



# Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*)<sup>1</sup>

Adolfo Martín Jiménez

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Cádiz

## Extracto

Dos recientes resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 8 de octubre de 2019 y una sentencia del Tribunal Supremo (caso *Colgate*) han vuelto a poner de moda en España la problemática del concepto de beneficiario efectivo y su interacción con las cláusulas generales antiabuso, en particular, el artículo 15 de la Ley General Tributaria. Este trabajo examina la evolución de tal concepto de beneficiario efectivo en el contexto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el derecho comparado, poniendo de manifiesto los problemas que la interpretación que propone el TEAC, la doctrina de nuestros tribunales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la propia OCDE plantean



<sup>1</sup> El presente trabajo está basado en las ideas desarrolladas por el autor en Martín Jiménez (2020a). Este artículo, sin embargo, tiene un enfoque completamente diferente: mientras que el capítulo *Beneficial Ownership* está dirigido a entender la evolución del concepto de beneficiario efectivo desde una perspectiva OCDE y de derecho comparado; este artículo está exclusivamente referido a la perspectiva española sobre su significado y aplicación. Sobre el concepto de beneficiario efectivo, hay una amplia bibliografía internacional, cuya cita concentramos en esta nota, *vid.*, entre los trabajos más destacados y tradicionales, Oliver *et al.* (2001, p. 27 y ss.), Vogel (1997, Preface to Arts. 10-12, Paras. 5-14), Van Weeghel (1998, p. 64 y ss.), Du Toit (1999), Walser (2000), Baker (2000, Art. 10, Para. 10B-09 y ss.), Pijl (2000, pp. 256-260; 2003, pp. 353-361), Danon (2004, p. 296 y ss.; 2007a, pp. 38-55; 2007b, pp. 105-117), Wheeler (2005, pp. 478-479; 2007), Bernstein (2007, pp. 1211-1216), De Broe (2008, p. 654 y ss.), Martín Jiménez (2010, pp. 35 ff.), o las diferentes contribuciones en M. Lang *et al.* (2013) (en este libro, de especial interés para entender la evolución del concepto son R. Vann, p. 267 ff., y J. Avery Jones, p. 333 ff.). Entre las más recientes destacan, Meindl-Ringler (2016), Danon (2018, pp. 31 ff.; 2020, pp. 413-446). En el plano nacional tampoco esta temática ha pasado desapercibida, *vid.*, por ejemplo, Vega Borrego (2003), Rodríguez Losada (2013, p. 153 y ss.), u otros trabajos citados en los epígrafes que siguen tras las sentencias danesas del TJUE.

**Cómo citar:** Martín Jiménez, A. (2020). Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 452, 75-124.





▶ desde la peculiar perspectiva de nuestro ordenamiento tributario. En realidad, el trabajo sugiere que la experiencia y evolución sobre el beneficiario efectivo debe hacernos reflexionar sobre la manera de legislar (o más bien de no reaccionar) e incorporar instituciones a nuestro derecho de forma acrítica y el impacto que ello produce en términos de (in)seguridad jurídica y respeto de los derechos de los contribuyentes, la interpretación de los convenios de doble imposición o la aplicación del derecho de la Unión Europea.

**Palabras clave:** beneficiario efectivo; fraude de ley; conflicto en la aplicación de las leyes y abuso; interpretación de los convenios de doble imposición; *soft law* OCDE; interpretación del concepto de beneficiario efectivo en las directivas fiscales de la UE; «sentencias danesas» del TJUE.

Fecha de entrada: 05-08-2020 / Fecha de aceptación: 07-09-2020 / Fecha de revisión: 14-10-2020





# Beneficial owner, GAARs, EU directives, double tax treaties and the «Danish judgments» of the CJEU: how to put the jigsaw together (perhaps with the *Colgate* case) and avoid conflicts and legal uncertainty

Adolfo Martín Jiménez

## Abstract

Two recent decisions of the Spanish Central Administrative Economic Tribunal (TEAC) of 8 October 2019 and one of the Supreme Court (*Colgate* case) have made beneficial owner and its interaction with GAARs (in particular, article 15 General Tax Law) return to popularity. This work studies the evolution of the concept of beneficial owner in the OECD and comparative law contexts, particularly pointing out the problems the interpretation proposed by the TEAC, the Spanish Courts, the CJEU or the OECD pose from the perspective of the Spanish tax system. In a nutshell, this work suggests that the experience and evolution of beneficial ownership must make us reflect on the special form of passing legislation (or rather non-passing it) and incorporating foreign institutions into our law system in an acritical manner and the impact it has in terms of legal (un)certainty and respect of taxpayers' rights, the interpretation of Double Tax Treaties or the application of EU law.

**Keywords:** beneficial owner; GAARs and abuse; interpretation of double tax treaties; «soft law» of the OECD; interpretation of the concept of beneficial owner in EU directives; «Danish judgments» of the CJEU.

**Citation:** Martín Jiménez, A. (2020). Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 75-124.



## Sumario

1. Introducción
2. El BE como fruto de varios errores históricos de la OCDE en el contexto anterior a 2014 (pre-BEPS)
  - 2.1. Introducción
  - 2.2. El BE en los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977: un concepto legal, innecesario, que busca solucionar un problema de fraude y propio de la legislación del Reino Unido
  - 2.3. Los Informes de la OCDE sobre *base companies* y *conduit companies* de 1986 sientan las bases de la posterior confusión e inseguridad jurídica
  - 2.4. La mutación del significado del concepto de BE en los comentarios al MC OCDE 2003
  - 2.5. Conclusiones sobre la evolución del concepto de BE en esta primera fase
3. La evolución a partir de 2011, los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017 y el contexto pos-BEPS
  - 3.1. El tortuoso camino hasta la reforma del concepto de BE en 2014
  - 3.2. El concepto de BE en el entorno pos-BEPS
4. El concepto de BE desde una perspectiva de derecho comparado y la posición española con carácter previo a las SSTJUE danesas y las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019
  - 4.1. La posición de las Administraciones tributarias y la jurisprudencia comparada
  - 4.2. La posición tradicional de la Administración y tribunales españoles
  - 4.3. Conclusiones preliminares sobre la posición española en materia de BE (con carácter previo a las «sentencias danesas» y al caso *Colgate*)
5. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 que aplican las sentencias danesas del TJUE (*T Danmark* y *N Luxembourg*) y su contexto previo
  - 5.1. El contexto previo de las resoluciones del TEAC (incluyendo *T Danmark* y *N Luxembourg*)
  - 5.2. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019
6. El caso *Colgate* en particular y la oportunidad perdida por el TS
  - 6.1. Introducción
  - 6.2. La sentencia de la AN del caso *Colgate*: continuismo con algunos nuevos matices en el concepto de BE
  - 6.3. La casación del caso *Colgate*
  - 6.4. Crítica de la sentencia del TS del caso *Colgate*: un enfoque alternativo que tenga en cuenta todos los elementos interpretativos del CDI España-Suiza de forma más correcta
7. Conclusión: sobre la necesidad de una interpretación del concepto de BE basada en valoraciones jurídicas y no solo en la evolución del MC OCDE

### Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

La Administración española y nuestros tribunales tradicionalmente han venido defendiendo una interpretación expansiva del concepto de beneficiario efectivo (BE) empleado en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones) del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) (1977-2017) y los artículos correspondientes de los convenios para la eliminación de la doble imposición (CDI) españoles como requisito para aplicar los tipos reducidos y exenciones previstos en estos artículos de manera que permita alcanzar con él los efectos y consecuencias del conflicto en la aplicación de las leyes<sup>2</sup>, sin necesidad de abrir el expediente especial al que se refieren los artículos 15 y 159 de la LGT. Tal posición, injustificada como se demostrará, se ha visto espoleada por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE) *N Luxembourg* <sup>3</sup> y *T Danmark e Y Denmark Aps*<sup>4</sup>, relativas respectivamente a las Directivas 2003/49/CE, Intereses y Cánones<sup>5</sup>, y 90/435/CE, Matriz-Filial<sup>6</sup>. Prueba de ello son dos Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 8 de octu-

<sup>2</sup> En este trabajo, los conceptos de conflicto en la aplicación de las leyes, fraude de ley, prohibición general de abuso se emplearán con el mismo significado y de forma intercambiable. El concepto de cláusula general antiabuso se utilizará también para aludir a la misma realidad. Somos plenamente conscientes de las diferencias que el mismo concepto presenta en los distintos ordenamientos, y singularmente de las que existen entre, por ejemplo, el artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT), el principio general de prohibición del abuso en el Derecho de la UE (hoy por hoy codificado en el art. 6 Directiva UE 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior) y el artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (el llamado test del propósito principal), por no hablar de las diferencias en la configuración de las cláusulas generales antiabuso en el derecho comparado (por ejemplo, compárense las normas del Reino Unido, Canadá, Sudáfrica, India, Perú, Argentina, etc.).

<sup>3</sup> CJEU 26 February 2019, *N Luxembourg 1 et al.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16 (NFJ072658).

<sup>4</sup> CJEU 26 February 2019, *T Danmark e Y Denmark Aps*, C-116/16 y C-117/16 (NFJ072655).

<sup>5</sup> Directiva 2003/49/CE, del Consejo, sobre el régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (Directiva sobre intereses y cánones).

<sup>6</sup> Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros, actualmente, sustituida por la Directiva 2011/96/UE, DOUE de 30 de noviembre de 2011 (Directiva matriz-filial).

bre de 2019 (RG 185/2017 –NFJ075476– y 2188/2017 –NFJ077968–), donde este órgano administrativo se regocija de las citadas SSTJUE, las aplica reivindicando su interpretación tradicional del concepto de BE y hace presagiar que las mismas van a impulsar a la Administración tributaria hacia un uso expansivo, de nueva generación, del concepto de BE (sin que la reciente Sentencia del Tribunal Supremo –TS– de 23 de septiembre de 2020 [rec. núm. 1996/2019 –NFJ079213–] *Colgate*, a la que también dedicaremos atención, sirva como freno de tal tendencia). Como se demostrará posteriormente, el significado que se atribuye por la doctrina de los tribunales al concepto de BE no encuentra apoyo en su evolución e incluso, cualquiera que sea el significado con el que se interprete el término BE, la doctrina del TEAC de estas dos últimas resoluciones es cuestionable y debiera la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) meditar seriamente si abrazarla de forma acrítica. En este sentido, la sentencia del TS en el caso *Colgate* representa una oportunidad perdida para evitar futuros conflictos jurisdiccionales, generar mayor seguridad jurídica y establecer una doctrina clara que interprete el concepto de BE en sus justos términos, con su dimensión correcta, lo cual, al mismo tiempo, redundaría en una interpretación razonable de la cláusula antiabuso de los artículos 15 y 159 de la LGT. Como se apuntará, lo relevante no será que se otorgue al concepto de BE una interpretación amplia (incorrecta desde la perspectiva de la OCDE, aunque más ajustada a las conclusiones del TJUE) o restringida (más acorde con su función histórica), sino de que tenga en cuenta la auténtica naturaleza del concepto de BE, cualquiera que sea la interpretación que dé y se actúe en consecuencia. Si además el concepto de BE se reconduce a su sentido original, se limitarán también los problemas y conflictos facilitando la lucha contra auténticas estructuras fraudulentas o abusivas.

Si bien en el anterior párrafo hemos hecho una introducción técnica, que puede parecer anodina, del problema planteado (qué efectos produce el BE sobre distintas normas españolas y los CDI), la solución que se dé al mismo implica tomar en consideración valores más fundamentales referidos a la relación entre el derecho interno, el derecho de la Unión Europea (UE) y los CDI, a cómo se aplican principios fundamentales como son la certeza y la seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución española –CE–), la prohibición general de abuso del derecho y cómo se plantean las relaciones entre la Administración y los contribuyentes. La articulación adecuada de las relaciones entre estos principios, valores y normas resulta crucial en un entorno pos-COVID-19 si de lo que se trata es de potenciar el papel de España en un contexto internacional. El TS podía haber considerado este escenario en su sentencia *Colgate*, sin embargo, el razonamiento de la misma, como veremos, se encuentra un tanto desenfocado.

En primer lugar esbozaremos el problema, tratando de aclarar qué es el concepto de BE, cuáles son sus orígenes y las consecuencias de interpretar el concepto de BE de una forma estricta o amplia. Por esta razón, el presente trabajo primero resumirá sucintamente la no siempre bien conocida o interpretada historia del concepto en su evolución en el contexto de la OCDE, en el entorno previo y posterior a BEPS (el proyecto de la OCDE relativo a la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios entre jurisdicciones), lo cual servirá para poner de manifiesto su auténtica función. En un segundo momento nos

centraremos en apuntar cómo se ha interpretado el concepto en el derecho comparado y por el TJUE (en escasa armonía con la evolución OCDE, como veremos) y dónde, a juicio de este autor, han fallado nuestros tribunales en su interpretación. En este recorrido observaremos como, quizás, en muchos casos, los materiales que produce la OCDE están en la causa del problema que presenta el BE y son los que han generado confusión, algo que tanto nuestra Administración tributaria como nuestros tribunales deben tener en cuenta para relativizar su valor y fuerza.

En el fondo, la cuestión que tratamos de resolver en el presente trabajo es bastante simple: ¿puede utilizarse el BE (como pretende el TEAC y tradicionalmente ha interpretado la AEAT con las bendiciones de la Audiencia Nacional –AN–) como un sustitutivo de la cláusula general antiabuso del artículo 15 de la LGT? La respuesta a tal interrogante para este autor es negativa, ya que el concepto de BE, rectamente interpretado, no es equivalente a una cláusula general antiabuso, pero es que, incluso atribuyendo al mismo tal interpretación amplia, tampoco podría o debería obviarse el procedimiento establecido en los artículos 15 y 159 de la LGT si no se quieren reducir los mismos a normas inoperantes, desconocer principios y valores fundamentales y, al mismo tiempo, crear problemas de Derecho de la UE, ya que las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, a las que nos referiremos en el epígrafe 5, no interpretan las SSTJUE *T Danmark* y *N Luxembourg* en sus justos términos y su doctrina debiera ser matizada también para evitar problemas de vulneración de los CDI firmados por España. Algo similar ocurre con la reciente sentencia del TS en el caso *Colgate*.

## 2. El BE como fruto de varios errores históricos de la OCDE en el contexto anterior a 2014 (pre-BEPS)

### 2.1. Introducción

El concepto de BE ha sido uno de los más controvertidos en la escena de la fiscalidad internacional. En realidad, la controversia se produce como consecuencia de varios errores históricos que, dicho sea en términos estrictamente dialécticos, ha cometido la OCDE al incluir e interpretar el concepto de BE en los comentarios a los artículos 10 a 12 (dividendos, intereses y cánones) del MC OCDE desde 1977 hasta 2014, y al determinar las relaciones entre los CDI y las normas antiabuso nacionales de carácter general (las llamadas «GAAR» en el ámbito anglosajón y que se corresponden, a grandes rasgos, con el art. 15 LGT).

Más que dar cuenta de la evolución detallada del concepto de BE en el contexto de la OCDE, sintéticamente resumiremos los principales elementos en el tiempo generadores de confusión<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Para un mayor desarrollo, *vid.* nuestros trabajos citados en la nota 1.

## 2.2. El BE en los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977: un concepto legal, innecesario, que busca solucionar un problema de fraude y propio de la legislación del Reino Unido

Es sobradamente conocido que el concepto de BE, cuando se incluyó en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones) del MC OCDE 1977<sup>8</sup>, trató de responder a las necesidades del Reino Unido y las peculiaridades de su sistema fiscal, aunque cuando el MC OCDE recogió este término ya no era necesario ni siquiera para el Reino Unido<sup>9</sup>. En los años 1960 y 1970, los *trusts* eran sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades en el Reino Unido, con independencia de que el *trustee* no fuera el propietario de la renta recibida. Únicamente existía una excepción, los casos en los que el *trustee* derivaba renta de fuentes extranjeras y las rentas pertenecían a un no residente del Reino Unido. En ausencia de la segunda frase del artículo 4 del MC OCDE, que no estaba en el Proyecto de 1963 del MC OCDE, el efecto del tratamiento interno en el Reino Unido de los *nominees* y *trustees* era que podían invocar los CDI del Reino Unido frente al Estado donde se obtenían rentas (al estar sujetos a un impuesto sobre la renta en este país), pero también un no residente del Reino Unido podía, en este contexto, utilizar un *trust* del Reino Unido con la finalidad de obtener rentas «pasivas» de terceros países (dividendos, intereses y cánones), siendo gravado a los tipos reducidos o beneficiándose de las exenciones de los CDI del Reino Unido para dividendos, intereses y cánones aunque su país de residencia no tuviera ningún CDI con el Estado de fuente de la renta. En este contexto, el Reino Unido decidió que la inclusión de la cláusula del BE en los CDI eliminaría esta forma de *treaty shopping* mejor que las cláusulas de sujeción a impuestos en el país de residencia, que podrían excluir de los CDI a ciertas instituciones exentas de impuestos (por ejemplo, fondos de pensiones) que no necesariamente deberían quedar fuera este tipo de normas<sup>10</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, cuando el concepto de BE se incluyó en el MC OCDE de 1977, ya no era necesario para atacar la interposición de *trusts* en el Reino Unido por residentes de terceros Estados, puesto que, simultáneamente, también en 1977, se añadió la segunda frase del artículo 4.1 del MC OCDE, que impide el acceso al CDI a quien solo esté sujeto a tributación en su Estado de residencia por las rentas derivadas de ese Estado, esto es, con un sistema territorial de imposición. Con esta frase, el pro-

<sup>8</sup> A diferencia de lo que se deriva de la Sentencia del TS de 23 de septiembre de 2020 (rec. núm. 1996/2019 –NFJ079213–, fj. 2) el concepto se incluyó en los tres artículos en 1977. El TS indica que solo se incluyó en 1977 en los artículos 10 y 11, mientras que en el artículo 12, cánones, se incorporaría mucho después, en 1995. Se trata de un error, ya que el tenor del artículo 12 (1) del MC OCDE 1977 era el siguiente: «Royalties arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State if such resident is the beneficial owner of the royalties». También el párrafo 3 del citado precepto se refería a este concepto. Acerca de la historia del artículo 12 del MC OCDE puede consultarse nuestro trabajo, Martín Jiménez (2019).

<sup>9</sup> *Vid.* sobre la situación del ordenamiento del Reino Unido, Avery Jones, *supra* nota 1.

<sup>10</sup> Sobre el uso temprano del BE en los CDI del Reino Unido y su conexión con las cláusulas de sujeción a impuestos, Vann y Avery Jones, *supra* nota 1 (pp. 271 y ss. y 333 y ss.); o Avery Jones (2006, p. 249).



blema del Reino Unido se solucionaba, evitando el *treaty shopping* con *nominees* o *trustees* del Reino Unido, pero, sin embargo, simultáneamente, de forma innecesaria, se incluyó el concepto de BE en los artículos 10 a 12 del MC OCDE, dando lugar a toda la confusión que posteriormente se ha producido con este término. Que en sus orígenes el BE no era una cláusula general antiabuso queda claro porque simultáneamente, como ocurría en el antiguo CDI España-Reino Unido de 1975, este último país incluía en sus CDI cláusulas antiabuso, de propósito principal y buena fe comercial (hasta cierto punto, antecesoras del art. 29.9 MC OCDE [2017], aplicables generalmente a los arts. 10 a 12), por lo que, obviamente, el BE debía tener otro significado distinto al propio de una cláusula antiabuso.

La principal conclusión que cabe derivar de este primer error histórico es que, en sus orígenes, el concepto de BE no tenía mucho que ver con el abuso de los CDI o de la normativa interna, más bien trataba de prevenir conductas abiertamente fraudulentas que permitían interponer *nominees* o *trustees* en el Reino Unido para evitar la tributación en la fuente en Estados con los que este país tenía un CDI en vigor o incluso en el Estado de residencia del auténtico propietario de los dividendos, intereses o cánones. Se trababa, en definitiva, con tal cláusula de que, a efectos de los CDI, se atribuyera la renta a quien es el auténtico propietario (jurídico, no económico) de la misma, puesto que tal regla –natural puede decirse en la mayoría de ordenamientos tributarios– se veía distorsionada por la situación de la legislación británica. Por ello, el concepto de BE no tenía una relación directa en sus orígenes con el fenómeno de la interposición de sociedades (*holding*, financieras, de gestión de cánones, etc.) en determinados Estados para beneficiarse de su red de CDI y sus regímenes tributarios.

La formulación del concepto de BE en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977 se prestaba, sin embargo, a alguna ambigüedad, ya que, se decía «la limitación de impuestos en el Estado de la fuente no estará disponible cuando un intermediario, como un agente o un *nominee*, se interponga entre el beneficiario y el pagador»<sup>11</sup>. La referencia a «agentes» y «nominees» como ejemplos de «intermediarios» podía hacer pensar que otros intermediarios distintos pudieran también ser excluidos del concepto de BE, de hecho, ya hubo trabajos en los años 1960 de la OCDE donde se pretendía excluir a las sociedades *holding* de los CDI, aunque las conclusiones de los mismos no se trasladaron a los artículos 10 a 12 del MC OCDE en 1977, al menos, explícitamente, pero sí que son el origen de la confusión, posteriormente acentuada, entre dos problemas conceptuales distintos, el fraude directo y abierto o el abuso del derecho<sup>12</sup>. De los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977 se

<sup>11</sup> Para. 12 de los comentarios al artículo 10 (2), para. 8. Comentarios al artículo 11 (2). Un texto idéntico pero referido a la exención del artículo 12 puede encontrarse en el párrafo 4 de los comentarios al artículo 12 (1) del MC OCDE (1977).

<sup>12</sup> Son ilustrativos los trabajos del Working Party no. 21 (United States - Denmark) (21 de diciembre de 1967), *Third Report on Tax Avoidance through the Improper Use or Abuse of Tax Conventions*. FC/WP21(67)1, en particular, el siguiente párrafo, p. 5:

12. Still another aspect of the problem of shifting incomes involves residents of third countries. A resident of such a country may have investments in state A, the income from which is subject

podía deducir, sin embargo, que, una sociedad *holding* solo podía ser excluida del ámbito de aplicación de los CDI con cláusulas antiabuso incluidas en el propio CDI<sup>13</sup>.

### 2.3. Los Informes de la OCDE sobre *base companies* y *conduit companies* de 1986 sientan las bases de la posterior confusión e inseguridad jurídica

La situación, sin embargo, comienza a hacerse más confusa con dos informes de la OCDE publicados en 1986, los conocidos como Informe sobre «sociedades base» y el Informe sobre sociedades «intermedias o conductoras» (OCDE, 1986a y 1986b). En contra de lo que podría interpretarse de una lectura rápida de ambos informes, los mismos no suponen una expansión del concepto de BE con respecto al MC OCDE 1977 para potenciar la posibilidad de excluir del ámbito de los CDI a cualquier sociedad conductora (o base), a pesar de que así hayan sido interpretados frecuentemente por quienes defienden que el mismo es equivalente a una cláusula general antiabuso. Ambos Informes asimilan *ciertas* sociedades base<sup>14</sup> o

---

to a given withholding tax. If there is a convention between A and B that provides for reduced withholding taxes on income flowing from either state to the other, the third country resident may use an intermediary in state B, a *holding company* or a nominee or other agent, through which to make his investments in state A [...] 14. The factors required to bring into being the tax benefits described above are the following: (1) an individual or firm must be able to arrange its business or investment transactions so as to receive income in a foreign country in which little or no tax would be levied; (2) the country where the income is generated must exempt such income or tax it at a low rate; and (3) *the beneficial owner* of the income must either not be taxed at all on such income in his home country or he must be free of tax until the income is repatriated (destacado añadido).

<sup>13</sup> Párrafos 22, 12 y 7, respectivamente, de los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE (1977).

<sup>14</sup> El Informe sobre las sociedades de base, para. 38, indica lo siguiente:

While recognizing that the base company as a legal entity has its place of management in the country where it has been set up and does not have a permanent establishment in the country of residence of the taxpayer, the latter country could at least, under its national law, attribute to the taxpayers the activities and / or the income of the base company. This approach would clearly not be contrary to the OECD Model *if the base company acted as a mere intermediary, an agent, a fiduciary or nominee of the taxpayer* (cf. for example the notion of beneficial owner in Articles 10 to 12 of the OECD Model). However, the question arises as to whether, quite generally, domestic rules as to who is regarded as the recipient of specific income for tax purposes are compatible with treaties. This question especially arises in the case of «anti-abuse» or «substance-over-form» rules according to which it is not the base company itself but its shareholder, who is regarded as the true recipient of the income shifted to the base company (destacado añadido).

De la frase subrayada puede derivarse que no toda *base company* está excluida del concepto de BE, solo las que actúan como agente, fiduciario o *nominee*. Al mismo tiempo, el párrafo continúa planteándose si las normas antiabuso son compatibles con los CDI, lo que parece indicar que la aplicación de las mismas solo se producirá allí donde la sociedad de base pueda ser considerada como el BE de la renta recibida.

conductoras<sup>15</sup> a agentes o *nominees* que no son BE. Es decir, estarían excluidas del concepto de BE solo algunas de ellas, las que el Informe sobre sociedades conductoras identifica o describe como aquellas que:

[...] a pesar de que son propietarias formales de ciertos activos, tienen poderes muy reducidos que las sitúan en una posición de meros fiduciarios o administradores que actúan por cuenta de las partes interesadas (los accionistas de la *conduit* o «sociedad base»).

La principal confusión viene motivada por la referencia a «económicamente» en el Informe sobre sociedades conductoras como vinculada a la entidad interpuesta y la indefinición de qué se consideran «poderes limitados» (*narrow powers*) sobre la renta que esta recibe, esto es, a la necesidad de excluir el acceso a los tipos reducidos o exenciones de los CDI previstos para dividendos, intereses y cánones cuando su aplicación se traslade «económicamente» a residentes de terceros Estados, no a residentes del otro Estado parte del CDI, y la persona que recibe la renta y residente en el Estado parte del CDI invocado tenga poderes limitados. Esta referencia a la realidad económica hace que no resulte claro cuándo una sociedad interpuesta no es el BE de una renta (dividendo, interés o canon) ya que, hasta ese momento, la cuestión del beneficiario efectivo hacía referencia a problemas estrictamente legales, no a la toma en consideración de la realidad económica subyacente, función que corresponde a las reglas generales antiabuso. La indefinición de «poderes limitados» invitaba también a intentar ensanchar el círculo de sujetos y entidades que no alcanza la cualidad de BE.

<sup>15</sup> El Informe sobre sociedades conductoras párrafo 14 indica lo siguiente:

The OECD has incorporated in its revised 1977 Model provisions precluding in certain cases persons not entitled to a treaty from obtaining its benefits through a «conduit company» [...]

b) Articles 10 to 12 of the OECD Model deny the limitation of tax in the State of source on dividends, interest and royalties if the conduit company is not the beneficial owner. Thus the limitation is not available when, *economically*, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income (paragraphs 12, 8 and 4 of the Commentary to Articles 10, 11 and 12 respectively). The Commentaries mention the case of a nominee or agent. *The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, through the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit).* In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary [...] [in view of the difficulties in this further examination, the remainder of the paragraph further explained that the 1977 Commentaries to article 10, para. 22, suggested that this companies should be the object of especial treatment in the negotiations] (destacado añadido).

Lo anterior, unido a la posición (incorrecta) de la OCDE, defendida en el Informe sobre las sociedades conductoras, pero también en el Informe de la OCDE sobre *Treaty Overriding* de 1989, en el sentido de que las normas generales antiabuso solo pueden aplicarse en el contexto de los CDI allí donde el CDI lo permita, por imperativo del principio internacional *pacta sunt servanda*, está en el origen de la confusión en los años posteriores<sup>16</sup>. Muchas Administraciones tributarias, ante los obstáculos que planteaba la aplicación de normas o doctrinas generales antiabuso en el contexto de los CDI, según comentaba la OCDE, acudieron al concepto de BE no solo para luchar contra fenómenos de interposición fraudulenta de personas a fin de reducir la tributación en el Estado de la fuente, sino también en casos donde tal fraude no existía y solo se verificaban situaciones potencialmente abusivas y tradicionalmente atacables con cláusulas o doctrinas generales antiabuso como el artículo 15 de la LGT.

La elevación (instrumental) del umbral del BE, de manera que se excluya de ese término no solo a sociedades conductoras que tengan una posición estrictamente análoga a la propia de un *trustee*, *nominee* o intermediario (esto es, que no son propietarios legales de la renta) sino también a cualquier entidad interpuesta en general tiene como finalidad (1) evitar los obstáculos que el principio *pacta sunt servanda*, tal y como lo interpretaba la OCDE, presentaba para aplicar las normas antiabuso en el contexto de los CDI, (2) superar los problemas que algunos sistemas nacionales (por ejemplo, Francia) tienen para la aplicación de normas antiabuso en el contexto de los CDI, y (3) en sistemas (por ejemplo, España) donde no existe ningún problema de aplicación de las normas antiabuso en el contexto del CDI, se eliminaría igualmente la carga procedimental y probatoria que las normas antiabuso habitualmente atribuyen a las Administraciones tributarias, sustituyéndolas por un concepto, el BE, que las Administraciones entienden que sería más fácil de aplicar por su indefinición e inconcreción.

Tal tendencia descrita se confirmó con la reforma de 2003 de los comentarios al MC OCDE, que, nuevamente, supone un error histórico de esta organización internacional que está en la base de gran parte de los múltiples conflictos posteriores sobre el significado de término BE.

## 2.4. La mutación del significado del concepto de BE en los comentarios al MC OCDE 2003

La tendencia hacia la elevación del umbral que permite considerar a una persona como BE se consolidó con el documento de la OCDE *2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention* (OCDE, 2003, p. 26 ff.) cuyas conclusiones se incluyeron más tarde en los

<sup>16</sup> OCDE (1989) (con la recomendación anexa del Consejo de la OCDE en esta materia de 2 de octubre de 1989). El Informe enfatiza de una manera exagerada, a nuestro juicio, el impacto del principio internacional *pacta sunt servanda* que considera que limitaría la aplicación de normas o principios antiabuso de carácter nacional. Tal desequilibrio no tenía ningún fundamento en el derecho internacional o constitucional interno de muchos Estados (por ejemplo, España) y, por esta razón, la OCDE corrigió su postura en 2003.

comentarios a los artículos 10-12 del MC OCDE 2003. Como consecuencia, a partir de 2003, el párrafo 12 de los comentarios al artículo 10 (dividendos) fue reemplazado por el siguiente párrafo (cambios similares se realizaron en los párrafos 8 y 4 de los comentarios a los arts. 11 y 12 MC OCDE, respectivamente):

12. The requirement of beneficial ownership [...] makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source has concluded a convention. *The term beneficial owner is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in the light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.*

12.1. Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. *It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.* For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled «Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies» concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (el destacado es añadido)

Hemos preferido transcribir el original en inglés (en francés no difiere en gran medida), aunque las modificaciones principales que aportan los citados párrafos son las siguientes, tal y como se expresan en las frases destacadas: se trata de otorgar al concepto de BE un significado más contextual (con ciertos elementos del *Partnership Report* de la OCDE de 1999<sup>17</sup> en los que no vamos a centrarnos ahora) y se ensancha notablemente el número de casos en los que el perceptor de una renta no va a ser considerado como BE al indicar que:

[...] sería inconsistente con el objeto y finalidad del CDI que el Estado de la fuente otorgue el beneficio de tipos reducidos o exención cuando el residente del otro

<sup>17</sup> Acerca del efecto de este Informe y el enfoque de atribución desde la perspectiva del estado de residencia que defiende nos remitimos a nuestros trabajos citados en la nota 1.

Estado contratante, más allá de una relación de agencia o *nominee* (fiduciario), simplemente actúa como un conducto para otra persona que recibe en realidad el beneficio de la renta en cuestión.

Hay, además, una referencia explícita al Informe de las sociedades conductoras de 1986, aunque la frase transcrita invita a pensar de que el círculo de sociedades conductoras excluidas del concepto de BE es mucho más amplio que aquellas que no puedan considerarse como propietarias, en un sentido jurídico, de la renta y se extiende a cualquier sociedad conductora en el sentido económico al que más arriba se hacía alusión.

El documento *2002 Reports* (p. 26, párrafo 21) presentó los cambios en materia de BE como una «clarificación» del concepto, sin explicar las razones de política tributaria que llevaban a elevar el umbral del mismo. El mensaje que trasladan los nuevos comentarios de 2003 es un tanto distorsionador de la finalidad originaria del término: las sociedades conductoras no serán BE de la renta que reciben y el concepto de BE es una herramienta para luchar contra las sociedades conductoras con carácter general, no solo frente a algunas de ellas (las asimilables a un fiduciario). El efecto fue que el concepto de BE adquirió un significado que no tenía hasta ese momento y pasó de ser una herramienta que excluía de los beneficios de los artículos sobre dividendos, intereses y cánones los casos de interposición fraudulenta de personas para beneficiarse de un CDI a erigirse en un instrumento equivalente a las cláusulas antiabuso generales (en línea con el art. 15 LGT).

Como R. Vann ha señalado, no puede descartarse que el elevado umbral para adquirir la condición de BE derivado de los *2002 Reports* estuviera conectado con la ausencia de un acuerdo entre las Administraciones tributarias en el seno de la OCDE, en el momento en que se discutieron estos *Reports*, acerca de la interacción entre la legislación doméstica antiabuso de carácter general y los CDI. Sin embargo, continúa el profesor de la Universidad de Sídney, cuando tal asunto se resolvió en 2003 mediante la inclusión de unos comentarios al artículo 1 del MC OCDE con párrafos específicos sobre el principio guía en esta materia en el párrafo 9.5 (muy similar al actual art. 29.9 MC OCDE 2017) y la compatibilidad con los CDI de las normas generales antiabuso o las doctrinas similares domésticas que siguieran ese principio guía no había ya ninguna necesidad de los comentarios sobre el BE que se incluyeron en 2003 y ensanchaban los casos de exclusión del cumplimiento de este requisito (Vann, p. 300)<sup>18</sup>. El resultado fue, como Vann también acertadamente indica, un uso discrecional y arbitrario del concepto del BE por las Administraciones tributarias de los distintos países para luchar contra sociedades conductoras en sentido amplio, esto es, no solo frente a sociedades que no pueden considerarse como propietarias legales de la renta recibida, sino también frente a aquellas que se entienda no son propietarias económicas de la misma aun siendo las titulares legales (Vann, p. 301). Este uso del concepto de BE está más en línea con la finalidad de la política tributaria de una cláusula general an-

<sup>18</sup> También nosotros mismos expresamos una posición similar en Martín Jiménez (2004, pp. 20-21).

tiabusos que con el significado originario del concepto de BE, que simplemente designaba al propietario en sentido legal de los dividendos, intereses y cánones. Como veremos más abajo, en la práctica internacional este umbral elevado y significado del concepto de BE es el que ha terminado imponiéndose en la realidad internacional y en la práctica española, a pesar de los intentos posteriores de la OCDE de reconducir el concepto hacia un contenido más próximo al que tenía originariamente.

Resulta curioso observar como, en relación con el BE, la historia repite en 2003 un error similar al que se produjo en 1977. El significado y umbral del concepto de BE se eleva cuando ya no era necesario puesto que los comentarios al artículo 1 del MC OCDE de 2003 cambiaron la posición tradicional de esta organización internacional para admitir que las cláusulas o doctrinas generales antiabuso, en contra de la posición previa de la OCDE, sí que se pueden aplicar en el contexto de los CDI. Es decir, en 2003 se amplía el abanico de situaciones que no cumplen el requisito del BE cuando la lucha contra el abuso de los CDI ya estaba cubierta por los comentarios al artículo 1 del MC OCDE, nuevamente haciendo innecesarias las precisiones sobre el BE en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE.

## 2.5. Conclusiones sobre la evolución del concepto de BE en esta primera fase

Como puede observarse, el concepto de BE bien podría considerarse un error histórico, ya sea en su introducción en 1977, no era necesario tras la inclusión de la frase segunda del artículo 4.1 del MC OCDE, o en su evolución, cuando la ampliación de su significado resulta también innecesaria al reconocer explícitamente también el MC OCDE en sus comentarios al artículo 1 a partir de 2003 que las cláusulas o doctrinas antiabuso internas son compatibles con los CDI.

En realidad, podría decirse que, en sus orígenes, el BE simplemente buscó atajar determinados comportamientos abiertamente fraudulentos enfatizando un principio que puede considerarse inherente a todos los ordenamientos jurídicos: una renta debe ser imputable a su auténtico propietario legal. La conversión del BE en una cláusula antiabuso de carácter más general en momentos posteriores responde a ciertos errores históricos explicados en epígrafes precedentes y a pura comodidad (es más sencillo para una Administración tributaria invocar el concepto de BE, darle el significado que estime más conveniente ante la falta de definición clara del término, que aplicar reglas generales antiabuso, con todo lo que ello implica en términos procedimentales). Estos errores históricos y utilización instrumental del BE para cubrir necesidades que forman parte del objeto de las normas generales antiabuso está en la base de su popularidad actual.

Precisamente, la ambigüedad del término y su diversa aplicación en distintos Estados, hasta el punto de amenazar la interpretación uniforme de los CDI, motivó que la OCDE de-

tectara la necesidad de concretar su significado, lo cual se realizaría a partir de 2011 y los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014.

### 3. La evolución a partir de 2011, los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017 y el contexto pos-BEPS

#### 3.1. El tortuoso camino hasta la reforma del concepto de BE en 2014

La reducción del concepto de BE y elevación del umbral de cumplimiento operada en 2003 por la OCDE determinó que muchas Administraciones tributarias y tribunales nacionales denegaran la aplicación de los GDI con criterios que ponían en peligro la aplicación uniforme de los GDI en el plano internacional. La situación fue tal que la OCDE se vio en la obligación de aclarar nuevamente el concepto con dos controvertidos, sobre todo el primero<sup>19</sup>, borradores (OCDE, 2011 y 2012), y sendos procesos de consultas públicas, de nuevos comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE. La nueva versión del MC OCDE 2014 finalmente retocó de forma importante los comentarios a los artículos 10 a 12 en materia de BE con un afán claramente modificador con respecto a 2003, tratando de aproximar el concepto, con mayor o menor acierto, a su función originaria y con mayor distanciamiento con respecto a su interpretación como cláusula general antiabuso. Por lo que respecta a este trabajo, solo nos interesa subrayar que la OCDE, a partir de 2014, excluye del concepto de BE a quienes perciben un dividendo, interés o canon pero su derecho a utilizar la renta está limitado por la obligación de remitir o «pasar» el pago recibido a otra persona<sup>20</sup>. La obligación de repago del ingreso recibido a otra persona debe necesariamente ser dependiente de la obligación de percibir el ingreso. Al margen de que la relación entre las obligaciones generadoras del ingreso y el pago no está perfectamente definida, como tampoco lo está la función de la cláusula del BE con respecto a las cláusulas generales antiabuso<sup>21</sup>, los comentarios al MC OCDE 2014, no modificados con posterioridad en 2017, parecen dejar claro que las únicas sociedades conductoras excluidas del concepto de BE son aquellas que tienen una función análoga a un agente o una *nominee* y actúan como puros fiduciarios o administradores de una determinada renta<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> *Vid.*, por ejemplo, los comentarios al primer borrador de Avery Jones, Vann y Wheeler, disponibles en <<http://www.oecd.org/tax/treaties/48420432.pdf>> o las contribuciones de Duff y Vann o este autor en Lang *et al.*, *supra*, nota 1, respectivamente en las pp. 2-3 y 17-21, 304-305, 138-139.

<sup>20</sup> *Vid.*, por ejemplo, el párrafo 12.4 de los comentarios al artículo 10 del MC OCDE 2017. Cabe encontrar indicaciones similares en los comentarios a los artículos 11 y 12 del MC OCDE 2017 tras la reforma de 2014.

<sup>21</sup> Con respecto a los detalles de las modificaciones de 2014, *vid.* nuestro trabajo citado *supra* nota 1.

<sup>22</sup> *Vid.*, por ejemplo, el párrafo 12.4 de los comentarios al artículo 10 del MC OCDE 2017. Cabe encontrar indicaciones similares en los comentarios a los artículos 11 y 12 del MC OCDE 2017 tras la reforma de 2014.



Al margen de las ambigüedades y problemas que se derivan de la definición de BE en los comentarios al artículo 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017, lo cierto es que la OCDE pretendió dejar claro desde 2014 que la función de este concepto es distinta a la propia de las cláusulas generales antiabuso, más limitada que estas, y retractarse de lo afirmado en 2003. Como explicaremos más adelante, ni las distintas Administraciones tributarias ni la jurisprudencia comparada (entre ella, las SSTJUE sobre los casos daneses *T Danmark* y *N Luxembourg*) han tomado muy en serio este giro de la OCDE y lo que ha quedado ha sido la vocación expansionista y equiparación del concepto con las cláusulas generales antiabuso de 2003.

### 3.2. El concepto de BE en el entorno pos-BEPS<sup>23</sup>

Los cambios derivados de la Acción 6 de BEPS (OCDE-G20, 2015)<sup>24</sup>, plasmados en el Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios<sup>25</sup> o en el MC OCDE 2017, que llevaron a añadir un nuevo título y preámbulo a los CDI, así como un nuevo artículo 29 al MC OCDE que, en su párrafo 9, regula una cláusula general antiabuso (art. 7.1 Convenio Multilateral), reafirman la posición derivada de 2014 en el sentido de que el concepto de BE tiene un significado y efectos diversos con respecto a las cláusulas generales antiabuso. De los comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (cláusula general antiabuso) se deriva que este último solo puede aplicarse cuando la persona que recibe una renta es el BE, aclarando, en consecuencia, que la cláusula general pretende atacar comportamientos distintos al concepto de BE y que un BE puede estar incurriendo en comportamientos abusivos (otra cuestión es que existen bastantes ambigüedades entre los ejemplos que utilizan los comentarios al art. 29.9 relativos a situaciones abusivas o sociedades conductoras y su relación con el concepto de BE). Quizás la indicación más significativa se encuentra en los ejemplos sobre sociedades conductoras del párrafo 187 de los comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE 2017: si el concepto de BE estuviera pensado para atacar a cualquier sociedad conductora, no tendría sentido que se incluyan dentro de los comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (la cláusula general antiabuso) ejemplos de cómo tal cláusula general antiabuso puede ser utilizada para atacar casos de sociedades conductoras o de supuestos donde las llamadas cláusulas de limitación de beneficios deben ser completadas con una regulación específica relativa a este tipo de sociedades.

<sup>23</sup> Para un mayor desarrollo y detalle acerca de la función del concepto de BE en el entorno pos-BEPS *vid.* el epígrafe 2.

<sup>24</sup> Como es sabido, la acción 6 representa un estándar mínimo del proceso BEPS.

<sup>25</sup> Disponible en <<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>>. La ratificación de este Convenio Multilateral todavía está en proceso de tramitación parlamentaria en España.

Es decir, si el BE fuese eficaz en la lucha contra las sociedades conductoras con carácter general, no sería necesario aplicar una cláusula general antiabuso o una legislación específica que complemente a las cláusulas de limitación de beneficios en esta materia.

Tras la inclusión de la cláusula general antiabuso en el MC OCDE (art. 29.9) está claro que los requisitos para aplicar la misma o el BE son bien distintos: el BE exige identificar pagos recibidos y realizados y una conexión entre ellos para concluir que quien legalmente recibe el pago no es su auténtico propietario; la cláusula general antiabuso demanda la prueba de un elemento subjetivo (intención del contribuyente, motivo económico válido) y otro objetivo (finalidad de la norma) que permiten tomar en consideración el efecto económico y final de una operación o transacción legal. Este último, el elemento subjetivo, es inexistente en el BE.

Podría concluirse que, hoy por hoy, el concepto de BE no cumple una función relevante en el entorno pos-BEPS una vez que las cláusulas generales antiabuso forman parte del panorama fiscal internacional a través del artículo 29.9 del MC OCDE 2017 o del artículo 7.1 del Convenio Multilateral y son estándares mínimos de ejecución del programa BEPS de la OCDE y el G20. Es más, podría incluso argumentarse que tal cláusula siempre ha generado inseguridad jurídica puesto que, cada vez que la OCDE intentó aclarar su contenido, lo hizo tarde y generando incluso más problemas que en el momento histórico inmediatamente precedente: cuando fue incluida en 1977 en el MC OCDE no era necesaria; en el momento de la ampliación de los casos donde el perceptor de una renta no era el BE en 2003, los nuevos comentarios a los artículos 10-12, además de resultar contradictorios con los orígenes del término, no eran tampoco de utilidad ya a la vista de que los comentarios al artículo 1 del MC OCDE permitían la aplicación de normas y doctrinas antiabuso en el contexto de los CDI; cuando en 2014 la OCDE trata de reconducir el concepto hacia una función más acorde con la originaria, ya era demasiado tarde porque la jurisprudencia internacional había abrazado la identificación del término con las cláusulas generales antiabuso (o, al menos, antisociedades conductoras).

Sin embargo, el concepto de BE representa una exigencia elemental que cabría predicar no solo de los dividendos, intereses y cánones, sino también de cualquier tipo de renta y es que, a fin de que una persona pueda beneficiarse de un CDI, tal persona debe tener una relación o control legal sobre la renta que recibe, ya que, si no es su auténtico propietario, debe verificarse quién es el mismo y aplicar, en su caso, el CDI del Estado de residencia de este. El BE representa la exigencia propia de todo sistema fiscal en el sentido de que la renta debe imputarse a un contribuyente y, cuando quien recibe una renta no es su auténtico propietario (en el sentido legal, no económico), debe verificarse a quién legalmente cabe atribuir la misma. Como tal exigencia lógica no debería desaparecer de los CDI, sino probablemente especificarse su significado (limitado), por ejemplo, en los comentarios al artículo 1 del MC OCDE, donde se debería aclarar que, en este sentido, se trata de una idea implícita que recorre todas las reglas distributivas de los CDI (arts. 6 a 23 MC OCDE).

## 4. El concepto de BE desde una perspectiva de derecho comparado y la posición española con carácter previo a las SSTJUE danesas y las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019<sup>26</sup>

### 4.1. La posición de las Administraciones tributarias y la jurisprudencia comparada

En el epígrafe 3, al referirnos a la evolución del concepto de BE en el contexto OCDE, ya apuntamos que la tendencia a interpretar el mismo con un umbral elevado, casi equivalente a las cláusulas antiabuso generales tras los cambios de 2003 en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE es generalizada, hasta el punto de que las modificaciones en los comentarios a los mismos artículos del MC OCDE 2014 no han sido muy aceptadas (a pesar de que la OCDE claramente pretendía corregir esta tendencia).

En la actualidad, con la excepción de Canadá<sup>27</sup> y Países Bajos<sup>28</sup>, la cláusula del BE es interpretada con un umbral elevado, equivalente, con distintos matices, a una cláusula general antiabuso o antisociedades conductoras de carácter general en todas las jurisdicciones que conocemos, sean o no miembros de la OCDE (Reino Unido, Francia, Suiza, EE. UU., Italia, Rusia, Argentina o China). Normalmente, cuando la cláusula del BE se interpreta como una

<sup>26</sup> Para un mayor desarrollo y cita de los materiales relevantes en las distintas jurisdicciones, incluidas las sentencias españolas, *vid.* nuestro trabajo citado en la nota 1.

<sup>27</sup> En Canadá, las dos Sentencias *Prevost* (Sentencia del Tribunal Fiscal Canadiense de 22 de abril de 2008, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, 2008 TCJ 231 (TCC), disponible *online* en <<http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/dn/2008/04.html>>; y, en apelación de la Canadian Federal Court of Appeal (CFCA) de 26 de febrero de 2009, *The Queen v. Prevost Cart Inc.*, 2009 FCA 57, disponible *online* en <<http://www.fca-caf.gc.ca>>) y la Sentencia del Tribunal Fiscal Canadiense de 24 de febrero de 2012, *Velcro Canada Inc. v. the Queen*, 2012 DTC 1100, 2012 TCC 57, redujeron el ámbito de aplicación del concepto de BE hasta hacerlo inoperante al exigir que, para que una persona pierda la condición de BE, no deba tener ningún poder de disposición sobre la renta recibida. Bastaba, en consecuencia, con un poder de disposición mínimo (tener la renta unos días en cuenta, mezclarla con otros ingresos) para que el receptor de un dividendo, interés o canon fuese considerado BE.

<sup>28</sup> Sentencia del TS neerlandés de 6 de abril de 1994, BNB 1994/217, popularmente conocida como el caso del *market-maker*, con un enfoque muy formalista, considerando como BE a una parte de una operación donde cabía incluso considerar que quien recibía el dividendo no solo no era el BE sino que ni siquiera estaba cobrando ese tipo de renta. Sobre esta sentencia, *vid.* Van Weeghel (1998, p. 75 y ss.), Oliver, Libin, Van Weeghel y Du Toit (2001, pp. 32-34), o Pijl (2000, pp. 257-58), De Broe (2008, pp. 694-697), o Smit (2013, p. 51 ff.). Una síntesis de esta sentencia y el texto original de la misma (aunque en neerlandés) pueden encontrarse en la base de datos de jurisprudencia del IBFD (*IBFD tax treaty case law database*).

cláusula general antiabuso, equivalente al artículo 15 de la LGT, los indicadores para considerar que hay abuso se refieren a la sustancia y materialidad de la entidad interpuesta y no tanto única y exclusivamente al poder de la entidad interpuesta de disponer o no de la renta recibida a título de auténtico propietario.

Resulta curioso que la tendencia a interpretar el concepto de BE con un alto umbral para cumplir con esta condición haya venido acompañada por un movimiento paralelo en el sentido de considerar que el mismo está implícito en los CDI, esto es, que no hace falta mención expresa a este concepto para estimar que sus exigencias despliegan sus efectos en relación con los artículos de dividendos, intereses y cánones de los CDI que no contengan tal exigencia (normalmente los CDI anteriores a 1977, cuando el concepto se incluyó en el MC OCDE). Tal tendencia es identificable en Italia, Suiza o incluso en las llamadas sentencias danesas del TJUE, como veremos. Quizás el caso suizo es el que más interés presente habida cuenta de que la sentencia del TS en el caso *Colgate* (vid. epígrafe 4.3) en España también se refiere a una entidad suiza y se planteó al TS si el concepto de BE está implícito en el artículo 12 del CDI España-Suiza, que no hacía referencia al mismo. En la medida en que Suiza considera el concepto de BE como una condición de acceso a los CDI, los tribunales de este país tienden a interpretar que el concepto de BE se debe aplicar incluso allí donde el CDI específico no se refiere a tal término<sup>29</sup>. Lo paradójico, quizás, es que la interpretación que hacen los tribunales suizos del concepto de BE, a pesar de adoptar la apariencia de condición objetiva de aplicación de los CDI suizos, es muy similar a una interpretación económica o próxima en sus efectos a una cláusula general antiabuso. Considerar el BE como un requisito implícito en los CDI tiene sentido allí donde el umbral del concepto no se sitúe próximo a las cláusulas antiabuso, ya que, en efecto, los CDI solo deben aplicarse al propietario legal de una renta y no a cualquier persona interpuesta sin poderes sobre la misma y que la recibe a título fiduciario, de administrador, etc. No obstante, si de lo que se trata es de determinar quién es el propietario económico de una renta, lo procedente será aplicar cláusulas antiabuso generales, sin que en este supuesto sea relevante que se reconozca o no el concepto de BE en el concreto CDI. Esta reflexión, como veremos, resultará interesante en el caso español y muy singularmente tras la sentencia del TS en el caso *Colgate*.

<sup>29</sup> Tal posición se ha mantenido constante desde el primero de los casos que afectaban a unos contratos de *swap*, SWI: Bank A, Tribunal Federal Administrativo, 7 de marzo de 2012, A-6537/2010 (para una versión inglesa de esta sentencia, vid. IBFD Tax Treaty Case Law Database), confirmado en este punto por la sentencia en apelación del Tribunal Federal Suizo, SWI: Federal Supreme Court, Sentencia de 5 de mayo de 2015, N.º 2C\_895/2012, nuevamente una síntesis con una nota del editor puede encontrarse en IBFD Tax Treaty Case Law Database y con un razonamiento confirmado constantemente en casos posteriores: vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 19 de mayo de 2020 C-880/2018; o la resolución del Tribunal Federal Administrativo de 29 de mayo de 2020, *A v. Administration Federal*, A-2516/2018.

## 4.2. La posición tradicional de la Administración y tribunales españoles<sup>30</sup>

Tras las primeras decisiones sobre el concepto de BE relativas a ciertas asociaciones para la gestión de derechos de autor, que realizaron una interpretación del concepto de BE como una regla de atribución de rentas a su propietario legal en línea con la función originaria de este término en el contexto OCDE<sup>31</sup>, la doctrina posterior de los tribunales españoles supuso un giro copernicano, un cambio radical de posición.

En primer lugar, los conocidos «casos del Real Madrid» son un grupo de sentencias de la AN<sup>32</sup> referidos a jugadores de este club de fútbol, que habían interpuesto sociedades húngaras las cuales recibían pagos del Real Madrid por derechos de imagen o por uso de marcas (cuando el nombre del jugador había sido registrado como tal). A su vez, las sociedades húngaras transferían la práctica totalidad de las rentas que recibían (entre el 98 y el 99,5 % de la misma) a entidades de otros países o territorios (Chipre y Países Bajos). La interposición de las entidades húngaras buscaba evitar retenciones en la fuente en España ya que, en el momento de los hechos, solo el CDI España-Hungría no establecía retenciones en la fuente para los cánones<sup>33</sup>. En todos los casos, el asunto principal era si la entidad

<sup>30</sup> Además de las resoluciones y sentencias comentadas en este epígrafe desde la perspectiva de pagos a no residentes de dividendos, intereses o cánones, existe otro grupo de sentencias que consideró la aplicación del concepto de BE desde la perspectiva de la persona residente en España que recibe una renta foránea y vinculadas a la aplicación de las diversas técnicas de eliminación de la doble imposición, jurídica y económica (*vid.* SSAN de 23 de febrero de 2012, rec. núm. 182/2009 –NFJ047215–, y de 25 de noviembre de 2010, rec. núm. 389/2007 –NFJ042459–). Estas sentencias, referidas a conocidas operaciones de planificación fiscal con instrumentos financieros con situaciones fácticas análogas a las sentencias sobre *swaps* suizas (*vid.* nota previa), utilizan un concepto de BE que no se diferencia del que vamos a exponer en los casos que comentamos en este epígrafe desde la perspectiva del Estado de la fuente. Estas estructuras de planificación han generado diversas sentencias de la AN o del TS también posteriores donde se alcanzan conclusiones similares, pero no se utiliza el concepto de BE: *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del TS de 2 de marzo de 2015, rec. núm. 645/2013 –NFJ058359–; la SAN de 17 de noviembre de 2016, rec. núm. 494/2014 –NFJ066086–; la SAN de 26 de octubre de 2018, rec. núm. 585/2016 –NFJ072162–, o la SAN de 25 febrero de 2019, rec. núm. 166/2015 –NFJ073051– (aunque esta última a favor del contribuyente).

<sup>31</sup> Resolución del TEAC de 22 septiembre de 2000 (RG 6294/1996 –NFJ010211–), confirmada por la Sentencia de la AN de 19 de junio de 2003 (rec. núm. 1002/2000 –NFJ078869–).

<sup>32</sup> Sentencia de la AN de 18 de julio de 2006 (recs. núms. 1110/2003 –NFJ025123–, 1099/2003 y 1096/2003), 10 de noviembre de 2006 (rec. núm. 174/2006), 20 de julio de 2006 (rec. núm. 1106/2003), 13 de noviembre de 2006 (rec. núm. 247/2006) y 26 de marzo 2007 (rec. núm. 280/2006 –NFJ078871–). Todas las sentencias de la AN siguen literalmente la posición de Vega Borrego (2005 y 2003).

<sup>33</sup> A nuestro juicio, la tradicional posición de la Dirección General de Tributos (DGT) y la AEAT en el sentido de que los pagos por derechos de imagen podían calificarse como cánones resulta completamente errónea a la vista de la definición cerrada de cánones del MC OCDE y, en este caso concreto, del CDI España-Hungría. Otra cuestión distinta es que el artículo 13.1 d) del texto refundido de la Ley del impuesto sobre

húngara que recibía y realizaba los pagos podía ser considerada como beneficiario efectivo a los efectos del artículo 12 del CDI España-Hungría.

Las sentencias de la AN son casos donde el resultado final es probablemente correcto, pero en los que el razonamiento no lo es tanto. Por la descripción de hechos que realizaron las sentencias parece que las entidades húngaras perceptoras de los cánones no eran las auténticas propietarias de la renta y su posición era análoga a la de un mero administrador o fiduciario que retenía una comisión por la gestión de cobro. La AN, sin embargo, para excluir a las entidades húngaras perceptoras del concepto de BE, razonó, en línea con los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2003, que el mismo es una cláusula antiabuso de amplio espectro, análoga al artículo 15 de la LGT, que justifica la exclusión de las citadas entidades de la aplicación del CDI (de hecho, la AEAT había transparentado las mismas y aplicado el CDI entre España y Países Bajos, cuando la perceptora final de la renta era una entidad neerlandesa, o la legislación interna si la renta fluía hacia una entidad chipriota, ya que en los ejercicios en cuestión no existía un CDI entre España y Chipre). Para la AN, tras los cambios de 2003 en el MC OCDE, es posible realizar una interpretación económica que permita buscar al auténtico propietario de la renta y, en consecuencia, ignorar a la persona con derecho a cobro. En realidad, la AN asimiló la cláusula del BE al llamado test del propósito económico válido (*business purpose test*): si hubiera alguna razón empresarial para interponer el intermediario, este sería el BE, si, por el contrario, la única finalidad es la reducción de las retenciones en la fuente, el intermediario no podría considerarse como tal.

Como puede observarse, la AN se alineó completamente con los cambios realizados en 2003 por la OCDE sobre el concepto de BE. Tal posición, como se ha mantenido, no tiene respaldo en la evolución y funcionalidad del término en el contexto de los CDI, no obstante, quizás no sea posible atribuir a la AN el error de configuración del concepto, sino a la propia OCDE, como consecuencia de las controvertidas reformas de 2003 ya comentadas. Sin embargo, como hemos indicado, la adopción de una posición más rígida o un umbral menos elevado relativo al citado concepto no hubiera debido llevar a conclusiones diferentes a la AN: desde una perspectiva de análisis de la posición legal de las entidades húngaras, a la vista de las descripciones de hechos realizadas en las distintas instancias, es difícil concluir que eran las auténticas propietarias legales del ingreso percibido, ya que su función se asimila más a la propia de un fiduciario, *nominee* o gestor del cobro de la renta. Es decir, bastaba un razonamiento alineado con la finalidad histórica del concepto de BE para alcanzar un resultado similar en las sentencias de la AN.

Los casos del Real Madrid no han sido los únicos en los que la Administración tributaria o los tribunales han invocado la cláusula del BE. Al margen del asunto *Colgate*, que merece

---

la renta de no residentes (TRLIRNR) califique los pagos por derechos de imagen como cánones a efectos de la legislación interna. Sobre la evolución y naturaleza del concepto de canon en los MC OCDE, ONU y los CDI, *vid.* nuestro trabajo Martín Jiménez (2019).

una reflexión aparte, son especialmente relevantes varios asuntos donde la Administración tributaria no invocó el concepto de BE, pero los distintos tribunales sugieren que debió utilizarse el BE como herramienta para atacar los hechos y operaciones, considerados como abusivos o realizados en fraude de ley. Tales resoluciones y sentencias explican en gran parte la vehemencia de las más recientes resoluciones del TEAC (*vid.* epígrafe 5) utilizando este concepto como arma contra los contribuyentes en las situaciones planteadas.

En primer lugar, destaca la Resolución del TEAC de 28 de septiembre de 2009 (RG 1481/2007 –NFJ036296–), que consideró la situación de una sociedad *holding* del Reino Unido, controlada por un residente de Emiratos Árabes. Tal sociedad recibió en 2002 dividendos de fuente española el 30 de octubre de 2002 y pagó aproximadamente el 80 % de los mismos el 7 de marzo de 2003 al accionista de Emiratos Árabes. El TEAC confirmó que, a la luz de la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial, en la versión del artículo 14.1 h) de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes entonces aplicable, la sociedad *holding* no podía beneficiarse de la exención de dividendos en la fuente. Sin embargo, la Administración tributaria sí consideró que la entidad *holding* podía acceder al CDI España-Reino Unido y beneficiarse de los tipos de retención reducidos para dividendos previstos en estos CDI, es decir, la AEAT concluyó que la entidad *holding* inglesa era la beneficiaria efectiva del dividendo recibido.

Para el TEAC, sin embargo, la AEAT debería haber rechazado la aplicación del CDI España-Reino Unido porque la sociedad intermedia no era el BE de los dividendos recibidos. A fin de concluir que la citada entidad no era el BE, el TEAC tuvo en cuenta indicios que, más bien, son propios de situaciones cubiertas por las cláusulas antiabuso generales o la específica del artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial (por ejemplo, la ausencia de actividad económica de la filial y la matriz, o de sustancia en la matriz, la detección de otras operaciones para reducir la tributación en España de la filial, la imposición reducida o casi nula, etc.) o que pudieran influir en la efectiva residencia en el Reino Unido de la sociedad *holding* (el control ejercido por el accionista de Emiratos Árabes). Por consiguiente, el TEAC sugirió a la AEAT que, en casos similares, ya que, en el específico considerado, la prohibición de *reformatio in peius* impedía la revisión de la aplicación del CDI España-Reino Unido, debía aplicar el concepto de BE para denegar el acceso a los CDI como una cláusula general de amplio espectro, vinculada en su significado al adoptado por la AN en las sentencias relativas al Real Madrid o a los comentarios de 2003 a los artículos 10 a 12 del MC OCDE. Como veremos, las resoluciones del TEAC conectadas con las SSTJUE danesas (*vid.* epígrafe 5) presentan situaciones fácticas muy similares a la considerada en la resolución ahora comentada, con una solución también en línea con esta última, pero ya pretendiendo argumentarla con la cobertura de la jurisprudencia del TJUE.

La AN utilizó una técnica similar en la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–). El contexto de esta sentencia está vinculado con una serie de casos y sentencias relativas a estructuras de planificación de la adquisición del grupo español Colomer por un fondo de capital-riesgo con operaciones de financiación instrumentadas

a través de entidades en la UE porque, de esa forma, se eludían problemas de subcapitalización en atención a la legislación entonces vigente y retenciones en la fuente para los intereses. La reacción de la Administración tributaria fue obviar las entidades en la UE (Luxemburgo y, con ciertos matices, Madeira) que concedieron préstamos a las entidades españolas y que, a su vez, pagaban los intereses recibidos a residentes fuera de la UE, denegando la aplicación de la exención interna para intereses pagados a residentes de la UE (actual art. 14.1 c) del TRLIRNR) o la aplicación del CDI con el país de residencia de la entidad inmediatamente perceptora del interés (allí donde se identificó que el interés tenía como destinatario final una entidad de un país con CDI con España, por ejemplo, EE. UU. se aplicó el CDI y el artículo sobre intereses correspondiente). Las razones para «transparentar» a las entidades intermedias en la UE se aproximaban bastante a las propias de la definición de abuso (ausencia de sustancia o actividad relevante en la jurisdicción de establecimiento). Sin embargo, los tribunales (TS y AN) anulaban, en distintos casos<sup>34</sup>, las liquidaciones practicadas por la AEAT por estimar que las entidades intermedias en la UE solo podían ignorarse a través de la aplicación de la cláusula general antiabuso española y su procedimiento (arts. 15 y 159 LGT).

No obstante, la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–), en línea con la resolución del TEAC antes comentada, añadió, como sugerencia, que la cláusula del BE podía haber sido empleada por la Administración tributaria como base legal con la consecuencia de que la entidad luxemburguesa que recibía los intereses no hubiera podido beneficiarse de la exención en el TRLIRNR o el CDI España-Luxemburgo. Es obvio en el caso que la posición de la AN estaba alineada con su doctrina anterior, que interpretaba el concepto de BE de manera similar a las cláusulas generales antiabuso, y con cómo este concepto se definió a partir de 2003 por la OCDE, sin tomar, sin embargo, en consideración el significado de este término, con un umbral menos estricto, tras la reforma de 2014 de los comentarios al MC OCDE en esta materia. De las consideraciones de la AN se derivan otros dos matices que también presentan interés para los casos posteriores: (1) la AN consideró implícito el concepto de BE en la normativa interna que exime de retención en España al pago de intereses a entidades no residentes y que no alude a tal expresión, y (2) para la AN el concepto de BE tenía el mismo significado tanto en la Directiva sobre intereses y cánones como en el CDI España-Luxemburgo.

En consecuencia, los casos comentados, que, a su vez, traen causa de liquidaciones administrativas más o menos matizadas en algunos de ellos, establecen lo que podría llamarse la posición española sobre el concepto de BE, de manera que hay una identificación funcional entre este concepto y el propio de abuso o fraude de ley o las cláusulas generales antiabuso, con la consecuencia de que el BE se emplea como sustitutivo de la aplicación del artículo 15 de la LGT. Tal posición resulta controvertida por diversas razones. En el supuesto de las sentencias que afectan al Real Madrid, la AN podría haber alcanzado la misma

<sup>34</sup> Los principales son la Sentencia del TS de 26 de enero de 2015 (rec. núm. 2945/2013 –NFJ057058–) y la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–).



conclusión a la que llegó, las entidades húngaras no son las BE, simplemente razonando en términos estrictamente legales y más alineados con la función tradicional del BE, que se identifica con el auténtico propietario real de una renta. En los asuntos relativos a la entidad *holding* británica o del grupo Colomer, la admonición del TEAC o la AN sobre la aplicación del concepto de BE en los casos planteados supondría, en realidad, un auténtico fraude de ley en sí mismo y permitiría orillar la jurisprudencia del TS o las propias sentencias de la AN que exigen el expediente especial para esta declaración, así como las garantías procedimentales que contiene. Lo cierto es que, en cualquier caso, el ensanchamiento de los supuestos donde la sociedad perceptora de una renta (dividendos, intereses y cánones) no será considerada como BE que se produce en los comentarios de 2003 del MC OCDE ha podido llevar a confusión a nuestra Administración y tribunales ofreciendo una vía alternativa para postergar, indebidamente, a nuestro juicio, la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT y las garantías que regulan y no se respetan al aplicar de manera directa el concepto de BE.

#### 4.3. Conclusiones preliminares sobre la posición española en materia de BE (con carácter previo a las «sentencias danesas» y al caso *Colgate*)

En los epígrafes anteriores se ha demostrado que la doctrina de los tribunales españoles con anterioridad al caso *Colgate* (objeto de comentario en el epígrafe 6) tiende a exigir un umbral elevado para considerar a un contribuyente como BE de una renta, de manera que no solo se excluyen del mismo a los agentes, fiduciarios, administradores o sociedades intermedias que realicen actividades similares a estos, sino que, en realidad, se utiliza la cláusula con una función análoga al artículo 15 de la LGT para tomar en consideración la realidad económica que habitualmente forma parte del análisis propio de las normas generales antiabuso. Tales ideas no desentonan ni resultan exóticas con respecto de las principales tendencias en la doctrina de las Administraciones y tribunales de otros países, aunque estén completamente desalineadas con la función que al BE atribuye la OCDE a partir de 2014 o su función originaria. No obstante, las inconsistencias que pueden identificarse en los casos españoles sobre BE no son enteramente achacables a la Administración tributaria o a la AN, sino, más bien, a la evolución, distintas posturas y contradicciones o ambigüedades sobre el BE, pero también en relación con las normas antiabuso o las normas sobre precios de transferencia, que cabe detectar en los documentos y trabajos de la OCDE, especialmente a partir de 2003.

En clave interna, la línea jurisprudencial española pone de manifiesto una tendencia quizás más preocupante y, hasta un cierto punto, con fuertes dosis de contradicción. Como se deriva de los casos *Colomer*, existe una firme insistencia de la doctrina de los tribunales y jurisprudencia del TS en afirmar la necesidad de recurrir al artículo 15 de la LGT y al procedimiento del artículo 159 de la LGT allí donde se identifiquen conductas de fraude de ley o abusivas. No casa bien con esta línea, sin embargo, la apelación a la figura del BE como instrumento que permita justificar regularizaciones en casos de fraude de ley o abuso, evi-

tando de esta manera el procedimiento, y las garantías del mismo, de los artículos 15 y 159 de la LGT. Y la cuestión no es baladí como prueba el caso *Colgate* (vid. epígrafe 6), ya que la pretensión de luchar contra el abuso o fraude de ley por la vía de la aplicación del concepto de BE (o de las normas de precios de transferencia) puede llevar a resultados un tanto sorprendentes, contradictorios, que evitan las consecuencias del artículo 15 de la LGT (re-calificación plena de la operación) pero que, al mismo tiempo, tampoco encajan en la idea tradicionalmente representada por el concepto de BE, que exige identificar en el intermediario un flujo de entrada de la renta y uno de salida que permita concluir que, en realidad, la misma no es atribuible al intermediario que aparentemente la recibe.

## 5. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 que aplican las sentencias danesas del TJUE (*T Danmark* y *N Luxembourg*) y su contexto previo

### 5.1. El contexto previo de las resoluciones del TEAC (incluyendo *T Danmark* y *N Luxembourg*)

El contexto de las resoluciones del TEAC que aplican las SSTJUE danesas viene marcado por las dos tendencias jurisprudenciales nacionales identificadas en la sección precedente y por las propias sentencias danesas del TJUE. Sobre las tendencias nacionales, quizás solo quepa añadir que los pronunciamientos del TJUE se han recibido por el TEAC como la superación y definitivo enterramiento del «problema» que suponía que, en ciertos casos presumiblemente abusivos, la AN o el TS exigieran la utilización como base jurídica del artículo 15 de la LGT y el procedimiento especial del artículo 159 de la LGT, así como la confirmación de que la vía de escape de esta (¿molesta?) doctrina podría ser la figura del BE, que, para más inri, se supone implícito incluso donde allí no se mencione expresamente. Veamos, no obstante, si tales son las conclusiones que cabe derivar efectivamente de las llamadas sentencias danesas del TJUE.

Las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Denmark*, junto con la menos citada, pero no menos relevante STJUE *X GmbH*<sup>35</sup>, del mismo día, no cabe duda de que son cruciales para cualquier persona interesada, desde cualquier perspectiva (administrativa, profesional, judicial o académica), en los conceptos de abuso, fraude o BE<sup>36</sup>, aunque sus efectos, ambigüedad en ciertos puntos y dimensión se prestan a interpretaciones sesgadas que probablemente

<sup>35</sup> STJUE de 26 de febrero de 2019, *X GmbH*, C-135/17 (NFJ072759).

<sup>36</sup> En relación con el encaje de estas sentencias en la jurisprudencia general en materia de abuso del TJUE y su problemática, vid. De Broe y Gommers (2019, pp. 270 ff.), Kuźniacki (2020), Schön (20 Nov. 2019), Weber (2016, pp. 98 ff.), Zalasinski (2019); o nuestro trabajo, Martín Jiménez (2020b). Para un comentario de las mismas en el ordenamiento español, vid. Sanz Gadea (2019, pp. 97-111).

deban dar lugar a nuevos pronunciamientos del TJUE en el futuro. Desde la perspectiva del BE, la principal aportación de tales SSTJUE está referida a la interpretación de este concepto y su significado en la Directiva 2003/49/CE de intereses y cánones (*N Luxembourg*) y la conclusión de que el mismo se encuentra implícito en la Directiva 90/435 Matriz-Filial (*T Danmark*)<sup>37</sup>. Los hechos y cuestiones legales en *N Luxembourg* son complejos, pero, en esencia, están referidos a si los pagos de intereses realizados por sociedades danesas a entidades del mismo grupo societario situadas en Luxemburgo o Suecia que retenían una remuneración de mercado antes de reenviar los intereses a los prestamistas no residentes en la UE, que, además, pertenecían al mismo grupo multinacional, podía beneficiarse de la Directiva sobre intereses y cánones. *T Danmark* considera una situación fáctica muy similar pero referida al pago de dividendos por las filiales danesas a sociedades *holding* intermedias ubicadas en Luxemburgo y Chipre, que, a su vez, remitían los pagos a matrices de fuera de la UE. Ambos casos aclaran que, con independencia de su redacción, las cláusulas antiabuso de la Directiva sobre intereses y cánones (art. 5) y de la Directiva matriz-filial (art. 1.2) deben interpretarse en línea con el significado del principio general de prohibición del abuso del Derecho de la UE tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TJUE (tanto en el ámbito de los impuestos directos como indirectos, en particular, el IVA). En concreto, en relación con el concepto de BE, el TJUE en *N Luxembourg* indicó lo siguiente:

88. El concepto de «beneficiario efectivo de los intereses», a los efectos de dicha Directiva, debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que designa una *entidad que disfruta realmente* de los intereses que se le abonan. El artículo 1, apartado 4, de la misma Directiva corrobora esta referencia a la *realidad económica*, al precisar que una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es, de agente, depositario o mandatario.

89. Como se desprende del apartado 10 de la presente sentencia, si bien algunas versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, como las versiones búlgara, francesa, letona y rumana, utilizan el término «beneficiario», la mayor parte de las restantes versiones recurren a expresiones como «beneficiario efectivo» (versiones española, checa, estonia, inglesa, italiana, lituana, maltesa, portuguesa y finlandesa) o «propietario»/«titular del derecho de uso» (versiones alemana, danesa, helénica, croata, húngara, polaca, eslovaca, eslovena y sueca), o incluso «titular último del derecho» (versión neerlandesa). La utilización de estas diferentes expresiones pone de manifiesto que el término «beneficiario» no se refiere a un beneficiario formalmente identificado sino a la *entidad que disfruta económicamente* de los intereses percibidos y que dispone, por tanto, de la facultad de determinar libremente el destino de estos (destacados añadidos).

<sup>37</sup> Sobre los efectos de la interpretación del concepto de BE en las sentencias danesas del TJUE en relación con la legislación de los Estados miembros y los problemas de razonamiento del TJUE en esta materia, *vid.*, en particular, De Broe (2020, capítulo 16).

De estos párrafos se desprende que, aunque el TJUE se refiera al MC OCDE (sin hacer alusión expresa a qué versión está utilizando) como elemento interpretativo, en realidad está empleando un concepto de BE que tiene un alcance muy superior al que se deriva de los comentarios a los artículos 10-12 del MC OCDE (2014-2017) cuando afirma que de este concepto cabe extraer que están excluidas del mismo «las sociedades instrumentales y debe entenderse no en un sentido técnico estricto, sino de modo que permita prevenir la doble imposición y el fraude y la evasión fiscal» (párrafo 92). Para el TJUE da la impresión de que el concepto de BE no solo incluye los casos de existencia de obligaciones legales de pasar el ingreso a otra persona (como en el MC OCDE 2014-2017), sino también las situaciones fácticas donde se detecta que, de hecho, ha existido un pago a un tercero por el perceptor del ingreso, así como la necesidad, ajena al MC OCDE, de considerar la realidad económica subyacente. Por consiguiente, a pesar de que el TJUE subraya que sigue el concepto de BE del MC OCDE, termina definiendo el mismo de forma, además de vaga, completamente discordante con el significado que adquiere en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE (2014-2017). Es decir, en línea con la tendencia dominante en el derecho comparado, pero a diferencia del MC OCDE 2014-2017, el TJUE identifica la prohibición general de abuso del Derecho de la UE con la ausencia de la cualidad de BE en la entidad que percibe una corriente de ingresos, intereses en el caso concreto planteado. Para decidir que hay abuso y que, en consecuencia, el perceptor de la renta no es el BE, el TJUE toma en consideración los indicadores de abuso que él mismo ha definido<sup>38</sup>.

Por su parte, el caso *T Danmark* confirmó esta interpretación cuando el TJUE entendió que el concepto de BE está implícito en la Directiva matriz-filial. Tal norma, a diferencia de la Directiva sobre intereses y cánones, no emplea el concepto de BE, si bien, como es sabido, cuenta con una cláusula general antiabuso (art. 1.2).

El principal problema que se deriva de la interpretación del concepto de BE por el TJUE no es solo que sus contornos no estén bien definidos, sino también que hay un riesgo alto

<sup>38</sup> Estos indicadores, tal y como aparecen en *N Luxembourg* o *T Danmark* son los siguientes (*vid.*, por ejemplo, los párrafos 124 y ss. de *N Luxembourg*):

- Se evitan impuestos al interponer la sociedad conductora en comparación con el pago directo al BE.
- El interés o el dividendo, una vez recibido, se vuelve a pagar rápidamente por el intermediario a las personas que no cumplen con los requisitos para aplicar las Directivas. Una valoración cuidadosa de los contratos y las relaciones entre todas las partes involucradas es necesaria con el fin de conocer si la sociedad conductora que recibe los fondos, en realidad, no está autorizada a usarlos.
- La sociedad conductora intermedia obtiene solo un beneficio marginal gravable para permitirle el flujo de fondos hacia el BE final.
- Las sociedades conductoras no tienen otra actividad económica relevante (aparte de la recepción de dividendos e intereses). La ausencia de actividad económica puede inferirse del análisis de factores relativos a la gestión de la compañía, su balance, su estructura de costes y gastos, sus empleados, su sede y medios materiales. Este indicador parece muy similar a la realización de un análisis de si la entidad realiza funciones, controla riesgos y activos relevantes.
- El momento de establecimiento de la estructura abusiva en relación con la legislación que trata de evitar.

de que la interpretación económica del TJUE interfiera con el entendimiento del mismo concepto en los CDI entre los Estados miembros o entre estos y terceros Estados, así como de divergencia en los resultados interpretativos que se alcancen en los distintos Estados (en función de la actitud, más o menos agresiva de sus Administraciones tributarias), afectando a la propia la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes. Estos efectos los estamos observando ya en España con las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, que, además, tienen un impacto directo en la línea jurisprudencial relativa al expediente especial de los artículos 15 y 159 de la LGT.

## 5.2. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019

Las dos Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 consideran situaciones de abuso y BE en relación, en un caso, con la Directiva sobre intereses y cánones y el CDI España-Países Bajos, y, en otro, con la Directiva matriz-filial y el CDI España-Luxemburgo, teniendo ambas en común la existencia de accionistas de terceros Estados (Andorra en un caso y Catar en otro). El objeto de este epígrafe no es un comentario de los aspectos de ambas resoluciones vinculados con la aplicación de cláusulas antiabuso, sino, más bien, reseñar qué interpretación se deriva del concepto de BE de ambas y qué fricciones o problemas plantean, aunque no podremos resistirnos a poner de manifiesto alguna insuficiencia de las resoluciones en términos de Derecho de la UE.

Ambas resoluciones comentadas traslucen una satisfacción indisimulada del TEAC por considerar que *N Luxemburg* y *T Denmark* suponen, a juicio del TEAC, la sentencia de muerte de la doctrina de la AN y el TS en el caso *Colomer* y, de alguna manera, como ya había hecho alguna resolución anterior y sentencia de la AN, tratan de lanzar el mensaje, teniendo a la inspección como destinatario, de que el concepto de BE tiene una utilidad notable en los casos de abuso y debe ser aplicado hasta el punto de que permitirá eludir el incordio de la activación de los artículos 15 y 159 de la LGT en estos casos o las tradicionales reglas de distribución de la carga de la prueba en otros. Como veremos, tales argumentos, a nuestro juicio, resultan errados (incluso algún autor vinculado a la Administración parece compartir estas mismas ideas<sup>39</sup>).

En primer lugar, la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019 (RG 185/2017 –NFJ075476–)<sup>40</sup> rechazó la aplicación de la norma interna que ejecuta la Directiva sobre intereses y cánones (art. 14.1 c) TRLIRNR, que exige de tributación los intereses pagados a residentes de la UE) en un caso de pagos de intereses por parte de una sociedad española a una neerlandesa controlada por otra entidad residente en las Antillas Neerlandesas y, a su vez, al

<sup>39</sup> Sanz Gadea (2019, p. 111) pone de manifiesto que las sentencias danesas y su interpretación del concepto de abuso o de BE efectivo son trasladables al artículo 14.1 c) del TRLIRNR «respetando ciertamente los procedimientos establecidos al efecto en la Ley General Tributaria, como así lo puso de relieve la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016)».

<sup>40</sup> *Vid.*, sobre esta resolución, el comentario de Calderón Carrero (2020a).

accionista último residente en Andorra. Parece ser que tanto los préstamos como los pagos de intereses se realizaban en las mismas fechas de unas entidades a otras o con una conexión temporal muy próxima y que las entidades intermedias no tenían sustancia o actividad alguna. Los intereses eran repagados por la entidad neerlandesa hacia las Antillas Neerlandesas y de esta hacia Andorra. En este caso, el acceso al artículo 11 del CDI España-Países Bajos había sido rechazado por la inspección y no es objeto de cuestionamiento en la reclamación presentada ante el TEAC, que se centra en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR (exención para intereses pagados a residentes en la UE). Para el TEAC, a pesar de que el artículo 14.1.c) del TRLIRNR no incluía ninguna referencia al concepto de BE, que sí utiliza la Directiva de intereses y cánones, el mismo debía considerarse implícito en la norma española, lo mismo ocurre con el CDI España-Países Bajos, que no se refiere al concepto de BE. Puesto que las entidades de los Países Bajos y de Antillas eran meros intermediarios para canalizar los fondos hacia Andorra, solo el último accionista andorrano tenía la condición de BE. Por consiguiente, la exención del artículo 14.1 c) del TRLIRNR no podía ser aplicada (como tampoco las reducciones en las retenciones para intereses del art. 11 del CDI España-Países Bajos según había argumentado la inspección).

En su razonamiento, el TEAC se refirió con detalle a las SSTJUE *N Luxemburg* y *T Danmark* para justificar que el concepto de BE deba interpretarse con un contenido idéntico al principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE (en línea con las conclusiones del TJUE) y que los mismos indicios relevantes para apreciar la existencia de abuso lo son también para excluir la condición de BE del perceptor inmediato de una renta, intereses en el caso planteado. Para alcanzar sus conclusiones el TEAC se refiere con detalle a los cambios que suponen, a su juicio, las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Danmark* con respecto a la jurisprudencia del TJUE precedente que comentaremos al hilo de la otra resolución del mismo día. Realmente todo el despliegue argumental relativo a la identificación del concepto de abuso y BE era completamente innecesario, ya que el caso parecía ser claro: las entidades interpuestas difícilmente podían ser consideradas como las propietarias de la renta. Este aspecto era reconocido incluso por el propio recurrente, cuya argumentación se centra en determinar si el requisito del BE está implícito en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR. En consecuencia, el razonamiento y despliegue argumental del TEAC no se centra en el caso planteado. Más bien da la impresión de que la resolución trata de identificar el BE con abuso precisamente para de esta forma superar la doctrina de la AN y del TS en el caso *Colomer* y lanzar el mensaje de que es posible, para la inspección, utilizar más activamente el concepto de BE. A la vista de la situación fáctica planteada bastaba con razonar desde una perspectiva de principios generales en el sentido de que un rendimiento se debe atribuir a su propietario legal, que no es la entidad neerlandesa, ni siquiera la residente en Antillas, sino el último accionista andorrano. En este contexto, la superación o no de la jurisprudencia *Eqiom*, aspecto sobre el que se extiende el TEAC ampliamente, no resulta en absoluto relevante, más bien, da la impresión de que se ha realizado un «corta-pega» de la siguiente resolución del TEAC de la misma fecha que seguidamente comentamos. Como indicamos, sin embargo, no hacía falta razonar en estos términos, bastaba con defender que una renta solo puede atribuirse a su auténtico propietario, que no son las entidades interpuestas las cuales, más bien, actúan como agentes, mandatarios o fiduciarios por cuenta del propietario real de la renta residente en Andorra.

En la Resolución de 8 de octubre de 2019 (RG 2188/2017 –NFJ077968–)<sup>41</sup>, de la misma fecha que la anterior, el TEAC empleó exactamente el mismo razonamiento y las sentencias danesas del TJUE para excluir no solo la aplicación de la Directiva matriz-filial sino también del artículo 10 del CDI España-Luxemburgo en el caso de una entidad *holding* luxemburguesa controlada por un inversor catari. En el caso específico del CDI España-Luxemburgo, el TEAC explícitamente mencionó que la entidad luxemburguesa, a pesar del hecho de que tenía inversiones diferentes en otros países, no podía ser considerada como el BE de los dividendos recibidos. Resulta meridianamente claro en el caso que el TEAC considera el concepto de BE en el CDI como completamente equivalente en sus efectos a la cláusula antiabuso del artículo 14.1 h) del TRLIRNR, en su redacción originaria anterior a la Ley 26/2014, que desarrolla el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial. Para el TEAC, debía el contribuyente probar el motivo económico válido para la constitución de la *subholding* luxemburguesa a fin de tener acceso a cualquiera de las dos normas, directiva o CDI, sin que los elementos aportados sean suficientes o convincentes, pues el TEAC parece detectar la existencia de un motivo fiscal en la interposición de la sociedad intermedia como también parece atribuir importancia al hecho de que la sociedad cobrara dividendos y, aunque no los reparta a su accionista de fuera de la UE en los ejercicios objeto de análisis, en la medida en que detecta instrumentos financieros que obligan a la entidad a pagar intereses, estima que no se cumple la condición de BE (como también que no se da el motivo económico válido para aplicar la directiva).

Tal modo de razonar revela que el TEAC identifica plenamente el significado del BE con una cláusula antiabuso, ya sea general o específica, en este caso de aplicación de la Directiva matriz-filial, muy en línea con los comentarios al MC OCDE de 2003-2010 que utiliza como referencia. La identificación de abuso obviamente debe llevar a considerar que la entidad interpuesta que recibe una renta no es la propietaria económica de la misma, aunque desde el punto de vista legal pueda aparecer como tal. No obstante, en el caso específico, el problema se plantea porque la exclusión del CDI no debería tomar como base el concepto de BE, más bien parece que hay una utilización instrumental de la jurisprudencia del TJUE para excluir la necesaria activación del procedimiento de conflicto en la aplicación de leyes de los artículos 15 y 159 de la LGT (sobre la activación de este procedimiento al aplicar la cláusula antiabuso de la directiva del artículo 14.1 h) del TRLIRNR nos pronunciaremos posteriormente), todo ello con un razonamiento deficiente en dos sentidos. En primer lugar, que una *holding* reciba dividendos y pague intereses no es razón suficiente para concluir que no se verifica la condición de BE, ya que es necesario identificar la relación en concreto existente entre el cobro del dividendo y el pago del interés, lo cual no resulta tan sencillo en un caso como el planteado donde, según se comenta, existía una pluralidad de ingresos en la *holding* de diversas fuentes y tampoco hay una conexión temporal directa demostrada entre el ingreso percibido y el pago del gasto o, al menos, no se concreta en el relato de hechos del caso. Tampoco en relación con este concepto los requisitos de

<sup>41</sup> Para una crítica a esta resolución, que compartimos, *vid.* Barba de Alba y Arribas (9 de julio de 2020). En un sentido similar Calderón y Martín (2020a).

sustancia tienen relevancia alguna y, sin embargo, el TEAC los emplea intercambiando los indicios de abuso y las exigencias del concepto con un razonamiento también de dudosa compatibilidad con el Derecho de la UE y que generarán controversias futuras.

Las dos resoluciones del TEAC parecen fundamentar gran parte de sus conclusiones sobre la ampliación del concepto de abuso por el TJUE en las sentencias danesas por la ausencia de cita en estas a casos anteriores decididos por el TJUE en relación con sociedades *holding* (*Eqiom*, *Deister Holding* o *GS*<sup>42</sup>), interpretando tal silencio como un cambio o variación de jurisprudencia. A nuestro juicio, no obstante, ambas líneas jurisprudenciales, la relativa a las sociedades danesas y las referidas a entidades *holding*, son perfectamente integrables, puesto que *Eqiom*, *Deister Holding* y *GS* se referían a problemas distintos a los considerados en *T Denmark* o *N Luxembourg*. *Eqiom* consideró si una cláusula que establecía una presunción general de abuso o fraude que supone una inversión de la carga de la prueba del mismo en contra del contribuyente era compatible con la directiva y las libertades fundamentales del TFUE. *Deister Holding* y *GS* decidieron acerca de si vulneraban el derecho primario o la Directiva matriz-filial cláusulas antiabuso y de sustancia aplicadas a ciertas entidades *holding* de otros países de la UE con requisitos que no se exigían a las entidades nacionales con idéntica actividad, y, además, hicieron explícito que no podía excluirse, por ser contrario a la directiva (o las libertades del TFUE) que la actividad de la *holding* fuese la gestión de las sociedades participadas o la administración de activos de sus filiales. Por ese único hecho (la actividad ejercida), las sociedades *holding* no podían quedar fuera del alcance de la directiva. *T Denmark*, sin embargo, se ocupa de definir cuándo podría existir abuso en una entidad *holding* interpuesta en un Estado de la UE por no residentes de la UE (en sentido similar se pronuncia *N Luxembourg* para estructuras de financiación), dando los parámetros a tener en cuenta para concluir que la sociedad interpuesta es una *conduit* o puede beneficiarse de la directiva en cuestión. La cláusula antiabuso española del artículo 14.1 h) del TRLIRNR, en su redacción originaria aplicable a los hechos, era prácticamente idéntica a la considerada por el TJUE en *Eqiom* por lo que cabe presumir que plantea los mismos problemas que esta, sin que la definición de abuso derivada de *T Denmark* y *N Luxembourg* repercuta en las cuestiones probatorias. Esto es, cabe seguir defendiendo que presunciones generales de abuso generan problemas antes y después de las sentencias danesas, siendo trasladable plenamente el razonamiento de *Eqiom* a la cláusula antiabuso de directiva del artículo 14.1 h) del TRLIRNR en su redacción originaria.

Precisamente es en relación con la carga de la prueba donde la definición de BE que da el TJUE genera dificultades importantes, que ponen de manifiesto las resoluciones del TEAC ahora comentadas. Si el contribuyente tiene que probar que resulta el BE de los dividendos o intereses recibidos, acreditando que no se verifican los indicios identificados

<sup>42</sup> SSTJUE de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom*, C-6/16 (NFJ067536); de 20 de diciembre de 2017, *Deister Holding AG y Juhler Holding A/S*, C-504/16 y C- 613/16 (NFJ069234), o el Auto de 14 de junio de 2018, *GS*, C-440/17, ECLI:EU:C:2018:437.



por el TJUE, se produciría una inversión de la carga de la prueba que llevaría a que las autoridades tributarias tuvieran una posición esencialmente pasiva, debiendo el contribuyente acreditar un hecho negativo: que no hay abuso. Es un punto en el que la jurisprudencia del TJUE necesita aclaraciones, pero aplicando la jurisprudencia general del TJUE a este respecto debe ser la Administración la que *prima facie* deba acreditar la existencia de indicios de abuso (hecho positivo) y el contribuyente destruir tales indicios, probando los motivos o razones económicas válidas, por lo que la doctrina del TEAC plantea todavía problemas de Derecho de la UE evidentes, sin que las cuestiones estén tan cerradas como el TEAC parece asumir. Por último, y a pesar de los indicios que da el TJUE para considerar que existe abuso o no, subsiste la duda de qué sustancia o actividad es suficiente para una sociedad *holding* a fin de poder acceder a la directiva subsistente, ya que esta actividad no demanda muchos recursos materiales o personales (aunque, a estos efectos, las SSTJUE *Eqiom* y *Deister Holding* o *GS* ya ofrecen alguna indicación relevante). Sin embargo, ninguna de estas cuestiones es relevante a efectos de determinar si la entidad intermedia es o no BE de un dividendo o interés. Por ello, junto a los problemas anteriores, la traslación del razonamiento antiabuso de la cláusula de ejecución de la Directiva Matriz Filial en el ordenamiento español al concepto del BE de los CDI supone un salto infundado que, sin duda planteará problemas, si los CDI son interpretados con este parámetro sugerido por el TEAC.

En definitiva, de las dos resoluciones transcritas cabe derivar las siguientes conclusiones:

1. Siguiendo las indicaciones de la AN en la Sentencia del caso *Colomer* de 31 de octubre de 2017 o la propia opinión del TEAC en algún caso anterior, el TEAC ha activado el concepto de BE como instrumento de lucha contra los casos donde pueda detectarse un fraude de ley o en situaciones análogas a las cubiertas por el artículo 15 de la LGT, de forma que, con este concepto, considera que no es necesario iniciar el procedimiento especial del artículo 159 de la LGT. A nuestro juicio, esta conclusión desactiva la jurisprudencia del TS también en el caso *Colomer* sobre la necesidad de tramitar el expediente especial del conflicto en aplicación de las leyes (Sentencia del TS de 26 de enero de 2015, rec. núm. 2945/2013 –NFJ057058–).
2. El concepto de BE lo utiliza el TEAC con el mismo significado tanto para interpretar la legislación interna en materia de exenciones que ejecuta la Directiva sobre intereses y cánones (art. 14.1 c) TRLIRNR) como para determinar los efectos de la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial (art. 14.1 h) TRLIRNR) o los artículos sobre intereses de los CDI (art. 11 CDI España-Luxemburgo e, indirectamente, art. 11 CDI España-Países Bajos)<sup>43</sup>. Tal uso instrumental, a pesar de que el concepto de BE pueda estar alineado con la jurisprudencia del TJUE sobre BE en el marco

<sup>43</sup> La interpretación paralela y alineada de las exigencias antiabuso en la normativa interna derivada del Derecho de la UE y los CDI ya fue afirmada, por ejemplo, en la Resolución de la DGT V0054/2017, de 13 de enero, (NFC063692), relativa a una *holding* del Reino Unido, a la interpretación del artículo 14.1 h) del TRLIRNR y su cláusula antiabuso y al acceso al CDI España-Reino Unido.

de las directivas, no encaja con cómo la OCDE interpreta el mismo concepto a partir de 2014 y, en consecuencia, cuando se interprete que una determinada estructura puede estar realizada en fraude de ley y un CDI resulte aplicable sería necesario activar el procedimiento de los artículos 15 y 159 de la LGT, sin que pueda alcanzarse el mismo fin meramente dando una interpretación amplia del concepto de BE. La falta del expediente especial en la exclusión de la aplicación de las directivas también podría plantear problemas de Derecho de la UE.

3. Ambas resoluciones del TEAC, a pesar del despliegue argumental y constante cita de las sentencias danesas del TJUE, son deficientes en su razonamiento en términos de Derecho de la UE. La superación de la doctrina *Egiom* que reclama el TEAC solo puede interpretarse como un puro instrumento para obviar las exigencias del TJUE en el sentido de que no resultan admisibles normas con presunciones generales de abuso, tampoco las conclusiones del TEAC en materia de distribución de carga de la prueba y de derechos y garantías del contribuyente soportan un juicio de contraste con la jurisprudencia del TJUE, no obstante existir algún punto menos claro en las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Danmark*<sup>44</sup>.
4. A la vista del tono de la resolución, que parece un llamamiento o instrucción a la AEAT sobre cómo superar las consecuencias de la doctrina de la AN y del TS sobre la necesidad de aplicar los artículos 15 y 159 de la LGT cuando exista abuso, cabe esperar un uso intensivo del concepto de BE por parte de la AEAT allí donde considere que puede existir abuso, postergando la tramitación de expedientes de conflicto en la aplicación de las leyes, ya sea en relación con los CDI o con las directivas comentadas.

## 6. El caso *Colgate* en particular y la oportunidad perdida por el TS<sup>45</sup>

### 6.1. Introducción

La importancia del caso *Colgate* se encuentra en que añade nuevos matices al concepto de BE, todo ello unido a la reciente sentencia del TS en esta materia, que desafortunadamen-

<sup>44</sup> La claridad de ideas del TEAC, a pesar de las dudas que plantean estas sentencias, hizo que rechazara, de manera expresa en la Resolución al RG 2188/2017 e implícita en el RG 185/2017, el planteamiento de cuestiones prejudiciales en un momento en el que todavía pensaba que podía hacerlo, recuérdese que las Resoluciones del TEAC son de 8 de octubre de 2019, anteriores en consecuencia a la STJUE (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander, SA*, C 274/14 (NFJ075840), que denegó la posibilidad de que los tribunales económico-administrativos plantearan cuestiones prejudiciales.

<sup>45</sup> *Vid.*, en relación con este caso y la decisión en primera instancia de la AN, Calderón Carrero (2019, pp. 101-124).

te complica aún más la situación en nuestro ordenamiento, en lugar de haber aprovechado el Alto Tribunal la oportunidad para aclararla. A pesar de que la sentencia de la AN en el caso es anterior a las resoluciones del TEAC sobre las sentencias danesas, hemos preferido examinarla en este epígrafe, ya que la sentencia del TS es muy reciente y, desde el punto de vista sistemático, tiene más sentido comentar la sentencia de la AN y del TS en el mismo epígrafe.

## 6.2. La sentencia de la AN del caso *Colgate*: continuismo con algunos nuevos matices en el concepto de BE

Como consecuencia de la reestructuración del grupo Colgate, cuya matriz es norteamericana, su filial española pasó de ser un distribuidor pleno a tener el perfil de un distribuidor de riesgo limitado, produciéndose cambios relevantes en la operativa del grupo. Antes de la reestructuración realizada en 2005, la filial española pagaba cánones a su matriz de EE. UU. por el uso de la marca, el *know-how* y el nombre comercial. Tras la reestructuración, la cesionaria de los intangibles era una filial suiza que, a su vez, actuaba como «principal» y a la que la filial española compraba los productos para vender al cliente final en España. Tras 2005, la filial suiza comenzó a pagar un canon a la matriz de EE. UU. por la cesión de los intangibles en relación con los que, con anterioridad, la filial española asumía el pago de cánones. La reestructuración del grupo fue examinada desde dos perspectivas distintas, dando lugar a la Sentencia de la AN de 22 de febrero de 2018 (rec. núm. 568/2014 –NFJ070592–) vinculada al examen de la reestructuración desde la óptica de los precios de transferencia, y a la Sentencia de la AN de 30 de noviembre de 2018 (rec. núm. 643/2015 –NFJ074798–), en la que se examina, por lo que interesa a este trabajo, la problemática del BE.

En la parte y sentencia relativa al IRNR y BE (básicamente, en la inspección de precios de transferencia, a la que se refiere la Sentencia de la AN de 22 de febrero de 2018, se denegó operatividad a la reestructuración realizada en 2005), los actuarios consideraron que, puesto que la filial española del grupo no pagaba, desde 2005, ningún canon a la filial suiza pero, sin embargo, utilizaba la marca, el nombre comercial y el *know-how* del grupo, contribuyendo también con campañas de marketing al valor de los intangibles, el canon debía considerarse implícito en el precio que pagaba por las mercancías que adquiría la filial española a la entidad suiza del grupo<sup>46</sup>. Sin embargo, los actuarios concluyeron que la filial suiza no podía ser el BE de los cánones (ficticios) y, no obstante no incluir el CDI España-Suiza al concepto de BE en su artículo 12 (cánones), tal cláusula debía considerarse implícita en el mismo, por lo que, al no ser la filial suiza el BE, procedía practicar retenciones de conformidad con la legislación interna, sin aplicar los tipos reducidos del CDI con Suiza.

<sup>46</sup> Estas conclusiones de la AEAT parecen más que dudosas si se tienen en cuenta las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia (2017) o los comentarios al MC OCDE artículo 12 (2017) relativos a distribuidores. No nos ocupamos, sin embargo, de esta cuestión en el presente artículo, *vid.*, al respecto, Martín Jiménez (2019, epígrafe 5.1.3.3).

Para la AN, la entidad suiza no desarrollaba ninguna función relevante ni controlaba riesgo o activo alguno vinculado a los intangibles, a pesar de que tenía una licencia sobre los mismos concedida por su propietaria, la matriz de EE. UU. Por esta razón, la AN confirmó la posición de la inspección en el sentido de que la filial suiza no podía ser considerada el BE del canon (ficticio) determinado por la inspección. La AN, además, concluyó, de forma probablemente injustificada, que no podía aplicarse el CDI España-EE. UU. porque el flujo de la renta es desconocido y podría la renta haber terminado o haber sido canalizada a través de otra jurisdicción, es decir, la AN no estimó que no pudiera aplicarse el CDI España-EE. UU. al pago de *royalties*, sino tan solo que la empresa no había probado que realmente el flujo de rentas se había dirigido hacia EE. UU. desde Suiza directamente.

Si bien es cierto que el auténtico propietario legal de una renta debe ser la persona que tiene el control sobre la misma y asume las funciones y riesgos derivados de la obligación que la genera, en el fondo, en el caso *Colgate* (en ambos, no solo el relativo a no residentes) nos encontramos ante un test de sustancia, no estrictamente legal, que se encuentra vinculado de manera directa a la realidad económica subyacente<sup>47</sup>. En definitiva, la búsqueda de quién controla las funciones, activos y riesgos vinculados a un *royalty* supone un test de sustancia económica que toma en consideración indicios y datos fácticos muy ligados a los parámetros a tomar en consideración en la aplicación de una cláusula general antiabuso. En *Colgate*, la aplicación del test del BE de esta forma presenta un problema adicional: la exclusión del estatus de BE requiere la identificación de un flujo de entrada de la renta en sede de la entidad suiza y de un flujo de salida que sean coincidentes y estén directamente ligados. En el caso de la entidad suiza el flujo de entrada del *royalty* se presume, al estar vinculado al precio de las mercancías que compra la filial española, y no se identifica, al menos no consta expresamente en la sentencia, más flujo de salida que el pago de cánones a la matriz estadounidense. En esta situación, concluir, como hace la AN, que no está acreditado hacia donde fluye la renta que recibe la entidad suiza supone crear una nueva ficción extramuros del concepto de BE y lleva incluso más allá de la aplicación estricta de las reglas antiabuso o de la lógica de delineación/no reconocimiento inmanente en las Directrices de precios de transferencia de la OCDE (2017): resulta contradictorio, al menos *prima facie*, sin conocer el expediente, afirmar que la entidad perceptora no tiene sustancia suficiente para controlar el *royalty* pero, al mismo tiempo, no atribuir el mismo a ninguna otra persona o entidad cuando el flujo hacia EE. UU. está probado.

Da la impresión de que en el caso, por parte de la AN (también previamente la AEAT), se estaban mezclando las consecuencias del BE con las propias de la aplicación de normas generales antiabuso, dejando al contribuyente en una posición muy insatisfactoria. En efecto, la aplicación del test del BE no demanda identificar quién puede ser el auténtico beneficiario de un flujo de renta, pero sí que requiere haber detectado un pago de entrada y uno

<sup>47</sup> Acerca de la relación entre el test del BE y las reglas de delineación y no reconocimiento en materia de precios de transferencia, *vid.* el epígrafe 3.5 de Martín Jiménez (2020a).

de salida que sean correspondientes en la persona a la que no se considera como BE. La apreciación de la realidad económica, por el contrario, lo que exige es la recharacterización o recalificación de la operación, atribuyendo a su auténtico propietario la renta con criterios e indicios suficientemente fuertes que justifiquen por qué razón se decide levantar el velo o desconocer la interposición de un intermediario o una operación concreta.

El resultado que alcanza la AN aplicando la figura del BE se queda a medio camino entre las dos técnicas: no identifica un flujo de salida de la renta recibida por la filial suiza, como sería necesario para aplicar la cláusula del BE, ni tampoco recalifica la operación, como sería inherente a la aplicación de las cláusulas generales antiabuso o a la delimitación/no reconocimiento propio de las normas de precios de transferencia. El resultado es paradójico: la renta se atribuye, con una ficción, a la filial suiza al no existir certeza sobre si el pago a la misma tiene correspondencia con otro de salida de ella, sin embargo, tampoco se recalifica la operación en cuestión de manera que se aplique al contribuyente la normativa (por ejemplo, el CDI España-EE. UU.) inherente a la situación real subyacente a las operaciones formales.

La sentencia de la AN parece indicar que el problema se produce por la falta de actividad probatoria del contribuyente cuando, en realidad, quizás, más bien sea achacable a que la AN o, con anterioridad, la inspección o el TEAC, hacen una aplicación híbrida de dos marcos conceptuales que demandan pruebas y requisitos distintos (tres, en realidad, si tomamos en cuenta la recalificación utilizando las normas de precios de transferencia), quedando el contribuyente atrapado en ellos, sin que tampoco la Administración extraiga las consecuencias oportunas: si la entidad suiza no realiza funciones, no controla activos y no asume riesgos, la renta debe atribuirse a quién realice tal actividad, decir que no es el BE cuando en realidad no se identifica cómo o si y en qué momento salen las rentas del intermediario suizo es simplemente utilizar esta figura para alcanzar un resultado extraño y con elevadas dosis de ficción. Si se reconoce que el supuesto perceptor del *royalty* (la entidad suiza) no controla ni asume funciones con respecto a los intangibles y si se «desconoce» la reestructuración del grupo Colgate de 2005 y se asume que la entidad de EE. UU. es propietaria de los intangibles y que los mismos son necesarios para el desarrollo del negocio de la entidad española, la recalificación hubiera debido llevar a establecer que el flujo de *royalties* se debe producir de una manera similar a como se desarrollaba antes de la reestructuración (directamente desde España a EE. UU.)<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Recuérdese que, de conformidad con el párrafo 10.1 de los comentarios al artículo 12 del MC OCDE, los distribuidores por sí mismos no se asume que deban pagar *royalties* por la función relativa a ventas de productos de una determinada marca, tales pagos solo se realizarán cuando efectivamente están adquiriendo el derecho de uso de un intangible generador de cánones (por ejemplo, marca, *know-how*, patente, etc.). El mismo principio se repite en el párrafo 6.102 de las Directrices OCDE de precios de transferencia (2017). El distribuidor solo se considera que realiza el pago de un canon allí donde el mismo es necesario en atención a la actividad que realiza (montaje del producto, manufactura, etc.).

En consecuencia, la sentencia de la AN pone de manifiesto las contradicciones de mezclar tres instituciones y marcos conceptuales pensados para casos y realidades distintas y por qué razón, quizás, el concepto de BE debería reinterpretarse y retornar a su función originaria, que no es la de cláusula general antiabuso. No es de extrañar que el asunto se recurriera en casación ante el TS, aunque, como veremos, ni el planteamiento de la casación ni su resolución asumen estas ideas, con un resultado controvertido que en nada beneficia la seguridad jurídica y continúa planteando problemas de interpretación de CDI y de Derecho de la UE.

### 6.3. La casación del caso *Colgate*

La sentencia de la AN en el asunto *Colgate* fue recurrida en casación<sup>49</sup> y la resolución de la misma podía haber supuesto el fin de una interpretación anómala del concepto de BE que alcanzó su punto culminante en la citada sentencia de la AN (mezclando requisitos y consecuencias del concepto de BE y de las cláusulas generales antiabuso). La sentencia del TS percibió los conflictos conceptuales de la sentencia de la AN del caso *Colgate*, sin embargo, no supo, en nuestra modesta opinión, darle una solución satisfactoria, entre otras cuestiones por el propio planteamiento que aceptó el TS para la casación, que merece ser explicado con detalle. Las cuestiones con interés casacional que debía responder el TS, tal y como aparecen en el auto de admisión son las siguientes:

- a) Aclarar los límites objetivos y temporales de la conocida como interpretación dinámica de los CDI suscritos por el Reino de España con fundamento en el Modelo de la OCDE –como es en este caso el CDI hispano-suizo, cuando a pesar de que el concepto de BE no se prevé en el artículo 12 del CDI, se aplica esta figura de acuerdo con los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (elaborados en una fecha posterior a la formalización inicial del Convenio), a pesar de que en las modificaciones del citado CDI no se introdujo el beneficiario efectivo en el artículo 12 (relativo a los cánones) y sí en otros preceptos (artículos 10 y 12) para otros conceptos como dividendos o intereses.
- b) Si la interpretación dinámica, de ser posible, permite al aplicador de la norma, incluido el tribunal en el seno de un proceso, corregir el sentido propio o tenor literal de las palabras concordadas en el Convenio, que ocupa un lugar preferente en nuestro sistema de fuentes (artículo 96 CE), a fin de evitar un «treaty overriding» o modificación unilateral.
- c) Esclarecer si los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (aquí elaborados en una fecha posterior a la firma de este) constituyen en sentido propio fuente del Derecho (artículos 117 CE y 1.6 CE del Código Civil), por no tratarse, como hemos declarado –STS de 19 de octubre de 2016, pronunciada en el recurso de casación

<sup>49</sup> Auto del TS de 6 de junio de 2019 (rec. núm. 1996/2019 –NFJ074796–).

n.º 2558/2015– de normas jurídicas propiamente tales que vinculen a los Tribunales de justicia y que, por ello, puedan fundamentar un motivo de casación en su hipotética infracción y si, en consecuencia, pueden los Tribunales basarse en sus indicaciones u opiniones para dejar de aplicar un Convenio de doble imposición y aplicar directamente la ley nacional, de donde resulta un gravamen cualitativamente mayor.

Y las normas a interpretar, concretó el TS, eran las siguientes: el artículo 12 del CDI España-Suiza, los artículos 96 y 94 de la CE, en relación con los artículos 24 y 117 de la CE. Y los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

Lo cierto es que la admisión a trámite del recurso de casación y las cuestiones casacionales están planteadas desde una perspectiva peculiar (los efectos de la interpretación dinámica de los CDI a la luz de los comentarios posteriores al MC OCDE) que, por las razones que indicaremos, no tienen una conexión directa con cómo, en nuestra modesta opinión, sería más procedente haber enfocado la controversia si se quería poner fin a la problemática que el concepto de BE plantea en el ordenamiento español (y no generar otros conflictos).

La Sentencia del TS 1196/2020, de 23 de septiembre (rec. núm. 1996/2019 –NFJ079213–), ha dado solución a la casación planteada. En primer lugar, de forma idéntica a como realizó en el caso *Stryker* (Sentencia del TS 308/2020, de 3 de marzo, rec. núm. 5448/2018 –NFJ077876–), el TS relativiza la importancia y fuerza de la llamada interpretación dinámica, minimizando el impacto que los comentarios al MC OCDE pueden tener sobre normas anteriores. A pesar de que esta relativización, en línea con el citado caso *Stryker*, es bienvenida para reducir el efecto que la Administración tributaria atribuye con frecuencia a los comentarios al MC OCDE y las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, en este caso, como explicaremos más abajo, el TS alcanza conclusiones no demasiado acertadas, ya que la interpretación dinámica hubiera llevado a una solución mucho más fundada que la que el TS ofrece y más protectora de los derechos del contribuyente. El TS parece considerar que la «interpretación dinámica» no puede ser la excusa para llevar a la redacción originaria del artículo 12 del CDI España-Suiza de 1966 un requisito que la norma no contiene, el concepto de BE, y menos hacerlo en perjuicio del contribuyente con una interpretación por la Administración y la AN escasamente fundada. Para el TS, aplicar el concepto de beneficiario efectivo sobre la base del MC OCDE y sus comentarios en versiones posteriores al CDI España-Suiza de 1966 determinaría introducir un requisito nuevo en el concepto de cánones del artículo 12 de esta norma, todo ello en contra de la voluntad expresa de los negociadores del CDI que tampoco en 2006, cuando se renegó tal CDI, introdujeron el concepto de BE en el citado precepto relativo a los cánones. El TS considera que la renegociación de 2006 del CDI con Suiza y el hecho de que, en ese momento no se incluyera el concepto de BE en el artículo 12 (cánones), es un signo inequívoco de que no se quería exigir tal requisito en relación con esta tipología de renta.

En efecto, compartimos con el TS que la interpretación dinámica no puede llevar a incluir en la normativa convencional (o interna) requisitos inexistentes en ella sin su previa modifi-

cación a través del procedimiento interno oportuno. No obstante, el TS, como se explicará, aplica una teoría correcta limitadora de los efectos de la interpretación dinámica en un caso que resulta improcedente, ya que el recurso a la interpretación dinámica en el supuesto de *Colgate*, además de ser un elemento adicional en las técnicas de interpretación, no necesariamente decisivo, llevaría a conclusiones directamente contrarias a las alcanzadas por la sentencia del TS del caso *Colgate*. Por otro lado, existen razones más que fundadas, como veremos, para haber considerado que el requisito del BE estaba implícito tanto en la versión del artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza de 1966 como en la derivada de las modificaciones realizadas por el Protocolo de 2006, sin que ello supusiera un perjuicio para el contribuyente o seguir el razonamiento arbitrario de la AN.

La razón que lleva al TS a desechar la interpretación dinámica para introducir en el CDI España-Suiza el concepto de BE está directamente vinculada con la protección del contribuyente y la arbitrariedad que el TS detectó en la posición de Inspección, el TEAC y la AN, todo ello hasta el punto de que da la impresión de que el rechazo viene motivado no tanto porque el artículo 12 (cánones) no se refiera al concepto de BE, como concluye el TS, como por la forma de actuar de la AEAT, refrendada por el TEAC y la AN. En efecto, para el TS, fundamento jurídico 3, resulta «sorprendente, insólito, injustificado o anómalo» –y esto es una crítica de la sentencia de la AN que compartimos plenamente– reconocer que la entidad suiza receptora de los cánones (ficticios, recordemos) no es el BE a efectos del CDI España-Suiza pero que tampoco lo es la entidad matriz de EE. UU., por lo que no se aplica tampoco el CDI España-EE. UU., y los cánones se sujetan a la normativa interna del IRNR con un resultado gravoso para el contribuyente y perjudicial con respecto a la situación anterior a la reestructuración del grupo *Colgate*, en la que los cánones se pagaban directamente a EE. UU., beneficiándose la matriz antes de la reestructuración del acceso al CDI con este país. La arbitrariedad que lleva a la exclusión de la aplicación del CDI España-EE. UU. en el caso controvertido, puesto que, en definitiva, los cánones estaba claro que se pagaban finalmente a la entidad matriz de este país, parece ser el motivo que más preocupó al TS en la resolución de la casación y así se deriva con la claridad del fundamento jurídico 4 de la sentencia del TS, aunque también en él se insiste en que la voluntad de España y Suiza era no incluir este requisito en el CDI.

En definitiva, el TS observa que la sentencia de la AN, al igual que anteriormente los acuerdos de liquidación recurridos por IRNR 2006 y 2007 o la resolución del TEAC, presentan elementos arbitrarios, sin embargo, el propio razonamiento del TS tampoco acierta, en nuestra modesta opinión, a la hora de interpretar el concepto de BE y resolver satisfactoriamente el asunto que se le planteaba. Es más, al concluir que el citado concepto no puede entenderse implícito en el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza está abriendo la puerta a una interpretación formalista del mismo que beneficia las planificaciones fiscales relativas a intangibles, menoscabando la propia jurisprudencia del TS relativa a los artículos 15 y 159 de la LGT. Es decir, el TS parece intuir el problema que la sentencia de la AN en el caso *Colgate* planteaba, pero no lo resuelve satisfactoriamente con un razonamiento sólido que pueda evitar también ulteriores dificultades.



## 6.4. Crítica de la sentencia del TS del caso *Colgate*: un enfoque alternativo que tenga en cuenta todos los elementos interpretativos del CDI España-Suiza de forma más correcta

En nuestro modesto criterio, la sentencia del TS del caso *Colgate* realizó una interpretación del artículo 12 del CDI España-Suiza heterodoxa y alejada de una técnica más depurada de interpretación de los CDI. Comenzando por el efecto del CVDT, mencionado en las cuestiones casacionales, pero de cuyas reglas en materia de interpretación de tratados (arts. 31 a 33) después el TS parece olvidarse, y si la consideración de que el BE debe aplicarse en el contexto del artículo 12 del CDI España-Suiza pudiera suponer un *treaty override*, cabe realizar las siguientes observaciones:

1. Si bien es cierto que el CDI España-Suiza de 1966 en su artículo 12 (cánones) (al igual que ocurría en los arts. 10, dividendos, y 11, intereses) no mencionaba el concepto de BE, que se introdujo en 1977 para los artículos 10 a 12 del MC OCDE, sí aludía expresamente al término «beneficiario» en los párrafos 4 (exclusión de la aplicación de los tipos reducidos para cánones cuando exista un establecimiento permanente en el otro Estado) y 6 (relaciones especiales entre el pagador y el receptor del canon). Lo mismo ocurre con la redacción del artículo 12 del CDI España-Suiza derivada del Protocolo de 2006, donde exactamente los mismos párrafos, 4 y 6, relativos a las mismas cláusulas, continúan aludiendo al «beneficiario» de los cánones. Con estas referencias, sería lógico interpretar que la aplicación de los tipos reducidos para cánones del artículo 12.2 del CDI España-Suiza de 1966 (también del párrafo 7 tras el Protocolo de 2006) depende de la condición de «beneficiario», no solo residente en el otro Estado, de la persona que recibe los mismos. Y, a nuestro juicio, «beneficiario» solo puede ser quien tiene la condición de BE, ya que no tendría sentido distinguir, por un lado, el concepto de «beneficiario» de una renta y, por otro, el concepto de BE. Es decir, el TS en la sentencia *Colgate* no reparó en que el propio artículo 12 del CDI España-Suiza contiene, tanto en la versión de 1966 como tras la reforma de 2006, elementos relevantes que permiten defender que el concepto de BE es inmanente a la aplicación de los tipos reducidos de ese precepto. O, por expresarlo con otras palabras, no es que el concepto de BE proceda de la interpretación dinámica del CDI, sino que es inherente a la aplicación del precepto relativo a los cánones y así lo quisieron Suiza y España, ya que, de otra forma, los párrafos 4 y 6 del mismo, antes o después de 2006, no se referirían al término «beneficiario». En consecuencia, el TS obvió que los párrafos 1 y 2 del artículo 12 (cánones) deben interpretarse en su contexto, lo cual exige tomar en consideración no solo los dos primeros párrafos del artículo 12 del CDI España-Suiza sino también los párrafos 4 y 6 del mismo precepto.
2. La práctica de los tribunales suizos, como hemos visto (epígrafe 4.1), está consolidada en el sentido de entender que el concepto de BE debe entenderse implícito en los CDI que no lo contienen (en su mayoría, aquellos que siguieron al borra-

dor del MC OCDE de 1963). En la medida en que la práctica de las partes puede considerarse un elemento relevante de interpretación de un CDI (*vid.* el art. 31.3.b CVDT), la práctica suiza es conocida y las autoridades españolas no han planteado ninguna objeción al respecto, no parece que la interpretación por España del artículo 12 del CDI España-Suiza considerando implícito el concepto de BE, ya se refiera a la versión de 1966 o a la propia de 2006, pueda vulnerar las reglas de interpretación del CVDT.

3. El artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza (al igual que sus arts. 10 y 11) representa la ejecución de los acuerdos entre la UE y Suiza por los que se extienden a este país normas similares a la Directiva matriz-filial y a la Directiva sobre intereses y cánones (Decisiones 2004/911/CEE y, con posterioridad, la Decisión 2015/2400), por lo que sería extraño afirmar que, en el ámbito intra-UE, se aplica necesariamente la condición del BE para los pagos de intereses y cánones en los pagos entre sociedades asociadas en el sentido de la Directiva 2003/49, pero la misma interpretación no se extienda a normas equivalentes acordadas por la UE con Suiza y que persiguen exactamente la misma finalidad. La necesidad de interpretar el concepto de BE de conformidad con el Derecho de la UE hace difícil pensar que no se traslade esta condición del BE al acuerdo con Suiza para el caso de los cánones (en realidad, podría decirse que los arts. 11 y 12 del CDI España-Suiza y la modificación de 2006 siguen el literal del art. 15.2 de la Decisión UE 2004/911 aplicable *ratione temporis* en el caso planteado, que no mencionaba el concepto de BE expresamente). En este sentido, la STJUE *T Danmark*, que consideró implícito el BE en la Directiva 90/435/CEE, Matriz-Filial, apoya este razonamiento y que permitiría extender y entender implícito el concepto de BE también en los acuerdos de la UE con Suiza y las normas nacionales de ejecución, en particular el artículo 12.7 del CDI España-Suiza que incluyó el Protocolo de 2006, aunque no hagan mención expresa al mismo. Sería extraño interpretar que en el párrafo 7 del artículo 12 del CDI España-Suiza, incluido por el Protocolo de 2006 (o en su art. 11 relativo a intereses), el concepto de BE se encuentra implícito, y que así se deriva de la jurisprudencia del TJUE, y, sin embargo, no alcanzar la misma conclusión en relación con los párrafos 1 y 2 del propio artículo 12. Repárese que, si siguiéramos el razonamiento del TS en *Colgate*, por ejemplo, el artículo 14.1 c) del TRLIRNR, norma de ejecución de la Directiva 2003/49/CE (o el propio art. 11 del CDI España-Suiza, norma de ejecución de la Decisión 2004/911/CE) que no condiciona la exención para intereses en este impuesto a que el perceptor sea el BE, cabría interpretarlo sin que pueda entenderse implícita en él la exigencia del BE, lo cual sería contrario a las «sentencias danesas» del TJUE.

Por todo lo anterior, a nuestro juicio, existían argumentos de peso que el TS podía haber utilizado para alcanzar la conclusión de que el concepto de BE se encuentra implícito en el artículo 12 del CDI España-Suiza y no supone un *treaty override*, sin ni siquiera considerar la evolución del MC OCDE. ¿Significa tal conclusión que no tendría ningún efecto el MC

OCDE? Lo cierto es que el problema de interpretación dinámica que, para el TS, infundadamente, como vemos, se erige en la esencia de la cuestión casacional principal admite matices importantes también desde la perspectiva del MC OCDE.

En realidad, si se defendiera una interpretación dinámica en el caso *Colgate* habría que acudir a los comentarios al artículo 12 del MC OCDE de 2014 o de 2017, no a versiones anteriores (como parece que hizo el TS), y, de conformidad con ellos, está bastante claro que el concepto de BE adopta una interpretación mucho más reducida que la que defienden la AEAT, las resoluciones del TEAC o de la AN que hemos comentado en el presente trabajo y especialmente la sentencia de la AN en el caso *Colgate*. De acuerdo con este parámetro, está claro que la decisión de la AN en *Colgate* es incorrecta en cuanto toma en consideración el significado del concepto de BE de los comentarios al artículo 12 del MC OCDE de 2003, pero no el propio de los comentarios al artículo 12 posteriores (2014-2017), que restringen su significado de una forma relevante, ya que no lo identifican con una cláusula general antiabuso. Podría argumentarse que la AN toma en consideración y aplica los comentarios «vigentes» en el momento que acontecieron los hechos y el procedimiento de inspección enjuiciados, pero lo cierto es que la vocación retroactiva de la interpretación dinámica que la OCDE defiende debiera llevar a tomar en consideración también los comentarios posteriores a tales hechos. Lo contradictorio del caso *Colgate*, en consecuencia, es que una interpretación auténticamente dinámica del término BE, con los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017 hubiera llevado también al TS a concluir que la posición de la AN era incorrecta.

Ciertamente, a la vista de las oscilaciones de la OCDE (singularmente en 1977, 2003, 2014) en la definición del concepto de BE a lo largo de los años, el TS hace bien en *Colgate* en orillar los comentarios al MC OCDE a la hora de interpretar el significado del término BE, aunque no por ello sus razonamientos sobre si el citado concepto está implícito o no en el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza (antes o después de 2006) son correctos, más bien todo lo contrario.

Como se ha explicado, el concepto de BE, en sus orígenes, cuando se incorporó al MC OCDE en 1977 tenía una finalidad simple: tratar de evitar comportamientos fraudulentos que determinen la aplicación de un CDI a las personas que no son propietarias en sentido legal, no económico, de una renta. Con este significado, el BE se configura como una exigencia lógica, aplicable en cualquier ordenamiento, y ciertamente en el suizo, español o de la UE, que no necesita reconocimiento explícito. Si se interpreta el concepto de BE de esta forma, la conclusión debería ser que, a pesar de que el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza no mencione el concepto, se debería entender implícito en el mismo (como se ha expuesto más arriba, existen argumentos muy relevantes para defender esta posición).

No obstante, no es la anterior interpretación «restringida» del concepto de BE la que ha hecho fortuna y sido aceptada en la mayoría de los ordenamientos. De hecho, en España, el concepto de BE, en línea con los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE de 2003, ha sido interpretado con un umbral mucho más elevado, como una cláusula totalmente análoga al artículo 15 de la LGT, interpretación que casa también con la realizada por el TJUE. Si esto es así, a pesar de que quien firma este trabajo no comparte esta interpretación, lo que se

ventilaba en el caso *Colgate* eran cuestiones con mucho mayor calado que las que aparecen formuladas en el Auto del TS de admisión de la casación y son contestadas en la sentencia del TS del caso *Colgate*. Si el TS hubiera admitido que el concepto de BE está implícito en el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza, se estaría alineando con la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019 relativa a la interpretación del artículo 14.1 c) del TRLIRNR y dando alas a la AEAT para utilizar el concepto de BE como sustitutivo del artículo 15 de la LGT. No lo ha hecho expresamente la sentencia del TS del caso *Colgate*, pero la propia posición del TS parece que convalida implícitamente esta interpretación amplia del concepto de BE. Realmente, como se ha indicado, lo que parece llamar la atención del TS y considera infundado no es que el concepto de BE se interprete como una cláusula general antiabuso, sino que se aplique sin proceder a la recalificación plena de la operación en cuestión, ya que el TS considera arbitrario que se excluya la aplicación del CDI España-Suiza, no se aplique el CDI España-EE.UU. a los cánones y, de manera artificiosa, se exija la deuda tributaria al contribuyente con la legislación interna del IRNR, a unos tipos muy superiores a los previstos en el CDI España-EE.UU. En síntesis, lo criticable para el TS es que no se recalifique plenamente la operación, no que se utilice el BE como equivalente al artículo 15 de la LGT.

Con estas conclusiones, la *doctrina Colgate* parece que podría estar enterrando la propia de la AN y del TS (por ejemplo, en el caso *Colomer*) relativa a la necesidad de utilizar el expediente especial de los artículos 15 y 159 de la LGT cuando existan supuestos de abuso, dando pie a que en los CDI donde exista el concepto de BE se podría emplear el mismo como sustitutivo de estos últimos y compartiendo la doctrina del TS derivada de *Colgate* similares problemas, en consecuencia, que las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 que aplican los casos daneses del TJUE (*vid. epígrafe 5.2*). Al menos aparentemente, el TS no parece haber reparado en la existencia de esta contradicción en su jurisprudencia como consecuencia de su sentencia en el caso *Colgate*, que resulta de difícil coexistencia con la doctrina derivada de la jurisprudencia *Colomer*.

En conclusión, al margen de que se esté de acuerdo en una interpretación más o menos amplia o restringida del concepto de BE, lo que estaba en juego en el caso *Colgate* no era tanto un problema de interpretación estática o dinámica, sino de interpretación del CDI en atención a (1) las propias normas del CDI y técnicas de interpretación de los tratados internacionales y (2) la propia doctrina de la AN y jurisprudencia del TS (caso *Colomer*) sobre la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT; siendo los materiales OCDE puramente accesorios y relativamente poco relevantes en este caso, frente a otros elementos interpretativos no considerados por el TS para interpretar el CDI España-Suiza en su versión de 1966 o tras las modificaciones de 2006.

Quizás podría pensarse que da igual que el abuso se ataque por la vía de una interpretación del concepto de BE con un umbral elevado o por la vía del artículo 15 de la LGT, lo importante es atajar los comportamientos de este tipo. No debe perderse de vista, sin embargo, que las normas antiabuso son un instrumento de último recurso, que debe aplicarse con amplias dosis de prudencia y garantizando a todas las partes, Administración y contribuyente, la

posibilidad de expresar sus argumentos eliminando en lo posible juicios subjetivos<sup>50</sup>. Tal es la finalidad del procedimiento especial de los artículos 15 y 159 de la LGT y, en consecuencia, debe respetarse, ya que lo que está en juego es la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes, sin que el concepto de BE interpretado como norma general antiabuso contribuya al respeto de tales valores o derechos. Por esta razón, y a diferencia de lo que el TEAC o la AN han expresado, el BE no es un sustitutivo de los artículos 15 y 159 de la LGT que allana el camino procedimental de la Administración, tal interpretación, además de errada sobre el significado del concepto de BE, tiene efectos importantes sobre el equilibrio de la relación Administración-contribuyente en cuestiones de fiscalidad internacional e incluso puede suponer problemas de Derecho de la UE (por ejemplo, si en situaciones de fraude o abuso interno se activan las garantías de los arts. 15 y 159 LGT y no se hacen en situaciones internacionales donde exista la cláusula del BE, podría reclamarse que existen discriminaciones infundadas contrarias a las libertades fundamentales del TFUE). Sin embargo, el TS no ha aprovechado la oportunidad que le brindaba el caso *Colgate* para corregir plenamente la práctica inapropiada que se deriva de la interpretación del concepto de BE como un instrumento para eludir la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT, con un planteamiento no muy depurado que sirvió para el caso concreto planteado en el asunto específico, donde el TS detectó lo infundado de la posición de la AEAT, TEAC y AN y trató de corregirla, pero no resulta de utilidad ni como solución que elimine los conflictos con este término que Resoluciones como las del TEAC de 8 de octubre de 2019 espolean o como freno a la utilización del concepto de BE como instrumento para eludir la aplicación de la cláusula general antiabuso del artículo 15 de la LGT y el procedimiento garantista del artículo 159 de la LGT.

En su jurisprudencia reciente, el TS (Sentencia del TS 308/2020, de 3 de marzo, rec. núm. 5448/2018 –NFJ077876–, caso *Stryker*) ha relativizado la fuerza de la interpretación dinámica de los comentarios al MC OCDE<sup>51</sup>, que, erróneamente, como hemos advertido hace ya bas-

<sup>50</sup> El principio base de una norma general antiabuso debe ser la lucha contra los más egregios, intolerables o groseros comportamientos de planificación fiscal, dejando un margen para la planificación responsable. Y puesto que no es un arma para intimidar a los contribuyentes, sino un instrumento para alcanzar el interés público, la aplicación de esta cláusula general debe venir acompañada de un procedimiento de control de la discrecionalidad administrativa que no existiría si simplemente se alcanza la misma finalidad con técnicas interpretativas (más allá del control jurisdiccional). *Vid.*, sobre el marco de principios que deben inspirar una cláusula general antiabuso y su operatividad, el capítulo 5 del Informe de G. Aaronson (2011), presentado al Gobierno del Reino Unido con vistas a la introducción de una cláusula general antiabuso en este país, o Arnold (2017, p. 750 y ss.), calificando la cláusula general antiabuso como un instrumento de última instancia, para ser aplicada de forma relativamente infrecuente, objetivo que solo se consigue con disposiciones administrativas específicas, a través de procedimientos especiales que puedan salvaguardar la excepcionalidad de su uso. Similares principios aparecen expresados en el Informe del International Monetary Fund sobre esta materia (Waerzeggers y Hillier, 2016).

<sup>51</sup> *Vid.*, sobre esta sentencia, Calderón Carrero (2020b). Coincidimos con el profesor Calderón cuando indica que el caso *Stryker* no supone la exclusión en todo caso de la interpretación dinámica de los CDI a la luz de los comentarios posteriores al MC OCDE. Tal interpretación dinámica debe excluirse, como bien indica el profesor de La Coruña, solo allí donde pretenda utilizarse como elemento exclusivo de apoyo de

tantes años, parecen reputarse por la Administración tributaria e incluso por los contribuyentes como auténticas normas jurídicas sin serlo en realidad<sup>52</sup>. Y ciertamente no es una posición que consideremos errónea, ya que la propia historia de la evolución errática del concepto del BE en el contexto OCDE da la razón al TS en el sentido de que hay que relativizar la fuerza de los comentarios al MC OCDE como elemento relevante a efectos interpretativos. La lástima es que el caso *Colgate* se haya convertido en una reiteración de la doctrina derivada de la sentencia del TS *Stryker* cuando nos encontrábamos ante un supuesto donde el TS tenía que ir más allá: los propios comentarios al MC OCDE 2014-2017 le ofrecían una vía para desechar la interpretación (infundada, en eso coincidimos con el TS) que realizaban la AEAT, el TEAC y la AN, pero también fuera de los comentarios al MC OCDE existían argumentos, con mayor fuerza y contundencia, que el TS simplemente ignoró y, además, le hubieran permitido cerrar de una vez por todas el problema del BE en el ordenamiento español. Al obviar estos argumentos, la sentencia del TS en el caso *Colgate* no es todo lo sólida que cabría esperar en un pronunciamiento del máximo intérprete de la legislación española, pero, sobre todo, no cierra una cuestión que, a buen seguro, volverá a plantearse ante los tribunales (especialmente tras la fuerza de las sentencias danesas del TJUE y la incorrecta aplicación de las mismas en España por parte de las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019), con tal forma de proceder se favorece la inseguridad jurídica (por contradicciones con la jurisprudencia *Colomer*) y contribuye la propia sentencia del TS *Colgate* a una percepción de los pronunciamientos de este órgano jurisdiccional en materia de fiscalidad internacional como heterodoxa.

## 7. Conclusión: sobre la necesidad de una interpretación del concepto de BE basada en valoraciones jurídicas y no solo en la evolución del MC OCDE

El concepto de BE ha sido uno de los más controvertidos en la fiscalidad internacional desde sus orígenes, sin que el ordenamiento español haya permanecido ajeno a él. En gran parte, la controversia sobre el concepto del BE ha sido espoleada por errores propios de la OCDE al introducir este concepto en los artículos 10 a 12 del MC OCDE en 1977 y al equiparar el mismo con normas antiabuso cuando ya no era necesario en 2003, o incluso por llegar tarde en 2014 para limitar el significado del concepto de BE cuando ya se había generalizado en la escena internacional una interpretación del mismo como instrumento análogo a las cláusulas generales antiabuso. Ciertamente la evolución del concepto de BE ha

---

un acuerdo de liquidación y la misma no venga apoyada por otros elementos interpretativos con mayor fuerza o la propia normativa, incluyendo el tenor de los CDI, aplicable.

<sup>52</sup> En contra de la interpretación dinámica que, en ocasiones, lleva, incluso al propio TS, a desconocer la propia redacción de los CDI, de la normativa interna u otros elementos interpretativos ya nos hemos pronunciado en varias ocasiones. *Vid.*, por ejemplo, Martín Jiménez (2003 o 2004, pp. 20 y ss.), o Calderón y Martín (2020b).

tenido, como hemos visto, un impacto notable en el ordenamiento español y las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Denmark*, seguidas de las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 y la controvertida sentencia del TS *Colgate*, hacen presagiar que lejos de estar llegando a su fin, los conflictos en torno al significado del BE no han hecho más que empezar en un contexto (pos-COVID) donde las Administraciones tributarias endurecerán probablemente sus posiciones frente a estructuras de planificación fiscal (agresiva o no).

En este sentido, la reciente sentencia del TS del caso *Colgate*, en línea con la sentencia del TS del caso *Stryker*, pone de manifiesto, de forma acertada, que los comentarios al MC OCDE deben tener menos fuerza de la que han reclamado la Administración tributaria y algunos tribunales (TEAC y AN). Y la evolución del concepto de BE en el contexto OCDE prueba que resulta necesaria la relativización de la fuerza de los (por otra parte, meritorios) trabajos de esta organización internacional. Sin embargo, como se ha demostrado, el TS lo hace en un caso donde probablemente la interpretación dinámica hubiera merecido ser aplicada para subrayar los errores que cometía la sentencia de AN recurrida en casación y donde otros elementos interpretativos llevaban también a considerar que el concepto de BE debiera entenderse como implícito en el artículo 12 del Convenio España-Suiza (antes o después de la reforma de 2006). Tal interpretación alternativa hubiera debido llevar también al TS a reconocer que, en coherencia con su línea de jurisprudencia relativa a los artículos 15 y 159 de la LGT (caso *Colomer*), no puede utilizarse el BE como sustitutivo de estos preceptos, como instrumento en manos de la Administración que permita obviar los derechos y garantías de los contribuyentes que tales normas contienen. Con ello, el TS cierra en falso la problemática del BE, y cabe esperar que los conflictos en torno a este término, especialmente tras las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, se repitan en el futuro.

En definitiva, y al margen del caso *Colgate* urge plantearse en el ordenamiento español la necesidad de relativizar la fuerza del concepto de BE y limitar su utilización (¿«en fraude de ley»? ) como sustitutivo del artículo 15 de la LGT, lo cual no solo supondría una mejora en términos de seguridad jurídica, sino que limitaría futuros conflictos y más que probables problemas con el Derecho de la UE y con otros Estados en el contexto de los CDI.

Y más allá del caso específico del BE, que es solo un ejemplo, la evolución del BE y la jurisprudencia en torno al mismo subrayan que urge también relativizar la fuerza y eficacia del *soft-law* de la OCDE (o, más bien, cómo se utiliza el mismo) y tratar de hacer en nuestro ordenamiento un mejor, más intenso y meditado esfuerzo de valoración, integración y concreción al «aterrizar» los meritorios trabajos de la OCDE en el sistema tributario español, lo que, en muchas ocasiones, demandará, por parte del Ejecutivo y del Legislativo, más reformas de normas internas de las que actualmente se acometen, un desarrollo más frecuente de las mismas o de criterios interpretativos, a través de instrucciones o incluso procedimientos amistosos, o incluso de renegociación de CDI (a su vez, el corolario y consecuencia de esta conclusión sería el necesario refuerzo de la propia DGT y de los medios y personal con los que cuenta). Y por parte del Poder judicial exigiría un mayor afán en la comprensión de cómo evolucionan los trabajos de la OCDE y las técnicas de interpretación

de los tratados internacionales, lo cual ciertamente reforzaría la posición de los derechos de los contribuyentes, pero también de la propia Administración tributaria (por ejemplo, *Colgate* es una oportunidad perdida para reducir la conflictividad tributaria, dando pautas claras de interpretación en un asunto crucial para la aplicación de los CDI y las directivas de la UE en materia de impuestos directos). Un esfuerzo de esta naturaleza garantizaría una mejora de la posición y percepción de la seguridad jurídica en España de la que todos, Administración y contribuyentes, nos beneficiaríamos en el difícil entorno pos-COVID.

## Referencias bibliográficas

- Aaronson, G. (2011). *GAAR Study: A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system*. Recuperado de <[https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar\\_final\\_report\\_111111.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf)>.
- Arnold, B. (2017). The Role of a General Anti-avoidance Rule in Protecting the Tax Base of Developing Countries. En *UN Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*. (2.<sup>a</sup> ed.). New York: UN.
- Avery Jones, J. (2006). The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and Their Adoption by States. *60 Bulletin of International Taxation* 6.
- Avery Jones, J. (2013). The Beneficial Ownership Concept Was Never Necessary in the Model. En M. Lang y P. Pistone (eds.). *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD
- Baker, P. (2000). *Double Taxation Conventions*. London: Sweet & Maxwell.
- Barba de Alba, A. y Arribas, D. (9 de julio de 2020). Spanish Tax Authorities Rejoice over the Danish Cases. *Kluwer Tax Blog*. Recuperado de <[http://kluwertaxblog.com/2020/07/09/spanish-tax-authorities-rejoice-over-the-danish-cases/?doing\\_wp\\_cron=1596109593.8471970558166503906250](http://kluwertaxblog.com/2020/07/09/spanish-tax-authorities-rejoice-over-the-danish-cases/?doing_wp_cron=1596109593.8471970558166503906250)>.
- Bernstein, J. (2007). Beneficial Ownership: An International Perspective. *47 Tax Notes International* 17.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). Comentario a la SAN de 30 de noviembre de 2018 en el caso Colgate Palmolive: ajustes colaterales derivados de una regularización de precios de transferencia que determinan el afloramiento de un «royalty» y su tributación con arreglo al CDI del «beneficiario efectivo de segundo nivel». *Quincena Fiscal*, 10.
- Calderón Carrero, J. M. (2020a). La doctrina del TEAC sobre la interpretación de la exención del artículo 14.1 c) TRLIRNR a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre los «casos daneses». *Quincena Fiscal*, 1 (Westlaw Aranzadi BIB 2019\10833).
- Calderón Carrero, J. M. (2020b). La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 449-450.
- Calderón, J. M. y Martín, A. (2020a). La Directiva Matriz-Filial. En N. Carmona Fernández (coord.), *Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*. Valencia: Ciss.
- Calderón, J. M. y Martín, A. (2020b). *Los CDI en el ordenamiento español: naturaleza, efec-*



- tos, interpretación e impacto del Proyecto OCDE/G20 BEPS. Valencia: CISS, 2020.
- Danon, R. (2004). *Switzerland's Direct and International Taxation of Private Express Trusts*. Zurich: Schulthess.
- Danon, R. (2007a). Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE. *IFF Forum für Steuerrecht*, 1.
- Danon, R. (2007b). Le concept de bénéficiaire effectif et les structures de relais direct. 77 *Archives de Droit Fiscal Suisse*
- De Broe, L. (2008). *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, Doctoral Series 14.
- De Broe, L. (2020). Should Courts in EU Member States Take Account of the ECJ's Judgment in the Danish Beneficial Ownership Cases When Interpreting the Beneficial Ownership Requirement in Tax Treaties? En G. Maisto (ed.), *Current Tax Treaty Issues*. Amsterdam: IBFD.
- De Broe, L. y Gommers, S. (2019). Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review 2019/6*.
- Du Toit, Ch. (1999). *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.
- Kuźniacki, B. (2020). The GAAR (Article 6 ATAD). En Werner Haslehner Georg Kofler, K. Pantazou y Alexander Rust, *A Guide to the Anti-Avoidance Tax Directive*. Elgar Tax Law and Practise Series.
- Lang, M. y Pistone, P. (eds.). (2013). *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD.
- Martín Jiménez, A. (2003). Los Comentarios al MC OCDE: su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho Tributario y sobre los derechos de los contribuyentes. *Carta Tributaria*, 20 (reimpreso en *Fiscalidad del No Residente: aspectos conflictivos*. CISS, septiembre 2007).
- Martín Jiménez, A. (2004). The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 58, n.º 1.
- Martín Jiménez, A. (2010). Beneficial Ownership: Current Trends. *World Tax Journal*. Vol. 2, n.º 1.
- Martín Jiménez, A. (2019). Article 12: Royalties (OECD and UN Models) and Article 12A: Technical Services (UN Model (2017)). En R. Vann (ed.), *Global Tax Treaty Commentaries*. Amsterdam: IBFD (versión online).
- Martín Jiménez, A. (2020a). Beneficial Ownership. En R. Vann (ed.), *Global Tax Treaty Commentaries*. IBFD: Amsterdam.
- Martín Jiménez, A. (2020b). The Prohibition of Abuse in EU and the Codification of the EU GAAR. En B. Arnold (ed.), *The General Anti-Avoidance Rule: Past, Present, and Future*. Toronto: Canadian Tax Foundation (también publicado en M. Butani (ed.) (2020), *GAAR: The final tax frontier?*, Haryana: CCH Wolters Kluwer (India)).
- OCDE. (1986a). *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*. Paris: OECD.
- OCDE. (1986b). *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*. Paris: OECD.
- OCDE. (1989). *Tax Treaty Override*. Paris: OECD.
- OCDE. (1999). *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*. Paris: OECD.
- OCDE. (2011). *Clarification of the Meaning of «Beneficial Owner» in the OECD Model Tax Convention discussion draft 29 April 2011 to 15 July 2011*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/47643872.pdf>>.
- OCDE. (2012). *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Mean-*

- ing of «Beneficial Owner» in Articles 10, 11, and 12 (19 October 2012 to 15 December 2012). Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>>.
- OCDE-G20. (2015). *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*. Paris: OECD.
- Oliver, J., Libin, J., Van Weeghel, S. y Du Toit, C. (2001). Beneficial Ownership and the OECD Model. *British Tax Review*, 1 (también publicado en 2000 como Beneficial Ownership. En 54 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 7.
- Pijl, H. (2000). The Definition of «Beneficial Owner» under Dutch Law. 54 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 6.
- Pijl, H. (2003). Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties of the Netherlands. 31 *Intertax* 10.
- Sanz Gadea, E. (2019). Beneficiario efectivo: Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 435.
- Schön, W. (20 Nov. 2019). The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2019-18*. Recuperado <<https://ssrn.com/abstract=3490489>>.
- Smit, D. (2013). The Concept of Beneficial Ownership and Possible Alternative Remedies in Netherlands Case Law. En M. Lang y P. Pistone (eds.). (2013). *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD.
- Van Weeghel, S. (1998). *The Improper Use of Tax Treaties*. Deventer: Kluwer.
- Vann, R. Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us. *Sydney Law School Research Paper n.º 12/66*.
- Vega Borrego, F. (2003). *Las medidas contra el «treaty Shopping»*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Vega Borrego, F. (2005). El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para Evitar la Doble Imposición. *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, 8.
- Vogel, K. (1997). *On Double Taxation Conventions*. London: Kluwer.
- Waerzeggers, C. y Hillier, C. (2016). *Introducing a GAAR*. Tax Law IMF Technical Note vol. 1/2016. Recuperado de <<file:///Users/adolfomartin/Downloads/tttn1601.pdf>>.
- Walser, J. (2000). The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties. En IFA, *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond (Proceedings of a Seminar held in London in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association*. London: Kluwer Law International.
- Weber, D. (2016). The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect. *Intertax* vol. 44, n.º 2.
- Wheeler, J. (2005). The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes. 59 *Bulletin for International Fiscal Documentation* 11.
- Wheeler, J. (2007). General Report. *Conflicts in the Attribution of Income to a Person*. Cahiers de droit fiscal international, Vol. 92b. Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers.
- Working Party OECD no. 21 (United States - Denmark). (21 de diciembre de 1967). *Third Report on Tax Avoidance through the Improper Use or Abuse of Tax Conventions*.
- Zalasinski, A. (2019). The ECJ's Decisions in the Danish «Beneficial Ownership» cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union. *IBFD International Tax Studies* 4-2019.