la normativa que impone la obligación de efectuar retenciones en la distribución de dividendos. X S.C.A. posee el 100 % del capital de X Sweden Holding AB (en lo sucesivo, «X Sweden Holding»). Más allá de la tenencia de las participaciones de X Sweding Holding y del préstamo a esta última, X S.C.A. no realizaba ninguna actividad empresarial.

25. A su vez, X Sweden Holding posee el 97,5 % del capital de una sociedad sueca (X Sweden), la cual posee el 100 % del capital de la sociedad X Denmark A/S. La única actividad empresarial realizada por X Sweden Holding consiste en ser la sociedad holding respecto de X Sweden. El 27 de diciembre de 2006, X Sweden Holding recibió un préstamo de su sociedad matriz X S.C.A. La sociedad prestataria dedujo los correspondientes gastos por intereses de los ingresos fiscales computables de los ejercicios 2007, 2008 y 2009.

<sup>6</sup> Con ese término se indica que la sociedad puede actuar en el tráfico, pero sus beneficios se imputan fiscalmente a los socios directamente, en proporción a su participación, y son estos últimos quienes deben tributar por ellos. El resultado es que, por regla general, «la renta de la sociedad» (en este caso, los intereses percibidos por las sociedades de inversión) no tributa en el Estado de residencia de dicha sociedad, sino en el Estado de residencia del socio.

26. X Sweden efectuó, en los ejercicios 2007 a 2009, transferencias intragrupo a su sociedad matriz X Sweden Holding de conformidad con las normas especiales suecas relativas a la consolidación fiscal dentro de los Grupos de sociedades contenidas en el capítulo 35 de la Ley del impuesto sobre la renta sueca. Dichas transferencias intragrupo son deducibles de la base imponible para la sociedad que hace el pago y se imputan como ingresos fiscales en la sociedad receptora.

27. En virtud de un contrato de préstamo suscrito el 27 de diciembre de 2006, X Denmark recibió un préstamo de su sociedad matriz, X Sweden, de un importe de 501 millones de euros. Al considerar que X Sweden, la sociedad prestamista, era el «beneficiario efectivo» de los intereses, X Denmark no efectuó ninguna retención sobre los intereses anuales abonados en 2007, 2008 y 2009. En sus declaraciones tributarias, X Denmark dedujo los gastos por intereses de su base imponible.

28. X Sweden, por su parte, inició actividades a comienzos de 2007, para el registro oficial de productos y diversas actividades de gestión en relación con experimentos clínicos. A partir de entonces, la sociedad contó con unos 10 empleados.

29. En 2007, 2008 y 2009, los ingresos por intereses de X Sweden constituyeron el 98,1 %, el 97,8 % y el 98 %, respectivamente, de su cifra de negocios total.

30. La SKAT (Administración tributaria danesa) consideró, en su acta de liquidación de 13 de diciembre de 2010, que ni X Sweden ni X Sweden Holding ni X S.C.A. eran el «beneficiario efectivo» de los intereses en el sentido de la Directiva 2003/49 ni en el sentido del Convenio de doble imposición aplicable. Consideró, en cambio, que el «beneficiario efectivo» de los intereses eran los propietarios de la sociedad X S.C.A. El acta de liquidación referida fue recurrida ante la Landsskatteret (Autoridad tributaria superior). Al no recaer resolución alguna, X Denmark interpuso recurso ante el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca).

31. Este órgano jurisdiccional ha resuelto iniciar un procedimiento prejudicial.

#### **IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

32. El Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este) ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, en el sentido de que una sociedad residente en un Estado miembro comprendida en el artículo 3 de la misma Directiva que, en circunstancias como las del caso de autos, percibe intereses de una sociedad residente en otro Estado miembro es el «beneficiario efectivo» de esos intereses a efectos de la Directiva?
- a) ¿Debe interpretarse el concepto de «beneficiario efectivo» mencionado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, de forma concordante con el concepto homólogo que figura en el artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1977?
- b) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1, letra a), ¿dicho concepto debe interpretarse exclusivamente a la luz de los Comentarios al artículo 11 del Modelo de Convenio de 1977 (apartado 8), o puede recurrirse también a Comentarios posteriores, como los añadidos en 2003 respecto a las «sociedades instrumentales» (apartado 8.1, actualmente apartado 10.1), o los añadidos en 2014 sobre las «obligaciones contractuales o legales» (apartado 10.2)?

- c) En caso de que pueda recurrirse a los Comentarios de 2003, ¿es un requisito para poder considerar que una sociedad no es «beneficiario efectivo», en el sentido de la Directiva 2003/49, que se haya producido una transferencia real de fondos a las personas que el Estado de residencia del pagador de los intereses considera beneficiarios efectivos de los intereses en cuestión y, en su caso, es un requisito adicional que la transferencia real se produzca en un momento cercano en el tiempo al pago de los intereses o en concepto de pago de intereses?
- i) ¿Es relevante, a este respecto, que se utilicen recursos propios para el préstamo; que los intereses en cuestión se acumulen al principal («roll up»); que el perceptor de los intereses haya realizado posteriormente una transferencia intragrupo a su sociedad matriz residente en el mismo Estado con objeto de compensar fiscalmente los ingresos con arreglo a las normas vigentes en dicho Estado; que los intereses se conviertan seguidamente en fondos propios de la sociedad prestataria; que el perceptor de los intereses esté obligado legal o contractualmente a transferir los intereses a otra persona, y que la mayoría de las personas consideradas «beneficiarios efectivos» de los intereses por el Estado del pagador sean residentes de otros Estados miembros o de Estados con los que Dinamarca tiene celebrado un Convenio de doble imposición, de suerte que, con arreglo al Derecho danés, no habría existido sujeción a imposición en la fuente si tales personas hubieran sido los prestamistas y hubieran percibido, por tanto, los intereses directamente?
- d) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los intereses debe considerarse el «beneficiario efectivo» a efectos de la Directiva, que el órgano jurisdiccional remitente, tras apreciar los hechos del caso de autos, llegue a la conclusión de que el perceptor —sin estar obligado legal o contractualmente a transferir los intereses percibidos a otra persona— no tenía el «pleno» derecho de «uso y disfrute» de los intereses a que se refieren los Comentarios de 2014 al Modelo de Convenio de 1977?
- 2) ¿Para que un Estado miembro pueda invocar el artículo 5, apartado 1, de la Directiva, relativo a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos, o el artículo 5, apartado 2, de la misma Directiva, es necesario que el Estado miembro de que se trate haya adoptado una disposición nacional específica que aplique el artículo 5 de la referida Directiva, o que la legislación nacional contenga disposiciones o principios generales sobre el fraude fiscal, los abusos y la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el citado artículo 5?
- a) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2 anterior, ¿puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Selskabsskattelov (Ley del impuesto sobre sociedades), que establece que la sujeción al impuesto por obligación real respecto de los ingresos por intereses no incluye «los intereses exentos con arreglo a la Directiva 2003/49/CE, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros», constituye una disposición nacional específica a efectos del artículo 5 de la Directiva?
- 3) ¿Una disposición de un Convenio de doble imposición celebrado entre dos Estados miembros y redactado conforme al Modelo de Convenio de la OCDE, en virtud de la cual la imposición de los intereses depende de si el perceptor de estos es o no el beneficiario efectivo, constituye una disposición contractual contra los abusos a efectos del artículo 5 de la Directiva?
- 4) ¿Existe abuso, o evasión o fraude, con arreglo a la Directiva 2003/49, si en el Estado miembro de residencia del pagador de los intereses no se efectúa ninguna deducción sobre éstos pero en el Estado miembro de residencia del perceptor dichos intereses están exentos?

- 5) ¿Es aplicable la Directiva 2003/49 a una sociedad domiciliada en Luxemburgo que ha sido constituida y registrada en este país como «société en commandite par actions» (S.C.A.) con arreglo a la legislación mercantil y, además, calificada de «société d'investissement en capital à risque» (SICAR) conforme a la Ley luxemburguesa sobre la «société d'investissement en capital à risque» de 15 de junio de 2004?
- a) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 5, ¿una sociedad luxemburguesa «S.C.A., SICAR» puede ser el «beneficiario efectivo» de los intereses en el sentido de la Directiva 2003/49 aunque con arreglo al Derecho interno del Estado miembro de residencia de la sociedad pagadora esté considerada una entidad fiscalmente transparente?
- b) En caso de respuesta negativa a la cuestión prejudicial 1, es decir, si la sociedad perceptora de los intereses en cuestión no puede ser considerada el «beneficiario efectivo», ¿puede ser considerada el «beneficiario efectivo» de los intereses en cuestión, en el sentido de la Directiva, la sociedad S.C.A., SICAR de que se trata, en circunstancias como las del caso de autos?
- 6) Si un Estado miembro no desea reconocer que una sociedad de otro Estado miembro es el beneficiario efectivo de unos intereses y sostiene que dicha sociedad es lo que se denomina una sociedad instrumental artificial, ¿tiene la obligación, con arreglo a la Directiva 2003/49 o al artículo 10 CE, de manifestar a quién considera beneficiario efectivo en ese caso?
- 7) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, con arreglo a la Directiva 2003/49, respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz está sujeta al impuesto por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, a una normativa en virtud de la cual el último Estado miembro exige a la sociedad responsable de la retención en la fuente (la filial) el abono de intereses de demora sobre la deuda tributaria en caso de ingreso extemporáneo de esa retención a un tipo de interés más elevado que el aplicado por este mismo Estado miembro a las deudas por el impuesto de sociedades (que se refiere, entre otros, a los ingresos por intereses) de una sociedad residente en dicho Estado miembro?
- 8) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente con arreglo a la Directiva 2003/49, respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial) y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz es sujeto pasivo por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE (o con el artículo 56 CE), por separado o conjuntamente, a una normativa en virtud de la cual,
- a) el pagador de los intereses en el último Estado miembro debe practicar una retención en la fuente sobre tales intereses y es responsable frente a dicho Estado de las retenciones no practicadas, pero no existe tal obligación de retener si la sociedad matriz es residente en este último Estado miembro;
- b) una sociedad matriz establecida en el último Estado miembro no habría estado obligada a efectuar pagos a cuenta del impuesto de sociedades en los dos primeros ejercicios fiscales, sino que habría empezado a pagar el referido impuesto en una fecha muy posterior a la del ingreso de las retenciones en la fuente?

Se solicita al Tribunal de Justicia que, en su respuesta a la cuestión prejudicial 8, tenga en cuenta la respuesta dada a la cuestión prejudicial 7.»

33. Mediante auto de 13 de julio de 2016, se ordenó la acumulación de los asuntos C-115/16, C-118/16 y C-119/16. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia sobre las cuestiones prejudiciales en los expresados asuntos acumulados N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de Suecia, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la Comisión Europea. En la vista de 10 de octubre de 2017, relativa también a los procedimientos de los asuntos C-116/16, C-117/16 y C-299/16, han participado N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, el Gran Ducado de Luxemburgo y la Comisión Europea.

## V. **Apreciación jurídica**

### A. **Sobre la definición del beneficiario efectivo (cuestión prejudicial 1)**

34. Mediante la cuestión prejudicial 1, que debe ser analizada conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, cómo se ha de interpretar el concepto de beneficiario efectivo del artículo 1, apartado 1, en relación con el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2003/49. A tal fin, es preciso definir el concepto de beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva 2003/49 (epígrafe 1) para, posteriormente, analizar la influencia del Modelo de Convenio de la OCDE (en lo sucesivo, «MCOCODE») y sus comentarios (los denominados Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE) (epígrafe 2).

#### ***1. El concepto de beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva 2003/49 [cuestión prejudicial 1, párrafo primero y letra d])***

35. La Directiva 2003/49 tiene por objeto garantizar un trato fiscal igualitario entre las transacciones nacionales y las transfronterizas entre empresas asociadas.

#### ***a) El principio del acreedor de los intereses como beneficiario efectivo***

36. De los considerandos 2 a 4 de la Directiva 2003/49 se infiere que el artículo 1, apartado 1, de ésta tiene por objeto evitar la doble imposición legal de los intereses transfronterizos, mediante una prohibición de imposición de los intereses en el Estado miembro de la fuente a cargo del beneficiario efectivo de éstos. Por lo tanto, la susodicha disposición afecta únicamente a la situación fiscal del acreedor de los intereses.<sup>7</sup>

37. El acreedor de los intereses es aquél que, con arreglo al Derecho privado, tiene derecho a percibir los intereses devengados en su propio nombre. A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el beneficiario efectivo, en el sentido de la Directiva 2003/49, es, en principio, aquél que, conforme al Derecho privado, tiene derecho a exigir el pago de los intereses.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499), apartado 28.

<sup>8</sup> Sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499), apartado 27, «A este respecto, el artículo 2, letra a), de la Directiva 2003/49 define los referidos intereses como “el rendimiento de los créditos de cualquier clase”. Ahora bien, únicamente el beneficiario efectivo puede recibir intereses como rendimiento de tales créditos.»

38. El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2003/49 corrobora la anterior consideración. Excluye que un agente, o un depositario o un mandatario puedan ser considerados beneficiarios efectivos. En el caso de las personas mencionadas en ese artículo, o el derecho no se ejercita en nombre propio (en caso del agente o mandatario), o bien no se ejercita por cuenta propia (en caso del depositario). De ello se sigue, a la inversa, que cuando el receptor obtenga los intereses en su propio nombre y por cuenta propia (es decir, en su propio beneficio), también será el beneficiario efectivo.

39. De las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente se infiere que X Sweden celebró un contrato de préstamo con X Denmark A/S, de modo que aquella cobró los intereses en su propio nombre. La cuestión decisiva se refiere, por tanto, a si esos intereses se cobraron por cuenta propia o por cuenta ajena. Una persona actúa por cuenta propia cuando puede decidir libremente sobre el destino de esos intereses y además es quien asume el riesgo de pérdida. En cambio, cuando una persona actúa por cuenta ajena, es parte de una relación jurídica en virtud de la cual el referido riesgo de pérdida (en este caso, de los intereses) lo asume un tercero.

#### ***b) La excepción del administrador fiduciario***

40. Como se desprende del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2003/49, el beneficiario efectivo en Derecho privado no es el beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva si sólo puede actuar como depositario.

41. No puede afirmarse que exista claramente un negocio fiduciario entre X Sweden y X Sweden Holding o X S.C.A o las sociedades de inversión. Aunque a un administrador fiduciario se le transmiten derechos sobre unos bienes, sólo puede hacer uso de los mismos de conformidad con el pacto de fiducia. Este pacto significa que las facultades del administrador fiduciario en sus relaciones con terceros son más amplias que las que resultan de los vínculos jurídicos que le ligan al fiduciante. Dicha vinculación especial determina que aunque actúa en nombre propio, el fiduciario no actúa por cuenta propia. No parece deducirse tal vínculo en el presente caso.

42. La conclusión de si, en el presente caso, a la luz de los antecedentes y dada la relación entre las empresas implicadas, existe posiblemente, desde una perspectiva económica, un tipo de negocio fiduciario encubierto entre X Sweden, X Sweden Holding o X S.C.A. y las sociedades de inversión, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional remitente en el marco de una evaluación global, aunque el Tribunal de Justicia puede proporcionar orientaciones útiles.

43. Unas condiciones de refinanciación fijadas contractualmente con un tercero de contenido similar y con unos plazos próximos a los del presente asunto no bastan por sí solas para concluir que existe una relación fiduciaria. Tampoco considera la Directiva 2003/49, en su artículo 1, apartado 7, ni en su considerando 4, que una determinada interdependencia societaria como tal, es decir, analizada aisladamente, afecte necesariamente a la determinación del beneficiario efectivo. Ello resulta corroborado por el considerando 5 y el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2003/49, la cual, en el caso de una «relación especial» entre el pagador y el beneficiario efectivo, sólo prevé una corrección del importe, pero no cuestiona la condición de pagador o de beneficiario efectivo. En ese sentido, un negocio fiduciario a efectos del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2003/49 va más allá de un contrato de préstamo entre empresas asociadas conforme al Derecho de sociedades.

44. Es más probable que exista un vínculo intersocietario más amplio (es decir, entre las sociedades de inversión y X S.C.A o X Sweden Holding o X Sweden) que limita las facultades de estas últimas en sus relaciones con terceros. Tal vínculo jurídico no ha podido apreciarse en el presente asunto. En cualquier caso, no puede deducirse sólo por el hecho de que se utilicen recursos propios para el préstamo, o de que los intereses sean aplicados al principal o se conviertan en fondos propios del prestatario.

45. Sin embargo, a mi modo de ver, la situación sería distinta si por ejemplo los gastos de las sociedades suecas y de la sociedad luxemburguesa no pudieran ser sufragados con los intereses obtenidos, sino que éstos hubieran tenido que destinarse a ser transferidos íntegramente a las sociedades de inversión. Otra posibilidad se plantearía si el tipo de interés de la refinanciación y el tipo de interés percibido fueran idénticos, o la sociedad instrumental no generase gastos propios que tuviera que sufragar con los intereses percibidos. La situación también sería diferente si las sociedades de inversión asumen totalmente el riesgo de insolvencia de la sociedad residente en Dinamarca (X Denmark), ya que, en tal caso, también se extinguiría la deuda de X S.C.A. con las sociedades de inversión. Si existen o no tales indicios es una cuestión que sólo puede decidir el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, de la resolución de remisión no se desprende que existiera en absoluto tal relación jurídica entre X S.C.A. y las sociedades de inversión entre los años 2007 y 2009. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en rigor, no se ha producido aquí una “transferencia” de los intereses. Simplemente, los intereses percibidos por X Sweden fueron objeto de una compensación, con arreglo a la normativa fiscal sueca para los Grupos de empresas, con los gastos por intereses abonados a X Sweden Holding, pero ello no implica que se altere la relación juridicoprivada esencial. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si de una norma relativa a la fiscalidad de los Grupos de empresas puede deducirse la existencia de una relación fiduciaria.

46. En caso de que el órgano jurisdiccional remitente, sobre la base del conjunto de circunstancias del caso, concluya que existe una relación fiduciaria, el beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva 2003/49, a tenor del artículo 1, apartado 4, de ésta, será el fiduciante. Si el pago de los intereses a dicho fiduciante a través del fiduciario también cumpliera los requisitos de la Directiva 2003/49, sería igualmente aplicable la exención de la retención en la fuente.

***c) Conclusión sobre la cuestión prejudicial 1, párrafo primero y letra d)***

47. En consecuencia, procede responder a la cuestión prejudicial 1, párrafo primero y letra d), que una sociedad residente en otro Estado miembro que es titular de un crédito con devengo de interés debe ser considerada el beneficiario efectivo en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49. Ahora bien, si dicha sociedad no actúa en nombre propio y por cuenta propia, sino por cuenta de un tercero y sobre la base de una relación fiduciaria (posiblemente encubierta), entonces procede considerar a ese tercero el beneficiario efectivo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar este extremo, a la luz del conjunto de las circunstancias del caso.

***2. ¿Interpretación conforme al espíritu de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE? [Cuestión prejudicial 1, letras a) a c)]***

48. Mediante la cuestión prejudicial 1, letras a) a c), el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en particular, si los conceptos de la Directiva 2003/49 deben interpretarse de manera concordante con los Comentarios al MCOCDE y, en caso afirmativo, también conforme a las versiones de éstos posteriores a la adopción de la citada Directiva.

49. En los posteriores comentarios al MCOCDE (por ejemplo, del año 2008, apartados 8 y 9) las denominadas sociedades instrumentales no son consideradas normalmente beneficiarios efectivos cuando, aun siéndolo formalmente, en la práctica tienen facultades muy restringidas que, en relación con los rendimientos en cuestión, las convierten en meros fiduciarios o administradores por cuenta de las partes interesadas.

50. Los MCOCDE no son tratados internacionales multilaterales jurídicamente vinculantes, sino actos unilaterales de una organización internacional en forma de recomendaciones dirigidas a sus Estados miembros. La propia OCDE reconoce que estas recomendaciones no tienen carácter vinculante. Los Estados miembros deben, con arreglo al reglamento de procedimiento de la OCDE, verificar si

consideran oportuno su cumplimiento.<sup>9</sup> Lo mismo cabe afirmar respecto de los Comentarios adoptados por la OCDE, los cuales en última instancia sólo contienen opiniones jurídicas.

51. No obstante, según constante jurisprudencia, no es extraño que los Estados miembros, a la hora de establecer un reparto equilibrado de la potestad tributaria, se inspiren en la práctica internacional, como se refleja en los Modelos de Convenio.<sup>10</sup> Similar influencia ejercen los principios jurídicos de ámbito internacional que informan los Comentarios al MCOCDE.

52. Sin embargo, los Comentarios a los MCOCDE no pueden tener un efecto directo sobre la interpretación de una Directiva de la Unión Europea, aun cuando la terminología utilizada sea idéntica. En efecto, estos comentarios únicamente reflejan las opiniones de quienes han trabajado en los MCOCDE, pero no el punto de vista de legisladores parlamentarios ni del legislador de la Unión. En cualquier caso, sólo si de la redacción y de los antecedentes legislativos de la Directiva se desprende que el legislador de la Unión se ha inspirado en la redacción de un MCOCDE y los (entonces) vigentes Comentarios a dicho Modelo de Convenio, cabría una interpretación concordante.

53. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una disposición de un Convenio de doble imposición, interpretada a la luz de los Comentarios de la OCDE sobre su modelo de Convenio aplicable, no puede restringir la legislación pertinente de la Unión.<sup>11</sup> Esto es especialmente aplicable a los cambios del MCOCDE y a los Comentarios elaborados después de la adopción de la Directiva. En caso contrario, los Estados miembros contratantes de la OCDE tendrían la posibilidad de decidir sobre la interpretación de una Directiva de la Unión.

54. Si los Comentarios de la OCDE carecen de efecto vinculante inmediato y la Directiva 2003/49, en su artículo 1, apartado 4, se basa en el criterio de si el acreedor percibe los pagos en su propio beneficio y no en calidad de administrador fiduciario, tal circunstancia será entonces la cuestión crucial (en el Derecho de la Unión) para identificar al beneficiario efectivo mencionado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49. Si no existe negocio fiduciario (siquiera sea oculto), el titular civil de los derechos también será el beneficiario efectivo en virtud de la Directiva 2003/49. Esta conclusión, en definitiva, es similar a la que propugnan los Comentarios más recientes al MCOCDE.

55. Por lo tanto, cabe responder a la cuestión prejudicial 1, letras a) a c), que el concepto de beneficiario efectivo debe interpretarse de forma autónoma e independiente respecto del artículo 11 del Modelo de Convenio de la OCDE de 1977 o de sus versiones posteriores. Ello implica que no es necesario responder a la cuestión prejudicial 1, letra c).

## **B. Criterios para deducir la existencia de un abuso (cuestión prejudicial 4)**

56. Mediante la cuestión prejudicial 4, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si en caso de una estructura como la del presente asunto, por la que se evita, en particular, una retención en la fuente en Dinamarca, cabe deducir la existencia de un abuso en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2003/49.

<sup>9</sup> La regla 18, letra b), del Reglamento de Procedimiento de la OCDE tiene el siguiente tenor: «Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation». Disponible en <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20deoctubre%202013.pdf>

<sup>10</sup> Sentencias de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 22; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 49; de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 45; de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221), apartado 31; de 23 de febrero de 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131), apartado 48; a este respecto, véase también la sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 67.

<sup>11</sup> Sentencia de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51), apartados 50 y 56.

57. La determinación de la existencia de un abuso depende de una apreciación global de todas las circunstancias del caso que deben realizar las autoridades nacionales competentes y que tiene que poder ser objeto de un control jurisdiccional.<sup>12</sup> Si bien es cierto que incumbe al órgano jurisdiccional remitente efectuar esa evaluación global,<sup>13</sup> a la hora de determinar si las operaciones se han efectuado en el marco de transacciones comerciales normales o únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión,<sup>14</sup> el Tribunal de Justicia puede proporcionar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones útiles.<sup>15</sup>

58. En este sentido, procede, en primer lugar, analizar detenidamente el concepto de abuso en el Derecho de la Unión (epígrafe 1) y, posteriormente, verificar la existencia de un abuso en el presente caso (epígrafe 2).

### ***1. El concepto de abuso en el Derecho de la Unión***

59. Según el artículo 5 de la Directiva 2003/49, debe permitirse a los Estados miembros tomar las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos (véase también el considerando 6).

60. La interpretación del concepto de beneficiario efectivo propuesta (puntos 36 y siguientes de las presentes conclusiones) no es contraria a tal principio. De hecho, éste no se realiza preferentemente mediante el concepto de beneficiario efectivo (en particular, la intervención de un fiduciario no es necesariamente abusiva), sino aplicando el artículo 5 de la Directiva 2003/49.

61. En efecto, esta disposición constituye, en última instancia, la expresión de un principio reconocido también en reiterada jurisprudencia: los justiciables no pueden prevalerse del Derecho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta. La aplicación de una norma de Derecho de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las prácticas abusivas de los operadores económicos, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión.<sup>16</sup>

62. Ahora bien, la propia Directiva 2003/49 no ofrece una definición de abuso, aunque pueden hallarse indicios en otras Directivas de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en el artículo 11, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva sobre fusiones<sup>17</sup> se menciona, con carácter general, para la existencia de la referida finalidad, la ausencia de motivos económicos válidos para la operación de que se trate. Además, el artículo 6 de la Directiva por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el mercado interior<sup>18</sup> (en lo sucesivo, «Directiva 2016/1164»), aún no aplicable a los años controvertidos, define el concepto de abuso. De acuerdo con el mismo, el factor determinante es la existencia de un mecanismo falseado con el propósito principal,

12 Sentencia de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369), apartado 41, y mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 60.

13 En el mismo sentido, las sentencias de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 59, y de 20 de junio de 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409), apartado 49.

14 Sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 35; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241), apartado 20; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartados 68 y 69; y de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 24 y jurisprudencia citada; véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 57.

15 Sentencias de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 34; de 21 de febrero de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 56, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 77.

16 Sentencias de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 27; de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 38; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241), apartado 20; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 35; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartados 68 y 69; y de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 24 y jurisprudencia citada; véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 57.

17 Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. (DO 1990, L 225, p. 1).

18 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 2016, L 193, p. 1).

o uno de sus propósitos principales, de obtener una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable. En virtud del artículo 6, apartado 2, un mecanismo se considerará falseado en la medida en que no se haya establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

63. Es necesario recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, en numerosas ocasiones, que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.<sup>19</sup> Como el Tribunal de Justicia ha afirmado también en varias ocasiones, basta con que la búsqueda de una ventaja fiscal por medio de una estructura no constituya el objetivo exclusivo,<sup>20</sup> pero sí la finalidad esencial.<sup>21</sup>

64. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia contiene dos elementos que están imbricados. Por una parte, a los montajes puramente artificiales, que sólo tienen lugar sobre el papel, se les niega desde el principio el reconocimiento. Por otra parte, se atribuye una importancia crucial a la elusión de la normativa tributaria que puede conseguirse también utilizando las estructuras existentes en la vida económica real. Esta última categoría es probablemente la más frecuente, y actualmente se recoge de manera explícita en el nuevo artículo 6 de la Directiva 2016/1164. El propio Tribunal de Justicia ha declarado en una reciente resolución que el carácter puramente artificial puede constituir sólo un indicio de que la finalidad esencial perseguida es la obtención de una ventaja fiscal.<sup>22</sup>

## **2. Criterios aplicables al presente asunto**

### **a) Sobre la existencia de un montaje puramente artificial**

65. En el presente caso no cabe apreciar la existencia de una estructura puramente artificial que no refleja la realidad económica. A ello se opone la existencia de oficinas alquiladas, cierto número de trabajadores y los correspondientes ingresos y gastos de explotación. De la resolución de remisión se infiere que X Sweden emplea desde principios de 2007 a diez trabajadores, y que ha venido desarrollando actividades relativas al registro oficial de productos y diversas actividades de administración, de manera que puede afirmarse que X Sweden actuaba realmente en el tráfico jurídico, como muestran los intereses percibidos y otros ingresos.

66. A este respecto, la composición de los ingresos es irrelevante (según el órgano jurisdiccional remitente, el 98 % aproximadamente eran ingresos financieros, y el 2 % restante se componía de otros ingresos). Como ha declarado recientemente el Tribunal de Justicia, el hecho de que la actividad económica consista exclusivamente en la administración de activos y que los únicos ingresos procedan

19 Sentencias de 20 de diciembre de 2017, Deister Holding y Juhler Holding (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartado 60; de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 35; de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), apartado 64; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 74; en el mismo sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 55.

20 Así, en las sentencias de 20 de junio de 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409), apartado 46; de 12 de julio de 2012, J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461), apartado 35; de 27 de octubre de 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707), apartado 51, y de 22 de mayo de 2008, Amplisientífica y Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28.

21 Sobre la fiscalidad indirecta, las sentencias de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 53; de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 36, y de 21 de febrero de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 45; en el ámbito de aplicación de la denominada Directiva sobre fusiones, en sentido similar, sentencia de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718, apartados 35 y 36.

22 Sentencia de 22 de noviembre de 2017, explícitamente Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 60.

de esta administración no significa que exista una estructura puramente artificial, carente de toda realidad económica,<sup>23</sup> y menos aún si además existen otros ingresos. En la petición de decisión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente no se aprecian otros indicios de que dichas actividades tengan lugar exclusivamente sobre el papel.

67. Teniendo en cuenta el hecho de que las sociedades de gestión de activos en particular tienen poca actividad *per se*, pocas exigencias caben en relación con este criterio. Si realmente existe una constitución efectiva, si se puede contactar efectivamente con la sociedad en su domicilio y si ésta dispone sobre el terreno de los correspondientes recursos materiales y humanos para lograr sus fines (en este caso, la administración de un préstamo), no cabe hablar de un montaje carente de toda realidad económica.

68. Esto no excluye, en mi opinión, que pueda existir, a pesar de todo, un mecanismo fiscal abusivo, como demuestra el tenor del nuevo artículo 6 de la Directiva 2016/1164.

### ***b) Razones extrafiscales significativas***

69. Así pues, en el presente caso, resulta de gran importancia considerar otros criterios, en particular, las razones extrafiscales.

70. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, no constituye un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio, estatutario o real, de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro con el fin de disfrutar de una legislación más ventajosa.<sup>24</sup> El mero hecho de que en la presente operación, con inversores extranjeros, también se hayan utilizado sociedades en Luxemburgo y en Suecia no permite, por sí solo, deducir la existencia de un abuso.

71. Además, cuando un sujeto pasivo puede elegir entre dos estructuras posibles, no está obligado a optar por la que maximice el pago de impuestos, sino que, por el contrario, tiene derecho a organizar su actividad de un modo que limite su deuda fiscal.<sup>25</sup> Por lo tanto, generalmente los sujetos pasivos, según el Tribunal de Justicia, tienen libertad para elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que estimen más apropiados para sus actividades económicas y para limitar sus cargas fiscales.<sup>26</sup> El mero hecho de que en el presente caso se haya elegido un modelo de transacción que no lleva aparejada la carga fiscal más elevada (en este caso, una imposición en la fuente nueva y definitiva), no puede, por lo tanto, ser calificado de abuso.

72. Por otro lado, fuera de los casos de estructuras puramente artificiales sin realidad económica, el hecho de que un nacional de la Unión, persona física o jurídica, haya sacado provecho de las ventajas fiscales ofrecidas por las normas en vigor en un Estado miembro distinto de aquél en el que reside, no autoriza, por sí solo, a privarle de la posibilidad de invocar disposiciones del Tratado.<sup>27</sup> De este modo, un tipo de transacción, como el del presente caso, que implica a un Estado miembro que ha renunciado a la retención en la fuente no puede considerarse sin más abusiva.

23 Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Deister Holding y Juhler Holding (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartado 73.

24 Véanse las sentencias de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), apartado 40; de 30 de septiembre de 2003, Inspire Art, (C-167/01, EU:C:2003:512), apartado 96, y de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 27.

25 Sentencias de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 42; de 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804), apartado 27; de 21 de febrero de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 47, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 73.

26 Sentencias de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 42, y de 22 de diciembre de 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 53.

27 Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 36; véase, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665), apartado 71.

73. En tal sentido, la libertad de establecimiento comprende también la libertad de elección del Estado miembro que en opinión de la empresa afectada ofrezca el mejor entorno fiscal. Si este principio ya es de aplicación en la legislación del IVA, que está más armonizada,<sup>28</sup> con mayor razón lo será en la legislación relativa al impuesto sobre la renta, menos armonizada, en la que una divergencia entre los regímenes fiscales<sup>29</sup> de los Estados miembros es posible conforme al Derecho de la Unión y además está aceptada políticamente en la Unión.

74. Lo que es más, el Tribunal de Justicia, a la luz de las libertades fundamentales que resultan aquí pertinentes, ha declarado que la mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada establecida en otro Estado miembro no puede servir de base a una presunción general de prácticas abusivas y justificar una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado.<sup>30</sup> Por lo tanto, las diversas relaciones crediticias entre las sociedades matriz, filiales y subfiliales existentes en el presente asunto no son en sí mismas abusivas.

75. El Tribunal de Justicia ha declarado también que la exención de dividendos prevista en el Derecho de la Unión no depende del origen o de la residencia del accionista, pues ello carece de importancia en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.<sup>31</sup> Tampoco en la Directiva 2003/49 existe tal diferenciación. Por lo tanto, la circunstancia de que el titular de las participaciones de X Sweden sea una sociedad sueca (X Sweden Holding), cuyo capital pertenece a una sociedad luxemburguesa (X S.C.A.), y esta sea, a su vez, propiedad de diversas sociedades de inversión de un tercer país, considerada aisladamente, tampoco constituye un abuso.

76. En el presente asunto, entiendo que son de una importancia decisiva los antecedentes de la estructura en cuestión, a efectos de su posible calificación de abusiva en el marco de una valoración global. Según la información facilitada por las partes en la vista, en el pasado resultaba favorable, debido a la legislación fiscal danesa, adquirir como inversor extranjero sociedades operativas en Dinamarca a través de una sociedad danesa (que recibe financiación exterior). La compra del Grupo danés tuvo lugar en 2005. Esta legislación fue modificada posteriormente, suprimiéndose las ventajas intrínsecas, por Dinamarca (en 2006), mediante la introducción de la retención en la fuente, que supuso una nueva carga fiscal definitiva.

77. Cada Estado es libre de modificar su normativa fiscal aplicable. Como es lógico, ello conduce también a que los agentes implicados, en su caso, decidan alterar sus cálculos económicos. El intento por mantener los cálculos iniciales de una transacción (en este caso, la adquisición de una sociedad danesa con ayuda de inversores extranjeros), no me parece abusivo, pues las empresas se guían siempre por propósitos económicos.

28 Sentencias de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 42, y de 22 de diciembre de 2010, *RBS Deutschland Holdings* (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 53.

29 Véase la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 36; sobre la divergencia de tipos impositivos permitida por el Derecho de la Unión, incluso en el Derecho fiscal armonizado, véase también la sentencia de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartados 39 y 40.

30 Sentencias de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 73; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 50); véanse, en este sentido, la sentencia de 4 de marzo de 2004, *Comisión/Francia* (C-364/02, EU:C:2004:129), apartado 27, y de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Bélgica* (C-478/98, EU:C:2000:497), apartado 45.

31 Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Deister Holding y Juhler Holding* (C-504/16 y C-613/16, EU:C:2017:1009), apartado 66.

*c) Sobre la elusión del fin perseguido por la ley*

78. No obstante, un dato particularmente significativo en el presente asunto es que los verdaderos inversores —las sociedades de inversión, con independencia de que puedan ser consideradas fiscalmente transparentes o no— tienen su domicilio frecuentemente en determinados terceros países (a menudo, en pequeñas islas como las Islas Caimán,<sup>32</sup> Bermudas<sup>33</sup> o Jersey).<sup>34</sup> Tal circunstancia puede ser un indicio de un proceder poco habitual, considerado globalmente, cuya motivación económica no está clara a primera vista. Las sociedades de inversión podrían también estar establecidas en otros Estados, en particular si, como señaló el representante de la demandante en la vista, deben considerarse, de todas formas, transparentes a efectos fiscales.

79. A este respecto, toda la estructura podría ser considerada un mecanismo abusivo, no tanto por la «instrumentalización» de sociedades luxemburguesas y suecas como por la «localización» de las sociedades de inversión en determinados terceros países. Es aquí donde la finalidad del mecanismo o la finalidad de la norma fiscal eludida (en este caso, la tributación en Dinamarca) cobra una especial importancia.

*1) ¿Elusión del impuesto sobre los beneficios danés?*

80. Debe señalarse, en primer lugar, que Dinamarca no se vio privada de la imposición de los beneficios del Grupo operativo adquirido. Este beneficio quedó sujeto al impuesto de forma normal en el Estado de residencia (es decir, en Dinamarca).

81. Asimismo, los beneficios obtenidos por la sociedad matriz del Grupo (X Denmark A/S) residente en Dinamarca tributaron enteramente en este país. Si dicho beneficio se redujo por efecto de los intereses pagados al inversor sueco, ello es consecuencia del principio tributario de capacidad económica y del hecho de que Dinamarca admite esos intereses en su importe íntegro como gastos de explotación.

82. Dichos intereses tributaron en Suecia como ingresos de explotación de la sociedad sueca. Si los intereses pagados a los inversores de X Sweden Holding fueron, a su vez, admitidos como gasto de explotación en Suecia en virtud de una normativa fiscal relativa a los Grupos de empresas, ello es consecuencia también del principio de imposición en función de la capacidad económica. A este respecto, Suecia sometió a imposición la diferencia entre el importe de los intereses percibidos de Dinamarca y el de los pagados a X S.C.A. en Luxemburgo. El mismo sistema se aplicó básicamente a la tributación de los intereses percibidos por X S.C.A. en Luxemburgo.

83. Las dos sociedades suecas están sujetas por obligación personal en Suecia al pago del impuesto sobre sociedades, por los rendimientos obtenidos. De esta manera, se dan las condiciones establecidas en el artículo 3, letra a), inciso iii), de la Directiva 2003/49. Cabe señalar, asimismo, que ninguna disposición de la Directiva 2003/49 exige, para la exención de tributación, que los beneficiarios efectivos (en este caso, las sociedades suecas) hayan soportado una determinada carga impositiva. Es cierto que cuando el beneficiario efectivo registra en el Estado de residencia elevados gastos de explotación (o pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores), no tendrá que ingresar cuota impositiva alguna, pero estará sujeto al impuesto sobre sociedades. Por lo tanto, estará comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49, y sus ingresos por intereses estarán gravados «en un

<sup>32</sup> Asunto C-119/16.

<sup>33</sup> Asunto C-117/16.

<sup>34</sup> Asunto C-299/16.

Estado miembro». Lo mismo sucede en caso de que en el Estado de residencia del beneficiario efectivo sólo exista un impuesto sobre sociedades reducido y no exista retención en la fuente. Estas consideraciones son aplicables, en principio, a la sociedad luxemburguesa X S.C.A., cuyo régimen particular como SICAR analizaré en los puntos 91 y siguientes de las presentes conclusiones.

84. La baja o nula tributación, en su caso, es resultado de la autonomía fiscal de cada Estado. Si en la Unión Europea, como consecuencia de la falta de armonización de los impuestos sobre la renta, la competencia fiscal entre los Estados miembros es lícita según el Derecho de la Unión, no puede reprocharse a un sujeto pasivo que aproveche en la práctica (es decir, no sólo sobre el papel) las ventajas de localización que ofrecen determinados Estados miembros.

## *2) Prevención del aprovechamiento de las lagunas en la información transfronteriza*

85. Analizado detenidamente, con la intervención de las sociedades luxemburguesas y suecas «únicamente» se consigue evitar la retención en la fuente sobre los intereses pagados en Dinamarca. Sin embargo, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, en una retención en la fuente el sujeto pasivo es el destinatario de los rendimientos (en este caso, de los intereses).<sup>35</sup> Dicha tributación se efectúa mediante la retención en la fuente practicada por el ordenante, en el momento del pago, de una parte de esos rendimientos.

86. De este modo, la retención en la fuente practicada en el Estado de residencia del deudor de los intereses por sí misma no constituye un tipo de impuesto, sino sólo una técnica impositiva concreta que persigue garantizar, en esencia, una tributación (mínima) del perceptor de los intereses. En las operaciones transfronterizas, en efecto, no siempre está garantizado que el beneficiario pague debidamente el impuesto sobre la renta. Generalmente, el Estado de residencia del perceptor de los intereses no tendrá conocimiento de los ingresos de éste procedentes del extranjero, si, como sucede actualmente en la Unión, no existen sistemas de intercambio de datos entre las autoridades fiscales.

87. Para una elusión abusiva del fin que persigue la ley (garantizar la tributación del perceptor de los intereses) se tendrían que cumplir dos condiciones. Por un lado, una imposición establecida por la ley danesa en caso de pagos directos (a este respecto, véanse los puntos 102 y siguientes de las presentes conclusiones) y, por otro, un riesgo de no imposición de los ingresos como consecuencia de no haber sido computados en el Estado del perceptor de los mismos.

88. Por consiguiente, a mi modo de ver, si una de las razones de la estructura elegida fuera el pago de los intereses a los inversores a través de un tercer país con el fin de que sus Estados de residencia no obtengan información sobre sus ingresos, tal estructura constituiría, en su conjunto, un abuso de Derecho.

89. Tal conclusión resultaría infundada, en cambio, si las sociedades de inversión ofrecieran a los Estados miembros de residencia de los inversores la información fiscal relevante, o el Estado de residencia de las sociedades de inversión dispusiera de la información pertinente y la transmitiese a los países correspondientes. Una estructura como la descrita no frustraría el fin de la retención en la fuente que no se ha practicado (véase el punto 86 de las presentes conclusiones). Esta cuestión también deberá ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional remitente en su apreciación de conjunto.

<sup>35</sup> Sentencias de 24 de junio de 2010, P. Ferrero y General Beverage Europe (C-338/08 y C-339/08, EU:C:2010:364), apartados 26 y 34, y de 26 de junio de 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365), apartado 52.

**d) Respuesta a la cuestión prejudicial 4**

90. Con la elusión de la retención en la fuente de los intereses abonados a sociedades de inversión residentes en terceros países se pretende fundamentalmente evitar la imposición de dichos intereses en la esfera de los perceptores reales (es decir, los inversores). En particular, puede presumirse una práctica abusiva si la estructura empresarial elegida tiene como objetivo aprovechar determinadas lagunas de información entre los países implicados con el fin de que los perceptores de los intereses puedan eludir la efectiva tributación.

**C. Los pagos efectuados a un S.C.A., SICAR [cuestión prejudicial 5, párrafo primero y letra a)]**

91. La cuestión prejudicial 5 se suscita únicamente en caso de que hubiera de considerarse que el beneficiario efectivo de los intereses pagados no son ni las sociedades suecas ni las sociedades de inversión, sino la sociedad luxemburguesa interpuesta. En efecto, en tal caso, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la Directiva 2003/49 es aplicable a los pagos de intereses efectuados a una sociedad luxemburguesa constituida bajo la forma de una sociedad anónima en comandita («Société en commandite par actions» — S.C.A.), cuando dicha sociedad está sujeta además, como sociedad de inversión de capital riesgo («société d'investissement en capital à risque» — SICAR), a un régimen fiscal muy ventajoso.

92. Tal régimen establece la exención de los rendimientos derivados de valores mobiliarios o de la enajenación o aportación o amortización de dichos valores de los que sea titular una S.C.A. que ha sido reconocida como SICAR por la Autoridad de supervisión financiera, aunque esté sujeta al impuesto sobre sociedades. Con respecto a los ingresos por intereses derivados de un préstamo, del Derecho luxemburgués, en cambio, no se desprende que estén exentos del impuesto sobre sociedades.

93. A este respecto, del tenor del artículo 3, letra a, inciso iii), en relación con lo dispuesto en el anexo, resulta que una Société en commandite par actions (S.C.A.) está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49. Procede señalar, además, que ninguna disposición de la citada Directiva impone como requisito para disfrutar de la exención que la tributación efectiva del beneficiario efectivo (en este caso, las sociedades luxemburguesas) deba ser de una cuantía mínima. Los esfuerzos de la Comisión al respecto para modificar la norma,<sup>36</sup> en el sentido de vincular la exención no solamente a la sujeción al impuesto sobre sociedades sino también a una «efectiva» tributación de los ingresos por intereses y cánones, no han dado sus frutos hasta la fecha.

94. Quedaría pendiente la cuestión de si, en virtud de una interpretación restrictiva basada en criterios teleológicos, habría que aplicar una solución diferente cuando un Estado miembro posibilita que una forma societaria de las enumeradas en el Anexo de la Directiva 2003/49, pese a estar sujeta al impuesto sobre sociedades, disfrute de una exención de *todos* los rendimientos a los que se aplica esa Directiva, a saber, los rendimientos derivados de intereses y cánones. Es evidente que los intereses «ordinarios» no están exentos del impuesto sobre sociedades. Por otro lado, en el presente caso no hay pagos de dividendos, por lo que no es necesario preguntarse si podrían ser objeto de la aludida interpretación restrictiva de la Directiva basada en criterios teleológicos.

95. Si una ganancia patrimonial de una SICAR obtenida en una ulterior enajenación no tributa, ello implica para dicha sociedad solamente una tributación por el impuesto sobre sociedades reducida (si es que se produce tal ganancia patrimonial). De tenor del artículo 3, letra a, inciso iii), se infiere claramente que el problema surge solamente cuando una S.C.A. está exenta del impuesto sobre sociedades. Una tributación por dicho impuesto reducida, en cambio, carece de relevancia.

<sup>36</sup> Art. 1, n.º 1. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM(2003) 841 final, 30.12.2003, 2003/0331 (CNS), de 11.11.2011, COM(2011) 714 final, 2011/0314 (CNS).

96. Los objetivos perseguidos por la Directiva 2003/49 tampoco se oponen a la referida conclusión. Como ha quedado dicho en los puntos 86 y siguientes de las presentes conclusiones, dichos objetivos consisten en evitar la doble imposición y conseguir una igualdad de trato de las transacciones nacionales y transfronterizas entre empresas asociadas. Es preciso, además, garantizar que se tribute una vez en un Estado miembro. Tal principio se ve cumplido si Luxemburgo establece la sujeción al impuesto sobre sociedades, aunque la tributación resulte sea reducida, como en el presente caso.

97. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial 5, párrafo primero y letra a), que los pagos de intereses de un préstamo a una S.C.A. luxemburguesa están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49, aunque el Estado de residencia de aquella la haya reconocido como SICAR.

#### **D. Apreciación de la condición de sujeto pasivo del perceptor de los intereses [cuestión prejudicial 5, letra b)]**

98. Mediante la cuestión prejudicial 5, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, consecuentemente, si la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49 depende de si el Estado de la fuente entiende que la sociedad perceptora es o no fiscalmente transparente (es decir, la considera o no sujeto pasivo directo del impuesto).

99. No se aprecian las razones, en cualquier caso, por las que una S.C.A., forma societaria expresamente enumerada en el Anexo de la Directiva 2003/49, debiera ser considerada una sociedad transparente. La Directiva presupone que la sociedad perceptora está sujeta a su propio impuesto sobre los beneficios (en el caso de Luxemburgo, el «impôt sur le revenu des collectivités»), lo cual excluye el régimen de transparencia fiscal. El trato fiscal especial de que son objeto las SICAR no cambia nada al respecto. Un Estado miembro no puede, por lo tanto, cuestionar la aplicación de la Directiva 2003/49 por el hecho de que considere dudoso que las formas societarias enumeradas en el Anexo de esta sean sujetos pasivos del impuesto.

100. Así pues, procede responder a la cuestión prejudicial 5, letra b), que no es determinante, para la aplicación de la exención fiscal por el Estado de la fuente, de conformidad con la Directiva 2003/49, si el Estado de la fuente considera o no a la sociedad perceptora como transparente, cuando esta figura expresamente en la relación del Anexo de la susodicha Directiva.

#### **E. Sobre la indicación del verdadero beneficiario efectivo (cuestión prejudicial 6)**

101. Mediante la cuestión prejudicial 6, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el Estado miembro que no desee reconocer que el perceptor de los intereses es también el beneficiario efectivo en el sentido de la Directiva 2003/49, por entender que no se trata más que de una sociedad instrumental artificial, está obligado a indicar a quién considera el verdadero beneficiario efectivo. Así pues, en lo esencial, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de un abuso.

102. Un abuso de las alternativas jurídicas presupone que se ha elegido una estructura legal que difiere de las utilizadas normalmente, con el fin de obtener un resultado más favorable que el del modelo «normal». En el presente asunto, una «estructura normal» podría consistir en una relación crediticia directa entre los inversores y la demandante en el procedimiento principal, para la adquisición de la sociedad en cuestión.

103. El hecho de que la operativa elegida sea fiscalmente más favorable que el modelo habitual debe ser probado, en principio, por la Administración tributaria, aunque los sujetos pasivos pueden tener cierta obligación de colaboración. El sujeto pasivo, empero, podrá «presentar, en su caso, [...] elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la transacción». <sup>37</sup> Si de las circunstancias se deduce que la finalidad esencial <sup>38</sup> no consiste en evitar el pago del impuesto que normalmente se devengaría, la referida operativa no podrá ser considerada abusiva, pues, al fin y al cabo, es el propio Estado el que pone a disposición del sujeto pasivo las distintas opciones.

104. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia <sup>39</sup> se desprende que la hipótesis de comportamientos abusivos exige determinar la situación que habría resultado de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva y, después, apreciar esta situación recalificada a la vista de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional y del Derecho de la Unión. No obstante, es necesario determinar quién es el beneficiario efectivo real.

105. Así pues, desde el punto de vista danés, sólo podría hablarse de un abuso en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2003/49 si el pago directo de intereses estuviera sujeto a la correspondiente tributación en Dinamarca. Ahora bien, según la legislación danesa, esto no ocurriría si, obviando la denominada sociedad instrumental (en este caso, las sociedades X Sweden, X Sweden Holding y X S.C.A.), el perceptor real de los intereses fuera una empresa con sede en otro Estado miembro o en un Estado con el que el Reino de Dinamarca ha firmado un Convenio de doble imposición. Si las sociedades de inversión tuvieran que ser consideradas realmente transparentes, habría que centrarse en los correspondientes inversores para poder responder a esta cuestión.

106. Cabe responder, por tanto, a la cuestión prejudicial 6 en el sentido de que el Estado miembro que no quiera reconocer que una sociedad establecida en otro Estado miembro que ha percibido intereses es el beneficiario efectivo de los mismos, para deducir la existencia de un abuso, en principio, deberá indicar a quién considera el verdadero beneficiario efectivo. Esto es necesario para poder determinar si con la estructura calificada de abusiva se consigue un resultado fiscal más favorable, aunque, cuando se trata de operaciones transfronterizas, puede recaer sobre los contribuyentes un mayor deber de colaboración.

#### **F. Sobre la invocación del artículo 5 de la Directiva 2003/49 (cuestiones prejudiciales 2 a 3)**

107. Mediante las cuestiones prejudiciales, 2 y 3, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en definitiva, si (1) Dinamarca puede basarse directamente en el artículo 5 de la Directiva 2003/49 para denegar la exención al sujeto pasivo. En caso de no ser así, procede determinar si (2) Dinamarca ha traspuesto suficientemente, en su legislación nacional anteriormente citada, el artículo 5 de la Directiva 2003/49.

<sup>37</sup> Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 92.

<sup>38</sup> Sentencias de 22 de noviembre de 2017, *Cussens y otros* (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 53; de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 36, y de 21 de febrero de 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 45.

<sup>39</sup> Sentencias de 22 de noviembre de 2017, *Cussens y otros* (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 47; de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 52, y de 21 de febrero de 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 58.

### **1. Imposibilidad de aplicación directa de una Directiva para imponer obligaciones a los particulares**

108. En caso de que, conforme a los criterios antes expuestos, exista un abuso en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2003/49, el presente asunto se distingue por la circunstancia de que el Derecho danés no contenía ninguna disposición específica de transposición del artículo 5 de la Directiva 2003/49. Tampoco existe, según el órgano jurisdiccional remitente, ninguna disposición general sobre la prevención de abusos. En consecuencia, la demandante en el procedimiento principal considera, en particular, que no puede negársele la aplicación de la exención prevista en la legislación nacional basándose en un supuesto abuso.

109. No obstante, no siempre es necesaria una reproducción formal de las disposiciones de una Directiva (en este caso, del artículo 5 de la Directiva 2003/49) en las disposiciones legislativas específicas del Derecho nacional. Para el cumplimiento de una Directiva puede bastar, en función de su contenido, en determinados casos, un contexto jurídico general, en particular, la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo, cuando éste garantiza efectivamente la plena aplicación de la Directiva de forma suficientemente clara y precisa.<sup>40</sup>

110. En la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a la existencia de dos principios (la denominada doctrina de la realidad y el principio del «perceptor real de las rentas»). No obstante, las partes están de acuerdo en que éstos no son pertinentes en el presente asunto, si efectivamente el pago formal de los intereses se efectuó, en primer lugar, a las sociedades luxemburguesas.

111. El artículo 5 de la Directiva 2003/49 permite a los Estados miembros adoptar medidas al respecto contra los abusos, lo que se corresponde con una práctica extendida en el conjunto de la Unión. Hasta la fecha, todos los Estados miembros han desarrollado determinadas herramientas para prevenir el abuso de Derecho con fines de evasión fiscal.<sup>41</sup> De este modo, es común en los ordenamientos tributarios nacionales el principio según el cual la aplicación de la ley no puede llegar a tolerar prácticas abusivas de los operadores económicos. Dicho principio, reconocido ya en toda la Unión,<sup>42</sup> se recoge actualmente en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164.

40 Véase, en este sentido, la jurisprudencia reiterada en, por ejemplo, las sentencias de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 44; de 6 de abril de 2006, Comisión/Austria (C-428/04, EU:C:2006:238), apartado 99; de 16 de junio de 2005, Comisión/Italia (C-456/03, EU:C:2005:388), apartado 51, y mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 62.

41 Algunos Estados miembros tienen disposiciones generales para evitar los abusos, como, en la República Federal de Alemania, el artículo 42 de la Abgabenordnung (Código fiscal); en Luxemburgo, el artículo 6 de la Steueranpassungsgesetz (Ley de armonización fiscal); en Bélgica, el artículo 344, apartado 1, del code des impôts sur les revenus (Código de los impuestos sobre la renta); en Suecia, el artículo 2 de la Ley 1995:575, o, en Finlandia, el artículo 28 de la Ley del impuesto sobre la renta; existen también normas especiales, como, en Dinamarca, en relación con los precios de transferencia, el artículo 2 de la Ligningsloven (Ley de amortizaciones), o principios generales del Derecho (en la República Federal de Alemania, el principio de la «primacía de la finalidad económica», que se deduce, en particular, de los artículos 39 y siguientes del Código fiscal).

42 Véanse las sentencias de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 27; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 68; de 3 de marzo de 2005, Kofoed (C-321/03, EU:C:2005:128), apartado 32; de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695), apartado 51, y de 23 de marzo de 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150), apartado 33.

112. En tal sentido, todas las disposiciones nacionales, las adoptadas en transposición de la Directiva 2003/49 y las demás, deben interpretarse y aplicarse conforme a este principio general del Derecho y, en particular, a la letra y a la finalidad de la Directiva 2003/49 y su artículo 5.<sup>43</sup> Una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho de la Unión puede ir en detrimento del particular, pues es lícita la aplicación del Derecho de la Unión a través de disposiciones del Derecho nacional, es decir, una aplicación indirecta, en perjuicio de los particulares.<sup>44</sup>

113. Únicamente una aplicación directa del artículo 5 de la Directiva 2003/49 en detrimento de la demandante le estaría vedada a las autoridades danesas, por razones de seguridad jurídica<sup>45</sup>. Un Estado miembro no puede oponer a los particulares una disposición de una Directiva que no ha traspuesto a su Derecho interno.<sup>46</sup> Así, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una Directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede, por lo tanto, ser invocada como tal contra dicha persona.<sup>47</sup> Dicho Estado miembro se comportaría de forma «abusiva». Por un lado, no habría traspuesto una Directiva que iba dirigida a él (pudiendo haberlo hecho) y, por otro, invocaría una posibilidad para combatir las prácticas abusivas contenida en una Directiva que no ha traspuesto.

114. Por otro lado, las autoridades competentes en el procedimiento principal tampoco invocarán frente a los particulares de forma directa un eventual principio general del Derecho comunitario que prohíba el abuso del Derecho, pues, en cualquier caso, para los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49, se ha especificado y concretizado este principio en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva.<sup>48</sup> Si se permitiera, además, la aplicación de un principio general del Derecho, cuyo contenido es mucho menos claro y definido, existiría el riesgo de que se burlase la finalidad de armonización de la Directiva 2003/49 y de todas las demás Directivas que contienen disposiciones concretas para la prevención de los abusos (como por ejemplo el artículo 6 de la Directiva 2016/1164). Además, se vulneraría la citada prohibición de aplicar disposiciones de Directivas a las que no se ha adaptado el Derecho nacional de forma directa en perjuicio de los particulares.<sup>49</sup>

43 Sobre la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar el Derecho nacional conforme a las Directivas, véase la jurisprudencia reiterada, en particular, en las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, EU:C:2006:443), apartados 108 y siguientes; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartados 113 y siguientes, y de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, EU:C:1984:153), apartado 26.

44 Sentencias de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 45; de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12), apartado 57; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292), apartados 20, 25 y 26, y de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395), apartados 6 y 8, así como mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 65.

45 De manera explícita, la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 42.

46 Sentencias de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 49; de 21 de septiembre de 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719), apartado 41; de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 42; de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), apartado 21, y mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 66.

47 Sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 42, y mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 65; véanse también, entre otras muchas, la sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108 y jurisprudencia citada.

48 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 67, y la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartados 38 y siguientes. Véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266), apartado 103.

49 Poco clara a este respecto es la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartados 74 a 77; véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 67, y la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 42.

## **2. Imposibilidad de aplicar la jurisprudencia en materia de IVA**

115. Las anteriores consideraciones no resultan desvirtuadas por las sentencias del Tribunal de Justicia<sup>50</sup> recaídas en los asuntos *Italmoda* y *Cussens*. En ellas, el Tribunal de Justicia declaró que el principio de prohibición de prácticas abusivas debe interpretarse en el sentido de que, con independencia de que exista una medida nacional que lo incorpore al ordenamiento jurídico interno, puede aplicarse directamente para denegar la exención del impuesto sobre el valor añadido, sin que ello sea contrario a los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

116. Sin embargo, a diferencia del presente asunto, estas dos sentencias se referían únicamente a la legislación en materia de IVA. Por un lado, la legislación sobre el IVA está mucho más armonizada en el Derecho de la Unión y afecta a intereses más amplios de la Unión Europea, por su vinculación a la dotación financiera de ésta, que la legislación del impuesto sobre la renta de los Estados miembros.

117. Por otra parte, el Derecho de la Unión obliga a los Estados miembros, con arreglo al artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, a la recaudación (efectiva) del IVA,<sup>51</sup> mientras que tal obligación no existe en el impuesto sobre la renta. Además, las posibilidades de fraude en el IVA determinan la urgente necesidad de controlar la liquidación efectiva del impuesto. En este sentido, el Tribunal de Justicia distingue también, en su sentencia más reciente, entre la legislación del IVA y el Derecho derivado de la Unión que contiene una autorización expresa para la prevención de los abusos.<sup>52</sup> Por consiguiente, no cabe una aplicación directa del artículo 5 de la Directiva 2003/49 en perjuicio de los sujetos pasivos.<sup>53</sup>

## **3. Sobre la existencia de una disposición nacional específica contra los abusos**

118. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar si las disposiciones generales o los principios del Derecho nacional (incluidos los principios desarrollados por la jurisprudencia), interpretados conforme al Derecho de la Unión, pueden aplicarse en el presente asunto, en virtud de los cuales, por ejemplo, puedan no reconocerse operaciones ficticias o pueda prohibirse la invocación abusiva de determinadas ventajas fiscales.

119. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.<sup>54</sup>

120. Por esta razón, debe responderse a las cuestiones prejudiciales 2, letra a), y 3 que ni el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Ley danesa sobre el impuesto de sociedades ni una disposición de un Convenio de doble imposición relativa a la tributación de los intereses pagados al beneficiario efectivo son suficientes para poder ser considerados una transposición del artículo 5 de la Directiva 2003/49.

50 Sentencias de 22 de noviembre de 2017, *Cussens y otros* (C-251/16, EU:C:2017:881), y de 18 de diciembre de 2014, *Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti* (C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU:C:2014:2455).

51 Sentencias de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros* (C-105/14, EU:C:2015:555), apartados 36 y siguientes, y de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 26.

52 Así lo declara expresamente la sentencia de 22 de noviembre de 2017, *Cussens y otros* (C-251/16, EU:C:2017:881), apartados 28, 31 y 38.

53 Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de julio de 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 42.

54 Sentencias de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, EU:C:2009:377), apartado 64; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 55, y de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161), apartado 74.

121. Distinta conclusión procedería, en cambio, en relación con la aplicación coherente con el Derecho de la Unión de la denominada doctrina de la realidad y del principio del «perceptor real de las rentas» en Dinamarca. Éstos han sido desarrollados precisamente para abordar el problema de que el Derecho privado permite muchos mecanismos, pero el Derecho fiscal grava los hechos económicos reales. Por lo tanto, estos principios se dirigen específicamente contra los montajes o el abuso de Derecho por parte de los particulares y por ello constituyen, en principio, una base jurídica suficientemente específica para una restricción de la libertad de establecimiento. Frente a la reiterada alegación de los demandantes en el litigio principal, en la vista oral, de que Dinamarca no ha realizado una transposición explícita del artículo 5, de la Directiva 2003/49, cabe afirmar que ello resulta irrelevante, aunque corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar este extremo.

122. Por lo tanto, la «doctrina de la realidad» desarrollada en Dinamarca, interpretada de conformidad con el Derecho de la Unión, podría ser una base suficiente para, en su caso, ignorar montajes que fueran puramente artificiales o incluso abusivos, (véanse al respecto los puntos 57 y siguientes de las presentes conclusiones), a la hora de exigir el impuesto. La «doctrina de la realidad» no me parece más que un principio basado en la finalidad económica que probablemente informa la mayoría de las disposiciones de prevención de abusos de cada uno de los Estados miembros.<sup>55</sup> Así se desprende claramente también del Derecho de la Unión, por ejemplo, en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2016/1164, que dispone que un mecanismo se considerará falseado en la medida en que no se haya establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar este extremo.

123. Si el objetivo de la estructura es evitar la tributación de los inversores, el pago lo recibirán formalmente las sociedades de Suecia y de Luxemburgo, pero, desde una perspectiva económica, los verdaderos destinatarios son las sociedades de inversión o sus inversores. El pago a las sociedades de Suecia y de Luxemburgo no refleja la realidad económica, sino sólo la realidad (formal) civil.

## **G. Violación de las libertades fundamentales (cuestiones prejudiciales 7 y 8)**

124. Dado que la sociedad sueca (X Sweden), como se ha indicado en los puntos 34 y siguientes de las presentes conclusiones, debe ser considerada, en principio, beneficiario efectivo, no resulta necesario examinar las cuestiones prejudiciales 7 y 8 del órgano jurisdiccional remitente.

125. En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente, de acuerdo con una aplicación coherente con el Derecho de la Unión de los principios existentes en el ordenamiento jurídico nacional, llegue a la conclusión de que existe un montaje abusivo, en determinadas circunstancias será de aplicación la retención en la fuente. Pero entonces ya no se plantearía problemas el presente asunto, ya que dicha retención es consecuencia de un abuso, y según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los justiciables no pueden prevalerse del Derecho de la Unión de forma abusiva.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Muy a menudo, los Estados miembros se basan en el contenido real de un acto u operación, por ejemplo, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Países Bajos, Portugal y Eslovenia.

<sup>56</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros (C-251/16, EU:C:2017:881), apartado 27; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 68, y de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695), apartado 51 y jurisprudencia citada.

126. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la diferencia de trato establecida entre perceptores de intereses nacionales y extranjeros, consistente en la aplicación de técnicas de imposición diferentes, se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables.<sup>57</sup> Aunque se calificaran como hechos comparables, una restricción de la libertad fundamental, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estaría justificada en la medida en que la tributación en la fuente danesa aplicable a los perceptores de los intereses residentes en el extranjero no sea superior al impuesto sobre sociedades danés que debe pagar un perceptor de intereses nacional.<sup>58</sup>

127. Lo mismo cabe afirmar respecto de las diferencias entre los tipos de interés o el impuesto sobre sociedades danés liquidado al perceptor de los intereses y la obligación de retención en la fuente danesa que incumbe al pagador de los mismos. No son situaciones comparables, puesto que, en un caso, se adeuda un impuesto *propio* (impuesto sobre sociedades), mientras que, en el otro, se retiene y se ingresa realmente el impuesto *de un tercero* (relativo al impuesto sobre la renta o al impuesto sobre sociedades del perceptor de los intereses). Una deuda tributaria y un tipo de interés diferentes no son más que la consecuencia de una diferente técnica y función de la retención en la fuente (véase el punto 86 de las presentes conclusiones).

## VI. Conclusión

128. Por consiguiente, propongo que se responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca) del siguiente modo:

«1) Procede responder a la cuestión prejudiciales 1, párrafo primero y letra d), que una sociedad residente en otro Estado miembro que es titular de un crédito con devengo de interés debe ser considerada, en principio, el beneficiario efectivo en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, salvo que dicha sociedad no actúe por cuenta propia sino por cuenta de un tercero.

El concepto de beneficiario efectivo debe interpretarse de forma autónoma conforme al Derecho de la Unión e independiente de los Comentarios sobre el artículo 11 del Modelo de Convenio de la OCDE de 1977 o versiones posteriores.

2) Procede responder a la cuestión prejudicial 2 que un Estado miembro no puede invocar el artículo 5 de la Directiva 2003/49 si no lo ha transpuesto a su Derecho interno.

3) Por lo que se refiere a la pregunta 3, procede responder que ni el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Ley danesa del impuesto sobre sociedades ni una disposición de un Convenio de doble imposición redactada conforme al artículo 11 del Modelo de Convenio de la OCDE pueden ser considerados una transposición suficiente del artículo 5 de la Directiva 2003/49. Sin embargo, ello no se opone a una interpretación y aplicación conformes con el Derecho de la Unión de principios generales y fundamentales de Derecho nacional destinados específicamente a combatir los montajes artificiales o abusos de Derecho de los particulares.

4) Procede responder a la cuestión 4 que la determinación de la existencia de un abuso depende de una apreciación de conjunto de todas las circunstancias del caso concreto, que debe efectuar el órgano jurisdiccional nacional.

<sup>57</sup> Sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762), apartado 41, confirmada por la sentencia de 18 de octubre de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635), apartado 26.

<sup>58</sup> Véanse las sentencias de 17 de septiembre de 2015, *Miljoen y otros* (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608), apartado 90, y de 18 de octubre de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635), apartados 42 y siguientes.

- a) Un abuso de la legislación tributaria puede darse en el caso de un montaje puramente artificial que no refleje la realidad económica o cuando el objeto principal de la estructura consista en evitar un impuesto que habría sido exigible conforme a los fines de la ley. En tal sentido, la Administración tributaria deberá acreditar que se habría devengado el correspondiente impuesto de haberse utilizado los mecanismos ordinarios, mientras que el contribuyente deberá demostrar que la estructura elegida obedece a importantes razones extrafiscales.
  - b) Con la elusión de la retención en la fuente de los intereses abonados a sociedades de inversión residentes en terceros países se pretende fundamentalmente evitar la imposición de dichos intereses en la esfera de los perceptores reales (es decir, los inversores). En particular, puede presumirse una práctica abusiva si la estructura empresarial elegida tiene como objetivo aprovechar determinadas lagunas de información entre los países implicados con el fin de que los perceptores de los intereses puedan eludir la efectiva tributación.
- 5) Procede responder a la cuestión prejudicial 5 que los pagos de intereses de un préstamo a una S.C.A. luxemburguesa están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49, aunque el Estado de residencia de aquella la haya reconocido como SICAR. Por otra parte, no es determinante, para la aplicación de la exención fiscal por el Estado de la fuente, de conformidad con la Directiva 2003/49, si el Estado de la fuente considera o no a la sociedad perceptora como transparente, cuando esta figura expresamente en la relación del Anexo de la susodicha Directiva.
  - 6) Procede responder a la cuestión prejudicial 6 que el Estado miembro que no quiera reconocer que una sociedad establecida en otro Estado miembro es el beneficiario efectivo de los mismos, para deducir la existencia de un abuso, en principio, deberá indicar a quién considera el verdadero beneficiario efectivo. Cuando se trata de operaciones transfronterizas, puede recaer sobre los contribuyentes un mayor deber de colaboración.
  - 7) En vista de las respuestas propuestas a las cuestiones prejudiciales 1 y 4, no ha lugar a responder a las cuestiones prejudiciales 7 y 8.»