

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ090141

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 771/2023, de 8 de junio de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 6528/2021

### SUMARIO:

**IRNR. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Dividendos. Políticas y principios del Derecho comunitario. Principio de no discriminación. Libre circulación de capitales. Convenio con Luxemburgo. Exención del reparto de dividendos matriz-filial. Carga de la prueba.** En el presente caso, la Administración consideró que no era de aplicación la exención por reparto de dividendos matriz-filial, pues la casa matriz carecía de una verdadera actividad económica, no existían motivos económicos válidos y el propietario último del grupo era un fondo canadiense. La AN consideró que yerra la Administración tributaria, que al establecer de facto una presunción de finalidad exclusivamente fiscal por el mero hecho de que la matriz es un fondo de pensiones canadiense está vulnerando las jurisprudencia del TJUE, [Vid., STJUE de 7 de septiembre de 2017, Asunto n.º C-6/16 (NFJ067536)] al invertir la carga de la prueba frente a las alegaciones de la actora que invoca la existencia de móviles económicos, al considerar que «realiza una gestión y dirección coordinada y agrupada de sus participaciones en sociedades operativas localizadas en Europa, eligiendo Luxemburgo por su situación geográfica privilegiada en el centro de Europa», pues, como indica el TJUE, es la Administración tributaria la que debe justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso, siéndole exigible a esta última una mayor prueba, a través de los distintos medios de información previstos en el Convenio con Luxemburgo y Canadá, realizando los oportunos requerimientos para obtener la información precisa que justifique la inexistencia de un interés económico válido. El TS ha establecido como doctrina que la carga de la prueba del abuso que impide acogerse a la exención en el IRNR corresponde a la Administración Tributaria. La Administración General del Estado planteaba en un recurso que la carga de la prueba de la aplicación de la exención recogida en el citado art. 14.1 h) TR Ley IRNR, y en consecuencia la demostración de que no es de aplicación la cláusula anti-abuso, correspondía al obligado tributario, que se beneficia de la misma. Sin embargo, el TS analiza la doctrina del TJUE sobre la materia, recogida en dos sentencias de 2017 y en otra de 2019, y concluye que la carga de la prueba del abuso es de la Administración tributaria. El Tribunal, al igual que la Audiencia Nacional da la razón a una empresa que, en febrero de 2010, no practicó retención a cuenta del IRNR por un reparto de dividendo de 7 millones de euros a su matriz residente en Luxemburgo, al considerar que se encontraba exento conforme al art. 14.1 h) TR Ley IRNR. La Agencia Tributaria, estimó que no era de aplicación la exención comprendida en el art. 14.1 h) TR Ley IRNR por no haber demostrado la entidad contribuyente la existencia de motivos económicos válidos para la constitución de la entidad matriz luxemburguesa, mientras que la sentencia impugnada consideró que Hacienda incurrió en una presunción de finalidad exclusivamente fiscal vulnerando la doctrina del TJUE, al invertir la carga de la prueba frente a las alegaciones de la empresa que invocaba la existencia de móviles económicos. Agregó que es la Administración tributaria la que debe justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso, siéndole exigible a esta última una mayor prueba. El TS estima que a la vista de la jurisprudencia sentada por el TJUE, debe llevarnos a abandonar la doctrina jurisprudencial mantenida, para acomodarse al deber de ajustar e interpretar la cláusula antiabuso recogida en el 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. [Vid., ATS de 15 de junio de 2022, recurso n.º 6528/2020 (NFJ086651) y SAN de 21 de mayo de 2021, recurso n.º 1000/2017 (NFJ083660) que se confirma].

### PRECEPTOS:

RDLeg. 5/2005 (TR Ley IRNR), arts. 14 y 25.

Convenio de 3 de junio de 1986 (Convenio con Luxemburgo), arts. 5, 10 y 23.

### PONENTE:

Don José Antonio Montero Fernández.

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ  
Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS  
Don RAFAEL TOLEDANO CANTERO  
Don DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA  
Doña MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 771/2023

Fecha de sentencia: 08/06/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6528/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 06/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6528/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 771/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Francisco José Navarro Sanchís  
D. Rafael Toledano Cantero  
D. Dimitry Berberoff Ayuda  
D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 8 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 6528/2021, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de mayo de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1000/2017, en el que se impugna la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 5 de julio de 2017, relativa al Impuesto sobre renta de no residentes, retenciones a cuenta, de enero de 2009 a diciembre de 2010.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida la sociedad GLOBAL NORAY, S.L.U., representada por la procuradora de los tribunales doña Silvia Vázquez Senín, bajo la dirección letrada de don Guillermo Canalejo Lasarte.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **Primero.** *Resolución recurrida en casación.*

En el recurso contencioso-administrativo núm. 1000/2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, con fecha 21 de mayo de 2021, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" FALLAMOS

En atención a lo expuesto, y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

1º. ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad GLOBAL NORAY S.L., representada por la Procuradora Doña Silvia Rodríguez Senín contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 5 de julio de 2017, R.G 2155/2014, a que las presentes actuaciones se contraen, la cual se anula por no ser conforme a derecho, así como la liquidación impugnada de la que deriva.

2º. No hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales".

### **Segundo.** *Preparación del recurso de casación.*

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 10 de septiembre de 2021, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

### **Tercero.** *Admisión del recurso.*

Recibidas las actuaciones y personadas las partes la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 15 de junio de 2022 dictó Auto precisando que:

"[...] 2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

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.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA".

### **Cuarto.** *Interposición del recurso de casación.*

La representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO interpuso recurso de casación mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que "...dicte sentencia por el que estimándolo case la sentencia recurrida y declare que:

-la carga de la prueba de la aplicación de la exención recogida en 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, y en consecuencia la demostración de que no es de aplicación la cláusula anti-abuso, corresponde al obligado tributario, que se beneficia de la misma.

Acto seguido, dicte fallo por el que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto en la instancia confirmando la resolución del TEAC impugnada".

#### **Quinto.** *Oposición al recurso de casación.*

La representación procesal de la sociedad GLOBAL NORAY, S.L.U., se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...se tenga por formulada OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por Global Noray, S.L. contra la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 21 de mayo de 2021 (rec. n.º 1000/2017); y, acuerde, con imposición de costas al recurrente, su íntegra desestimación".

#### **Sexto.** *Señalamiento para deliberación del recurso.*

Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 6 de junio de 2023, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.** *Cauce procedimental seguido y respuesta de la Sala de instancia.*

Nos sirve el auto de admisión para centrar el debate existente. Al efecto se dejó dicho lo siguiente.

" 1º) Global Nory, S.L., repartió el 11 de febrero de 2010 un dividendo de 7.000.000 de euros a su matriz residente en Luxemburgo, sin practicar retención a cuenta del IRNR, al considerar que dicho dividendo se encontraba exento conforme al artículo 14.1.h) TRLIRNR.

2º) El 12 de marzo de 2013 se comunica a Global Nory, S.L., el inicio de actuaciones inspectoras de carácter general, referidas, entre otros conceptos, al IRNR, ejercicios 2009 y 2010.

3º) La Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial en Madrid de la Agencia Estatal de Administración Tributaria ["AEAT"] dictó el 7 de marzo de 2014 la correspondiente liquidación, mediante la que se confirma la propuesta de regularización contenida en el acta A02, nº de referencia 72068824, de la que resulta una deuda a ingresar por importe de 838.753,43 euros, de los que 700.000 euros correspondían a cuota y 138.753,43 euros a intereses de demora. Del acta, informe y acuerdo de liquidación derivaba la regularización por los siguientes hechos:

-El único activo relevante de Global Noray SL es un 5% de la sociedad cotizada Corporación Logística de Hidrocarburos ["CLH"]. Esta participación se adquirió por un importe de 176.500.000 euros. Los ingresos de Global Noray, S.L., consisten fundamentalmente en los dividendos percibidos de CLH.

-Global Noray, S.L., es propiedad al 100% de PSP Eur SARL, sociedad que es propiedad, a su vez, de PSP Lux SARL. Esta última sociedad es propiedad al 100% de PSP IB. Las siglas PSP corresponden a " Public SectorInvestment Pension". PSP IB corresponde a " Public Sector Pension Investment Board", que es una corporación canadiense de Derecho Público (" Canadian Crown Corporation") que tiene como finalidad la gestión de los fondos públicos de pensiones de diversos colectivos de funcionarios, militares y policías de Canadá. PSP Eur SARL ha aportado certificado de residencia en Luxemburgo.

-La AEAT, considerando que no era de aplicación la exención comprendida en el artículo 14.1.h) TRLIRNR, al carecer dichas entidades de una verdadera actividad económica, así como por considerar que no existen motivos económicos, sino fiscales, en la constitución de las distintas sociedades europeas dependientes de la matriz canadiense, pues el propietario último del grupo es un fondo canadiense, elimina la exención en el acuerdo de liquidación. Así, entiende que el socio único de Global Noray no realiza una actividad empresarial, en el sentido de organización por cuenta propia de medios humanos y materiales, o solo de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción de bienes y servicios. En opinión de la Inspección, PSP Eur SARL tiene por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial sin la adecuada organización de medios materiales y personales ni ha probado que se

ha constituido por motivos económicos válidos, y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en dicha letra h). Dado que la sociedad filial no tiene actividad económica de ningún tipo, limitándose a cobrar un dividendo de CLH, no existe una adecuada organización de medios humanos y materiales para dirigir una participada que no realiza una actividad económica.

4º) Frente al acuerdo de liquidación, la contribuyente planteó reclamación económico-administrativa nº 1000/2017 ante el TEAC, siendo desestimada por acuerdo de 5 de julio de 2017. El TEAC declara que comparte con la Inspección el criterio de que lo realmente relevante es si la función económica realizada por las entidades luxemburguesas se adecúa a las finalidades de la citada Directiva 90/435, de la que trae causa el artículo 14.1.h) TRLIRNR, y cuyo objeto es evitar que el tratamiento no armonizado de las relaciones matriz-filial perturbe el buen funcionamiento del mercado común y el principio de libre competencia.

5º) Contra dicho acuerdo, la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo, que se tramitó con el n.º 1000/2017 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La ratio decidendi de la sentencia sobre este particular se contiene en el fundamento de derecho quinto:

"[...] la prueba de la existencia de interés económico recogida en el art.14.1.h contiene una inversión de la carga de la prueba semejante a la que contenía el Derecho Alemán analizada en la Sentencia del TJUE de 7.12.2017. Sin embargo, la Administración demandada ha pretendido desarrollar una actividad probatoria, mínima y válida para los dos supuestos anteriores pero no para éste, pese a que el TEAC haya pretendido complementar esta motivación, como se deduce del folio 22 de la resolución impugnada, aunque parezca más referirse a la matriz luxemburguesa, que a la última, la canadiense.

Aquí, por tanto, la conclusión ha de ser distinta. Respecto de los "motivos económicos válidos", la Agencia Tributaria presume que por estar detrás de todas las sociedades europeas un fondo de pensiones canadiense, "que por definición buscan la máxima rentabilidad financiera para los partícipes, dado un nivel de riesgo de las inversiones", se considera "que lo único que puede justificar una estructura europea es precisamente el ahorro de impuestos". "Dicho de otra forma, los motivos económicos se pueden identificar con la racionalidad empresarial, no fiscal, de las decisiones. En el caso de los fondos de pensiones, la decisión racional es la minimización de los costes administrativos. Si se toma la decisión de triangular las inversiones, estableciendo una estructura en un país distinto del de la inversión final, lo único que puede justificar racionalmente la decisión, para un fondo de pensiones, es precisamente el ahorro de impuestos. Sin embargo, esta búsqueda del ahorro impositivo aunque puede ser lícita con carácter general, no se admite por la norma española para aplicar los beneficios del artículo 14.1.h)".

Aquí es donde yerra la Administración tributaria, que al establecer de facto una presunción de finalidad exclusivamente fiscal por el mero hecho de que la matriz es un fondo de pensiones canadiense está vulnerando las sentencias anteriormente mencionadas del TJUE, al invertir la carga de la prueba frente a las alegaciones de la actora que invoca la existencia de móviles económicos, al considerar que "realiza una gestión y dirección coordinada y agrupada de sus participaciones en sociedades operativas localizadas en Europa, eligiendo Luxemburgo por su situación geográfica privilegiada en el centro de Europa", pues, como indican dichas sentencias del TJUE, es la Administración tributaria la que debe justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso, siéndole exigible a esta última una mayor prueba, a través de los distintos medios de información previstos en el Convenio con Luxemburgo y Canadá, realizando los oportunos requerimientos para obtener la información precisa que justifique la inexistencia de un interés económico válido.

También conviene tener en cuenta que en la diligencia nº 5 de fecha 11.9.2013 consta que la autoridad luxemburguesa emitió certificado de que PSP Eur SARL era el beneficiario efectivo del reparto de dividendos, aunque no haya tributado ni en España ni en Luxemburgo.

Por tanto, conforme a dichas sentencias, que permiten la aplicación de la doctrina del "acto aclarado" ( STJE de 27.3.1963, asunto Da Costa, 28,29 y 30/1962, y 19.11.1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/1990, complementaria de la del acto claro, asunto Cilfit 6.10.1982, asunto 283/1981), excluyen la interposición de cuestión prejudicial alguna, pero por aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ( Sentencias de 15 de Julio de 1964, asunto 6/64, " Costa Enel, "Sentencia del TJE de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77; de 19 de Junio de 1990, asunto C/213-89,de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, por todas, STC 232/2015, de 5.11.2015, STS de 11.9.2009, recurso 9766/2003, de 17.9.2010, recurso 488/2007, de 25.10.2013, recurso 1374/2011), damos aplicación preferente al Derecho de la Unión Europea sobre el apartado indicado del art.14.1.h del RDL 5/2004, en lo que constituye objeto de este proceso, respetándose así la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 37/2019 de 26 de marzo y 46/2019, de 8 de abril".

Como se desprende del tenor de la sentencia impugnada el conflicto se limita a la interpretación de la cláusula antiabuso contenida en el art. 14.h del IRNR. En concreto la Sala de instancia rechaza expresamente que concurra las excepciones de que la sociedad matriz realice una actividad empresarial relacionada con la realizada por la filial residente y de que tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial; centrando el debate en la última excepción, esto es, que se haya constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente

el régimen previsto en esta norma, conforme al tenor literal del precepto, "pruebe", es a la entidad a la que corresponde acreditar dichos hechos, sin embargo la Audiencia Nacional considera que conforme a la doctrina emanada del TJUE, en base al acto aclarado, la norma nacional ha de quedar desplazada en el sentido de que la prueba corresponde hacerla a la Administración Tributaria, "(...) Lo establecido en esta letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra h)".

## **Segundo.** *Posición de las partes.*

Planteado el debate en los términos anteriormente vistos, las partes defienden sus respectivas posturas en base a los siguientes razonamientos.

Para el Sr. Abogado del Estado la sentencia ha infringido el art. 14.1.h) del TRLIRNS, en la redacción vigente en los periodos de liquidación, y la jurisprudencia de esa Sala y del TJUE respecto a la aplicación de la cláusula anti-abuso contenida en ese precepto y sobre la carga de la prueba. Recuerda el contenido del citado precepto aplicable por razón del tiempo:

"(...) Lo establecido en esta letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra h)".

Señala que la sentencia impugnada parte erróneamente de que el art. 14.1.h) contiene una presunción general de fraude atendiendo a la jurisprudencia del TJUE. La Administración Tributaria se ha limitado a aplicar la regla antielusión, aplicando las normas nacionales de la carga de la prueba. En esta línea se pronuncia el TEAC al analizar las sentencias del TJUE, y al analizar la del 2019, que no cita la de 2017, indica que rechaza la presunción general de fraude pero introducen una restricción basada en el principio de abuso del derecho. En este sentido, los apartados 81 a 83 de la STJUE de 26 de febrero de 2019, asunto C-116/16 y C-117/2016, destacando el párrafo 123 que dice:

"123. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta, séptima, novena y décima de los asuntos principales que, en una situación de exención de retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos por una sociedad residente de un Estado miembro a una sociedad residente de otro Estado miembro, establecido en la Directiva 90/435, no es aplicable por haberse constatado la existencia de un fraude fiscal o de un abuso, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva, no es lícito invocar la aplicación de las libertades reconocidas por el Tratado FUE para cuestionar la normativa del primer Estado miembro que regula la tributación de dichos dividendos".

De suerte que la cláusula antiabuso del citado art. 14.1.h) es plenamente compatible con el derecho comunitario.

Añade, siguiendo al TEAC, que es necesario analizar si la mayoría de los derechos de voto de la matriz se poseen directa o indirectamente por personas que no residen en la Unión Europea, ahora bien basta para que no entre en juego que concurra cualquiera de las tres circunstancias contempladas en el precepto, en concreto por lo afectante a este caso la de "si la matriz prueba que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto".

Llegados a este punto, entiende la recurrente, que es de aplicación el art. 105 de la LGT, que regula la carga de la prueba, correspondiéndole la misma al obligado tributario. Sin que sea desproporcionada para el contribuyente la citada carga, que es lo que cuestiona el TJUE, pues se le pide que pruebe un hecho positivo y al mismo tiempo de circunstancias respecto de las que el contribuyente tiene mayor facilidad probatoria y mejor información puesto que afectan a su propia operativa, al efecto cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2012 rec. cas. 3312/2008.

Corroborar su postura el Sr. Abogado del Estado descendiendo al caso concreto indicando que resulta indiscutido el hecho de que la mayoría de los derechos de voto, en este caso el 100% de GLOBAL NORAY, S.L. (participada al 100% por PUBLIC SECTOR PENSIÓN (PSP), sociedad residente en Luxemburgo que, a su vez, es

propiedad de PSP Lux SARL), se poseen indirectamente por una corporación de Derecho público canadiense, que es una persona jurídica que no reside en un Estado miembro de la Unión Europea, de hecho es un tercer Estado. Frente a ello debe analizarse las tres circunstancias previstas cuya concurrencia exime a la entidad obligada tributaría de la aplicación de la cláusula anti-abuso.

Afirma el Sr. Abogado del Estado que la sentencia de instancia hace una lectura errónea de las sentencias del TJUE, siendo su conclusión contraria a los principios de normalidad y facilidad probatoria. Sin que pueda compartirse que la norma nacional implique una inversión de la carga de la prueba semejante a la del derecho alemán pues sólo permite denegar la exención en supuestos en que la perceptora de los dividendos no realiza actividad económica, no tiene una adecuada organización de medios y, además, no se aprecian indicios de su constitución por motivos económicos válidos, cuestión respecto de la que, conforme a los principios de normalidad y facilidad probatoria, no se le puede exigir a la Administración Tributaria una prueba absoluta de su inexistencia.

Sobre la sentencia de 21 de mayo de 2021, basaba su decisión, especialmente, en la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 (Asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16. Págs. 14 y ss de la sentencia), cuyo apartado 111 dice así:

"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".

Sin que la Sentencia de la Audiencia Nacional haya tenido en cuenta dicho apartado.

La sentencia ha considerado contrario el art. 14.1.d) en su tercer apartado al Derecho europeo, conforme a la doctrina del acto aclarado, por invertir la carga de la prueba en lo que se refiere a la prueba del fraude o abuso. Cuando de lo razonado la que resulta incorrecta es la propia sentencia. Así no hay acto aclarado porque no hay semejanza entre la norma alemana que el TJUE declaró contraria al Derecho de la Unión Europea en la Sentencia TJUE de 20/12/2017 (asuntos acumulados C-504/16 y C613/16) y la norma española entonces vigente. Nuestra legislación contiene tres excepciones, y cualquiera de ellas justificaría por sí sola la inexistencia de abuso, caso exactamente opuesto a la norma alemana en la que se tienen que dar las tres excepciones para que, en el caso de interposición de una sociedad no residente, pero residente en otro Estado de la UE, no se aplique la exención prevista en la Directiva. Además, cada supuesto de la norma alemana es una presunción iuris et de iure, en la que el contribuyente no puede alegar o probar nada. Por lo tanto, que la norma alemana sea contraria a la Directiva no implica que lo sea la española, y mucho menos que el tema lo haya aclarado el TJUE.

Además, la norma española no será contraria a la Directiva, si la inspección puede probar o el propio contribuyente reconoce que el beneficiario efectivo de los dividendos reside en un tercer país. En este caso, la norma española estaba reconociendo un derecho del contribuyente, para probar, aun así, que la decisión de realizar una inversión originariamente procedente de un Estado, se puede canalizar a través de otro Estado de la UE, probando que esa decisión obedece a motivos económicos válidos.

Sobre si Global Noray S.L., es o no, beneficiario efectivo, si bien las autoridades luxemburguesas certifican, a petición del contribuyente, que él mismo es beneficiario efectivo, pero lo hacen a los efectos del Convenio para evitar la doble imposición, aunque como señala la propia sentencia de la Audiencia Nacional, no se tribute por parte del grupo empresarial ni en España, ni en Luxemburgo. De hecho, no se tributa en ninguna parte, porque el beneficiario final es, como admite el propio contribuyente, y se deduce de la documentación obrante en el expediente, es PSP IB, es decir Public Sector Pension, Investment Board una sociedad 100% pública (Crown Corporation) que obviamente, como ocurre en todos los lugares del mundo con los propios Estados, no paga impuesto alguno sobre los beneficios. A los efectos de la directiva matriz-filial, si la empresa, como señala el acta es una "conduit Company" (una compañía canalizadora), por definición, el beneficiario efectivo es PSP IB, ya que el destino del rendimiento de las inversiones de esta entidad es el pago de las pensiones canadienses. Esta conclusión, aunque la sentencia la atribuye, incorrectamente, al TEAC, está recogida tanto en el acta como en la liquidación. Así lo reconoce expresamente el propio contribuyente.

La parte recurrida centra la cuestión en el sentido de identificar la cuestión jurídica discutida, consistente en a qué parte, bien a la Administración, bien al contribuyente, corresponde la carga de la prueba de demostrar si son de aplicación alguno de los tres supuestos, en especial el último de los previstos en el art. 14.1.h), en su redacción aplicable al caso.

Considera que lo relevante del precepto es que establece una presunción general de no aplicación de la exención cuando concorra un hecho objetivo: " cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea", contraria al Derecho de la Unión Europea, pues no cabe que los Estados miembros establezcan presunciones generales de fraude fiscal por razón de dónde se ubique el último eslabón del control societario. Esa presunción general se revela aún más contraria al Derecho de la UE cuando la excepción que contempla radica en un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el contribuyente. Se está ante una norma que faculta a la Administración tributaria a acreditar un mero hecho objetivo, a partir de lo cual cualquier insuficiencia probatoria

perjudicaría al contribuyente. Así el art. 5.1 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, prevé que: " Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención de origen, al menos cuando la segunda tenga una participación de un 25% como mínimo en el capital de la filial". La sentencia recurrida se limita a aplicar la doctrina del TJUE en la materia, al ser contraria a la Directiva la normativa de un Estado nacional que supedita el disfrute de la exención a que la sociedad matriz residente en otro estado miembro de la Unión Europea pruebe que su constitución responde a motivos económicos válidos, por lo que dado el carácter preferente del Derecho de la Unión Europea sobre la normativa doméstica, debe recaer en la Administración la carga de la prueba respecto de la existencia o no de motivos económicos válidos en la constitución de la matriz.

Añade que una normativa será contraria al Derecho de la Unión en función de a qué parte perjudique la pasividad probatoria. Como no caben esas presunciones generales, para aplicar la cláusula antiabuso no es suficiente con acreditar el hecho objetivo de que exista una cadena de control societario que, en último término, concluya en una jurisdicción externa a la Unión Europea. Es necesario algo más: la Administración tributaria ha de presentar un principio de prueba del fraude (del montaje puramente artificial). Si aporta ese principio de prueba (que no puede ser el mero hecho objetivo del control societario), la carga de la prueba se trasladará al contribuyente, pero no antes; por lo que aún no siendo la normativa española exactamente igual que la francesa y alemana, sigue esencialmente la técnica normativa que parte del establecimiento de criterios generales objetivos que desplazan la carga de la prueba hacia el contribuyente.

Considera, pues, que la norma objetiviza situaciones presuntamente fraudulentas, lo que no es posible, sin que la Administración tributaria haya desarrollado una actividad probatoria suficiente y válida que permita desacreditar la concurrencia de motivos económicos válidos en la constitución de PSP Eur Sà r.l; esto es, la Administración tributaria asume como premisa del razonamiento que el fraude existe y, a partir de ello, considera insuficientes las explicaciones y pruebas ofrecidas. Se invierte por ello el sentido de la jurisprudencia del TJUE.

Abunda en la tesis que defiende el que propio legislador español haya procedido a la modificación de la cláusula antiabuso, precisamente para su adecuación al Derecho de la Unión Europea:

" Lo establecido en esta letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información en materia tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas ".

Sobre el beneficiario efectivo de los dividendos, considera que ha de estarse a lo declarado en la sentencia, y no a la interpretación que patrocina la Administración General del Estado, planteando una cuestión estrictamente fáctica sustraída a la decisión casacional. Lo cual hace decaer la tesis de la recurrente en cuanto que la doctrina del TJUE parte de un presupuesto fáctico, consistente en que el beneficiario efectivo no sea residente en un Estado miembro de la Unión Europea, que no concurre en este caso. Lo cual ha sido expresamente reconocido en el acuerdo de liquidación: "A nte la duda, la inspección se inclina por admitir la condición de beneficiario efectivo de PSO (sic) Eur SARL y por consiguiente, reducir la tributación, aplicando el tipo del 10% previsto en el Convenio".

A mayor abundamiento entiende que de aceptarse la tesis de la recurrente, también estaría exento, por serle de aplicación la exención para no sufrir discriminación en relación con los fondos de pensiones residentes, por mor del principio de libre circulación.

En todo caso no sería necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial en base a la doctrina del acto aclarado, plenamente aplicable en el presente supuesto. Si bien, propone que en el caso de que este Tribunal considere que no estamos en presencia de un supuesto de acto aclarado habría de entenderse que persisten dudas acerca de la interpretación y aplicación al caso de los arts. 1, apartado 2, de la Directiva Matriz-Filial y 49 del TFUE, por lo que debería plantearse la siguiente cuestión prejudicial ante el TJUE, de acuerdo con lo establecido en los arts. 267 del TFUE y 19.3.b) del Tratado de la Unión Europea, y se tenga en cuenta la decisión de ese Tribunal a la hora de dictar Sentencia en el presente recurso:

Si el artículo. 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, por un lado, y el artículo 49 del TFUE, por otro, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a normativas tributarias nacionales que, como la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) del TRLIRNR (en su redacción aplicable por razones temporales), supedita la aplicación de la exención de retención en origen de los beneficios distribuidos por filiales residentes a sus matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea cuando dichas matrices estén controladas directa o indirectamente por personas físicas o jurídicas no residentes en Estados miembros de la Unión Europea a que las matrices europeas (i) realicen efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial; (ii) tengan por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la



adecuada organización de medios materiales y personales; o (iii) prueben que se han constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente de la exención.

### **Tercero. Sobre el debate.**

El pleito, en su consideración general, plantea numerosas cuestiones, algunas de ellas necesitadas de una respuesta jurisprudencial, pero como tantas veces hemos indicado la función de este Tribunal Supremo es crear jurisprudencia allá en donde se necesite mediante el dictado de la correspondiente sentencia, no es órgano consultivo ni sus resoluciones puede confundirse con dictámenes sobre cuestiones jurídicas en abstracto, nos corresponde, por tanto, dictar sentencia en atención al caso concreto planteado con la delimitación que sobre el conflicto presentan las partes sobre la base de la cuestión de interés casacional objetivo seleccionada. 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 h)"; esto es, sin perjuicio de que debamos de ratificar la sentencia de instancia por las razones que a lo largo de esta sentencia se irá desarrollando, en último término 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; a criterio del Sr. Abogado del Estado, el artículo en disputa no sería contrario al Derecho europeo si la Inspección hubiera probado que el beneficiario efectivo reside en un tercer Estado, lo cual no es correcto porque es precisamente sobre este presupuesto sobre el que se establece la presunción que debe rechazarse, esto es, no es correcto la ecuación que parece desprenderse de su tesis de que siempre que el beneficiario efectivo sea la entidad del tercer Estado, se presume el abuso, cosa distinta, que es lo que se acaba de indicar, es que la Inspección hubiera probado que no concurre en la constitución de la entidad matriz un motivo económico válido.

### **Cuarto. Sobre la doctrina del TJUE -se añade las negritas para enfatizar los aspectos más importantes.**

No estorba recordar algunas consideraciones que ayudarán a justificar la conclusión a la que ha de llegarse.

La Directiva 90/435/CEE 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, Wereldhave Belgium y otros, C-448/15, EU:C:2017:180, apartado 25 y jurisprudencia citada).

El principio básico que inspira la regulación europea en esta materia es el de neutralidad en el abono de beneficios por una sociedad filial establecida en un Estado miembro a una sociedad matriz establecida en otro Estado miembro, con el fin de evitar la doble imposición. En modo alguno, su aplicación debe dar lugar a supuestos de desimposición. Tampoco, su ámbito de aplicación y su finalidad se extiende a procurar una ventaja a entidades de terceros países. Por tanto, en los supuestos en los que aparecen como protagonista una persona de un tercer Estado receptor final de los beneficios, la perspectiva de análisis no se distorsiona, sino que ha de integrarse en el enjuiciamiento desde la única perspectiva que es posible, atendiendo al ámbito de aplicación de las citadas Directivas, esto es, desde el establecimiento de un régimen fiscal común aplicable a las sociedades de los Estados miembros. Así se desprende del art. 4.1 de la Directiva matriz-filial, al disponer que cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de la misma reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por esta última, el Estado miembro en el que estén establecidos una u otro se abstendrá de gravar dichos beneficios, o los gravará autorizando al mismo tiempo a deducir de su cuota impositiva la fracción del impuesto pagado por la filial en atención a los mismos beneficios, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado. Recordar lo dicho en la sentencia del TJUE, que luego se verá más en extenso:

" Marco jurídico

*Derecho de la Unión*

3 Los considerandos tercero y quinto de la Directiva 90/435 están formulados como sigue:

"Considerando que las actuales disposiciones fiscales por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes varían sensiblemente de un Estado miembro a otro y son, por lo general, menos favorables que las que se aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo

Estado miembro; que la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes queda por ello penalizada con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro; que es conveniente eliminar dicha penalización mediante el establecimiento de un régimen común, y facilitar de este modo los grupos de sociedades a escala comunitaria;

[...]

Considerando que para garantizar la neutralidad fiscal es conveniente, por otra parte, eximir de retención en origen, salvo en determinados casos particulares, a los beneficios que una sociedad filial distribuye a su sociedad matriz; [...]"

4 De conformidad con el artículo 1 de la Directiva 90/435 :

"1. Cada Estado miembro aplicará la presente Directiva:

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

[...]

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

5 El artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva establece lo siguiente:

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

La tercera de las sentencias que recoge la Sala de instancia para concluir que el art. 14.1.h), en la redacción vigente y aplicada al caso enjuiciado, es contrario al Derecho de la Unión europea, es la de 26 de febrero de 2019, el TJUE resolvió, en dos sentencias, seis asuntos acumulados (C-116/16 y C-117/16, por una parte y C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 por otra), precisando la cláusula antiabuso delimitada en el Derecho europeo y el concepto de beneficiario efectivo conforme ha sido definido en el derecho comunitario. Se planteó por un tribunal de apelación de Dinamarca varias cuestiones prejudiciales relativas a la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la Directiva matriz-filial y en la Directiva de intereses y cánones a pagos de dividendos y de intereses entre compañías vinculadas. Los supuestos contemplados se referían a los beneficios repartidos por las sociedades danesas, las filiales, a sociedades financieras intermedias, matrices, residentes en Luxemburgo y Chipre, que a su vez estaban participadas por entidades de terceros Estados, entre ellos USA, Bermudas o Caimán, y que no hubieran tenido derecho a los beneficios de las citadas directivas. 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.

Antes de entrar de lleno en el núcleo de la cuestión que nos interesa en atención a lo recogido en la sentencia del STJUE, de 26 de febrero de 2019, cabe recordar que la primera de las cuestiones que se le plantea por el órgano judicial danés fue:

" Sobre las cuestiones prejudiciales primera a tercera y sobre la cuarta cuestión prejudicial, letras a) a c), de los asuntos principales

68 Mediante las cuestiones prejudiciales primera a tercera, así como mediante la cuestión prejudicial cuarta, letras a) a c), de los asuntos principales, el órgano jurisdiccional nacional esencialmente pregunta, en primer lugar, si la lucha contra el fraude o los abusos, permitida por el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435 , supone la existencia de una disposición nacional o convencional destinada a impedir el abuso en el sentido de dicho artículo. En segundo lugar, pregunta si un convenio redactado siguiendo el Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE que contiene el concepto de "beneficiario efectivo" puede constituir una disposición convencional destinada a impedir el abuso, a los efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435 . En tercer lugar, desea que se dilucide si este concepto de "beneficiario efectivo" es un concepto del Derecho de la Unión que debe entenderse en el mismo sentido que el concepto homónimo que figura en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 , y si puede tenerse en cuenta, para la interpretación de esta disposición, el artículo 10 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de

1977 . Pregunta, en particular, si una disposición que contiene el concepto de "beneficiario efectivo" puede ser considerada constitutiva de una base jurídica que permite combatir el abuso de Derecho".

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".

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; a lo que se añade una serie de prerrogativas concedida a los Estados Miembros para que puedan controlar los posibles supuestos de fraude o abuso por parte de los obligados tributarios de las ventajas establecidas por la Directiva. Así art. 3.2 que permite a los Estados miembros establecer un período mínimo de tenencia de la participación, cuyo alcance se definió en la sentencia Denkavit, VITIC, Voormer, C-283/94. 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.

Ha de observarse que una de las diferencias respecto del caso que nos ocupa, es que mientras que en nuestro Derecho existe cláusula antiabuso y la misma se aplicó, en el caso danés no existe cláusula nacional antiabuso, y precisamente lo que se dilucida, entre otras cuestiones, es si podía la autoridad fiscal danesa aplicar la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial. Ya hemos visto que se declara que no es necesaria tal cláusula interna y que pueden los Estados apoyarse en la cláusula antiabuso europea. Aunque, ya se ha dicho, de existir cláusula nacional esta debe respetar aquella y resultar compatible con la misma.

Compendiando 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, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, aun cuando no exista disposición nacional o contractual alguna que contemple tal denegación. De suerte que aún no recogiendo la legislación nacional una norma anti abuso sería de aplicación las normas anti abuso europeas, 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.

Nos interesa analizar las siguientes cuestiones formuladas y la respuesta que al efecto da el TJUE en la sentencia antes parcialmente transcrita, "Mediante la cuarta cuestión prejudicial, letras d) y e), y mediante la quinta cuestión prejudicial, en los asuntos principales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, cuáles son los elementos constitutivos de un abuso de Derecho y cómo puede probarse la concurrencia de tales elementos. A este respecto, el tribunal remitente expone sus dudas, en particular, sobre si puede concluirse que una sociedad ha percibido realmente dividendos de su filial en los casos en que está obligada legal o contractualmente a transferir a un tercero esos dividendos o cuando las circunstancias fácticas ponen de manifiesto que dicha sociedad, sin estar obligada legal o contractualmente a transferir los dividendos recibidos a un tercero, no dispone "básicamente" del derecho de "uso y disfrute" de estos en el sentido de los comentarios, adoptados en 2014, al Modelo de Convenio de la OCDE de 1977. Alberga dudas también sobre si puede existir un abuso de Derecho en caso de dividendos transferidos por sociedades instrumentales cuyo beneficiario efectivo es finalmente una sociedad que tiene su sede

en un Estado tercero con el que el Estado miembro de que se trate ha celebrado un convenio fiscal. Mediante la octava cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta asimismo, en esencia, si un Estado miembro que se niega a reconocer a una sociedad de otro Estado miembro como beneficiario efectivo de los dividendos está obligado a identificar la sociedad a la que considera, en su caso, el beneficiario efectivo".

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, Emsland-Stärke, C-110/99 , EU:C:2000:695 , apartados 52 y 53, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., 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 Centros Ltd. contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, 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 Cremer, 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, Newey, C-653/11 , EU:C:2013:409 , apartados 47 a 49; de 13 de marzo de 2014, SICES y otros, C-155/13 , EU:C:2014:145 , apartado 33, y de 14 de abril de 2016, Cervati y Malvi, 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, aunque la presencia de algunos de esos indicios pudiera permitir extraer la 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 sociedades 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 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 a las 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 jurisdiccional 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".

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 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:

"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".

Ya anteriormente se ha puesto de manifiesto, siguiendo la doctrina que a continuación reproducimos, cuál es el principio a proteger y la finalidad buscada, en el sentido de que no se persigue, al contrario, extender los beneficios a entidades de Estados terceros:

"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, Wereldhave Belgium 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, KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 y C-499/07, EU:C:2009:339, apartado 62 y 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 quedaran sometidos a una doble imposición ( sentencia de 8 de marzo de 2017, Wereldhave Belgium 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".

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 de fraude 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. 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.

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 instrumentales 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".

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, establecer la 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 más ventajoso no puede fundar, una presunción general de fraude.

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, Petersen y Petersen, 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 Cyprus es una sociedad filial de Y Bermuda, una entidad con sede en Bermudas, esta última es a su vez una sociedad filial de Y USA, una entidad residente en Estados Unidos. Pues bien, en la hipótesis de que el órgano jurisdiccional remitente considere que Y Cyprus 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.

Como pone de manifiesto la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2012, rec. cas. 3312/2008, que interpreta una norma ya derogada pero semejante a la aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos -hoy también modificada-, reiterada en ocasiones posteriores y que, en definitiva, refleja la tesis que en su escrito de interposición desarrolla el Sr. Abogado del Estado, debe ser abandonada por no ser acorde con los criterios que sienta las sentencias del TJUE que toma como referencia la Sala de instancia, sentencias de 26 de febrero de 2019 (C-116 y 117/16), de 7 de septiembre de 2017 (C-6/16) y 20 de diciembre de 2017 (C-504 613/16); dijimos en aquella ocasión:

"Interesa poner de relieve, en primer término, que el artículo 1.2 de la Directiva 90/435 habilita a los estados miembros a dictar normas susceptibles de evitar los fraudes y abusos que de la aplicación de esta directiva pudieran derivarse.

También ha de subrayarse que en uso de esa facultad el Estado español dictó la norma del artículo 24 de la Ley 29/1991, norma que tiene un contenido esencialmente idéntico al del artículo 46.1 f) de la Ley 43/1995. Ambas normas son aplicables a los hechos enjuiciados por referirse estos a los ejercicios 1995, 1996 y 1997.

De estas normas interesa poner de relieve que hay una regla general establecida en el artículo 4.1 de la mencionada directiva que afirma: "Cuando una sociedad matriz reciba, en calidad de socio de su sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz:

- o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios;
- o bien los gravará, autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios y, en su caso, la cuantía de la retención en origen percibida por el Estado miembro de residencia de la filial en aplicación de las disposiciones de excepción previstas en el artículo 5, dentro de los límites del importe del impuesto nacional correspondiente".

Hay una excepción de esta regla general, la establecida en el artículo 24 de la Ley 29/1991 y el concordante del artículo 46.1 f) de la Ley 43/1995.

Finalmente, una excepción de la excepción también establecida en dichos preceptos.

**Cuarto.** Las reglas en materia de prueba son diáfanos y esclarecedoras para la resolución del litigio. En principio, la sociedad matriz destinataria de los beneficios por residir en un estado miembro gozaría de los beneficios que la directiva consagra.



Al pertenecer los derechos de la entidad destinataria de los dividendos a una entidad que no reside en estado miembro, sino en USA, (sobre este extremo no hay discusión) queda exceptuada del beneficio.

La prueba de que concurre la excepción de la excepción corresponde, por ello, a quien pretende disfrutar del beneficio. En este sentido es muy importante poner de manifiesto que el proceso no fue recibido a prueba, ni la parte solicitó que se abriera ese periodo probatorio.

Desde este planteamiento poco importan los avatares que el procedimiento ha sufrido. Los hechos han sido claros desde el principio, y las sucesivas valoraciones jurídicas que de ellos se han hecho han devenido en irrelevantes, y no han causado, tal como el litigio está planteado, indefensión alguna a la parte. Esta tiene que acreditar que concurren alguno de los motivos que justifiquen la aplicación de la excepción a la excepción.

En primer término, y refiriéndonos al requisito de "actividad económica directamente relacionada" exige que los vínculos entre matriz y filial organizativos o económicos sean precisos, continuados y tangibles, y no vagos, etéreos y coyunturales. Desde esta perspectiva es patente que el recurrente no ha demostrado que esa "actividad económica directamente relacionada" concorra entre la entidad demandante y la matriz perceptora de los dividendos.

Otro tanto cabe decir del requisito organizativo, pues salvo coincidencias organizativas coyunturales la matriz está muy lejos de dirigir y gestionar la filial, que tiene medios materiales y personales de organización y dirección propios.

Por último, y a los efectos de la concurrencia del requisito de creación de la matriz por "motivos económicos válidos", tampoco la recurrente ha llevado a cabo la prueba necesaria. Hemos de partir, por lo antes razonado, que su creación, la de la matriz, no se debe a motivos económicos relacionados con la actividad de la recurrente, ni tampoco de organización y dirección, lo que exigiría acreditar que la entidad matriz ejercía una actividad económica propia, lo que no ha tenido lugar.

La recurrente se ha limitado a criticar las conclusiones de la Administración pero ha podido y debido desplegar una actividad probatoria tendente a acreditar la realidad y sentido de la existencia económica autónoma de la matriz, lo que no ha hecho."

A diferencia del caso danés, España sí tiene normas antiabuso, en concreto en lo que ahora interesa, art. 14 del IRNR. También las posee Francia y Alemania. Como ya se dejó dicho, procede aplicar las normas antiabuso nacionales siempre que sean compatibles con las reglas antiabuso europeas vistas y respete sus requisitos o elementos necesarios.

Recordar que se denegó la exención por aplicación del art. 14.1.h) del IRNR, en su versión aplicable al tiempo de producirse los hechos, y en concreto por no haber demostrado la entidad contribuyente la existencia de motivos económicos válidos para la constitución de la entidad matriz luxemburguesa. La sentencia de instancia reprocha a la AEAT no haber desarrollado una mínima actividad probatoria para rechazar la existencia de un motivo económico válido, limitándose a presumir que, dado que la entidad canadiense que se encuentra en el extremo de la cadena de titularidades es un fondo de pensiones, que por definición pretende una minimización de los costes administrativos, el único motivo que puede justificar el establecimiento de una estructura intermedia en un país distinto al de la inversión final es siempre el ahorro de impuestos. Considera que se ha establecido una cláusula antiabuso mediante una presunción que hace inviable la exención a ciertas categoría genéricas de estructuras u operaciones, como la analizada, invirtiendo la carga de la prueba de la existencia de motivos económicos válidos para hacerla recaer en el contribuyente; lo que resulta contrario a las directivas aplicables, cuando en todo caso le corresponde a la Administración tributaria, y no el contribuyente, probar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso acudiendo a los distintos medios de información previstos en los Convenios de doble imposición o la Directiva de Intercambio de información (DAC).

Pues bien, del examen de la teoría del abuso construida por el Derecho europeo y plasmada en la sentencia de 26 de febrero de 2019, la sentencia de instancia debe confirmarse, lo que viene a reafirmarse si atendemos a las sentencias del TJUE de 7 de septiembre y de 20 de diciembre de 2017, en las que se parte, como en el caso español, de la concurrencia de una cláusula antiabuso nacional.

Añadimos las negritas a los pasajes más significativos.

La sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2017, (C-6/16), recoge la norma antiabuso prevista en el Derecho francés

"6 En la versión aplicable en la fecha de los hechos del asunto principal, el Code général des impôts francés ( Ley General Tributaria; en lo sucesivo, "CGI") dispone lo siguiente en su artículo 119 bis, apartado 2, párrafo primero:

"A las rentas a que se refieren los artículos 108 a 117 bis se les aplicará la retención en origen cuyo tipo se fija en el artículo 187-1 cuando las perciban personas que no tengan su domicilio fiscal o su sede en Francia. Las modalidades y requisitos de la aplicación de este precepto se establecerán mediante decreto.

7 El artículo 119 ter del CGI establece lo siguiente:

"1. No se aplicará la retención en origen establecida en el artículo 119 bis, apartado 2, a los dividendos que reciban personas jurídicas en las que concurren los requisitos enumerados en el apartado 2 del presente artículo de sociedades u organismos sujetos al tipo general del Impuesto sobre Sociedades.

2. Para acogerse a la exención establecida en el apartado 1, la persona jurídica en cuestión deberá acreditar al deudor o pagador de las rentas que es la beneficiaria efectiva de los dividendos y que cumple los requisitos siguientes:

a) Tener su lugar de administración efectiva en un Estado miembro de la Comunidad Europea y no tener la residencia fiscal, a efectos de un convenio de doble imposición celebrado con un Estado tercero, fuera de la Comunidad.

b) Revestir una de las formas jurídicas enumeradas en una orden ministerial del Ministerio de Economía, de conformidad con el anexo de la [ Directiva 90/435 ].

c) Haber sido ininterrumpidamente titular desde hace al menos dos años de al menos el 25 % del capital de la persona jurídica que distribuya los dividendos, o en su defecto comprometerse a mantener ininterrumpidamente dicha participación durante un plazo mínimo de dos años y nombrar a efectos de los impuestos sobre el volumen de negocios un representante que, en caso de incumplirse dicho compromiso, sea responsable del pago de la retención en origen a que se refiere el apartado 1.

El porcentaje de participación establecido en el párrafo anterior será del 20 % en el caso de los dividendos distribuidos entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2006, del 15 % en el caso de los dividendos distribuidos entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2008 y del 10 % en el caso de los dividendos distribuidos desde el 1 de enero de 2009.

d) Ser contribuyente del Impuesto sobre Sociedades en el Estado miembro en que se encuentre su lugar de administración efectiva, sin que le quepa opción al respecto y sin que exista exención.

[...]

2 bis. Lo preceptuado en el apartado 1 será también de aplicación a los dividendos distribuidos a establecimientos permanentes de personas jurídicas que cumplan los requisitos fijados en el apartado 2 cuando dichos establecimientos estén situados en Francia u otro Estado miembro de la Comunidad Europea.

3. Lo preceptuado en el apartado 1 no será de aplicación cuando los dividendos los perciba una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados terceros, salvo cuando dicha persona jurídica acredite que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a lo preceptuado en el apartado 1".

Como cabe observar la cláusula antiabuso es muy parecida a la nuestra examinada, se establece una presunción general e impone la carga de la prueba a la entidad matriz.

El caso guarda cierta similitud con el que nos ocupa:

" Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8 La sociedad Eqiom (anteriormente Holcim France), sucesora procesal de Euro Stockage, es francesa y es filial de la luxemburguesa Enka, que por tanto es titular del 100 % de su capital. A su vez, más del 99 % del capital de Enka pertenece a la sociedad chipriota Waverley Star Investments Ltd, que, por su parte, es íntegramente propiedad de Campsores Holding SA, sociedad domiciliada en Suiza.

9 Durante 2005 y 2006 Euro Stockage abonó dividendos a su matriz (Enka). Tras la inspección contable de que fue objeto, la Administración Tributaria francesa aplicó a Euro Stockage la retención en origen que se establece en el artículo 119 bis, apartado 2, del CGI.

10 Por ello, ambas sociedades solicitaron acogerse, en virtud del artículo 119 ter del CGI, a la exención de la retención en origen. No obstante, la Administración Tributaria francesa denegó la solicitud, citando el artículo 119 ter, apartado 3, del CGI, que establece que no se aplicará la exoneración cuando los dividendos los perciba una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados que no sean miembros de la Unión Europea, salvo cuando dicha persona jurídica acredite que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de los objetivos principales acogerse a la exención".

Se plantearon las siguientes cuestiones prejudiciales :

"1) Cuando en una normativa nacional de un Estado miembro se haga uso en Derecho interno de la facultad prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, ¿procede efectuar un control de los actos o acuerdos adoptados para el ejercicio de esta facultad a la luz del Derecho primario de la Unión Europea?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, de la misma Directiva, que concede a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para determinar qué disposiciones son "necesarias a fin de evitar fraudes y abusos", en el sentido de que se opone a que un Estado miembro adopte una medida destinada a excluir de la exención los dividendos distribuidos a una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados que no son miembros de la Unión, salvo que dicha persona jurídica acredite que la cadena de participaciones no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales beneficiarse de la exención?

3) a) En el supuesto de que la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la medida "antiabuso" mencionada anteriormente deba evaluarse también a la luz de las disposiciones del Tratado, ¿procede examinar dicha compatibilidad, teniendo en cuenta el objetivo de la normativa de que se trata, a la luz del artículo 49 TFUE , aun cuando la sociedad beneficiaria de la distribución de los dividendos esté controlada directa o indirectamente, en virtud de una cadena de participaciones que tenga entre sus objetivos principales el beneficiarse de la exención, por una o varias personas residentes en Estados terceros que no pueden acogerse a la libertad de establecimiento?

b) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿debe apreciarse esta compatibilidad a la luz del artículo 63 TFUE ?

4) ¿Deben interpretarse las disposiciones citadas en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prive de la exención de la retención en origen a los dividendos pagados por una sociedad de un Estado miembro a una sociedad establecida en otro Estado miembro cuando el beneficiario de tales dividendos sea una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados que no son miembros de la Unión Europea, a menos que ésta acredite que la cadena de participaciones no tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales beneficiarse de la exención?".

La sentencia después de recordar el objetivo y fines de la Directiva, a los que nos hemos referido anteriormente, delimita la competencia de los Estados miembros a la hora de establecer una norma antiabuso:

"23 Al prohibir a los Estados miembros que procedan a una retención en origen de los beneficios distribuidos por filiales residentes a sus matrices no residentes, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 limita la competencia de los Estados miembros en cuanto a la tributación de los beneficios distribuidos por las sociedades establecidas en su territorio entre las sociedades establecidas en otro Estado miembro (véase, en ese sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2009, *Gaz de France - Berliner Investissement*, C-247/08 , EU:C:2009:600 , apartado 38).

24 Por consiguiente, los Estados miembros no pueden instaurar unilateralmente medidas restrictivas y supeditar el derecho a acogerse a la exención de retención en origen que se establece en dicho artículo 5, apartado 1, a distintos requisitos (véase, en ese sentido, el auto de 4 de junio de 2009, *KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer*, C-439/07 y C-499/07 , EU:C:2009:339 , apartado 38 y jurisprudencia citada).

25 No obstante, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435 establece que la Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos".

26 Tal como indicó la Abogado General en los puntos 24 y 25 de sus conclusiones, si bien el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435 refleja el principio general del Derecho de la Unión de que nadie puede invocar de forma abusiva o fraudulenta derechos establecidos por el sistema jurídico de la Unión, dicha disposición debe, por ser una excepción a las normas tributarias fijadas por dicha Directiva, interpretarse restrictivamente (véase, en ese sentido, la sentencia de 25 de septiembre de 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01 , EU:C:2003:495 , apartado 86).

27 Así pues, la facultad otorgada a los Estados miembros por el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435 para que apliquen en el ámbito regulado por la misma disposiciones nacionales o convencionales para evitar fraudes y abusos no puede ser objeto de una interpretación que vaya más allá de sus propios términos (véase, en ese sentido, la sentencia de 25 de septiembre de 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01 , EU:C:2003:495 , apartado 86).

28 Procede señalar al respecto que según el tenor de dicha disposición se permite exclusivamente la aplicación de las disposiciones nacionales o convencionales que con ese fin sean "necesarias".

29 Por tanto, se plantea la cuestión de si normativas tributarias nacionales como la controvertida en el litigio principal cumplen ese requisito de necesidad.

30 Procede recordar en ese contexto que, para poder considerar que una normativa nacional tiene por finalidad evitar fraudes y abusos, su fin específico debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria (véanse, en ese sentido, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04 , EU:C:2006:544 , apartado 55, y de 5 de julio de 2012, SIAT, C-318/10 , EU:C:2012:415 , apartado 40).

31 Así pues, no pueden justificarse mediante una presunción general de fraude y abuso ni medidas fiscales que vayan en detrimento de los objetivos de las directivas ni medidas fiscales que vayan en detrimento de libertades fundamentales garantizadas por el Tratado ( sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98 , EU:C:2000:497 , apartado 45 y jurisprudencia citada, y de 5 de julio de 2012, SIAT, C-318/10 , EU:C:2012:415 , apartado 38).

32 Para comprobar si una operación persigue un objetivo fraudulento o abusivo, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder a un examen individual del conjunto de la operación de que se trate. El establecimiento de una medida fiscal de alcance general que prive automáticamente de la ventaja tributaria a determinadas categorías de contribuyentes, sin que la Administración Tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, excedería de lo necesario para evitar dichos fraude o abuso (véase, en ese sentido, la sentencia de 8 de marzo de 2017, Euro Park Service, C-14/16 , EU:C:2017:177 , apartados 55 y 56).

33 Conviene en el presente asunto observar que el objetivo específico de la normativa controvertida en el asunto litigio principal no es privar de una ventaja tributaria a los montajes puramente artificiales cuyo fin sea acogerse a esa ventaja, sino que contempla, en general, cualquier situación en la que una matriz controlada directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros tenga su sede, sea cual fuere el motivo, fuera de Francia.

34, Ahora bien, tal como señaló la Abogado General en los puntos 27 y 28 de sus conclusiones, el mero hecho de que determinadas sociedades establecidas en la Unión estén controladas directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros no supone por sí solo que exista un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, creado exclusivamente con el fin de acogerse indebidamente a una ventaja tributaria.

35 Por otra parte, procede precisar que tales sociedades estarán sujetas, de todos modos, a la normativa tributaria del Estado miembro en cuyo territorio estén establecidas (véase, en ese sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00 , EU:C:2002:749 , apartado 37 y jurisprudencia citada).

36 Por lo tanto, al supeditar la exención de retención en origen de los beneficios distribuidos por filiales residentes a sus matrices no residentes a que las matrices acrediten que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la exención, sin que la Administración Tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, la normativa controvertida establece una presunción general de fraude o abuso y va en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/435 , que es el de evitar la doble imposición de los beneficios distribuidos por filiales a sus matrices.

37 Esa interpretación no se ve desvirtuada por el hecho de que la matriz esté controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados terceros. Baste observar al respecto que de ninguna disposición de la Directiva 90/435 se desprende que el origen de los accionistas de las sociedades establecidas en la Unión influya en el derecho de dichas sociedades a invocar las ventajas tributarias establecidas por la Directiva.

38 Habida cuenta de los razonamientos anteriores, procede declarar que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435 debe interpretarse en el sentido de que se opone a normativas tributarias nacionales que, como la controvertida en el litigio principal, supediten la concesión de la ventaja tributaria establecida en el artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva -es decir, la exención de retención en origen de los beneficios distribuidos por filiales residentes a matrices no residentes cuando dichas matrices estén controladas directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados terceros- a que las matrices acrediten que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la exención".

Sin dificultad alguna, cabe acoger la justificación de la Sala de instancia cuando estima que "Por tanto, conforme a dichas sentencias, que permiten la aplicación de la doctrina del "acto aclarado" ( STJE de 27.3.1963, asunto Da Costa, 28,29 y 30/1962, y 19.11.1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/1990, complementaria de la del acto claro, asunto Cilfit 6.10.1982, asunto 283/1981), excluyen la interposición de cuestión prejudicial alguna, pero por aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ( Sentencias de 15 de Julio de 1964, asunto 6/64, " Costa Enel, "Sentencia del TJE de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77; de 19 de Junio de 1990, asunto C/ 213-89,de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, por todas, STC 232/2015, de 5.11.2015, STS de 11.9.2009, recurso 9766/2003, de 17.9.2010, recurso 488/2007, de 25.10.2013, recurso 1374/2011), damos aplicación preferente al Derecho de la Unión Europea sobre el apartado indicado del art.14.1.h del RDL 5/2004, en lo que constituye objeto de este proceso, respetándose así la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 37/2019 de 26 de marzo y 46/2019, de 8 de abril".

Igual de elocuente se nos muestra la sentencia del TJUE, de 20 de diciembre de 2017, (C-504 y 613/16). También en el Derecho alemán se preveía una cláusula antiabuso:

"14 El artículo 50d, apartado 3, de la EStG dispone que:

"Una sociedad no residente no tendrá derecho a la exención total o parcial prevista en los apartados 1 o 2 si poseen participaciones en dicha sociedad personas que, si percibieran directamente los ingresos, no tendrían derecho a la devolución o exención, siempre que

(1) no existan razones sólidas, ya sea económicas o de otro tipo, que justifiquen la interposición de la sociedad no residente, o

(2) la sociedad no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10 % de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate, o

(3) la sociedad no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social.

A este respecto se tendrá en cuenta exclusivamente la situación de la sociedad no residente, y no se tomarán en consideración las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, de las empresas que tengan vínculos con ella [ artículo 1, apartado 2, de la Außensteuergesetz (Ley de Fiscalidad Exterior)]. Se considerará que no existe actividad económica propia si la sociedad no residente obtiene sus ingresos brutos de la administración de activos o si cede a terceros sus principales operaciones comerciales. [...]"

15 El artículo 42 de la Abgabenordnung (Código Tributario ) dispone lo siguiente:

(1) No se podrá eludir la legislación tributaria abusando de las opciones de configuración del Derecho. Si se cumplen los requisitos establecidos por una norma tributaria dirigida a luchar contra la evasión fiscal, las consecuencias jurídicas vendrán determinadas por dicha norma. En los demás casos en los que se acredite la existencia de un abuso en el sentido del apartado 2, la exigibilidad del impuesto se producirá en las mismas condiciones en que se produce bajo el régimen de la configuración jurídica adecuada a las operaciones económicas.

(2) Se considerará acreditada la existencia de un abuso cuando se haya escogido una configuración jurídica no adecuada que, comparándola con una configuración jurídica adecuada, confiera al contribuyente o a un tercero una ventaja fiscal no prevista por la ley. Esta regla no se aplicará si el contribuyente demuestra la existencia de razones no fiscales que hayan motivado la elección de dicha configuración, que deberán tomarse en consideración atendiendo al conjunto de la situación".

Las cuestiones prejudiciales planteadas son semejantes a las vistas anteriormente:

"44 Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar de forma conjunta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre matrices y filiales, en relación con el artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva, por una parte, y el artículo 49 TFUE , por otra parte, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa tributaria de un Estado miembro como la controvertida en los litigios principales, que, cuando posean participaciones de una sociedad matriz no residente personas que no tendrían derecho a la devolución o a la exención de la retención en origen si percibieran directamente los dividendos procedentes de una filial residente, niega a esa sociedad matriz la exención del impuesto sobre los rendimientos del capital correspondiente al reparto de dividendos en caso de que se cumpla al menos uno de los requisitos establecidos por dicha normativa.

Al examinar la norma antiabuso europea recoge lo siguiente:

"Sobre el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre matrices y filiales, en relación con el artículo 5 de esa Directiva

47 Como observación previa, cabe precisar que, en el presente caso, no se ha discutido, por una parte, que las sociedades de que tratan los dos asuntos principales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre matrices y filiales y, por otra parte, que los dividendos distribuidos por Deister elektronik a Traxx, así como los distribuidos por temp-team Personal a Juhler Holding, entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 1, de esa Directiva."

La sentencia se detiene en recordar el objeto y fines de la Directiva sobre matrices y filiales, para lo cual resulta "conveniente eximir de retención en origen a los beneficios que una sociedad filial distribuya a su sociedad matriz", con la consiguiente limitación competencial de los Estados miembros en cuanto a la tributación de los beneficios distribuidos por las sociedades establecidas en su territorio a sociedades establecidas en otro Estado miembro. En lo que ahora interesa, reiterando lo ya dicho en sentencias precedentes se pronuncia el TJUE en estos términos:

"60 El Tribunal de Justicia ha precisado que, para poder considerar que una normativa nacional tiene por finalidad evitar fraudes y abusos, su fin específico debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria ( sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka, C-6/16 , EU:C:2017:641 , apartado 30 y jurisprudencia citada).

61 Así pues, no pueden justificarse mediante una presunción general de fraude y abuso ni medidas fiscales que vayan en detrimento de los objetivos de las directivas, ni medidas fiscales que menoscaben libertades fundamentales garantizadas por el Tratado ( sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka, C-6/16 , EU:C:2017:641 , apartado 31 y jurisprudencia citada).

62 Para comprobar si una operación persigue un objetivo fraudulento o abusivo, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder a un examen individual del conjunto de la operación de que se trate. El establecimiento de una medida fiscal de alcance general que prive automáticamente de la ventaja tributaria a determinadas categorías de contribuyentes, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, excedería de lo necesario para evitar el fraude o el abuso ( sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka, C-6/16 , EU:C:2017:641 , apartado 32 y jurisprudencia citada).

63 En lo referente a la normativa controvertida en los litigios principales, de los autos de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que, en el caso de que posean participaciones en una sociedad matriz no residente personas que no tendrían derecho a la exención de la retención en origen si percibieran directamente los dividendos procedentes de una filial establecida en Alemania, esta normativa somete la concesión del disfrute de la ventaja fiscal que representa la exención de la retención en origen, prevista en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre matrices y filiales, a la exigencia de que no se cumpla ninguno de las tres requisitos establecidos en esa misma normativa, a saber, que no existan razones sólidas, ya sea económicas o de otro tipo, que justifiquen la interposición de la sociedad matriz no residente, que la sociedad matriz no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10 % de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate, o que la sociedad matriz no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social, sin tener en cuenta las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, de las empresas que tengan vínculos con la sociedad matriz no residente. Asimismo, no se considera que una sociedad matriz no residente que obtiene sus ingresos brutos de la administración de activos o transfiere sus principales actividades a terceros ejerza una actividad económica propia.

64 A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que la normativa controvertida en los litigios principales no tiene por objeto específicamente excluir del disfrute de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuya finalidad sea acogerse indebidamente a esta ventaja, sino que comprende, de manera general, toda situación en la que posean participaciones en una sociedad matriz no residente personas que no tendrían derecho a tal exención si percibieran los dividendos directamente.

65 Ahora bien, el mero hecho de que posean tales participaciones personas con esas características no implica, por sí solo, la existencia de un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, creado únicamente con el fin de acogerse indebidamente a una ventaja fiscal.

66 En este contexto, debe precisarse que no se desprende de ninguna disposición de la Directiva sobre matrices y filiales que el tratamiento fiscal reservado a las personas que poseen participaciones en sociedades matrices residentes en la Unión o que el origen de dichas personas afecten en modo alguno al derecho de estas sociedades a beneficiarse de las ventajas fiscales establecidas en esta Directiva.

67 Por otra parte, procede señalar que las sociedades matrices no residentes están sujetas, en todo caso, a la normativa tributaria del Estado miembro en cuyo territorio están establecidas ( sentencia de 7 de septiembre de 2017, Eqiom y Enka, C-6/16 , EU:C:2017:641 , apartado 35 y jurisprudencia citada).

68 En segundo lugar, la normativa controvertida en los litigios principales supedita la concesión del disfrute de la exención de la retención en origen previsto en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre matrices y filiales a la exigencia de que no se cumpla ninguno de los tres requisitos establecidos por esta misma normativa, mencionados en el apartado 63 de la presente sentencia.

69 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que, al supeditar la concesión del disfrute de esta exención a tal exigencia, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar un principio de prueba de la falta de motivos económicos o de indicios de fraude o abuso, dicha normativa establece, tal como se desprende del apartado 62 de la presente sentencia, una presunción general de fraude o abuso y, por lo tanto, menoscaba el objetivo perseguido por la Directiva sobre matrices y filiales, en particular en el artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva, esto es, evitar la doble imposición de los dividendos distribuidos por una filial residente a su sociedad matriz no residente por parte del Estado miembro de residencia de dicha filial, con el fin de facilitar las cooperaciones y el establecimiento de grupos de sociedades a escala de la Unión.

70 En segundo lugar, en la medida en que esta misma normativa, en el caso de que se cumpla uno de los tres requisitos establecidos por ella, no concede a la sociedad matriz no residente la posibilidad de aportar elementos de prueba que demuestren la existencia de motivos económicos, establece, además, una presunción iuris et de iure de fraude o abuso.

71 En tercer lugar, estos requisitos, tanto si se consideran de forma individual como conjunta, no pueden, por sí solos, implicar la existencia de un fraude o de un abuso.

72 En efecto, a este respecto procede señalar que la Directiva sobre matrices y filiales no contiene ninguna exigencia en cuanto a la naturaleza de la actividad económica de las sociedades que están comprendidas en su ámbito de aplicación o en cuanto al importe de los ingresos procedentes de la actividad económica propia de estas.

73 Pues bien, el hecho de que la actividad económica de la sociedad matriz no residente consista en la administración de activos de sus filiales o de que los ingresos de esta sociedad matriz solo procedan de esta administración no puede, por sí solo, implicar la existencia de un montaje puramente artificial, carente de toda realidad económica. En este contexto, el hecho de que no se considere que la administración de activos constituye una actividad económica en el marco del impuesto sobre el valor añadido es irrelevante, dado que el impuesto controvertido en los litigios principales y el impuesto mencionado tienen marcos jurídicos distintos, cada uno de los cuales persigue objetivos diferentes.

74 Asimismo, al contrario de lo que establece la normativa controvertida en los litigios principales, la constatación de la existencia de tal montaje exige que se proceda, caso por caso, a un examen global de la situación de que se trate, que verse sobre elementos tales como las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, del grupo de sociedades al que pertenece la sociedad matriz en cuestión, así como las estructuras y estrategias de dicho grupo.

75 En atención a las consideraciones anteriores, procede señalar que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva sobre matrices y filiales, en relación con el artículo 5, apartado 1, de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa fiscal nacional como la controvertida en los litigios principales".

**Quinto.** *Sobre la cuestión de interés casacional.*

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.

**Sexto.** *Sobre las costas.*

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no haber mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Fijar los criterios interpretativos sentados en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

2º) No ha lugar al recurso de casación núm. 6528/2021, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de mayo de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1000/2017, cuya confirmación procede.

3º) No hacer imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.