



# Recopilación de la Jurisprudencia

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

## Asunto C-116/16

**Skatteministeriet**  
**contra**  
**T Danmark**

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

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva matriz-filial) — Necesidad de un beneficiario efectivo en caso de pago de dividendos — Abuso de alternativas fiscales — Criterios determinantes de la existencia de un abuso para evitar la imposición en la fuente — Influencia de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE en la interpretación de una Directiva de la Unión Europea — 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 asunto como en el C-117/16, el Tribunal de Justicia debe decidir, al igual que en otros cuatro procedimientos paralelos<sup>2</sup> relativos a la Directiva sobre intereses y cánones, en qué circunstancias puede negarse la aplicación de la exención de la retención en la fuente prevista por la Directiva 90/435/CE<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Directiva matriz-filial») a una sociedad filial que ha satisfecho dividendos a su sociedad matriz.

2. El contexto es el siguiente: se pretende efectuar un pago de dividendos a una sociedad matriz luxemburguesa. La sociedad matriz de esta última también es residente en Luxemburgo, y sus acciones pertenecen, a su vez, a varias sociedades de inversión, aunque no consta dónde residen estas. El Ministerio de Hacienda danés se niega a reconocer la exención de la retención en la fuente en tanto en cuanto no se aclare cuál es el destino último de los dividendos.

3. Así pues, ante el órgano jurisdiccional remitente se suscita la cuestión, en particular, de la definición y la aplicación directa de la prohibición de abusos del Derecho de la Unión y de cómo debe determinarse el beneficiario efectivo de los dividendos. No obstante, a diferencia de la Directiva sobre intereses y cánones, la Directiva matriz-filial no hace referencia a ningún «beneficiario efectivo».

<sup>1</sup> Lengua original: alemán.

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

<sup>3</sup> Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO 1990, L 225, p. 6), que ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011 (DO 2011, L 345, p. 8).

4. Dicho concepto, sin embargo, es utilizado por Dinamarca en el Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre ese país y Luxemburgo (en lo sucesivo, «Convenio de doble imposición»), de ahí que el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide a quién incumbe interpretar el referido concepto recogido en el Convenio de doble imposición, y si puede acudir, a efectos de esa interpretación, a los ulteriores Comentarios de la OCDE a su Modelo de Convenio.

5. Ahora bien, la verdadera cuestión medular es la relativa a si la aplicación de la exención de la retención en la fuente con arreglo a la Directiva matriz-filial, en caso de una pluralidad de sociedades integradas en un Grupo, depende del destino último de los dividendos, en particular, cuando el objeto de la estructura societaria en cuestión sea minimizar la imposición de los dividendos distribuidos dentro del Grupo efectuada en forma de retención definitiva en la fuente. De este modo, se suscita de nuevo la cuestión relativa al límite entre una alternativa fiscal lícita y otra que, aunque también legal, constituye un abuso.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

6. El marco jurídico en el Derecho de la Unión se encuentra en la Directiva matriz-filial y en los artículos 49 TFUE, 54 TFUE y 63 TFUE.

7. La Directiva matriz-filial, de conformidad con su artículo 1, apartado 1, debe ser aplicada por cada Estado miembro, en particular, a las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades de dicho Estado miembro y procedentes de sus filiales en otros Estados miembros.

8. El artículo 1 de la citada Directiva establece:

«1. Cada Estado miembro aplicará la presente Directiva:

- a las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades de dicho Estado y procedentes de sus filiales en otros Estados miembros;
- a las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades de dicho Estado a sus sociedades filiales en otros Estados miembros; [...]

2. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.»

9. El artículo 4 de la Directiva matriz-filial dispone que:

«1. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz y el Estado del establecimiento

permanente:

- o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios,

- o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente cumplan los requisitos previstos en los artículos 2 y 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado.

[...]

2. No obstante, todo Estado miembro conservará la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz. Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5 % de los beneficios distribuidos por la sociedad filial. [...]»

10. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva matriz-filial dispone:

«1. Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen.»

## **B. Derecho internacional**

11. El Convenio de doble imposición entre Dinamarca y Luxemburgo, de 17 de noviembre de 1980, dispone lo siguiente en su artículo 10, apartados 1 y 2, respecto a la distribución de la potestad para gravar los dividendos:

«1. Los dividendos pagados por una sociedad residente en un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado, pero si el perceptor es el beneficiario efectivo de los dividendos el impuesto así exigido no podrá exceder del:

- a) 5 % del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas) que posea directamente al menos el 25 % del capital de la sociedad que paga los dividendos;
- b) 15 % del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.»

12. Con arreglo a esta disposición, el Estado de la fuente, en el presente caso Dinamarca, solo puede gravar los dividendos pagados a una sociedad matriz residente en Luxemburgo a un tipo impositivo reducido cuando esta sociedad sea el «beneficiario efectivo» de los dividendos. El concepto de «beneficiario efectivo» no está definido en el Convenio.

### C. Legislación danesa

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 tributación de los dividendos de las sociedades matrices nacionales se rige por el artículo 13, apartado 1, n.º 2, de la Selskabsskattelov (Ley del impuesto sobre sociedades), Texto refundido n.º 1376 de 7 de diciembre de 2010, que tenía el siguiente tenor, en su versión modificada:

«Artículo 13. Los ingresos imponibles no incluirán: [...]

2. Los dividendos que las sociedades, asociaciones u otras personas jurídicas enumeradas en el artículo 1, apartado 1, números 1 a 2a, 2d a 2i y 3a a 5b, perciban por su participación en los fondos propios de sociedades contempladas en el artículo 1, apartado 1, números 1 a 2a, 2d a 2i, 3a a 5b, o de sociedades residentes fuera de Dinamarca. No obstante, lo anterior solo será de aplicación a los dividendos de participaciones en filiales y en sociedades de un mismo grupo, de conformidad con los artículos 4 A y 4 B de la aktieavancebeskatningslov (Ley relativa a la tributación de las ganancias de capital). [...]»

15. La sujeción al impuesto por obligación real de las sociedades extranjeras en lo que respecta a los dividendos se rige por el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Ley del impuesto sobre sociedades.

16. En consecuencia, la sujeción fiscal por obligación real no incluía, en 2011, los dividendos distribuidos a una sociedad matriz que, de conformidad con la Directiva matriz-filial o un Convenio de doble imposición, no estaban gravados o lo estaban a un tipo reducido.

17. Si hay sujeción al impuesto por obligación real respecto a los dividendos procedentes de Dinamarca con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra c), de la Ley del impuesto sobre sociedades, la sociedad danesa pagadora de los dividendos, conforme al artículo 65 la Ley danesa sobre las retenciones en origen,<sup>4</sup> está obligada a practicar una retención en la fuente a un tipo del 28 %. En caso de ingreso extemporáneo de la retención en la fuente practicada (en los supuestos de sujeción a impuesto por obligación real), se aplican intereses a la deuda tributaria. El deudor de los intereses de demora es la persona obligada a practicar la retención.

18. En 2011, no existía ninguna norma legal de carácter general para la prevención del abuso. En cambio, 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.

19. La jurisprudencia danesa ha sentado también 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.

<sup>4</sup> Kildeskatteloven — Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (Texto refundido n.º 1086, de 14 de noviembre de 2005).

### III. Litigio principal

20. La demandante en el litigio principal, T Danmark, es una sociedad danesa participada en más del 50 % por N Luxembourg 2 que presta servicios en Dinamarca integrada en el Grupo T-Danmark. El resto del capital de T Danmark está en manos de miles de accionistas.

21. N Luxembourg 2 es una sociedad domiciliada en Luxemburgo que fue fundada por N Luxembourg, una sociedad residente en Luxemburgo. N Luxembourg, cuyo capital, según ha indicado N Luxembourg 2, es propiedad de una serie de sociedades de inversión, posee más del 99 % del capital de N Luxembourg 2. El resto (menos del 1 %) está en manos de N Luxembourg 3, otra sociedad también residente en Luxemburgo.

22. Según un «Certificado de residencia» de primavera de 2011 expedido por las autoridades tributarias luxemburguesas, N Luxembourg 2 es una sociedad residente en Luxemburgo y comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial, cuya sede de dirección efectiva está situada también en este país, donde está sujeta al impuesto sobre sociedades luxemburgués, sin posibilidad de acogerse a exención alguna. En el mencionado certificado se dice además que N Luxembourg 2 es el beneficiario efectivo —«beneficial owner»— de los dividendos percibidos. El certificado fue expedido por las autoridades tributarias de Luxemburgo en respuesta a una solicitud de sus homólogos daneses.

23. T Danmark deseaba que se le informara, mediante una consulta vinculante, acerca de si los dividendos que debía satisfacer a N Luxembourg 2 están exentos del impuesto, con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra c), de la Ley del impuesto sobre sociedades y, por lo tanto, exentos de la retención en la fuente danesa.

24. En la consulta vinculante referida se dice que T Danmark está considerando satisfacer dividendos a N Luxembourg 2 en el tercer trimestre de 2011, por un importe total de cerca de 6 000 millones de coronas danesas (DKK). Se indica además que, dado que N Luxembourg 2 es una entidad independiente con una dirección autónoma y facultades decisorias, lógicamente, no es posible anticipar con seguridad qué decidirán los administradores de N Luxembourg 2, ni cuándo adoptarán su decisión, sobre el destino de los dividendos que perciban de T Danmark.

25. El Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda, Dinamarca) considera que no puede darse una respuesta vinculante mientras no se aclare cuál es el destino que N Luxembourg 2 tiene previsto para los dividendos percibidos de T Danmark.

26. En consecuencia, T Danmark comunicó al Skatteråd (Consejo fiscal, Dinamarca) que, a los efectos de la consulta vinculante, había que partir de la base de que la mayor parte de los dividendos que corresponden a N Luxembourg 2 serán distribuidos, vía dividendos, a los propietarios de esta última sociedad, a saber, N Luxembourg y N Luxembourg 3. Una pequeña parte de los dividendos (probablemente, entre un 3 % y un 5 %) se aplicarán a sufragar los gastos de N Luxembourg 2, N Luxembourg 3 y N Luxembourg, o a constituir una reserva para hacer frente a los futuros gastos de las citadas entidades. La solicitante añade que los dividendos satisfechos a N Luxembourg (como dividendos, como intereses o como cancelación de deudas), una vez que fluyan a las correspondientes sociedades de inversión, serán transferidos a los accionistas de estas; no obstante, desconoce de qué manera se producirá esa transferencia, ni qué tratamiento fiscal recibirá.

27. El Consejo fiscal, por lo tanto, respondió a la consulta vinculante en sentido negativo. Impugnada dicha respuesta por T Danmark en segunda instancia ante el Landsskatteret (Autoridad tributaria superior, Dinamarca), este la invalidó, convirtiéndola en una respuesta «afirmativa».

28. El Ministerio de Hacienda interpuso recurso contra la decisión de la Autoridad tributaria superior ante el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca). Dicho Tribunal ha resuelto iniciar un procedimiento prejudicial.

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

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

- «1) ¿Para que un Estado miembro pueda invocar el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, relativo a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos, es necesario que el Estado miembro de que se trate haya adoptado una disposición nacional específica que aplique dicho artículo 1, apartado 2, o que la legislación nacional contenga disposiciones o principios generales sobre el fraude fiscal y los abusos que puedan interpretarse de conformidad con ese mismo artículo 1, apartado 2?
  - a) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1 anterior, ¿puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Selskabsskattelov (Ley del impuesto sobre sociedades), que establece como “requisito previo la exclusión de la tributación de los dividendos [...] con arreglo a la Directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes”, constituye una disposición nacional específica a los efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435?
- 2) ¿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 dividendos distribuidos depende de si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo de estos, constituye una disposición convencional contra los abusos a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2 anterior: ¿corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales definir el concepto de “beneficiario efectivo”, o bien debe interpretarse dicho concepto, al aplicar la Directiva 90/435, de tal forma que se le atribuya un significado propio del Derecho de la Unión, sujeto al control del Tribunal de Justicia?
- 4) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2 anterior y de que se responda a la cuestión 3 anterior que no corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales definir el concepto de “beneficiario efectivo”, ¿debe entenderse este concepto en el sentido de que, de acuerdo con una interpretación conforme al Derecho de la Unión, una sociedad residente en un Estado miembro que, en circunstancias como las del presente caso, percibe dividendos de una sociedad residente en otro Estado miembro es el “beneficiario efectivo” de esos dividendos?
  - a) ¿Debe interpretarse el concepto de «beneficiario efectivo» del mismo modo que el concepto homónimo contemplado en el artículo 1, apartado 1, de la 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 157, p. 49) (Directiva sobre intereses y cánones), en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta?
  - b) ¿Debe interpretarse dicho concepto exclusivamente a la luz de los Comentarios al artículo 10 del Modelo de Convenio de 1977 (apartado 12), o puede acudir también a Comentarios posteriores, como los añadidos en 2003 respecto a las sociedades instrumentales o los añadidos en 2014 sobre las obligaciones contractuales o legales?

- c) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los dividendos puede ser considerado el “beneficiario efectivo”, que dicho perceptor esté obligado, legal o contractualmente, a transferir los dividendos a otra persona?
- d) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los dividendos puede ser considerado el “beneficiario efectivo”, 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 dividendos percibidos a otra persona— no tenía el “pleno” derecho de “uso y disfrute” de los dividendos a que se refieren los Comentarios de 2014 al Modelo de Convenio de 1977?
- 5) Si, en el presente caso, procede considerar que existen “disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos” en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435; que una sociedad (A) residente en un Estado miembro ha satisfecho dividendos a una sociedad matriz (B) residente en otro Estado miembro y esta última los ha transferido a su sociedad matriz (C), residente fuera de la Unión Europea [UE] y del Espacio Económico Europeo [EEE], la cual, a su vez, ha transferido los fondos a su propia sociedad matriz (D), también residente fuera de la UE y del EEE; que no existe Convenio de doble imposición entre el primer Estado miembro referido y el Estado de residencia de C; que existe un Convenio de doble imposición entre el primer Estado miembro referido y el Estado de residencia de D, y que el primer Estado miembro referido, por tanto, con arreglo a su Derecho interno, no podría someter a imposición en la fuente los dividendos satisfechos por A a D si D fuera la propietaria directa de A, ¿se trata, en tales circunstancias, de un abuso en el sentido de la Directiva 90/435 que determina que B no pueda ampararse en esta?
- 6) Si se considera que, de hecho, una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, en cuanto a los dividendos que haya percibido de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), ¿se opone el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, a una normativa con arreglo a la cual el último Estado miembro somete a imposición los dividendos de la sociedad matriz residente en el otro Estado miembro, siendo así que el Estado miembro en cuestión no somete a imposición tales dividendos si son satisfechos, en circunstancias similares, a una sociedad matriz residente?
- 7) Si se considera que, de hecho, una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, en cuanto a los dividendos que haya percibido de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz está sujeta a impuesto por obligación real en este Estado miembro respecto a dichos dividendos, ¿se opone el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, a una normativa con arreglo a 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 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 sobre sociedades de una sociedad residente?
- 8) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2 anterior y de que se responda a la cuestión 3 anterior que no corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales definir el concepto de “beneficiario efectivo”, y si ello determina que, de hecho, una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no esté exenta de la retención en la fuente, en virtud de la Directiva 90/435, en cuanto a los dividendos que haya percibido de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), ¿está el último Estado miembro obligado con arreglo a la Directiva 90/435 o al artículo 4 TUE, apartado 3, a manifestar a quién considera “beneficiario efectivo” en ese caso?

- 9) Si se considera que, de hecho, una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, en cuanto a los dividendos que haya percibido de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), ¿se opone el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE (o con el artículo 63 TFUE), considerados por separado o conjuntamente, a una normativa con arreglo a la cual
- a) la sociedad filial establecida en el último Estado miembro debe practicar una retención en la fuente sobre los dividendos y es responsable frente a dicho Estado de las retenciones no practicadas, pero no existe tal obligación de practicar la retención cuando la sociedad matriz es residente en este último Estado miembro;
  - b) el último Estado miembro establece intereses de demora sobre la deuda tributaria derivada de una retención en la fuente?

Se solicita al Tribunal de Justicia que, en su respuesta a la cuestión prejudicial 9, tenga en cuenta las respuestas dadas a las cuestiones prejudiciales 6 y 7.

10. En una situación en la que:

- 1) Una sociedad (matriz) residente en un Estado miembro cumple el requisito establecido por la Directiva 90/435 de poseer (en 2011) al menos el 10 % del capital social de una sociedad (filial) residente en otro Estado miembro;
- 2) se considera, de hecho, que la sociedad matriz no está exenta de la retención en la fuente, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, respecto de los dividendos satisfechos por la sociedad filial;
- 3) el accionista o los accionistas (directos o indirectos) residentes en un tercer Estado son considerados los “beneficiarios efectivos” de los dividendos en cuestión;
- 4) dicho accionista o accionistas (directos o indirectos) también cumplen el mencionado requisito relativo a su participación en el capital social;

¿se opone el artículo 63 TFUE a una normativa con arreglo a la cual el Estado miembro de residencia de la sociedad filial somete a imposición los dividendos en cuestión, siendo así que dicho Estado miembro no somete a imposición tales dividendos si son satisfechos a una sociedad residente que cumpla el requisito relativo a la participación en el capital social establecido por la Directiva 90/435, es decir, que posea, en el ejercicio 2011, al menos el 10 % del capital de la sociedad que distribuye los dividendos?»

30. Mediante auto de 13 de julio de 2016, se ordenó la acumulación de los asuntos C-116/16 y C-117/16. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia sobre las cuestiones prejudiciales en los expresados asuntos acumulados T Danmark, Y Denmark Aps, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, 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-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, han participado T Danmark, Y Denmark Aps, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, el Gran Ducado de Luxemburgo y la Comisión Europea.

## V. Apreciación jurídica

### A. Sobre la determinación del perceptor de los dividendos en caso de abuso cometido por el sujeto pasivo (cuestiones prejudiciales 1 a 5)

31. Es pacífico entre las partes que el pago de dividendos de que se trata está comprendido, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial. En consecuencia, Dinamarca, como Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos, conforme al artículo 5 de la citada Directiva, debería eximirlos de la retención en la fuente. No obstante, es obvio que Dinamarca considera que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial le permite denegar la exención de la retención en la fuente. Según esta disposición, la Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.

32. Mediante las cuestiones prejudiciales 1 a 5, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en primer lugar, si un Estado miembro puede ampararse en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial para evitar fraudes y abusos únicamente cuando lo haya transpuesto a su Derecho interno (B.1), y, de ser así, si puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Ley del impuesto sobre sociedades o una regla de un Convenio de doble imposición que aplica el concepto de beneficiario efectivo pueden considerarse una transposición suficiente al respecto (B.2). Si la respuesta es afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide a quién corresponde interpretar el concepto de beneficiario efectivo y conforme a qué criterios debe efectuarse tal interpretación.

33. Ahora bien, plantear todas estas cuestiones tiene sentido solamente si, por de pronto, se produce el presupuesto de hecho del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial. Dicha disposición exige, en este caso, que T Danmark haya incurrido en fraude fiscal o abuso al acogerse a la exención de la retención en la fuente. Por consiguiente, procede comenzar respondiendo a la cuestión prejudicial 5.

34. Antes que nada, debe advertirse, sin embargo, que esta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente no encaja con el relato de los hechos. La sociedad matriz (N Luxembourg) de la sociedad perceptora de los dividendos (N Luxembourg 2) es una sociedad residente en Luxemburgo, y no es, por tanto, como sugiere la cuestión prejudicial, residente en un tercer Estado. Si existen socios de esta «sociedad matriz principal» que residen en un tercer Estado, la resolución de remisión no aclara quiénes son. Así las cosas, es realmente imposible apreciar si concurre abuso, por más que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar al órgano jurisdiccional remitente algunas indicaciones útiles.

35. A este respecto, es necesario aclarar cuáles son los requisitos para deducir la existencia de un abuso en el ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial (epígrafe 2). Antes que nada, procede examinar el alcance de la prohibición de retención en la fuente establecida por el artículo 5, apartado 1, de la Directiva matriz-filial (epígrafe 1).

#### ***1. El principio de la prohibición de retención en la fuente del artículo 5, apartado 1, de la Directiva matriz-filial***

36. Como se desprende de su tercer considerando, la Directiva matriz-filial tiene por objeto eliminar, mediante el establecimiento de un régimen común, la penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro y facilitar de este modo los grupos de sociedades a escala de la Unión. De este modo, la Directiva tiende a garantizar la neutralidad, en el plano fiscal, del abono de beneficios por sociedades filiales situadas en Estados miembros a sus sociedades matrices establecidas en otros Estados

miembros.<sup>5</sup>

37. A estos efectos, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva matriz-filial deja a los Estados miembros la elección entre dos sistemas, a saber, entre el sistema de exención y el de imputación. En efecto, con arreglo a los considerandos 7 y 9 de esta Directiva, dicha disposición precisa que, cuando una sociedad matriz reciba, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz, o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios en la medida en que no sean deducibles por la filial y gravará dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial, o bien los gravará, permitiendo al mismo tiempo a la sociedad matriz deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel.<sup>6</sup>

38. Así, el artículo 4 de la Directiva matriz-filial pretende evitar que los beneficios distribuidos a una sociedad matriz residente por una filial no residente sean gravados, en un primer momento, en sede de la filial en su Estado de residencia y, posteriormente, en la esfera de la sociedad matriz, en su Estado de residencia.<sup>7</sup>

39. El artículo 4 de la Directiva matriz-filial trata de la doble imposición económica que se produce normalmente cuando se obtienen dividendos que, por un lado, proceden de ingresos que ya han tributado en sede de la sociedad filial (es decir, que han estado sometidos previamente al impuesto sobre sociedades de un Estado miembro), y por otro, se integran en los ingresos de la sociedad matriz (lo que implica que vuelven a estar sometidos al impuesto sobre sociedades de otro Estado miembro). Así pues, la carga impositiva que pueda recaer sobre un gran grupo de empresas dependerá del número de niveles en el que esté estructurado dicho grupo, lo cual, en la mayoría de los casos, responderá a criterios puramente organizativos. El artículo 4 de la Directiva matriz-filial, por tanto, tiene en cuenta el hecho de que pueden crearse tantas personas jurídicas como resulte conveniente en cada caso, sin que ello afecte a las personas que están detrás de aquellas ni a los beneficios derivados de la actividad desarrollada por medio de tales personas jurídicas.

40. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva matriz-filial viene a completar este principio, al eximir de retención en origen, para garantizar la neutralidad fiscal, los beneficios que las sociedades filiales distribuyan a sus matrices.<sup>8</sup> Con el fin de evitar la doble imposición, el artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva sienta el principio de prohibición de retenciones en origen sobre los beneficios distribuidos por filiales domiciliadas en Estados miembros a sus sociedades matrices domiciliadas en otros Estados miembros.<sup>9</sup>

41. Al prohibir a los Estados miembros que procedan a una retención en origen de los beneficios distribuidos por filiales residentes a sus matrices no residentes, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva matriz-filial limita la potestad de los Estados miembros en cuanto a la tributación de los beneficios distribuidos por las sociedades establecidas en su territorio entre las sociedades establecidas en otro Estado miembro.<sup>10</sup> Por consiguiente, los Estados miembros no pueden instaurar unilateralmente medidas restrictivas y supeditar el derecho a acogerse a la exención de retención en origen que se

5 Sentencias de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom y Enka* (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 20; de 17 de mayo de 2017, *AFEP y otros* (C-365/16, EU:C:2017:378), apartado 21, y de 8 de marzo de 2017, *Wereldhave Belgium y otros* (C-448/15, EU:C:2017:180), apartado 25 y jurisprudencia citada.

6 Sentencia de 17 de mayo de 2017, *X* (C-68/15, EU:C:2017:379), apartado 71; de 17 de mayo de 2017, *AFEP y otros* (C-365/16, EU:C:2017:378), apartado 22, y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 44.

7 Sentencia de 17 de mayo de 2017, *AFEP y otros* (C-365/16, EU:C:2017:378), apartado 24.

8 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom y Enka* (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 21.

9 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom y Enka* (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 22; véase también, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit y otros* (C-283/94, C-291/94 y C-292/94, EU:C:1996:387, apartado 22, y de 25 de septiembre de 2003, *Océ van der Grinten* (C-58/01, EU:C:2003:495), apartado 83.

10 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom y Enka* (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 23; véase también, en este sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2009, *Gaz de France — Berliner Investissement* (C-247/08, EU:C:2009:600), apartado 38.

establece en dicho artículo 5, apartado 1, a distintos requisitos.<sup>11</sup> El derecho a la exención de la retención en la fuente, por lo tanto, no puede supeditarse a que los accionistas de la sociedad matriz sean residentes del Estado miembro de que se trate, o a que el pagador de los dividendos explique cuál es el uso que el perceptor va a hacer ulteriormente de esos dividendos.

42. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva matriz-filial persigue evitar una doble imposición (en su vertiente jurídica). En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, en una retención en la fuente quien soporta el impuesto es el perceptor de los rendimientos (en este caso, de los dividendos).<sup>12</sup> La retención en la fuente practicada en el Estado de residencia del pagador de los dividendos, por lo tanto, no constituye un tipo de impuesto propiamente dicho, sino que responde meramente a una particular técnica impositiva. La retención en la fuente impuesta al pagador por su Estado de residencia y la imposición «ordinaria» que soporta el perceptor de los dividendos con arreglo a la legislación fiscal de su Estado de residencia conduce *per se* a una doble imposición y, normalmente, también implica una discriminación con respecto a los perceptores de dividendos residentes.

43. Son precisamente los grandes conglomerados empresariales transnacionales los que, de no existir la exención, sufrirían una multiplicación del efecto de cascada que se ha descrito, si cada reparto de dividendos estuviera sometido a la retención en la fuente. Me parece evidente que tal resultado obraría en perjuicio del mercado interior.

44. No obstante, a efectos de la prevención de una doble imposición «en cascada», económica y jurídica, como la que se ha descrito, carece de relevancia el hecho de que el perceptor de los dividendos sea a la vez el «beneficiario efectivo» o no, o su equivalente. Más importante es si el pagador tributó por el impuesto sobre sociedades y el perceptor tiene que pagar de nuevo el impuesto sobre sociedades por los dividendos obtenidos. Lo mismo cabe afirmar sobre la prohibición de retención en la fuente. Lo decisivo será si los ingresos por dividendos se integran en la base imponible del impuesto. En el presente asunto, las autoridades fiscales luxemburguesas confirmaron que así era.

45. Así pues, es lógico que la Directiva matriz-filial (a diferencia de la Directiva sobre intereses y cánones)<sup>13</sup> trate «únicamente» de los beneficios que una sociedad filial distribuye a su sociedad matriz (siempre que esta posea una participación mínima en el capital social de aquella). Dado que los dividendos —a diferencia de los pagos de intereses— no constituyen, en principio, gastos de explotación que minoren los beneficios, es totalmente comprensible que la Directiva matriz-filial no haga mención expresa de ningún otro criterio material, *verbi gratia*, el cobro de los dividendos en nombre y por cuenta propios.

46. El derecho a percibir los dividendos es una consecuencia, al fin y al cabo, de la condición de sociedad matriz, con arreglo al Derecho de sociedades, que solo puede ostentarse en nombre propio. Tampoco cabe pensar en un ejercicio por cuenta ajena de tal condición. En cualquier caso, no puede deducirse de la mera existencia de una «sociedad matriz principal». Por consiguiente, la Directiva matriz-filial es aplicable, en principio, a todos los pagos de dividendos efectuados por una sociedad filial a su sociedad matriz residente en otro Estado miembro, siempre que se trate de una sociedad que cumple los requisitos de su artículo 2.

47. El único límite es el constituido por lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la referida Directiva, que establece que esta no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.

11 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, Egiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 24; auto de 4 de junio de 2009, KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 y C-499/07, EU:C:2009:339), apartado 38 y jurisprudencia citada.

12 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.

13 Directiva 2003/49.

## 2. El concepto de abuso en el Derecho de la Unión

48. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial refleja el principio general del Derecho de la Unión de que nadie puede invocar de forma abusiva o fraudulenta derechos establecidos por el sistema jurídico de la Unión.<sup>14</sup> La aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir 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>15</sup>

49. El tenor de la disposición no aporta más precisiones sobre el sentido del término abuso, como concepto en el que se apoya aquella.<sup>16</sup> Como disposición que introduce una excepción, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial debe ser objeto de una interpretación restrictiva.<sup>17</sup> Así lo exige, en particular, en cuanto a las medidas de prevención de abusos, el principio de seguridad jurídica. En efecto, si un particular cumple formalmente todos los requisitos para disfrutar de un derecho, solo en ciertos casos especiales podrá verse privado de ese derecho como consecuencia de haber cometido abuso.

50. Pueden hallarse indicios, sin embargo, en otras Directivas de la Unión Europea en relación con la apreciación de un abuso. Así, por ejemplo, en el artículo 11, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva sobre fusiones<sup>18</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>19</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, 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 arreglo se considerará falseado en la medida en que no se haya establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

51. 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

14 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, Egiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 26, y mis conclusiones presentadas en el asunto Egiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:34), punto 24.

15 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.

16 Véase, en cambio, lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009 (Directiva sobre fusiones, DO 2009, L 310, p. 34).

17 Véanse las sentencias de 17 de octubre de 1996, Denkvit y otros (C-283/94, C-291/94 y C-292/94, EU:C:1996:387), apartado 27; de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369), apartados 38 y 39; de 5 de julio de 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), apartado 37; de 11 de diciembre de 2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705), apartado 31; de 20 de mayo de 2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282), apartado 46, y de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718), apartado 44.

18 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).

19 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).

económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.<sup>20</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>21</sup> pero sí la finalidad esencial.<sup>22</sup>

52. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia contiene dos elementos que están imbricados. Por una parte, a los montajes puramente artificiales, que solo 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 solo un indicio de que la finalidad esencial perseguida es la obtención de una ventaja fiscal.<sup>23</sup>

53. 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>24</sup> Si bien es cierto que incumbe al órgano jurisdiccional remitente efectuar esa evaluación global,<sup>25</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>26</sup> el Tribunal de Justicia puede proporcionar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones útiles.<sup>27</sup>

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

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

54. El Tribunal de Justicia no puede valorar si se trata de un montaje puramente artificial, carente de toda realidad económica. Por un lado, el relato de los hechos facilitado por el órgano jurisdiccional remitente es totalmente insuficiente y, por otro, corresponde a este último la apreciación de esos hechos. El Tribunal de Justicia solo puede aportar algunas indicaciones.

20 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, así como la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 55.

21 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, Amplisientifica y Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28.

22 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.

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

24 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.

25 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.

26 Sentencia 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.

27 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.

55. Como ha declarado recientemente el Tribunal de Justicia, el hecho de que la actividad de una sociedad consista únicamente en la administración de activos y de que sus ingresos procedan exclusivamente de esta administración no puede, por sí sola, implicar la existencia de un montaje puramente artificial, carente de toda realidad económica.<sup>28</sup> 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. En efecto, si una sociedad legalmente constituida está localizable en su domicilio y cuenta sobre el terreno con los correspondientes recursos materiales y humanos para lograr sus fines por sí misma, no puede hablarse de un montaje carente de toda realidad económica.

56. El hecho de que el perceptor de los dividendos distribuya, a su vez, sus beneficios a sus accionistas no permite deducir la existencia de un montaje artificial. Las sociedades de capital se basan en el principio de que, en algún momento, los beneficios derivados de sus ingresos (entre los cuales se cuentan los rendimientos del capital, como los dividendos) serán distribuidos a los socios. De la Directiva matriz-filial no se deduce que la exención de retención en la fuente con arreglo su artículo 5, apartado 1 (así como, en su caso, la exención de imposición de los dividendos de su artículo 4) dependan de la política de dividendos que adopte la sociedad matriz. El efecto de cascada al que se ha hecho referencia anteriormente, que pretende evitarse con la Directiva (véanse los puntos 36 y siguientes de las presentes conclusiones), se produce con mayor intensidad precisamente cuando hay otro reparto de dividendos ulterior.

57. Dicha conclusión es igualmente válida en los casos en que es probable que los socios de la sociedad matriz principal (las sociedades de inversión) residan en terceros Estados. En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la mera circunstancia de que la sociedad perceptora de los dividendos esté controlada directa o indirectamente por personas que no residen en la Unión no basta para deducir que existe una utilización abusiva de la exención de retención en la fuente.<sup>29</sup> Ello equivaldría a imponer al contribuyente la carga de justificar sistemáticamente que no hay una motivación fiscal, sin que la Administración esté obligada a aportar indicios suficientes de evasión fiscal.<sup>30</sup>

58. La denegación de la exención de la retención en la fuente se apoyaría a este respecto en la presunción general de que va a incurrirse en alguna forma de evasión fiscal. Pero tal presunción es inadmisibles.<sup>31</sup> Siempre es necesario un análisis de las circunstancias objetivas y verificables del caso concreto.<sup>32</sup> Pues bien, en el presente asunto, no cabe deducir que existan indicios de un montaje artificial carente de realidad económica. El certificado aportado por las autoridades fiscales luxemburguesas (véase el punto 22 de las presentes conclusiones) muestra, en efecto, que no se trata de una estructura de esa naturaleza.

59. 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. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en relación con la Directiva matriz-filial, que las estructuras de participación concebidas con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas en dicha

28 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.

29 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartados 27 y siguientes.

30 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 28, y de 5 de julio de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415), apartado 55.

31 Véanse las sentencias de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 30; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-334/02, EU:C:2004:129), apartado 27; de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica (C-433/04, EU:C:2006:702), apartado 35; de 28 de octubre de 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645), apartado 34; y, por último, de 5 de julio de 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415), apartado 38 y jurisprudencia citada.

32 Véanse las sentencias de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 30; de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369), apartados 41 y 44; de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126), apartado 25; de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, EU:C:2002:704), apartado 42; de 20 de mayo de 2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282), apartado 44, y de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais, C-126/10, EU:C:2011:718), apartado 37.

Directiva constituyen una forma de abuso.<sup>33</sup> A este respecto, la citada Directiva también presupone que deben existir razones económicas que justifiquen la estructura. El simple propósito de obtener una ventaja puramente fiscal, sin relación con realidad económica alguna, no goza de amparo legal.<sup>34</sup>

**b) Razones extrafiscales significativas**

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

61. Según la jurisprudencia del 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>35</sup> Por lo tanto, el mero hecho de que en la presente situación de participaciones en cadena también se hayan utilizado sociedades de Luxemburgo no permite, por sí solo, deducir la existencia de un abuso.

62. 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>36</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>37</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.

63. 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 aquel en el que reside, no autoriza, por sí solo, a privarle de la posibilidad de invocar disposiciones del Tratado.<sup>38</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.

64. 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>39</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>40</sup> de los Estados miembros es posible conforme al Derecho de la Unión y además está aceptada políticamente en la Unión.

33 Véase la sentencia de 17 de octubre de 1996, Denkavit y otros (C-283/94, C-291/94 y C-292/94, EU:C:1996:387), apartado 31.

34 Sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), apartado 26; véanse también las sentencias sobre la Directiva de fusiones de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369), apartado 47, y de 10 de noviembre de 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718), apartado 34.

35 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.

36 2006, Halifax y otros (C-255/02, EU:C:2006:121), apartado 73.

37 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 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.

38 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.

39 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.

40 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.

65. 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 matriz-filial.<sup>41</sup> El hecho de que los accionistas de T Danmark y los accionistas de la sociedad matriz de esta sean residentes en Luxemburgo y en un tercer Estado, respectivamente, aisladamente considerado, tampoco es, por tanto, constitutivo de un abuso.

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

66. Un dato particularmente significativo entraría en escena si los perceptores últimos de los dividendos —en este caso, las sociedades de inversión, estén o no sujetas al régimen de transparencia fiscal— tuvieran su domicilio en determinados terceros países (generalmente, se trataría de pequeñas islas como las Islas Caimán,<sup>42</sup> Bermudas<sup>43</sup> o Jersey),<sup>44</sup> que no se caracterizan precisamente por su disposición a cooperar con las autoridades fiscales extranjeras. Tal circunstancia podría ser un indicio de un proceder poco habitual, considerado globalmente, cuya motivación económica no está clara a primera vista.

67. No obstante, nada indica en los autos cuál sea el Estado de residencia de los accionistas situados en la cúspide de la estructura societaria (es decir, los socios de las sociedades de inversión), por más que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar al órgano jurisdiccional remitente algunas indicaciones útiles.

68. Si las sociedades de inversión fueran efectivamente residentes de tales terceros países, toda la estructura podría ser considerada un mecanismo abusivo, no tanto por la «instrumentalización» de sociedades luxemburguesas 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?*

69. Debe señalarse, en primer lugar, que Dinamarca no se vio privada de la imposición de los beneficios de la sociedad operativa (T Danmark). Este beneficio quedó sujeto al impuesto de forma normal en el Estado de residencia (es decir, en Dinamarca). Por lo tanto, los dividendos estuvieron sometidos inicialmente al impuesto sobre sociedades danés.

70. Las dos sociedades luxemburguesas (la sociedad matriz y la matriz principal) están sujetas por obligación personal en Luxemburgo al impuesto sobre sociedades, por los rendimientos obtenidos. Ello quiere decir que se dan las condiciones del artículo 2 de la Directiva matriz-filial. La exención de los dividendos en Luxemburgo es conforme con el espíritu de la Directiva y tiene en cuenta la imposición previa por el impuesto sobre sociedades danés.

71. A este respecto, el hecho de que Luxemburgo no someta a imposición en la fuente los dividendos pagados a accionistas residentes en terceros Estados carece de relevancia. Se trata de una decisión que es fruto de la soberanía fiscal de todo 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 solo sobre el papel) las ventajas de localización que ofrecen determinados Estados miembros.

41 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.

42 Asunto C-119/16.

43 Asunto C-117/16.

44 Asunto C-299/16.

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

72. Analizado detenidamente, con la intervención de las sociedades luxemburguesas «únicamente» se consigue evitar la retención en la fuente sobre los dividendos pagados en Dinamarca. Sin embargo, como ya se ha mencionado en el punto 42 de las presentes conclusiones, en una retención en la fuente el sujeto que soporta el gravamen es realmente el destinatario de los rendimientos (en este caso, de los dividendos).<sup>45</sup> Tal tributación se efectúa mediante la retención en la fuente practicada por el ordenante, en el momento del pago, de una parte de esos rendimientos.

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

74. Para una elusión abusiva del fin que persigue la ley (garantizar la tributación del perceptor de los dividendos) 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 88 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 verdadero Estado del perceptor de los mismos.

75. Por consiguiente, a mi modo de ver, si una de las razones de la estructura elegida fuera el pago de los dividendos 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.

76. Tal conclusión resultaría infundada, en cambio, si las sociedades de inversión ofrecen a los Estados miembros de residencia de sus inversores la información fiscal relevante en caso de reparto de dividendos, o si el Estado de residencia de las sociedades de inversión dispone de la información pertinente y la transmite a los respectivos Estados. Una estructura como la descrita no burlaría el fin de la retención en la fuente que no se ha practicado (véase el punto 73 de las presentes conclusiones). Esta cuestión también deberá ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional remitente en su apreciación de conjunto.

### *d) Conclusión sobre la cuestión prejudicial 5*

77. Con la elusión de la retención en la fuente de los dividendos abonados a sociedades de inversión residentes en terceros países se pretende fundamentalmente evitar la imposición de dichos dividendos 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 eludir la referida tributación. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar este extremo.

<sup>45</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.

**4. *¿Interpretación de la Directiva matriz-filial conforme al espíritu de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE? (Cuestiones prejudiciales 3 y 4)***

78. Mediante las cuestiones prejudiciales 3 y 4, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en particular, si una denegación de la exención de la retención en la fuente establecida por la Directiva matriz-filial con arreglo a un Tratado internacional entre Dinamarca y otro Estado (es decir, un Convenio de doble imposición) debe apoyarse en conceptos del Derecho de la Unión, cuya aplicación está sujeta al control del Tribunal de Justicia. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, además, si para efectuar tal interpretación conforme al Derecho de la Unión debe acudirse a los Comentarios al MCOCDE y, en caso afirmativo, también a las versiones de estos posteriores a la adopción de la citada Directiva.

79. En los posteriores Comentarios al MCOCDE, 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 que actúan por cuenta de las partes interesadas.

80. Siempre que un Estado miembro pretenda limitar la aplicación a un particular de una exención establecida por el Derecho de la Unión, tal medida restrictiva habrá de ser interpretada siempre a la luz del Derecho de la Unión. Por consiguiente, para poder dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es necesario interpretar la Directiva matriz-filial, a cuyos efectos puede acudirse también a los MCOCDE y a sus Comentarios.

81. Ahora bien, los MCOCDE no son ni Derecho de la Unión ni disposiciones vinculantes para el Tribunal de Justicia. 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>46</sup> Lo mismo cabe afirmar respecto de los Comentarios adoptados por la OCDE, los cuales en última instancia solo contienen opiniones jurídicas.

82. 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>47</sup> Similar influencia ejercen los principios jurídicos de ámbito internacional que informan los Comentarios al MCOCDE.

83. Sin embargo, los Comentarios a los MCOCDE no pueden tener un efecto directo sobre la interpretación de una Directiva de la Unión Europea y, en consecuencia, tampoco sobre una interpretación del Derecho nacional concordante con el Derecho de la Unión. 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, solo 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.

<sup>46</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%20de%20octubre%202013.pdf>.

<sup>47</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; véase también la sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 67.

84. 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>48</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 Contratantes de la OCDE tendrían la posibilidad de decidir sobre la interpretación de una Directiva de la Unión.

85. Por lo tanto, cabe responder a las cuestiones prejudiciales 3 y 4 que la Directiva matriz-filial debe interpretarse de forma autónoma e independiente respecto del artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE de 1977 o de sus versiones posteriores.

86. Por otro lado, se plantea la pregunta, en suma, de si debe interpretarse el concepto de perceptor de los dividendos, en el sentido de la Directiva matriz-filial, análogamente al concepto de beneficiario efectivo de la Directiva sobre intereses y cánones. Esta cuestión también puede ser respondida en sentido negativo, pues, como se ha observado en el punto 36 de las presentes conclusiones, el principio que preside la primera Directiva es distinto al que informa la segunda y, por ello, no se ha querido emplear en la primera el concepto de beneficiario efectivo.

## **B. Sobre la indicación del verdadero destinatario de los dividendos (cuestión prejudicial 8)**

87. Mediante la octava cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si el Estado miembro que no desee reconocer que el perceptor de los dividendos es también el beneficiario en el sentido de la Directiva matriz-filial, por entender que no se trata más que de una sociedad instrumental artificial, está obligado a indicar a quién considera el verdadero destinatario de los dividendos. Así pues, en lo esencial, el órgano jurisdiccional remitente se está refiriendo a la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de un abuso.

88. 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 un pago directo de dividendos entre las sociedades de inversión y la demandante en el litigio principal. Tal «estructura normal» implicaría probablemente un mayor coste fiscal.

89. 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>49</sup> Si de las circunstancias se deduce que la finalidad esencial<sup>50</sup> no consiste en evitar el pago del impuesto que normalmente se devengaría, la referida operativa no podrá ser considerada abusiva, por cuanto es el propio Estado el que pone a disposición del sujeto pasivo las distintas opciones.

90. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>51</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 destinatario real de los dividendos.

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

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

50 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.

51 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.

91. Así pues, desde el punto de vista danés, solo podría hablarse de un abuso en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial si el pago directo de dividendos estuviera sujeto a la correspondiente tributación en Dinamarca. Ahora bien, según la legislación danesa, esto no ocurriría si, obviando la denominada sociedad instrumental, el destinatario real de los dividendos 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 estuvieran sujetas efectivamente al régimen de transparencia fiscal, la respuesta dependería de cuál fuera el Estado de residencia de los respectivos inversores.

92. Cabe responder, por tanto, a la cuestión prejudicial 8 en el sentido de que el Estado miembro que no quiera reconocer que una sociedad establecida en otro Estado miembro, que ha percibido dividendos, es el destinatario de los mismos, para deducir la existencia de un abuso, en principio, deberá indicar a quién considera el destinatario real de los dividendos. 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.

### **C. Sobre la invocación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial (cuestiones prejudiciales 1 y 2)**

93. Mediante las cuestiones prejudiciales 1 y 2, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en definitiva, si (epígrafe 1) Dinamarca puede basarse directamente en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial para denegar la aplicación al sujeto pasivo de la exención prevista por el artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva. En caso de no ser así, procede determinar si (epígrafe 2) Dinamarca ha transpuesto suficientemente, en su legislación nacional anteriormente citada, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial.

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

94. En caso de que, conforme a los criterios antes expuestos, exista un abuso en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial, el presente asunto se distingue por la peculiaridad de que el Derecho danés no contenía ninguna disposición específica de transposición del citado artículo. Tampoco existía, según el órgano jurisdiccional remitente, ninguna disposición general sobre la prevención de abusos. En consecuencia, algunos intervinientes en el procedimiento consideran que no puede negárseles la aplicación de la exención prevista en la legislación nacional basándose en un supuesto abuso.

95. No obstante, no siempre es necesaria una reproducción formal de las disposiciones de una Directiva (en este caso, del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial) en la normativa específica del Derecho nacional. En efecto, 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 este garantiza efectivamente la plena aplicación de la Directiva de forma suficientemente clara y precisa.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> 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.

96. 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 estos no son pertinentes en el presente asunto, si efectivamente el pago formal de los dividendos se efectuó, en primer lugar, a las sociedades luxemburguesas.

97. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial 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. Así, hasta la fecha, todos los Estados miembros han desarrollado determinadas herramientas para prevenir el abuso de Derecho con fines de evasión fiscal.<sup>53</sup> Por lo tanto, 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>54</sup> se recoge actualmente en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164.

98. En tal sentido, todas las disposiciones nacionales, las adoptadas en transposición de la Directiva matriz-filial 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 expresada Directiva y de su artículo 1, apartado 2.<sup>55</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>56</sup>

99. Únicamente una aplicación directa del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial en detrimento de la demandante le estaría vedada a las autoridades danesas,<sup>57</sup> por razones de seguridad jurídica. Un Estado miembro no puede oponer a los particulares una disposición de una Directiva que no ha traspuesto a su Derecho interno.<sup>58</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>59</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.

53 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).

54 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, Fini H (C-32/03, 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.

55 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 y C-403/01, EU:C:2004:584), apartados 113 y siguientes, y de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (C-14/83, EU:C:1984:153), apartado 26.

56 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, y mis conclusiones presentadas en el asunto Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86), punto 65.

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

58 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.

59 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; véase 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.

100. 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 de la Unión que prohíba el abuso del Derecho, pues, en cualquier caso, para los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva matriz-filial, se ha especificado y concretizado este principio en el artículo 1, apartado 2, de la citada Directiva.<sup>60</sup> Si se permitiera, además, la aplicación directa 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 matriz-filial 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 que no han sido transpuestas al Derecho nacional de forma directa en perjuicio de los particulares.<sup>61</sup>

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

101. Las anteriores consideraciones no resultan desvirtuadas por las sentencias del Tribunal de Justicia<sup>62</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.

102. 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 esta, que la legislación del impuesto sobre la renta de los Estados miembros.

103. 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>63</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 reciente sentencia, entre la legislación del IVA y el Derecho derivado de la Unión que contiene una autorización expresa para la prevención de los abusos.<sup>64</sup> Por consiguiente, no cabe una aplicación directa del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial en perjuicio de los sujetos pasivos.<sup>65</sup>

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

61 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.

62 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).

63 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.

64 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.

65 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.

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

104. 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.

105. 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>66</sup>

106. Por esta razón, cabe responder a las cuestiones prejudiciales 1, letra a), y 2 que ni el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Ley danesa del impuesto sobre sociedades ni una disposición de un Convenio de doble imposición relativa a la tributación de los dividendos pagados al beneficiario efectivo son suficientes para poder ser considerados una transposición del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial.

107. 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. Estos 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. Lo cual implica que carece de relevancia el hecho de que Dinamarca no haya procedido a una transposición expresa del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial, aunque corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar este extremo.

108. 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 53 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>67</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.

109. Si el objetivo de la estructura es evitar la tributación del inversor real, el reparto de dividendos irá destinado formalmente a la sociedad matriz luxemburguesa, pero, desde una perspectiva económica, el verdadero destinatario son las sociedades de inversión, o sus socios. Así pues, el pago de los dividendos a la sociedad matriz luxemburguesa no refleja la realidad económica, sino solo la realidad (formal) civil.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</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.

#### **D. Violación de las libertades fundamentales (cuestiones prejudiciales 6, 7, 9 y 10)**

110. Dado que, en este caso, no pueden apreciarse indicios que expliquen por qué no podría aplicarse la prohibición de retención en la fuente del artículo 5 de la Directiva matriz-filial, no resulta necesario examinar las cuestiones prejudiciales 6, 7, 9 y 10 del órgano jurisdiccional remitente.

111. No obstante, 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 habrá de practicarse la retención en la fuente. Pero entonces ya no plantearía problemas el presente asunto, ya que dicha retención es consecuencia de un abuso, y los justiciables no pueden prevalerse del Derecho de la Unión de forma abusiva.<sup>68</sup>

112. Ahora bien, el Tribunal de Justicia, por otro lado, 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>69</sup> La misma doctrina rige respecto de los perceptores de dividendos nacionales y extranjeros. 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 dividendos residentes en el extranjero no sea superior al impuesto sobre sociedades danés que debe pagar un perceptor de dividendos nacional.<sup>70</sup>

113. Lo mismo cabe afirmar respecto de las diferencias entre los tipos de interés o el impuesto sobre sociedades danés liquidado al perceptor de los dividendos 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 dividendos). 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 73 de las presentes conclusiones).

114. En lo que respecta a la cuestión prejudicial 10, debe señalarse que se trata de una situación hipotética. El órgano jurisdiccional remitente no ha facilitado información sobre los porcentajes de participación, directa o indirecta, que poseen los accionistas de la sociedad matriz principal de T Danmark ni sobre cuáles de esos accionistas son residentes en terceros Estados. Únicamente puede deducirse del requerimiento de información remitido por T Danmark que parte de los inversores residen probablemente en los Estados Unidos. Por consiguiente, se trata de una situación hipotética en cuanto concierne a los porcentajes de participación. Pues bien, no ha lugar a responder a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia que sean de naturaleza hipotética.<sup>71</sup>

68 Véanse, entre otras muchas, 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.

69 Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), apartado 41, confirmado en la sentencia de 18 de octubre de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635), apartado 26.

70 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.

71 Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 28 de noviembre de 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908), apartado 44, y de 20 de julio de 2017, Píscarreta Ricardo (C-416/16, EU:C:2017:574), apartado 56 y jurisprudencia citada.

## VI. Conclusión

115. En consecuencia, propongo responder a las cuestiones prejudiciales del Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca) del siguiente modo:

- «1) Procede responder a la cuestión prejudicial 1 que un Estado miembro no puede invocar el artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial si no lo ha transpuesto a su Derecho interno.
- 2) Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales 1, letra a), y 2, procede responder que ni el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Ley danesa del impuesto sobre sociedades ni una disposición de un Convenio de doble imposición redactada conforme al artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE pueden ser considerados una transposición suficiente del artículo 1, apartado 2, de la Directiva matriz-filial. 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.
- 3) Procede responder a las cuestiones prejudiciales 3 y 4 que una sociedad matriz residente en otro Estado miembro que percibe dividendos de su sociedad filial debe ser considerada el beneficiario de los dividendos en el sentido de la Directiva matriz-filial. Los conceptos de esta Directiva deben interpretarse de forma autónoma conforme al Derecho de la Unión, acudiendo exclusivamente a la citada Directiva y con independencia de los Comentarios al artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE de 1977 o de sus versiones posteriores.
- 4) Procede responder a la cuestión prejudicial 5 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.
  - 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 dividendos satisfechos a sociedades de inversión residentes en terceros países a través de sociedades de otros Estados miembros se pretende fundamentalmente evitar la imposición de dichos dividendos en la esfera de los beneficiarios reales de estos (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 beneficiarios reales de los dividendos puedan eludir la efectiva tributación.
- 5) Procede responder a la cuestión prejudicial 8 que el Estado miembro que no quiera reconocer que una sociedad residente en otro Estado miembro es el beneficiario de los dividendos, para deducir la existencia de un abuso, deberá indicar quién es el verdadero beneficiario de los mismos, aunque, cuando se trata de operaciones transfronterizas, puede recaer sobre los contribuyentes un mayor deber de colaboración.
- 6) En vista de las respuestas propuestas a las cuestiones prejudiciales 1 y 5, no ha lugar a responder a las cuestiones prejudiciales 6, 7, 9 y 10.»