

Criterio 1 de 2 de la resolución: **00/07921/2020/00/00**

Calificación: **Doctrina**

Unidad resolutoria: **TEAC**

Fecha de la resolución: **20/03/2024**

Asunto:

IRNR. Obligación de practicar retención a cuenta del IRNR sobre los rendimientos satisfechos (intereses) por una pagadora española a una sociedad en Luxemburgo, cuyo beneficiario efectivo es residente en Bermudas.

Criterio:

Sí puede existir obligación de practicar retención sobre los intereses satisfechos a una sociedad residente en Estado miembro de la UE, si el beneficiario efectivo es residente fuera, aun cuando el artículo 14.1.c) del TRLIRNR no contenga cláusula de beneficiario efectivo; es correcta la interpretación de la norma interna conforme a la Directiva de Intereses y Cánones 2003/49/CE, en aplicación de la Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2019.

En contra de lo patrocinado por la reclamante, el supuesto puede y debe enjuiciarse conforme a las sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2019 y a los Comentarios al modelo OCDE.

Para el TJUE el principio general antiabuso del Derecho comunitario, como principio rector del Derecho de la Unión Europea, resulta aplicable con carácter general, con independencia de que la norma doméstica recoja o no una cláusula antiabuso y cualquiera que fuera el momento en que dicha norma sea aprobada en la legislación interna.

El criterio plasmado en la resolución de este TEAC de 8/10/2019 (RG 185/2017), acogiendo el de la sentencia del TJUE de 26/02/2019, ha sido corroborado por la sentencia del Tribunal Supremo de 8/06/2023.

El Tribunal Supremo expone claramente el cambio de criterio que efectúa llevado de la mano de la sentencia del TJUE analizada y lo concreta con precisión en los dos aspectos sustantivos que extrae de la sentencia del Tribunal europeo:

Uno, el reconocimiento explícito de que son relevantes y aplicables los principios de la OCDE; y otro, que la definición del beneficiario efectivo no puede cogerse del derecho nacional, debiéndose tener en cuenta la evolución del mismo al momento en que debe aplicarse conforme a una interpretación dinámica, y atendiendo a los futuros cambios en los Comentarios de del Modelo de Convenio de la OCDE.

Reitera criterio de Resolución TEAC de 8-10-2019 (RG 185/2017)

Referencias normativas:

RDLeg 5/2004 Texto Refundido Impuesto Renta de no Residentes

14.1.c)

Directiva 2003/49/CE del Consejo Régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados Miembros

OCDE. Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE de 2008

Conceptos:

Directrices OCDE

No residente/s

Retenciones

Texto de la resolución: ([Ver en nueva pestaña o ventana](#))

FECHA: 20 de marzo de 2024

PROCEDIMIENTO: 00-07921-2020

CONCEPTO: IMPUESTO RENTA DE NO RESIDENTES. IRNR

NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL

RECLAMANTE: **XZ-TW** SL - NIF ...

REPRESENTANTE: ... - NIF ...

DOMICILIO: ... - España

En Madrid , se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

Se ha visto la presente reclamación contra Acuerdo de Liquidación de fecha 26 de noviembre de 2020 dictados por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T. (DCGC), relativo al IMPUESTO SOBRE LA RENTA NO RESIDENTES (IRNR), retenciones a cuenta del IRNR, ejercicios 2015, 2016 y 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21/12/2020 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación, interpuesta en 18/12/2020 contra Acuerdo de Liquidación de fecha 26 de noviembre de 2020 dictados por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T. (DCGC), relativo al IMPUESTO SOBRE LA RENTA NO RESIDENTES (IRNR), retenciones a cuenta del IRNR, ejercicios 2015, 2016 y 2017.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de junio de 2018 la Delegación Central de Grandes Contribuyentes inició actuaciones de comprobación e investigación de la situación tributaria del **GRUPO FISCAL_1**, con carácter parcial, relativas al Impuesto sobre Sociedades (IS), del ejercicio 2013. Las actuaciones se limitaban a la comprobación de:

*"La repercusión en el modelo de declaración consolidada del **GRUPO FISCAL_1** de la regularización que se efectúe en la entidad dependiente **XZ** SAU como consecuencia de la comprobación de la tributación de las operaciones realizadas por **XZ** SAU con la sociedad Suiza **XZ-QR** AG con nº de identificación ...*

La comunicación de inicio se dirigió a la entidad **XZ-TW**, S.L., como sociedad dominante del **GRUPO FISCAL_1**.

Con fecha 11-12-2018 se notifica la ampliación de las actuaciones, con carácter parcial, respecto al IS de los ejercicios 2013 a 2017.

Las actuaciones se limitaban a la comprobación de:

"1. Las operaciones de gestión centralizada de tesorería.

*2. La deducibilidad de los gastos financieros de los préstamos recibidos de las entidades **XZ-TW** Sarl, **XZ-NP** AG y **XZ-LM**.*

*3. La repercusión en el modelo de declaración consolidada del **GRUPO FISCAL_1** de la regularización que se efectúe en la entidad dependiente **XZ**, SA como consecuencia de la comprobación de la tributación de las operaciones realizadas por **X** y **Z** SA con la sociedad Suiza **XZ-QR** AG y por las operaciones de gestión centralizada de tesorería".*

Con fecha 20-12-2019 se notifica la ampliación de las actuaciones, con carácter parcial, respecto al IRNR correspondiente a los periodos 01/2014 a 12/2017; se amplía la extensión del procedimiento a la comprobación de *"las retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No residentes, derivadas del pago de intereses por los préstamos recibidos"*.

En ambas comunicaciones de ampliación de las actuaciones se advertía que se dirigían a la entidad **XZ-TW**, S.L., sociedad dominante del **GRUPO FISCAL_1** hasta el 31/12/2014, y cuya entidad dominante desde el 01/01/2015 es la entidad **XZ-JK** AG, en su condición de representante del mismo.

Como consecuencia de las actuaciones de comprobación e investigación con fecha 08/07/2020 se han formalizado las siguientes Actas:

- **ACTA DISCONFORMIDAD_11** por el IS de los ejercicios 2013/14/15/16; contiene ajustes correspondientes a operaciones vinculadas.

- **ACTA DISCONFORMIDAD_2** referida al IS del ejercicio 2017; contiene ajustes correspondientes a operaciones vinculadas.

- **ACTA DISCONFORMIDAD_3** referida al IRNR de los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

Derivado de las anteriores Actas de disconformidad con fecha 26-11-2020 se han dictado los siguientes Acuerdos:

1.- Acuerdo de Liquidación derivado del **ACTA DISCONFORMIDAD_11**. Se notifica al contribuyente el 30-11-2020.

2.- Acuerdo de Liquidación provisional derivado del **ACTA DISCONFORMIDAD_2**. Se notifica al contribuyente el 30-11-2020.

3.- Acuerdo de Liquidación provisional derivado del **ACTA DISCONFORMIDAD_3**. Se notifica al contribuyente el 30-11-2020.

TERCERO.- El objeto del presente expediente es el Acuerdo de liquidación derivado del **ACTA DISCONFORMIDAD_3**, dictado por la Jefa de la Oficina Técnica de la DCGC el 26-11-2020 y referido al IRNR de los ejercicios 2015 a 2017. La deuda tributaria

por la cuota de la Grupos Económicos de la DGRN en 2017 y 2018 y teniendo en cuenta los ejercicios 2016 a 2017. La deuda instrumentada total asciende a 482.368,81 euros (cuota: 421.466,60 euros; intereses de demora: 60.902,21 euros). La liquidación consta notificada al contribuyente el 30-11-2020 y en ella se regulariza lo siguiente:

Se considera que los rendimientos satisfechos a la entidad **lusenbursguesa XZ-GH SARL** en concepto de intereses de préstamos por ésta concedidos a **XZ-TW, S.L. (XZ-TW)**, una vez analizada la información suministrada por las autoridades fiscales **luxenbursguesa**, especialmente el origen de los fondos desde la entidad vinculada **XZ LTD.** con residencia en **Bermudas** y las características de la entidad **luxenbursguesa**, y teniendo en cuenta el criterio establecido en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2019, no reúne la condición de beneficiario efectivo, no resultando, en consecuencia, aplicable la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR.

CUARTO.- No conforme, la entidad interpone con fecha 18-12-2020 la reclamación económico-administrativa que se examina ante este Tribunal Económico-Administrativo Central, contra el acuerdo de liquidación descrito en los antecedentes previos.

Puesto de manifiesto el expediente se presentan alegaciones el 25 de mayo de 2021 en un escrito en el que desarrolla los siguientes puntos:

1) Contextualización del caso y relación de hechos relevantes

2) La exención contenida en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR es una norma de derecho interno español mucho anterior a la Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones sobre la que versan las sentencias del TJUE. Por ello no puede enjuiciarse la exención bajo la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 ni bajo los Comentarios al modelo de Convenio de la OCDE.

3) La inspección comete dos errores fundamentales: primero aplica indebidamente al caso que nos ocupa la doctrina emanada de las sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2019 y las resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, por tratarse de situaciones totalmente diferentes, objetiva y subjetivamente y, segundo, en la prueba, por ser esta inexistente o incompleta.

4) La denegación de la exención del artículo 14.1.c) del TRLIRNR sobre los intereses abonados por **XZ-TW** a la sociedad residente en **luxenbursguesa**, se sustenta en la aplicación errónea del concepto de beneficiario efectivo del TJUE y del principio general de la Unión Europea sobre la prohibición del abuso del derecho.

5) La calificación de la entidad **luxenbursguesa XZ-GH** como "entidad instrumental o mediadora de ipso" es contraria a la definición que hace el propio TJUE de estas figuras en su sentencia de 26 de febrero de 2019 y la OCDE.

6) La participación de una sociedad residente en un tercer Estado como mero indicio para denegar la calificación de beneficiario efectivo al perceptor directo de los intereses y sin necesidad de probar el abuso del derecho, es un motivo insuficiente para denegar la exención, tal y como implícitamente señala la doctrina del TJUE.

7) La regularización de la inspección no se fundamenta en una adecuada y suficiente valoración de la sustancia económica de la entidad **luxenbursguesa**, ni en su perfil funcional como entidad financiera del Grupo en Europa, elementos determinantes para entender su condición de beneficiario efectivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

SEGUNDO.- Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

Las cuestiones planteadas en función de lo resuelto en el acuerdo de liquidación y lo expuesto en las alegaciones de la entidad. En concreto, determinar si existe obligación de practicar retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de no Residente sobre los rendimientos satisfechos por el obligado tributario por los préstamos que le fueron concedidos.

TERCERO.- Antecedentes relevantes.

En los ejercicios comprobados la entidad **XZ-TW SL (XZ-TW)** ha satisfecho el pago de intereses derivados de tres préstamos concedidos por la entidad **XZ-GH SARL (XZ-GH)**, radicada en **luxenbursguesa** y perteneciente también al Grupo **XZ**. El importe nominal total de los préstamos es de 89.879.000 euros. El obligado tributario no sometió a retención a cuenta del IRNR los intereses devengados a favor de la entidad **luxenbursguesa** por considerar aplicable la exención prevista en el artículo 14.1.c) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR).

La inspección considera que a los intereses pagados por la entidad **XZ-TW SL (XZ-TW)** a la entidad **luxenbursguesa XZ-GH** no les es aplicable la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR por no ser el beneficiario efectivo de los mismos y, en consecuencia, procede practicar retenciones a cuenta del IRNR; la inspección considera que **XZ-GH** no es el beneficiario efectivo en base a la información suministrada por las autoridades **luxenbursguesa** y teniendo en cuenta el criterio establecido en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2019, especialmente la relativa a la Directiva 2003/49/CE sobre pagos de intereses y cánones, y en las resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019.

Consta en el expediente que con fecha 18-03-2019 la inspección envió una solicitud de intercambio de información a **luxenbursguesa** cuyo objeto era, fundamentalmente, conocer el origen de los recursos financieros que fueron prestados a la entidad española en las diferentes operaciones así como las características de la entidad **luxenbursguesa XZ-GH** (datos contables, actividad, número de empleados,).

Con fecha 25-07-2019 se recibe respuesta de **luxenbursguesa** en la que se informa que el origen de los fondos recibidos por la entidad española a través de los tres préstamos son, a su vez, tres préstamos recibidos por la entidad **luxenbursguesa** de una entidad del Grupo con residencia en **Bermudas, XZ**. Asimismo, se recibe información acerca de la actividad desplegada por **XZ-GH** y sobre los empleados y activos de los que dispone para desarrollar dicha actividad.

En cuanto a los préstamos, en el expediente se recogen como antecedentes relevantes, no cuestionados por la reclamante, los siguientes:

1.- **XZ-TW** pertenece al grupo multinacional **X + Z**, dedicado a los servicios de transporte y logística, cuya matriz mundial es la entidad **Suiza XZ-JK AG**. La entidad española **XZ-TW**, es la sociedad holding de un grupo de entidades con sede social en España y en diversos países de Europa y Latinoamérica.

2.- En los ejercicios comprobados **XZ-TW** ha pagado intereses derivados de tres préstamos concedidos por la entidad

luxemburguesa XZ-GH SARL.

Los préstamos fueron concertados en 2006 por un importe nominal total de 89.879.000 euros. Su vencimiento era en 2009 y 2010 pero han sido renovados en varias ocasiones. En diciembre de 2017, como resultado de una reestructuración de la actividad financiera, la posición prestamista pasó a ser ocupada por la entidad **Suiza XZ-NP (XZ Suiza)**.

En la página 4 del Acta de disconformidad figura detalle de las principales características y de las sucesivas renovaciones de cada uno de los préstamos.

La entidad española **XZ-TW** suscribió contratos sucesivos de renovación de los préstamos con la entidad **luxemburguesa XZ-GH**. A su vez, según información suministrada por las autoridades de **Luxemburgo**, la entidad **luxemburguesa XZ-GH** suscribió contratos de renovación de préstamos por los mismos importes y en las mismas fechas o en algunos casos, con muy pocos días de diferencia, actuando como prestamista la entidad **XZ Ltd. (XZ)**, residente en **Bermudas**.

3.- En el escrito de respuesta de las autoridades de **Luxemburgo**, que obra en el expediente, se identifican los préstamos otorgados por **XZ-GH** a **XZ-TW**, respecto de los cuales se solicitaba información y, a continuación, se indica que para financiar los citados préstamos "**XZ-GH** ha contratado varios préstamos que se enumeran en la siguiente tabla, por los mismos montos, con los mismos vencimientos finales, pero con diferentes tasas de interés".

En el Acta de disconformidad, páginas 8 y 9, y en el acuerdo de liquidación, páginas 14 y 15, figuran unos cuadros que incluyen, para cada uno de los préstamos, un resumen de las fechas (de concesión y de renovación) y tipos de interés y ello tanto para los concedidos por **XZ-GH** a **XZ-TW** como para los concedidos por **XZ** a **XZ-GH**.

Se observa que los préstamos y renovaciones concedidos a la entidad española por la entidad de **luxemburguesa** son una mera réplica de los otorgados por la entidad **XZ** a la entidad **XZ-GH**.

4.- En cuanto al pago de intereses cabe destacar lo siguiente:

- El Grupo utiliza el sistema centralizado de tesorería. **XZ-GH** participa en el cash pooling del Grupo.

- Los contratos prevén el pago de intereses el 31 de diciembre de cada año, sin embargo, los pagos de intereses se sitúan, en los extractos de compensación aportados, en el mes de octubre de cada año. En los "Clearing Statement" del obligado tributario del mes de octubre de cada año figuran los intereses que está obligado a satisfacer a la entidad **luxemburguesa XZ-GH**. Y en los "Clearing Statement" de la entidad **luxemburguesa** del mes de octubre de cada año figuran los intereses que ésta debe recibir de la entidad española así como los intereses que debe satisfacer a la entidad residente en **Bermudas**.

- Los tipos de interés de los préstamos son muy similares aunque son algo inferiores en los préstamos concedidos por **XZ** a **XZ-GH**; así, por ejemplo los tipos de interés que figuran en los préstamos concedidos por **XZ-GH** a **XZ-TW** son 5,61%, 4,10% y 4,13% mientras que los que figuran en los préstamos concedidos por **XZ** a **XZ-GH** son 3,99%, 4% y 3,79%.

- **XZ-GH** utiliza los intereses recibidos para pagar sus gastos de gestión y oficina, así como sus obligaciones relacionadas con los préstamos obtenidos.

En la página 6 del Acta figura detalle de los intereses recibidos por la entidad **luxemburguesa** de **XZ-TW** (en euros) y en la página 7 figura detalle de los intereses pagados a **XZ** por la entidad **luxemburguesa**.

En base a los datos expuestos, la inspección concluye que los préstamos otorgados por **XZ-GH** a **XZ-TW** son una mera réplica de los otorgados por **XZ** a **XZ-GH** porque:

- El nominal de los préstamos es el mismo, 17.398.000 euros, 40.000.000 euros y 32.481.000 euros.

- Los plazos de los préstamos son similares. Las renovaciones de los tres préstamos se producen en las mismas fechas o con muy pocos días de diferencia.

- La fecha de devengo y de pago (compensación) de los intereses es similar o muy próxima en el tiempo, con muy pocos días de diferencia.

- Los tipos de interés son muy similares (4,13% frente a 4% o 3,79%). La propia entidad de **Luxemburgo** manifiesta que utiliza los intereses recibidos para pagar sus gastos de gestión y oficina así como sus obligaciones relacionadas con los préstamos obtenidos. Es decir, para hacer frente a los conceptos anteriores, la entidad **XZ-GH** no entrega íntegramente a **XZ** los intereses que recibe de **XZ-TW** sino que hace suya una pequeña parte. En la página 10 del Acta figuran las cantidades con las que se queda y el margen que éstas representan.

En cuanto a las características de la entidad **XZ-GH** (análisis económico y financiero), en el expediente se recogen como antecedentes relevantes, no cuestionados por la reclamante, los siguientes:

1) Actividad de **XZ-GH**

El objeto social de la entidad según consta en las cuentas anuales es hasta 2016:

*"La concesión de préstamos, en **Luxemburgo** y en el extranjero, a otras sociedades que pertenecen al mismo grupo internacional que la prestamista".*

En 2017 la sociedad tiene por objeto social (se amplía):

*"La concesión de préstamos, en **Luxemburgo** y en el extranjero, a otras sociedades que pertenecen al mismo grupo internacional que la prestamista. Además, la empresa puede realizar todas las operaciones relacionadas directa o indirectamente con la toma de participaciones en cualquier empresa, sea cual sea su forma, así como la administración, la gestión, el control y el desarrollo de dichas participaciones."*

2) Empleados

Según información suministrada por las autoridades de **Luxemburgo**, durante los periodos comprobados, **XZ-GH** tiene 2 empleados de media (1 empleado en 2016).

Igualmente, en la Nota 8 de la Memoria anual de 2017 figura que:

"The Company employed in 2017 an average of 2 employees (2016: 1) during the year".

En las cuentas anuales de los ejercicios 2010 a 2016 remitidas por las autoridades de **Luxemburgo**, en el apartado relativo a gastos de personal figura la expresión "Not aplicable"; no consta gasto de personal alguno.

Además, en el documento recibido de las autoridades **luxemburguesas** denominado "Détail d'une personne", se identifican a dos administradores de la Sociedad (en diferentes momentos temporales):

- **D. Axy**

Desde 07/08/2014 tiene el cargo de Director General de la entidad **luxemburguesa XZ-GH**. No obstante, su domicilio está en **Suiza**.

De acuerdo con las cuentas consolidadas mundiales del Grupo presentadas por la matriz **Suiza**, es el director financiero (CFO: "Chief Financial Officer") del grupo ... desde el año 2014.

Además, en la información disponible en **HHJ**, figura con diversos cargos directivos en 130 compañías del grupo, además de haber figurado previamente (al menos desde 2006) con diversos cargos directivos en otras 23 compañías del grupo. Entre las entidades en las que figura como administrador se encuentra la propia entidad española **XZ-TW**, en la que actúa como Presidente y Consejero desde 2014, de acuerdo con la información del Registro Mercantil.

- **D. Bts**

Desde 01/03/2016 tiene el cargo de Director General de la entidad **XZ-GH**. Su domicilio está en **CIUDAD_1 (Luxemburgo)**.

En la información disponible en **HHJ**, figura con diversos cargos directivos en 9 compañías del grupo y en otras 4 compañías con carácter previo (desde 2016).

3) Activos de **XZ-GH**

Durante los ejercicios 2013 a 2015, de acuerdo con el Balance anual (balance al cierre del ejercicio), el activo de la entidad estaba constituido, principalmente, por créditos concedidos a filiales del Grupo (en torno al 93% del total). El resto era efectivo y participaciones en otras entidades del grupo. En la página 13 del Acta figuran los conceptos e importes por los que estaba integrado el Activo en los años 2013, 2014 y 2015.

A partir del cierre del ejercicio 2016, hay una reducción de los créditos intragrupo; el activo deja de estar constituido principalmente por créditos con entidades del grupo y pasa a tener un mayor peso las participaciones en entidades del grupo (en torno al 66%). Esta tendencia se consolida en el balance presentado al cierre del ejercicio 2017, donde las participaciones en entidades del grupo representan la práctica totalidad del activo (en torno al 97% del total). Esta circunstancia, es conforme con la ampliación del objeto social de la entidad que figura en las Cuentas anuales del ejercicio 2017.

La disminución de los créditos con entidades del grupo tiene lugar en diciembre de 2017. En las cuentas anuales de **XZ-GH** se informa de una transferencia a la entidad **Suiza XZ-NP AG** de los créditos por préstamos a entidades del grupo. Así en la página 13 de las Cuentas anuales de 2017 de **XZ-GH**, se señala:

"Todas las obligaciones y derechos relacionados con la actividad de financiación de luxemburguesa se transfirieron de XZ-GH SARL a XZ-NP AG el 15 de diciembre con efecto a partir del 1 de diciembre de 2017".

En las paginas 14 y 15 del Acta figura detalle de los prestamos otorgados, en los ejercicios comprobados, por la entidad **XZ-GH** a las filiales del Grupo en diferentes países.

4) Financiación

En cuanto a la financiación de **XZ-GH**, la totalidad de la deuda que figura en el pasivo del Balance está formada por préstamos recibidos de la entidad del Grupo con residencia en **Bermudas**. En las páginas 15 y 16 del Acta figura detalle de los préstamos recibidos de **XZ** en los ejercicios comprobados.

En diciembre de 2017, como consecuencia de la reestructuración de la actividad financiera del Grupo, **XZ-GH** dejó de ser titular de los créditos con filiales del Grupo y de las deudas con **XZ**; su posición pasó a ser ocupada por la entidad **Suiza XZ-NP (XZ Suiza)**. En España, respecto de los préstamos de importe nominal 17.397.516 euros y 40.000.000 euros este cambio se produce el 15-12-2017 y 17-12-2017, respectivamente. Respecto del préstamo de importe nominal 32.481.000 euros el cambio se produce el 07-02-2018.

No obstante, el pago de intereses de 2017 se realiza por **XZ-TW** a favor de la entidad **XZ-GH** a través del sistema centralizado de compensación del Grupo.

CUARTO.- Planteamiento de la controversia.

En base a los hechos expuestos la inspección considera que la entidad **luxemburguesa XZ-GH** no puede ser considerada beneficiario efectivo de los intereses satisfechos por el obligado tributario, por lo que no resulta aplicable la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR; y en tal sentido asienta la regularización del IRNR de los ejercicios 2015, 2016 y 2017 (no practica regularización por el ejercicio 2014 al encontrarse prescrito). Cita en su apoyo las Sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2019 recaídas en los asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 en relación con la Directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales y en los asuntos, también acumulados, C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, en relación con la Directiva 2003/49/CE relativa a los pagos de intereses y cánones entre sociedades asociadas; así como también alude a las resoluciones de este TEAC de 8 de octubre de 2019.

En la paginas 18 del acuerdo de liquidación consta lo siguiente:

"..., en el presente caso, resulta de aplicación la doctrina contenida en las Sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2019, que será objeto de desarrollo más adelante, en virtud de las cuales, la exigencia de que el perceptor de las rentas sea su beneficiario efectivo constituye un requisito material de la aplicación del régimen comunitario de exención en la medida en que aplicar tal beneficio a perceptores que no revistan tal condición no se incluye entre los objetivos de las Directivas.

En las operaciones analizadas, existe un trasiego de renta, mantenido y constante en el tiempo, que determina que la entidad XZ-GH no pueda ser considerada la beneficiaria efectiva de dicha renta, sino que actúa como "mediador de facto" de la misma. Y esto es así por los siguientes hechos y consideraciones:

(...)"

Y en las paginas 22 y 23 del acuerdo de liquidación la inspección señala:

<<(....)..

Conviene recordar que la aplicación de la restricción relativa al beneficiario efectivo requiere el examen y ponderación de las circunstancias particulares de cada caso, tal como ha hecho esta Inspección en la presente propuesta de regularización. Y a tal fin es especialmente relevante tener presentes las consideraciones relativas a la noción de beneficiario efectivo recogidas en el Modelo de Convenio de la OCDE - especialmente en los Comentarios al artículo 10 (Comentarios 12 a 22); 11 (Comentarios 9 a 14) y 12 (Comentarios 4 a 7), a la que remite expresamente el TJUE; y, en especial, por lo que se refiere, no ya tanto a la figura formal del transitario de rentas -agente de cobros, mediador o nominee- sino, particularmente, a la figura al perceptor de una renta que actúa como "mediador de facto" de la misma -una sociedad de tránsito (conduit company).

.....

El propio obligado tributario, en documento aportado en fecha 28-05-2020, asume este criterio: "En este marco se acepta en general que una persona no puede ser el beneficiario efectivo de los ingresos si está plenamente obligada, en términos jurídicos, comerciales o prácticos, a transferir dichos ingresos a otra persona".

*En el caso que nos ocupa, no se ha aportado por el obligado tributario ni ha sido obtenido por la Inspección una obligación contractual o legal de transferir el pago de **XZ-GH** a **XZ**. Sin embargo, de los hechos y circunstancias analizadas respecto de las entidades vinculadas intervinientes en las operaciones, se desprende que **XZ-GH** no tiene claramente el derecho a utilizar y disfrutar el interés sin estar limitado por una obligación contractual o jurídica de transferir el pago recibido a **XZ**.*

*En las operaciones de préstamo comprobadas, existe un trasiego de rentas entre el conjunto de entidades vinculadas, constante y permanente en el tiempo (al menos desde el año 2009), que pone de manifiesto que **XZ-GH** no tiene claramente el derecho a utilizar y disfrutar el interés, sino que actúa como un "mediador de facto" de las rentas".>*

Por el contrario, la reclamante insiste en que es correcta la calificación de **XZ-GH** como beneficiario efectivo de los intereses pagados por **XZ-TW** en los ejercicios 2015 a 2017 siendo, por tanto, correcta la aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR.

Articula su afirmación en una doble línea argumental: una, que podría llamarse sustantiva o de concepto; y otra de índole probatoria.

En cuanto a la primera, afirma el error en que, a su juicio, incurre la Inspección al resolver la cuestión aplicando la doctrina emanada de las sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2019 y el criterio de las resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, que califica como un mero reflejo y extensión al ámbito español de las sentencias del TJUE.

En cuanto a la segunda, considera no se ha efectuado una actividad probatoria suficiente y concluyente por parte de la inspección de la actividad desarrollada por **XZ-GH**.

Examinaremos ambas a continuación, en el orden expuesto.

QUINTO.- Cuestión sustantiva o de concepto; procedencia de enjuiciar la cuestión a la luz de las sentencias del TJUE y los Comentarios al modelo de Convenio OCDE.

En cuanto a la primera alegación, la reclamante sustenta su argumento de que la Inspección incurre en error al aplicar la doctrina del TJUE en las citadas sentencias de 2019 y su aplicación en el ámbito español de la mano de las también referidas resoluciones del TEAC, en que la exención prevista actualmente en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR es una norma de derecho interno español mucho anterior a la Directiva sobre intereses y cánones sobre las que versan las sentencias del TJUE. Entiende así que el rechazo de la exención se sustenta en la aplicación errónea del concepto jurídico del beneficiario efectivo del TJUE y del principio general de la Unión Europea sobre la prohibición del abuso; por lo que concluye que el asunto no puede enjuiciarse bajo el prisma de las sentencias del TJUE ni los Comentarios al modelo de Convenio de la OCDE.

Para centrar la cuestión, repasemos someramente las disposiciones implicadas:

El artículo 14.1. c) del TRLIRNR (redacción vigente en los ejercicios comprobados) dispone que:

"1. Estarán exentas las siguientes rentas:

|(....)

|c) Los intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el artículo 25.2 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, así como las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea.

|Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de acciones, participaciones u otros derechos en una entidad en los siguientes casos:

|((....))".

El artículo 1 de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa al régimen fiscal aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros dispone que:

"1. Los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen, siempre que el beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro.

|((....))

|4. Una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es de agente, depositario o mandatario.

I(...):

El artículo 1.4 transcrito es coincidente con las líneas interpretativas contenidas en el apartado 10 de los Comentarios al artículo 11 del Modelo de Convenio OCDE que señala:

"10. El Estado de la fuente aplicará a un residente de otro Estado contratante la desgravación o exención del impuesto que corresponda a un elemento de renta para evitar total o parcialmente la doble imposición que se derivaría en caso contrario de la imposición concurrente a la que está sujeta esta misma renta en el Estado de residencia. Cuando un elemento de renta sea percibido por un residente de un Estado contratante que actúa en su calidad de agente o de mandatario, sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente aplicara una desgravación o exención basándose únicamente en el estatus de residente en otro Estado contratante del receptor inmediato de la renta. En estas circunstancias, cabe considerar al receptor inmediato de la renta como residente, sin que se plantee un problema de doble imposición como resultado de este hecho, puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al receptor como propietario de la renta. También sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o de mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado "Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales" -Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies- llega a la conclusión de que una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario de hecho a efectos prácticos, cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.

Por su parte, el artículo 5 de la Directiva establece:

"Artículo 5.º Fraude y abuso.

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

2. Los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso".

Pues bien, este TEAC rechaza la interpretación de partida de la reclamante. Al contrario, **entendemos que, aun cuando el artículo 14.1.c) del TRLIRNR no contiene cláusula de beneficiario efectivo, es correcta la interpretación de la norma interna conforme a la Directiva de Intereses y Cánones 2003/49/CE, en aplicación de la Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2019** (recaída en los asuntos C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16).

Este criterio era ya el sustentado en la resolución de este TEAC de 8/10/2019 (RG 185/2017), al considerar, tras el extenso análisis que ahí se hacía, que ello se desprendía claramente de la referida sentencia del TJUE.

Es mas, en el estado actual de la cuestión ha de señalarse que este criterio **ha sido corroborado por la sentencia del Tribunal Supremo de 8/06/2023** (rec. Casación 6528/2021) y posteriores de 21 y 22 de junio, como enseguida razonaremos.

Como decíamos, el criterio era ya sustentado en la resolución de este TEAC de 8/10/2019, pues esa cuestión ya se planteaba al alegar la reclamante en términos prácticamente iguales que los aquí utilizados. Así, en aquella resolución se describía (FD CUARTO) lo siguiente:

"La reclamante sostiene que es contrario a derecho negar la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR basándose en la figura del beneficiario efectivo. Señala que la exención prevista en el TRLIRNR para el pago de intereses por parte de entidades españolas a entidades residentes en un Estado miembro de la UE no está sujeta al cumplimiento de ningún requisito adicional al dela residencia fiscal del perceptor de los intereses. Considera que resulta inaplicable el concepto de beneficiario efectivo a la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR al no contemplarse esa cláusula antiabuso respecto a tales intereses frente a lo que ocurre con otro tipo de rentas declaradas exentas como los dividendos o los cánones. "

Y se rechazaba dicho aserto precisamente con fundamento en la citada sentencia del TJUE de 26/02/2019, exponiendo en el FD SEPTIMO:

"1) El TJUE ratifica (va pasando revista a las sentencias anteriores en que se expone) y realza su doctrina sobre la preeminencia del principio general del Derecho europeo sobre prohibición de prácticas abusivas. E interesa destacar ya de antemano que de este principio extrae novedosamente (aunque ya se había apuntado en alguna sentencia anterior, de 2014 -"Italmoda"- y 2017 -"Cussens") unas consecuencias que constituyen una precisión de calado: precisamente por ser un principio general del Derecho puede aplicarse aunque no exista trasposición explícita de la norma antiabuso contenida en una Directiva. Con ello responde a la cuestión de cual es la base jurídica necesaria para la denegación, en su caso, del beneficio del que hablamos. "

A continuación se llevaba a cabo un análisis de los diversos epígrafes de la sentencia del TJUE que lo sustentaban.

Quiere esto decir que **para el TJUE este principio general del Derecho comunitario, como principio rector del Derecho de la Union Europea, resulta aplicable con carácter general, con independencia de que la norma doméstica recoja o no una cláusula antiabuso y cualquiera que fuera el momento en que dicha norma sea aprobada en la legislación interna**. Y ello entronca perfectamente con el enfoque que se entiende pertinente según el cual el TJUE lleva a cabo la creación de Derecho a través precisamente de principios generales del derecho, de cuyo Derecho no pueden separarse los jueces y tribunales de justicia de los estados miembros.

Asi pues, **en contra de lo patrocinado por la reclamante**, el supuesto **puede y debe enjuiciarse conforme a las sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2019 y a los Comentarios al modelo OCDE**.

Y, como no podía ser de otro modo, **el Tribunal supremo se hace eco de ello en la sentencia de 8/06/2023**. Por lo que puede constatare que esa conclusión que este TEAC (en las resoluciones citadas de 2019), asentaba en las sentencias del TJUE, es la misma que el Tribunal Supremo extrae en su sentencia de 8/06/2023. Esa es la razón por la que líneas atrás vertíamos la afirmación, que retomamos para desarrollar, de que el criterio o punto de partida conceptual que este TEAC mantenía ya en sus resoluciones de 2019, ha sido corroborado por el Tribunal Supremo.

Antes de exponer aquellos razonamientos del Alto Tribunal que sustentan esta aseveración, es conveniente hacer unas consideraciones previas sobre el marco de la sentencia, que, dicho sea, hace el propio Tribunal, al señalar (FD TERCERO) :

«Por ello, debemos de centrarnos a dar respuesta en los términos en los que se ha planteado el debate, y en esta línea ha de señalarse que tanto la AEAT como el TEAC y así se hace eco la sentencia, parten del presupuesto de que la regularización tuvo lugar, en lo que ahora interesa, porque la obligada tributaria no "ha probado que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en dicha letra b)" »

Es decir, el Tribunal explica que la resolución del caso concreto, en todo caso, pasaría por dilucidar una cuestión de naturaleza probatoria y de a quién corresponde la prueba de acreditar la constitución de la entidad matriz por motivos económicos válidos y sobre quién debe recaer las consecuencias de no resultar acreditado dicho hecho, de suerte que si en vez de haber negado la Inspección que la entidad no ha probado dicho presupuesto, hubiera acreditado la misma la falta de este requisito no podría haberse aplicado la exención reconocida.

De ello se desprende que el meollo del debate que se planteaba en esa sentencia del Tribunal Supremo es una cuestión de índole probatoria sobre la carga de la prueba, básicamente consistente en a quien corresponde la prueba del abuso.

El propio Comunicado del poder judicial, de 21 de junio de 2023, lo describe así:

"La Sala III del Tribunal Supremo ha establecido como doctrina que la carga de la prueba del abuso que impide acogerse a la exención en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) corresponde a la Administración Tributaria.

El Supremo aplica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, fijada en sentencias de 2017 y 2019, y modifica y ajusta su doctrina a la misma en relación con la interpretación de la cláusula antiabuso recogida en el artículo 14.1.h del Texto Refundido de la Ley de dicho Impuesto."

Ello no es óbice para que el Tribunal Supremo a lo largo de la sentencia emita pronunciamientos acerca de la cuestión que hemos denominado conceptual o sustantiva, en los que hallamos el fundamento de la conclusión sustantiva expuesta; conclusión de gran calado pues constituye el presupuesto básico en cuya virtud pueda entrarse a examinar si se ha desarrollado o no correctamente la carga probatoria. Si en un caso como el presente, como la reclamante postula, no pudiera denegarse en ningún caso la aplicación de la exención del art. 14. del TRLIRNR, carecería de sentido debatir sobre quien recae la carga de la prueba y si se ha cumplido o no.

En el análisis de esas consideraciones se observa que el Tribunal Supremo es muy claro en la admisión de la aplicación de la doctrina del TJUE en relación con el beneficiario efectivo y el principio general de la Unión Europea sobre la prohibición del abuso.

En efecto, cuando el Tribunal Supremo entra a analizar la doctrina del TJUE en el FD CUARTO, comienza refiriéndose a la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 y destaca la contestación que este da en relación con alguna de las cuestiones prejudiciales que el tribunal de apelación danes le había planteado.

La cuestión que aquí interesa es descrita por el propio Tribunal Supremo del siguiente modo :

"La cuestión sustantiva versaba sobre si los beneficios distribuidos por las sociedades danesas estaban o no sujetos a retención por aplicación de las directivas. Para las autoridades danesas no cabía otorgarle dicho beneficio, puesto que respecto de los dividendos pagados era de aplicación la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial, al ser los receptores entidades de terceros Estados, y respecto de los intereses las entidades receptoras no eran en realidad beneficiarias efectivas de dichos intereses."

Y acto seguido transcribe el apartado de la sentencia del TJUE que da respuesta a la cuestión (la negrita es la introducida por el propio Tribunal Supremo):

«Y la respuesta obtenida fue:

*" 95 Habida cuenta del conjunto de las razones expuestas, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el principio general del Derecho de la Unión según el cual los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho de la Unión de manera fraudulenta o abusiva debe interpretarse en el sentido de que las autoridades y los tribunales nacionales deben denegar a un contribuyente el beneficio de la exención de la retención en la fuente sobre los beneficios satisfechos por una filial a su sociedad matriz, establecida en el artículo 5 de la citada Directiva, en caso de una práctica fraudulenta o abusiva, **aunque no existan disposiciones de Derecho nacional o convencional que contemplen tal denegación**".»*

A continuación el Tribunal Supremo, recuerda los términos del art. 1.2 de la Directiva matriz-filial y explica lo que él entiende al respecto:

«Recordemos los términos del art. 1.2 de la Directiva matriz-filial

"La Directiva no impedirá la aplicación de la normativa interna o convenida necesaria para la prevención del fraude o del abuso ".

Se acepta, pues, una normativa nacional sobre la prevención del fraude o del abuso, lo cual no es nuevo en los pronunciamientos del TJUE, aunque, como establece la propia jurisprudencia, respetando los requisitos y exigencias señalados en la Directiva, que se plasman, como a continuación se verá, en una serie de supuestos, o indicios, que pueden ser considerados como constitutivos de fraude o abuso; en principio, pues, dentro del derecho europeo se encuentran los mecanismos que impiden que los abusos de la normativa comunitaria, sin perjuicio de que corresponda a los jueces nacionales su aplicación y que los Estados miembros puedan establecer reglas antiabuso siempre superando la compatibilidad con el ordenamiento europeo; (...)

Señalar que el art. 14.1.h), viene a significar la adopción e incorporación del mecanismo antiabuso a nuestro ordenamiento; lo cual nos sitúa en el análisis de su compatibilidad con el Derecho europeo cuando se trata de su aplicación a las relaciones con terceros Estados.»

Prosigue el Tribunal Supremo desarrollando esa misma idea, haciendo mención a que, a diferencia de nuestro Derecho donde sí existe cláusula nacional antiabuso, en el caso danes que resolvía el TJUE no existía, por lo que destaca que la solución que da el TJUE es precisamente la de concluir que sí podía la autoridad fiscal danesa aplicar la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial y que no es necesaria tal cláusula interna, pudiendo los Estados apoyarse en la cláusula antiabuso europea. Compendiendo el Tribunal Supremo la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho, de construcción del propio TJUE, concluye :

«Compendiendo y desarrollando a continuación la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho, de construcción del propio TJUE, como concepto nuclear en la lucha contra el fraude fiscal, dotándolo de una perspectiva propia, haciéndolo pivotar sobre el principio europeo de que los justiciables no pueden invocar normas de Derecho europeo de manera fraudulenta o abusiva, lo que debe interpretarse por las autoridades nacionales y órganos jurisdiccionales en el sentido de que cuando produzca una práctica fraudulenta o abusiva, deben denegar al contribuyente el beneficio de la exención de cualquier impuesto sobre los pagos de intereses establecida en el artº 1.1 de la Directiva 2003/49, del Consejo, de 3 de junio de 2003 (...)

De suerte que aún no recogiendo la legislación nacional una norma anti abuso sería de aplicación las normas anti abuso

europas, puesto que la teoría sobre el abuso de derecho es calificada como principio general del Derecho Europeo, gozando de aplicación automática, sin que se precise su transposición a las normas nacionales para su aplicación.»

Es de gran trascendencia mostrar otro aspecto que el Tribunal Supremo resalta en relación con la sentencia del TJUE que analiza. Y es de trascendencia porque es ese análisis el que lleva al Supremo a abandonar su anterior doctrina jurisprudencial recogida en sentencia de 3 de marzo de 2020 y posteriores en torno al debatido tema de la interpretación dinámica de los Convenios de Doble imposición.

El aspecto que el Tribunal Supremo resalta se expresa así (el subrayado es nuestro):

«Antes de entrar a examinar a quién corresponde la carga de la prueba, centra a continuación el TJUE su análisis sobre el beneficiario efectivo en relación con el abuso de Derecho, "El órgano jurisdiccional remitente desea dilucidar asimismo, en esencia, si puede darse abuso de Derecho cuando el beneficiario efectivo de los dividendos transferidos por las sociedades instrumentales es finalmente una sociedad que tiene su sede en un Estado tercero con el que el Estado miembro de la fuente ha celebrado un convenio fiscal en virtud del cual los dividendos no habrían estado sujetos a retención si hubieran sido pagados directamente a la sociedad que tiene su sede en ese Estado tercero".

«Entra el TJUE a examinar esta cuestión, si bien debemos advertir que las consideraciones que realiza y que seguimos, a pesar de nuestros pronunciamientos realizados en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020, rec. cas. 1996/2019, que a su vez sigue otras anteriores, sentencia de 3 de marzo de 2020, rec. cas. 5448/2018, respecto de la interpretación dinámica de los convenios en referencia a los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, que en definitiva, viene avalada por la sentencia que comentamos.(...)»

Como puede apreciarse **el Tribunal Supremo expone claramente el cambio de criterio que efectúa llevado de la mano de la sentencia del TJUE analizada y lo concreta con precisión en los dos aspectos sustantivos que extrae de la sentencia del Tribunal europeo:**

Uno, el reconocimiento explícito de que son relevantes y aplicables los principios de la OCDE; y otro, que la definición del beneficiario efectivo no puede cogerse del derecho nacional, debiéndose tener en cuenta la evolución del mismo al momento en que debe aplicarse conforme a una interpretación dinámica, y atendiendo a los futuros cambios en los Comentarios de del Modelo de Convenio de la OCDE.

E incluso tal pronunciamiento se incorpora, aunque no era precisamente el objeto principal del debate (lo era la cuestión probatoria) en el criterio interpretativo que fija en el FD QUINTO, al resolver la cuestión de interés casacional (el resaltado es nuestro):

*«La cuestión de interés casacional objetivo, formulada en estos términos "Interpretar la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la carga de la prueba del abuso", en atención a lo dicho en los fundamentos anteriores, debe responderse en el sentido de que **a la vista de la jurisprudencia sentada por el TJUE representada por las tres sentencias que se han comentado, debe llevarnos a abandonar la doctrina jurisprudencial que se recoge en la sentencia de este Tribunal de 4 de abril de 2012, rec. cas.3312/2008, y posteriores, y la recogida en la sentencia de 3 de marzo de 2020, rec.cas. 5448/2018, y posteriores, al deber de ajustar e interpretar la cláusula antiabuso recogida en el citado art. 14.1.h) -modificado- conforme a las consideraciones que han quedado reflejadas en el cuerpo de esta sentencia, y, en consecuencia, procede fijar como doctrina que la carga de la prueba del abuso corresponde a la Administración Tributaria.»***

Así pues, como colofón de este primer aspecto sustantivo o de concepto, queda patente lo que inicialmente afirmábamos respecto a que en el estado actual de la cuestión el criterio plasmado en la citada resolución de este TEAC de 8/10/2019 (RG 185/2017), acogiendo el de la sentencia del TJUE de 26/02/2019, **ha sido corroborado por la sentencia del Tribunal Supremo de 8/06/2023.**

Ello conduce en buena lógica a rechazar en la presente resolución la primera línea argumental de la reclamante sobre la imposibilidad de aplicar en el ámbito de la exención del art. 14.1.c) el concepto jurídico del beneficiario efectivo del TJUE y del principio general de la Unión Europea sobre la prohibición del abuso.

Por lo que, en consecuencia, el planteamiento de la regularización que concluyó en el acuerdo de liquidación aquí impugnado no adolece en este punto de defecto alguno.

SEXTO.- Cuestión probatoria; carga de la prueba.

Sin perjuicio de la conclusión alcanzada en el anterior fundamento de derecho, ha de entrarse a revisar a continuación si en el presente caso resultó acreditado el abuso de derecho que no solo autorizaría sino demandaría que la autoridad nacional denegase la exención y lleva, por ende, a abordar la segunda línea argumental de la reclamante consistente, en esencia, como enunciamos inicialmente, en considerar no se ha efectuado una actividad probatoria suficiente y concluyente por parte de la inspección de la actividad desarrollada por **XZ-GH**.

Ello requiere con carácter previo analizar nuevamente la sentencia del Tribunal Supremo en cuanto al aspecto que constituía el soporte del debate. Tal como el propio Tribunal Supremo enunciaba, *"la resolución de caso concreto, en todo caso, pasaría por dilucidar una cuestión de naturaleza probatoria y de a quién corresponde la prueba de acreditar la constitución de la entidad matriz por motivos económicos válidos y sobre quién debe recaer las consecuencias de no resultar acreditado dicho hecho, de suerte que si en vez de haber negado la Inspección que la entidad no ha probado dicho presupuesto, hubiera acreditado la misma la falta de este requisito no podría haberse aplicado la exención reconocida."*

Pues bien, cumple ya advertir que **el Tribunal Supremo**, nuevamente tras analizar la doctrina del TJUE, al igual que hacía respecto de la cuestión anteriormente tratada, en las tres sentencias que comenta, **concluye que la carga de la prueba del abuso corresponde a la Administración Tributaria**, tal como fija al final de la respuesta a la cuestión de interés casacional en el FD QUINTO:

«...y, en consecuencia, procede fijar como doctrina que la carga de la prueba del abuso corresponde a la Administración Tributaria.»

En ese análisis de la doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo examina diversos aspectos con carácter previo al mollar relativo a la carga de la prueba.

Así, en relación al concepto de beneficiario efectivo la STS, refiriéndose a la STJUE de 26 de febrero de 2019, señala:

<<Como se desprende de los términos de la sentencia, que a continuación se transcribirán, tomando como marco la Directiva de intereses y cánones, rechaza que por beneficiario efectivo pueda entenderse aquel que es identificado formalmente, sino que debe considerarse beneficiario efectivo a la persona que disfruta económicamente de los pagos percibidos y que dispone por tanto de la facultad de determinar libremente el destino de éstos. En la línea, dos apuntes resultan interesante recalcar, uno, en contraposición con la postura mantenida por este Tribunal Supremo, el reconocimiento explícito de que son relevantes y aplicables los principios de la OCDE, y otro, que la definición de beneficiario efectivo no puede cogerse del derecho nacional, dado su diverso alcance, debiéndose tener en cuenta la evolución del mismo al momento en que debe aplicarse conforme a una interpretación dinámica, y atendiendo a los futuros cambios en los Comentarios de del Modelo de Convenio de la OCDE.

Como ahora se verá el TJUE, conforme a la Directiva 2003/49/CEE, sin delimitar acabadamente el concepto de "beneficiario efectivo", establece que con el mismo se designa una persona que disfruta realmente de los intereses que le son abonados, de modo que los recibe en su propio beneficio y no en calidad de intermediario: (...)>>

A continuación transcribe el Tribunal Supremo los párrafos 108 a 111 de la sentencia del TJUE.

Resulta pertinente en este punto resaltar cómo el Tribunal Supremo considera relevante transcribir estos párrafos de la sentencia del TJUE comentada, que vamos a transcribir también a continuación (a partir de ahora las citas son con el resaltado original del TS), apartados muy esclarecedores y que dieron lugar a una alegación del Abogado del Estado representante de la Administración en dicho recurso de casación; alegación que es contestada por el Tribunal Supremo en su sentencia, como veremos.

«108 A este respecto, a la hora de examinar la estructura del grupo, carece de pertinencia el hecho de que entre los beneficiarios efectivos de los dividendos transferidos por la sociedad instrumental figuren entidades con residencia fiscal en un Estado tercero que ha celebrado un convenio de doble imposición con el Estado miembro de la fuente. Se ha de resaltar, en efecto, que la existencia de tal convenio no excluye de por sí un abuso de Derecho. De esta manera, un convenio del tipo expresado no obsta para que pueda declararse la existencia de un abuso de Derecho debidamente acreditado sobre la base de unos hechos que ponen de manifiesto que unos operadores económicos han realizado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de disfrutar ilícitamente de la exención de la retención en la fuente establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435.

109 Es pertinente añadir que, así como toda tributación debe corresponder a una realidad económica, la existencia de un convenio de doble imposición como tal no basta para demostrar la realidad de un pago efectuado a unos beneficiarios residentes del Estado tercero con el que se suscribió dicho convenio. Si la sociedad deudora de los dividendos desea acogerse a las ventajas de tal convenio, tiene la posibilidad de efectuar el pago de esos dividendos directamente a las entidades que tienen su residencia fiscal en un Estado que haya celebrado un convenio de doble imposición con el Estado de la fuente.

110 Sentado lo anterior, tampoco puede excluirse, en una situación en la que los dividendos habrían resultado exentos en caso de pago directo a la sociedad que tuviera su sede en un Estado tercero, que el propósito que guía a la estructura del grupo sea ajeno a un abuso de Derecho. En tal caso, no puede reprocharse al grupo haber optado por una estructura como la referida en lugar de por el pago directo de los dividendos a dicha sociedad.

111 Por añadidura, si el beneficiario efectivo de un pago de dividendos tiene su residencia fiscal en un Estado tercero, la denegación de la exención contemplada en el artículo 5 de la Directiva 90/435 no precisa en absoluto que se constate un fraude o un abuso de Derecho».

Después de transcribir estos apartados, el Tribunal Supremo en su sentencia hace hincapié en cuál es, según la doctrina del TJUE, que también a continuación reproduce, el principio a proteger y la finalidad buscada. Esos párrafos de la sentencia del TJUE que transcribe son el 112 y 113:

«112 En efecto, esta Directiva, como se desprende en particular de su tercer considerando, 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 (sentencia de 8 de marzo de 2017, ... y otros, C- 448/15, EU:C:2017:180, apartado 25 y jurisprudencia citada). Como ha quedado dicho en el apartado 78 de la presente sentencia, la referida Directiva persigue de ese modo garantizar la neutralidad fiscal de la distribución de beneficios efectuada por una sociedad de un Estado miembro a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro, toda vez que de su artículo 1 se infiere que es aplicable únicamente a las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades de un Estado miembro y procedentes de sus filiales con sede en otros Estados miembros (véase, en este sentido, el auto de 4 de junio de 2009, ... y ..., C-439/07 y C-499/07, EU:C:2009:339, apartado 62y jurisprudencia citada).

113 Los mecanismos de la Directiva 90/435, en particular su artículo 5, se concibieron, por lo tanto, para situaciones en las que, si no se aplicaran, el ejercicio de sus facultades impositivas por parte de los Estados miembros podría dar lugar a que los beneficios distribuidos por la sociedad filial a su sociedad matriz quedarán sometidos a una doble imposición (sentencia de 8 de marzo de 2017, ... y otros, C-448/15, EU:C:2017:180, apartado 39). Tales mecanismos, en cambio, no fueron concebidos para ser aplicados cuando el beneficiario efectivo de los dividendos es una sociedad que tiene su residencia fiscal fuera de la Unión, ya que, en tal caso, la exención de la retención en la fuente de dichos dividendos en el Estado miembro del que proceden podría dar lugar a que esos dividendos escapen a toda tributación efectiva en la Unión".»

Como anticipábamos, el Abogado del Estado formuló una alegación fundada en la contundencia del apartado 111, si bien el Tribunal Supremo le corrige, no en cuanto a la contundencia de la apreciación del TJUE sino en la pertinencia de su apelación en el debate que ahí se hallaba en pie, pues (y esa es la razón del rechazo de la alegación) en casación no puede dilucidarse la valoración de la prueba que había hecho el tribunal de instancia)

Dice así el Tribunal Supremo en su sentencia:

«Para el Sr. Abogado del Estado en el párrafo 111 está la clave del presente recurso, puesto que considera que a pesar de que expresamente la sentencia de instancia afirma que el beneficiario efectivo es la entidad matriz, en realidad el beneficiario efectivo es el Fondo canadiense. Sin embargo, dicho razonamiento distorsiona el debate que examinamos.

Ya se ha dicho cuál es el objeto y finalidad de la Directiva, evidentemente la exención que contempla se aplica sólo a entidades de los Estados miembros, no a personas de Estados terceros, por lo que de ser el beneficiario efectivo una entidad de un Estado tercero, la denegación de la exención prevista en la Directiva 90/435/CEE, como dice el TJUE, no requiere en absoluto que se compruebe la existencia defraude o abuso de Derecho; pero la cuestión no es esta, ni ha girado el debate, como anteriormente nos hemos preocupado de centrar, en la corrección de una cláusula que parte del presupuesto de que se presume el abuso siempre que el receptor del beneficio, dividendos en este caso, sea una entidad residente en un Estado tercero. Sin que, desde luego, sea en sede casacional donde debe dilucidarse esta cuestión, esto es, si efectivamente la matriz es la beneficiaria efectiva, y si el reconocimiento como tal que se hace en la sentencia de instancia a la sociedad matriz, es puramente a efectos

formales y para la aplicación del CDI, en tanto que siendo el concepto de beneficiario efectivo un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación ha de hacerse conforme al Derecho europeo y en una interpretación dinámica, lo relevante son los hechos que delimitan el concepto jurídico, sin que pueda en casación discutirse la valoración de la prueba realizada en la instancia, tal y como pretende el Sr. Abogado del Estado. »

El Tribunal Supremo concluye el razonamiento que acabamos de transcribir con un párrafo muy ilustrativo de lo que constituye la base de su enfoque, extraído precisamente de la sentencia el TJUE. Dice así:

«En definitiva, es requisito sustantivo para gozar del beneficio que la entidad matriz sea realmente la que percibe los dividendos y posee la facultad de decidir libremente el destino de estos; al efecto es adecuado para delimitar este concepto el definido en el Modelo de Convenio de la OCDE, sin que en modo alguno la aplicación del régimen más ventajoso pueda fundar, una presunción general de fraude.»

De hecho el Tribunal Supremo repite estas ideas matrices mas adelante en la misma página 14 de la sentencia al afirmar:

«La sentencia que comentamos se decanta por considerar que la falta de una norma nacional antiabuso es irrelevante para denegar la exención prevista cuando la Directiva es invocada de forma fraudulenta o abusiva, ahora bien, la aplicación del régimen mas ventajoso no puede fundar, una presunción general de fraude.»

Resulta también de gran interés poner de manifiesto cómo el Tribunal Supremo va pasando revista a aquellos párrafos de la sentencia del TJUE que aportan luz acerca de la cuestión de la prueba.

Así expone en su sentencia (el resaltado es del propio TS):

«Se centra el TJUE en delimitar "los elementos constitutivos de un abuso de Derecho y la prueba de su existencia". Al efecto va a distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

"97 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para probar la existencia de una práctica abusiva es necesario que concurren, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a haberse respetado formalmente las condiciones establecidas en la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa y, por otro lado, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención (sentencias de 14 de diciembre de 2000, ..., C-110/99 , EU:C:2000:695, apartados 52 y 53, y de 12 de marzo de 2014, ..., C-456/12 , EU:C:2014:135 , apartado 58)".

Siguiendo su propia construcción, dado que no todo rodeo para evitar la aplicación de un determinado régimen jurídico resulta ilegítimo, sino solo el que resulta abusivo, es necesario analizar caso por caso (STJUE, de 9 de marzo de 1999, caso ... contra, asunto C-212/97), teniendo la consideración de abusiva aquella situación en la que se crean artificialmente las condiciones necesarias para la obtención de la ventaja (STJUE, de 11 de octubre de 1977, caso ..., asunto C-125/76). Al efecto señala que:

"98 De este modo, el examen del conjunto de los hechos es lo que permitirá verificar si concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva, y especialmente si los operadores económicos han efectuado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de obtener una ventaja indebida (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 2013, ..., C-653/11 , ..., C:2013:409 , apartados 47 a 49; de 13 de marzo de 2014, ... y otros, C-155/13 , ..., C:2014:145 , apartado 33, y de 14 de abril de 2016, ... y ..., C-131/14 , EU:C:2016:255 , apartado 47).

99 No corresponde al Tribunal de Justicia apreciar los hechos de los asuntos principales. No obstante, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede, en su caso, proporcionar indicios a los órganos jurisdiccionales nacionales con el objeto de guiarles en la apreciación del asunto que deben juzgar. En los asuntos principales, aunke la presencia de algunos de esos indicios pudiera permitir extraerla conclusión de que existe un abuso de Derecho, incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si tales indicios son objetivos y concordantes, y si las demandadas en los litigios principales tuvieron la posibilidad de aportar pruebas en contrario."

Los indicios que apunta el TJUE son:

"100 Puede considerarse que constituye un escenario artificial un grupo de sociedades que no ha sido creado por razones que obedezcan a la realidad económica y que, dotado de una estructura puramente formal, persigue, como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos, la obtención de una ventaja fiscal que es contraria al objeto o a los fines del Derecho fiscal aplicable. Corresponde a tal definición el supuesto en que, utilizando una entidad instrumental intercalada, en la estructura del grupo, entre la sociedad que satisface los dividendos y la entidad del grupo beneficiaria efectiva de estos, se elude el pago del impuesto sobre los dividendos.

101 De este modo, constituye un indicio de la existencia de una estructura creada con el objeto de disfrutar indebidamente de la exención establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435 la circunstancia de que dichos dividendos, una vez percibidos, sean retransferidos por la sociedad perceptora íntegramente o en su cuasitotalidad, y en un plazo muy breve, a entidades que no cumplen los requisitos de aplicación de la Directiva 90/435 , ya sea porque no están domiciliadas en ningún Estado miembro o bien porque no han sido constituidas revistiendo alguna de las formas que contempla esta Directiva, o bien porque no están sujetas a uno de los impuestos enumerados en el artículo 2, letra c), de dicha Directiva, o bien porque no constituyen una "sociedad matriz" y no cumplen los requisitos del artículo 3 de la misma Directiva.

102 Pues bien, entidades como las sociedades de que se trata en el asunto C-117/16 o como las sociedad es de inversión en cuestión en el asunto C-116/16 , que tienen su residencia fiscal fuera de la Unión, no satisfacen los requisitos de aplicación de la Directiva 90/435 . En dichos asuntos, si la empresa danesa deudora hubiera pagado los dividendos directamente a las entidades que, según el Ministerio de Hacienda, eran los beneficiarios efectivos, el Reino de Dinamarca habría podido percibir el impuesto retenido en la fuente.

103 De igual forma, el carácter artificial de un escenario puede ser corroborado por la circunstancia de que el grupo de sociedades implicado posea una estructura tal que la sociedad perceptora de los dividendos pagados por la sociedad deudora deba transferir a su vez esos dividendos a una tercera sociedad que no cumple los requisitos de aplicación de la Directiva 90/435 , con la consecuencia de que aquella sociedad solo realiza un beneficio gravable insignificante cuando opera como sociedad instrumental con la función de permitir que las cantidades satisfechas fluyan de la sociedad deudora a la beneficiaria efectiva de esos importes.

104 La circunstancia de que una sociedad opera como sociedad instrumental puede probarse cuando la única actividad que realiza dicha entidad consiste en la percepción de los dividendos y la transferencia de estos al beneficiario efectivo o a otras sociedades instrumentales. A este respecto, la falta de una actividad económica real deberá deducirse, teniendo en

o a otras sociedades instrumentales. A este respecto, la falta de una actividad económica real deberá deducirse, teniendo en cuenta las características singulares de la actividad de que se trate, de un análisis del conjunto de los datos pertinentes relativos, en particular, a la gestión de la sociedad, a sus estados contables, a la estructura de sus costes y a los gastos reales soportados, al personal que emplea, así como alas instalaciones de que dispone.

105 También pueden constituir indicios de un escenario artificial **los diferentes contratos existentes entre las sociedades implicadas en las operaciones financieras en cuestión, que den lugar a flujos financieros intragrupo, el modo de financiación de las operaciones, la evaluación de los fondos propios de las sociedades intermediarias, así como el hecho de que no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los dividendos percibidos.** A este respecto, pueden constituir tales indicios no solamente la existencia de una obligación legal o contractual a cargo de la sociedad matriz que percibe los dividendos de transmitirlos a un tercero, sino también el hecho de que, como señala el órgano jurisdicción al remitente, "básicamente" no se haya conferido a dicha sociedad el derecho de usar y disponer de tales importes, aunque tampoco esté sujeta a una obligación legal o contractual.

106 Por lo demás, **tales indicios pueden resultar confirmados por circunstancias** como la coincidencia o la proximidad en el tiempo de, por un lado, la entrada en vigor de cambios importantes en la legislación fiscal, como en el caso de la legislación danesa en cuestión en los litigios principales o la legislación estadounidense mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, y por otro, la ejecución de operaciones financieras complejas y la concertación de préstamos en el seno de un mismo grupo".»

Mas adelante la sentencia del Tribunal Supremo transcribe la respuesta que en esta cuestión dio el TJUE:

«La respuesta que ofreció el TJUE, a la cuestión planteada fue la siguiente:

"114 Por cuantas consideraciones anteceden, procede responder a la cuestión prejudicial cuarta, letras d) y e), de los asuntos principales, que **la prueba de una práctica abusiva precisa, de un lado, un conjunto de circunstancias objetivas del que resulte que, pese al cumplimiento formal de los requisitos establecidos por la normativa de la Unión, no se ha conseguido el objetivo perseguido por esta y, de otro, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener una ventaja derivada de la normativa de la Unión mediante la producción artificial de las condiciones que se requieren para su obtención.** La concurrencia de cierto número de indicios puede acreditar la existencia de un abuso de Derecho, siempre que estos sean objetivos y concordantes. Tales indicios pueden consistir, en particular, en la existencia de sociedades instrumental es carentes de justificación económica, así como en el carácter puramente formal de la estructura del grupo de sociedades, de las operaciones financieras y de los préstamos".»

Para completar el acopio de pautas que el Tribunal Supremo extrae de la repetida sentencia del TJUE, sobre el que hemos de apoyar el examen del caso concreto que aquí nos ocupa, resaltamos a continuación:

El Tribunal Supremo en su sentencia entra a examinar cómo trata la sentencia del TJUE la cuestión de la carga de la prueba, no sin antes deslizar una serie de consideraciones de calado a modo de síntesis de lo extraído del TJUE

«Trata a continuación el TJUE sobre la carga de la prueba del abuso. Cabe recordar que en la construcción de la teoría del abuso en el Derecho europeo, si bien procede la verificación del elemento subjetivo, lo verdaderamente relevante es la concurrencia de los elementos objetivos que son la clave para discernir sobre la artificiosidad de las operaciones o montajes en que va a descansar todo abuso; como en otras ocasiones ha tenido oportunidad de decir el TJUE, la disfunción que sirve para apreciar la artificiosidad debe verificarse entre la realidad jurídica y los hechos, y no entre aquella y las intenciones de las partes. Como se ha puesto de manifiesto, el propio TJUE en este caso se preocupa de ofrecer indicios de los que extraer la existencia del abuso; pero resulta esencial a dichos efectos, sobre la base del principio de proporcionalidad, establecerla determinación de la carga de la prueba; en general se ha entendido que resulta proporcionado exigir al interesado la carga de la prueba cuando esta pueda presentarse sin restricciones excesivas; se ha entendido que es desproporcionado que no se acepte la posibilidad de presentar dicha prueba por parte del interesado; y en lo que ahora nos interesa, se ha establecido, luego será objeto de atención con referencia a las sentencias del TJUE, que sirven de guía a la Sala de instancia, que no pueden existir medidas generales o presunciones generales que consideren a priori la existencia del abuso, ni tampoco exigir pruebas para refutar la aplicación de una norma genérica antiabuso, tales como aquellas que se exigen para acceder a determinadas ventajas fiscales y que consisten, mediante la inversión de la carga de la prueba, en la demostración de que el obligado tributario no es un defraudador; puesto que con ello decae cualquier posible verificación de la artificiosidad, cuando resulta imprescindible y ello a través de criterios objetivos y comprobables por terceros, aunque, como ha reiterado el TJUE, sea por indicios. La sentencia que comentamos se decanta por considerar que la falta de una norma nacional antiabuso es irrelevante para denegar la exención prevista cuando la Directiva es invocada de forma fraudulenta o abusiva, ahora bien, la aplicación del régimen mas ventajoso no puede fundar, una presunción general de fraude.»

Acto seguido transcribe los párrafos 115 a 120 de la sentencia del TJUE (el resaltado es del TS):

«Al efecto el TJUE, consideró lo siguiente:

"115 Ha de señalarse que la Directiva 90/435 no contiene disposiciones relativas a la carga de la prueba de la existencia de un abuso de Derecho.

116 Ahora bien, como sostienen los Gobiernos danés y alemán, **en principio, corresponde a las sociedades que pretenden acogerse a la exención de la retención en la fuente sobre los dividendos establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435 demostrar que cumplen los requisitos objetivos exigidos por esta.** En efecto, nada impide a las autoridades fiscales afectadas exigir al sujeto pasivo las pruebas que estimen necesarias para la liquidación correcta de los impuestos de que se trate y, en su caso, denegar la exención solicitada de no aportarse tales pruebas (sentencia de 28 de febrero de 2013, ... , C-544/11, EU:C:2013:124, apartado 51 y jurisprudencia citada)".

En el examen que efectuamos resulta muy elocuente lo siguiente

"117 En cambio, **si una autoridad fiscal del Estado miembro de la fuente se propone denegar a una sociedad que ha satisfecho dividendos a una sociedad residente en otro Estado miembro la exención del artículo 5 de la Directiva 90/435 basándose en la existencia de una práctica abusiva, le corresponde demostrar que concurren los elementos constitutivos de tal práctica abusiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, en particular el hecho de que la sociedad a la que se pagaron los dividendos no era el beneficiario efectivo de estos.**

118 A este respecto, no corresponde a tal autoridad identificar los beneficiarios efectivos de esos dividendos sino **demostrar que el supuesto beneficiario efectivo no es más que una sociedad instrumental por medio de la cual se ha cometido un abuso de Derecho.** Una identificación de esa clase podría resultar imposible, en efecto, especialmente porque se desconoce quiénes son los beneficiarios efectivos potenciales. La autoridad fiscal nacional no siempre dispone de los datos que le permitirían identificar a esos beneficiarios. dada la complejidad de algunas operaciones financieras y de la posibilidad de que las

‘sociedades interpuestas implicadas en las operaciones’ estén establecidas fuera de la Unión. Pues bien, no puede exigirse a tal autoridad que aporte una prueba imposible.

*119 Por otra parte, aunque se conociera quiénes son los beneficiarios efectivos potenciales, no siempre resulta acreditado cuáles de estos son o van a ser los beneficiarios efectivos reales. De esta manera, en relación con el asunto C-117/16, el órgano jurisdiccional remitente indica que, si bien Y... es una sociedad filial de ..., una entidad con sede en **Bermudas**, esta última es a su vez una sociedad filial de ..., una entidad residente en Pues bien, en la hipótesis de que el órgano jurisdiccional remitente considere que ... no es el beneficiario efectivo de los dividendos, es más que probable que las autoridades fiscales y los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de donde proceden los dividendos no tengan ninguna posibilidad de determinar cuál de las dos sociedades matrices en cuestión es o va a ser el beneficiario efectivo de los referidos dividendos. En particular, la atribución de dichos dividendos podría haber sido decidida con posterioridad a las constataciones efectuadas por la autoridad fiscal respecto de la sociedad instrumental.*

120 Por consiguiente, procede responder a la octava cuestión prejudicial de los asuntos principales que, a efectos de la negativa a reconocer a una sociedad como beneficiario efectivo de unos dividendos, o de la prueba de la existencia de un abuso de Derecho, una autoridad nacional no está obligada a identificar la entidad o entidades a las que considera beneficiarios efectivos de esos dividendos”.

Esto es, no puede la Administración Tributaria negar la exención por concurrir práctica abusiva, sino que le corresponde acreditar todos los elementos constitutivos de dicha práctica.»

SEPTIMO.- Examen y solución del caso concreto.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, ha de examinarse si la Administración Tributaria ha acreditado que concurren indicios suficientes que permiten extraer la conclusión de que la entidad **luxemburguesa XZ-GH** no puede ser considerada beneficiaria efectiva de los intereses satisfechos por la aquí obligada tributaria **XZ-TW** y, por tanto, no resulta aplicable la exención prevista en el artículo 14.1.c) del TRLIRN.

Antes de ello es conveniente señalar, a modo de inciso meramente informativo, que la cuestión relativa a la prueba (carga y efectivo cumplimiento en el caso) no se planteaba en la resolución de este TEAC de 8/10/2019. Ello era debido a que la única pretensión de la entidad versaba sobre la cuestión que hemos denominado en el FD Quinto sustantiva o conceptual. Como se describe en el FD Cuarto de aquella resolución de 2019, la entidad no cuestionaba que el beneficiario efectivo de los intereses pagados fuese la sociedad andorrana xxx; lo que cuestionaba era la aplicación de una cláusula anti abuso no contemplada en nuestra normativa interna. De ahí que el pronunciamiento de ese TEAC no abordase entonces esta cuestión probatoria; que ahora, sin embargo, rechazada la primera alegación de la entidad acerca de aquella cuestión sustantiva y ratificado nuestro criterio al respecto, sí pasamos a abordar, al constituir la segunda línea argumental de la reclamante.

Para ello hemos de traer a colación lo descrito en el FD Tercero de la presente resolución, donde se pone de manifiesto las actuaciones desarrolladas por la Inspección y los datos recabados para acreditarlo.

Puede apreciarse, como a continuación desarrollaremos, que la Inspección ha trabajado para recabar los indicios relativos a las circunstancias objetivas que, como señala la sentencia del TJUE parafraseada por el Tribunal Supremo, son la clave para discernir si, pese al cumplimiento formal de los requisitos establecidos por la normativa de la Unión, no se ha conseguido el objetivo perseguido por esta; y como señala el Tribunal Supremo, para verificar la disfunción entre la realidad jurídica y los hechos y no entre aquella y las intenciones de las partes.

Así, además de otras actuaciones, consta en el expediente que la inspección envió una solicitud de intercambio de información a **Luxemburgo** cuyo objeto era, fundamentalmente los aspectos relativos al origen de los recursos financieros que fueron prestados a la entidad española en las diferentes operaciones, así como las características de la entidad **luxemburguesa XZ-GH** (datos contables, actividad desarrollada, número de empleados,).

Es decir, se observa que se solicitan datos como los que los párrafos 103 a 106 de la STJUE antes citada, proponían como posibles indicios de un escenario artificial.

Con fecha 25-07-2019 se recibe respuesta de **Luxemburgo** en la que se informa que el origen de los fondos recibidos por la entidad española a través de los tres préstamos son, a su vez, tres préstamos recibidos por la entidad **luxemburguesa** de una entidad del Grupo con residencia en **Bermudas, XZ**. Asimismo, se recibe información acerca de la actividad desplegada por **XZ-GH** y sobre los empleados y activos de los que dispone para desarrollar dicha actividad.

1) Centrándonos en primer termino en las operaciones de préstamo, se ha constatado por la Inspección:

Los préstamos otorgados por **XZ-GH** a **XZ-TW** son una mera réplica de los otorgados por **XZ** a **XZ-GH**.

Los préstamos fueron concertados en 2006 por un importe nominal total de 89.879.000 euros. Su vencimiento era en 2009 y 2010 pero han sido renovados en varias ocasiones. En diciembre de 2017 como resultado de una reestructuración la posición prestamista pasó a ser ocupada por una entidad **Suiza** del Grupo.

En el escrito de respuesta de las autoridades de **Luxemburgo**, se identifican los préstamos otorgados por **XZ-GH** a **XZ-TW**, respecto de los cuales la inspección solicitaba información y, a continuación, se indica que para financiar los citados préstamos **“XZ-GH ha contratado varios préstamos que se enumeran en la siguiente tabla, por los mismos montos, con los mismos vencimientos finales, pero con diferentes tasas de interés”**.

En el Acta de disconformidad, paginas 8 y 9, y en el acuerdo de liquidación, paginas 14 y 15, figuran unos cuadros que incluyen, para cada uno de los préstamos, un resumen de las fechas (de concesión y de renovación) y tipos de interés y ello tanto para los concedidos por **XZ-GH** a **XZ-TW** como para los concedidos por **XZ** a **XZ-GH**.

La documentación obtenida por la inspección pone de manifiesto que:

- El nominal de los préstamos es el mismo, 17.398.000 euros, 40.000.000 euros y 32.481.000 euros.
- Los plazos de los préstamos son similares. Las renovaciones de los tres préstamos se producen en las mismas fechas o con muy pocos días de diferencia.
- La fecha de devengo y de pago (compensación) de los intereses es similar o muy próxima en el tiempo, con muy pocos días de diferencia.
- Los tipos de interés aun no siendo idénticos, son muy aproximados (4,13% frente a 4% o 3,79%).

Por tanto, se da la circunstancia de que el grupo de sociedades implicado posee una estructura tal que la sociedad perceptora de los intereses (**XZ-GH**) pagados por la entidad deudora (**XZ-TW**) transfiere a su vez, de modo cuasi automático en virtud del esquema de réplica de préstamos articulado, intereses a una tercera sociedad (**XZ**), con residencia en **Bermudas**, que no cumple los requisitos de aplicación de la Directiva; los intereses se transfieren en su cuasi totalidad (con la mínima diferencia de tipos antes señalada) y en un plazo muy breve, por lo que no "disfruta realmente" (expresión utilizada en la sentencia el TS, página 13, citando al TJUE) de los intereses que le son abonados por la entidad española.

Cumple destacar este indicio relevante: que los intereses percibidos, "...sean transferidos por la sociedad perceptora, íntegramente o en su cuasi totalidad, y en un plazo muy breve, a entidades que no cumplen los requisitos de aplicación de la directiva 2003/49...".

A estos efectos conviene recordar el párrafo 105 de la STJUE comentada por el TS y por el nuestras resoluciones: *"también puede constituir indicios de un escenario artificial los diferentes contratos existentes entre las sociedades implicadas en las operaciones financieras en cuestión, que den lugar a flujos financieros intragrupo, el modo de financiación de las operaciones, la evaluación de los fondos propios de las sociedades intermediarias, así como el hecho de que no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los dividendos percibidos. A este respecto, pueden constituir tales indicios no solamente la existencia de una obligación legal o contractual a cargo de la sociedad matriz que percibe los dividendos de transmitirlos a un tercero, sino también el hecho de que, como señala el órgano jurisdicción al remitente, "básicamente" no se haya conferido a dicha sociedad el derecho de usar y disponer de tales importes, aunque tampoco esté sujeta a una obligación legal o contractual."*

En el caso que nos ocupa, (empleando la terminología del propio TJUE, párrafo 103 de la sentencia de 2019 comentada) por virtud de ese esquema de préstamos, que da lugar a los flujos financieros intragrupo descritos, la entidad **luxemburguesa XZ-GH**, está obligada a satisfacer casi inmediatamente y casi por igual monto los intereses percibidos de **XZ-TW** a la residente en **Bermudas** del grupo, **XZ**, lo que evidencia su imposibilidad de disponer económicamente de los intereses percibidos. Además esa estructura de préstamos carece de una explicación económico financiera razonable mas allá de la intención de que los intereses que **XZ-TW** recibe fluyan (empleando nuevamente el término utilizado por el TJUE) a la entidad en **Bermudas**.

2) Pasando a continuación al examen de la actividad de la entidad **luxemburguesa XZ-GH**, se constata la ausencia una actividad económica real.

La documentación obtenida por la inspección pone de manifiesto lo siguiente:

- El objeto social de **XZ-GH**.

Según las cuentas anuales (remitidas por las autoridades (**luxemburguesas**), hasta el ejercicio 2016 es la concesión de préstamos a otras sociedades del mismo grupo. En el ejercicio 2017 se amplía, pudiendo realizar también, operaciones relacionadas con la toma de participaciones en cualquier empresa.

Resaltar que en puridad lo que esta "ampliación" formal del objeto social supone es atribuir a **XZ-GH** un objeto social distinto y nuevo, toda vez que, como se ha expuesto, a partir de 2017, la entidad **luxemburguesa** perdió su función de prestamista, que pasa a la entidad **Suiza** del grupo **XZ Suiza**. De no atribuirle alguna otra función, hubiera quedado sin objeto.

- Activo de **XZ-GH**.

Su activo está constituido por "Créditos con entidades del grupo", "Participaciones en entidades del Grupo" y "caja, efectivo" (según balance anual a cierre de ejercicio).

En los ejercicios 2013 a 2015 los créditos con entidades del grupo representan aproximadamente el 93% del total del activo.

En el ejercicio 2016, el activo deja de estar constituido principalmente por créditos con entidades del grupo y pasa a tener un mayor peso las participaciones en entidades del grupo (en torno al 66%). Sin perjuicio del mantenimiento de los préstamos existentes, se trata de posibilitar el tránsito a ese nuevo objeto descrito; esa tendencia se consolida en el ejercicio 2017, donde las participaciones en entidades del grupo representan la práctica totalidad del activo (en torno al 97% del total).

- Financiación de **XZ-GH**

Dato muy ilustrativo es que **la totalidad de la deuda que figura en el pasivo de sus balances anuales corresponde a préstamos recibidos de XZ, entidad del Grupo con residencia en Bermudas**. En las páginas 15 y 16 del Acta figura detalle de los préstamos recibidos de **XZ** en los ejercicios comprobados. A finales de 2017, como consecuencia de la reestructuración los préstamos a que ya nos hemos referido, se transfirieron a una entidad del Grupo residente en **Suiza**.

- Empleados

En las cuentas anuales de los ejercicios 2010 a 2016 en el apartado relativo a gastos de personal figura la expresión "Not aplicable"; no consta gasto de personal alguno.

Según información suministrada por las autoridades **luxemburguesas** durante los ejercicios comprobados **XZ-GH** tiene 2 empleados de media (1 empleado en 2016).

Asimismo, en la Nota 8 de la Memoria anual de 2017 figura que:

"The Company employed in 2017 an average of 2 employees (2016: 1) during the year".

Además, en el documento recibido de las autoridades **luxemburguesas** denominado "Détail d'une personne", se identifican a dos administradores de la Sociedad : a) D. **Axy** con cargo de Director General desde el .../2014 y con domicilio en **Suiza**; b) D. **Bts** con cargo de Director general desde .../2016 y con domicilio en

Por tanto, se da la circunstancia de que la actividad que realiza **XZ-GH** consiste verdaderamente en la percepción de los intereses que recibe de los préstamos otorgados a entidades del grupo y la transferencia de estos a otra sociedad del grupo con residencia en **Bermudas** que, a su vez, actúa como prestamista de la entidad **luxemburguesa**.

En conclusión, la Administración ha asumido una posición proactiva en orden a cumplir la carga de acreditar que la entidad **luxemburguesa XZ-GH** no era la beneficiaria efectiva de los intereses, en la línea en que el TJUE y nuestro Tribunal Supremo exigen.

De las características de la actividad de la entidad y teniendo en cuenta el conjunto de datos, en particular, los relativos a sus

cuentas anuales, a sus gastos de personal y al personal que emplea, se deduce la falta de una actividad económica real (sustancia) mas allá de facilitar el flujo o tránsito de los ingresos obtenidos (intereses) a la entidad del grupo en **Bermudas**.

Ello unido a lo ya anteriormente resaltado de estructura de prestamos y flujos financieros, proporciona un conjunto potente de indicios, de los que el TJUE y el TS sugieren, en orden a concluir que se trata (asimismo en terminología del TJUE, párrafo 100 de sentencia) de un escenario artificial, puramente formal destinado a gozar abusivamente del beneficio de una exención concebida y destinada solo para entidades de los Estados miembros, puesto que el beneficiario efectivo no es la entidad **luxemburguesa** sino la entidad del grupo residente en **Bermudas**.

Conforme lo expuesto se confirma la regularización efectuada por la inspección, desestimando las pretensiones de la reclamante.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo acuerda DESESTIMAR la presente reclamación, confirmando el acto impugnado.