

## EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN LA DIRECTIVA EUROPEA DE INTERESES Y CÁNONES

**Juan López Rodríguez**

*Doctor en Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado*

---

### EXTRACTO

La Directiva de régimen fiscal de pagos transfronterizos de intereses y cánones entre sociedades asociadas establece la exención de retenciones en la fuente sobre no residentes siempre que su perceptor sea su beneficiario efectivo. Esta condición no está recogida en las otras Directivas de armonización de la imposición europea de sociedades. El origen del concepto hay que encontrarlo en la práctica de la fiscalidad internacional y, posiblemente, en su utilización por el Modelo OCDE de convenio de doble imposición. La finalidad inicial de esta prescripción es evitar abusos fiscales. Se trata de una disposición específica anti-abuso. Para su interpretación puede ser útil la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este tipo de disposiciones: se trata de normas que condicionan el cumplimiento del objetivo perseguido y por tanto deben ser objeto de interpretación restrictiva. Al mismo tiempo, es útil considerar el contexto en el que se utiliza: la misma Directiva contiene una disposición general anti-abuso, normas específicas anti-abuso ante supuestos de financiación híbrida y una norma sobre operaciones vinculadas. En consecuencia, va a ser especialmente importante delimitar el concepto tal y como lo usa la norma que, además, diferencia su contenido según se aplique a la sociedad o a su establecimiento permanente cuando el pago se percibe a través de este último.

**Palabras clave:** beneficiario efectivo, cláusula anti-abuso, normas específicas anti-abuso, intermediario y sociedad conductor.

---

*Fecha de entrada: 12-10-2012 / Fecha de aceptación: 28-11-2012*

## THE BENEFICIAL OWNERSHIP CONCEPT IN THE EUROPEAN INTEREST AND ROYALTY DIRECTIVE

**Juan López Rodríguez**

*Doctor en Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado*

---

### ABSTRACT

The Directive on the tax regime applicable to cross-border interest and royalty payments between associated companies provides for the exemption of withholding taxes on non-resident taxpayers when its recipient is its beneficial owner. This condition is not included in the other Directives harmonizing European corporate taxation. The background of the concept is to be found in international tax practice and possibly in its use by the OECD Model Tax Convention. The initial aim of this provision is to tackle tax abuses. It is an specific anti-abuse rule. To interpret it, it can be useful to refer to the case-law of the European Court of Justice on this type of provisions: it is a rule that imposes a condition that limits the fulfilment of the Directive's purpose and, thus, it must be interpreted restrictively. At the same time, it is useful to consider it in the context where it is used: the Directive contains a general anti-abuse rule, specific anti-abuse rules targeted towards hybrid finance and a rule on controlled transactions. As a consequence, it is particularly important to establish the concept as it is used in the law; in addition, it differentiates its content when it applies to the company or to its permanent establishment when the payment is received through the latter.

**Keywords:** beneficial owner, anti-abuse clause, specific anti-abuse rule, intermediary and conduit company.

---

*Fecha de entrada: 12-10-2012 / Fecha de aceptación: 28-11-2012*

---

## Sumario

- I. Introducción: origen del concepto y su uso en el Derecho internacional tributario
- II. El concepto en el contexto del Derecho europeo tributario
- III. El concepto en la propuesta de la Directiva de intereses y cánones de 1998 y durante su negociación
- IV. El concepto de beneficio efectivo en el contexto de la norma anti-abuso de la Directiva
  - IV.1. Las cláusulas generales anti-abuso
  - IV.2. Las cláusulas anti-abuso específicas: la regla de exclusión de los pagos de naturaleza híbrida
  - IV.3. Las cláusulas anti-abuso específicas: consecuencias de las relaciones especiales existentes entre las partes
  - IV.4. La sujeción a imposición, ¿una cláusulas anti-abuso específica?
  - IV.5. Conclusiones previas sobre el uso de las cláusulas anti-abuso en la Directiva
- V. El concepto de beneficio efectivo en la Directiva
- VI. Cuándo las sociedades son beneficiarias efectivas
  - VI.1. En su propio beneficio
  - VI.2. Intermediario, como agente, depositario o mandatario
- VII. Cuándo los establecimientos permanentes son beneficiarios efectivos
  - VII.1. Conexión efectiva
  - VII.2. Sujeción a tributación
  - VII.3. ¿Doble test de beneficiario efectivo?
- VIII. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN DEL CONCEPTO Y SU USO EN EL DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO

El concepto de beneficiario efectivo deriva de la tradición jurídica de los países de *Common Law*, en la que es posible distribuir las potestades propias de la propiedad entre distintas personas de tal manera que se puede diferenciar entre el propietario legal y el propietario financiero, siendo este último el beneficiario. Se trata de una noción extraña para otros ordenamientos jurídicos, en particular para los de tradición latina, de tal forma que su incorporación a través de las normas de Derecho internacional no deja de generar dificultades: la segmentación de las funciones de la propiedad entre distintos titulares de un mismo bien o derecho es algo tan ajeno que no deja de hacer surgir debates y conflictos jurídicos. En todo caso, parece que se podría concluir inicialmente que la determinación de quien deba ser propietario a efectos fiscales es una cuestión que puede determinarse en función de a quién se le atribuya el poder para ejercer la autoridad propia de la propiedad en términos de Derecho privado.

El examen de los comentarios generales en Derecho internacional tributario también parece mostrar el consenso de que este concepto se enfoca en el propietario real o efectivo y no en el propietario formal, de tal manera que se dejarían de considerar este último tipo de condiciones<sup>1</sup>. Dicho esto, y aparte de que se considere que los meros agentes o mandatarios no son beneficiarios efectivos, hay una gran diversidad de teorías dirigidas a esclarecer el alcance del término, unas basadas en realidades económicas, otras centradas en aspectos puramente legales<sup>2</sup>. Se concluye que se estaría refiriendo a aquel que ostenta poderes que exceden de los que disponen otras personas; en todo caso, para algunos parece un análisis que resalta la sustancia sobre la forma<sup>3</sup>, conclusión para lo que tampoco hay una opinión unánime.

Su uso por el Modelo OCDE de convenio de doble imposición se produjo por primera vez en su revisión de 1977, donde se incluyó en los artículos 10 a 12, sobre dividendos, intereses y cánones, típicas rentas obtenidas por no residentes sin mediación de establecimiento permanente respecto de las que se planteaba en la práctica internacional la exacción de retenciones en la fuente; respecto de estas, los convenios vendrían a establecer exoneraciones o reducciones que solo serían aplicables por el Estado de la fuente cuando el perceptor de los pagos fuera su verdadero beneficiario efectivo. Sin embargo, no es posible encontrar una definición ni en el articulado ni

<sup>1</sup> WHEELER, J.: *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 92b, 2007.

<sup>2</sup> DU TOIT, C.: *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, 1999.

<sup>3</sup> VOGEL, K.: *On Tax Treaties*, 1997, pág. 562.

en los comentarios. Entre estos últimos, se menciona que la limitación en el gravamen en el Estado de la fuente no está disponible cuando se interpone un intermediario, tal como un agente o un mandatario, entre el beneficiario y el pagador, salvo que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante. Los Estados que quieran hacer esto más explícito pueden hacerlo en el curso de sus negociaciones bilaterales.

En 1987 la OCDE publicó un informe titulado *Elusión y Evasión fiscal internacional. Cuatro estudios relacionados* en el que aborda esta cuestión, en relación con la cual afirma: «Los comentarios mencionan el caso del agente o mandatario. Las disposiciones deberían aplicarse, sin embargo, también a otros casos en los que una persona contrata o asume obligaciones bajo las cuales tiene funciones similares a las de un mandatario o agente. Así, una sociedad instrumental puede no ser considerada como beneficiaria efectiva normalmente si, a través de la propiedad formal de determinados activos, tiene poderes muy limitados que la hacen mera fiduciaria o actuar como administradora por cuenta de las partes interesadas. Sin embargo, en la práctica será usualmente muy difícil para el Estado de la fuente mostrar que una sociedad instrumental no es la beneficiaria efectiva. El hecho de que su función principal sea mantener activos o derechos no es suficiente para calificarla como mera intermediaria, aunque esto pueda indicar que sea necesario un análisis más detenido. Este examen será en cualquier caso muy costoso para el Estado de la fuente y puede ser que ni siquiera el Estado de residencia de la sociedad instrumental disponga de la información necesaria relativa a los accionistas u otras partes interesadas o sobre el proceso de decisión de dicha sociedad».

La revisión del Modelo de 1992 extendió los comentarios al artículo 1 en relación con el abuso de los convenios e incluyó una referencia a los dos informes del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE de 1987. De esta forma, se contextualizaba la cuestión y se establecían las relaciones correspondientes desde la óptica del abuso del Derecho. La revisión del Modelo de 1995 modificó la redacción del artículo 11. La expresión «pero si el perceptor es el beneficiario efectivo de los intereses el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses» fue sustituida por la de «pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses», con lo que se quiere precisar la necesidad de la residencia fiscal de quien recibe el pago para poder disfrutar de la reducción fiscal.

La revisión del Modelo de 2003 expande los comentarios al artículo 11 con el objeto de aclarar que este concepto no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

Sigue el comentario indicando que no resultaría de acuerdo con la intención y los fines del convenio fiscal que el Estado de la fuente aplicara una desgravación a agentes o mandatarios cuando estos intermediarios no estuvieran gravados en su Estado de residencia, lo que de nuevo no conduciría a doble imposición. En relación con las sociedades instrumentales, de la misma forma sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuen-

te concediera una desgravación o exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o de mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado «Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales» –«Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies»– llega a la conclusión de que una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario de hecho a efectos prácticos, cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.

En fin, se sale al paso de posibles interpretaciones literales que pudieran vaciar de contenido su ámbito y dejaran sin efecto su propósito. Para ello, se aboga claramente por dar mayor fuerza a la aproximación teleológica del término. El texto del comentario ofrece algunas pistas sobre los casos en que se suelen utilizar fórmulas indirectas para crear la apariencia del derecho a la reducción o exención de la retención pero que no debieran dar lugar a las mismas.

El análisis de la jurisprudencia internacional dictada para interpretar el uso que hacen del concepto determinados convenios fiscales bilaterales ofrece también elementos para la reflexión<sup>4</sup>. La primera conclusión que se puede extraer es que el significado del término sigue siendo oscuro. Se observa, sin embargo, cierta tendencia a identificarlo con una cláusula anti-abuso amplia y a interpretarlo por referencia a la legislación del Estado de la fuente. También hay predisposición a realizar una interpretación económica, un análisis de la sustancia sobre la forma que, sin embargo, se considera que no resulta conforme con los antecedentes históricos del término ni es el que mejor sirve al objeto y fines de los tratados de doble imposición. Según esta tesis, parecería preferible una aproximación jurídica al concepto lo que redundaría en menor confusión. Se añade que la discusión debería también separarse de los problemas conceptuales que generan las diferentes reglas sobre atribución de rentas, lo que también crea desconcierto. Se concluye que se trata de una cláusula que debería distinguirse respecto de las disposiciones anti-abuso amplias o de alcance general.

## II. EL CONCEPTO EN EL CONTEXTO DEL DERECHO EUROPEO TRIBUTARIO

Como hemos mencionado, el concepto de beneficiario efectivo se encuentra en la propuesta de régimen fiscal prevista en el Modelo de la OCDE para dividendos, intereses y cánones. Se trata de tres tipos de rentas que son objeto también de regulación en el Derecho tributario armonizado en la Unión Europea (UE): es posible encontrar en la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva matriz-filial) y en la Directiva 2003/49/CE

---

<sup>4</sup> En relación con estas reflexiones, véase MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Beneficial Ownership: Current Trends», *World Tax Journal*, febrero 2010.

del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (Directiva de intereses y cánones). En ambos casos se contempla la completa abolición de retenciones en la fuente para los casos cubiertos por su ámbito de aplicación, de tal manera que sería de esperar que ambos textos recogieran las medidas necesarias para salir al paso del uso de intermediarios que no fueran los beneficiarios efectivos. Sin embargo, tal requisito, la necesidad de que el perceptor sea el beneficiario efectivo del pago, solo se encuentra recogido de forma expresa en la Directiva de intereses y cánones.

Esta diferencia puede deberse al contexto histórico en que se produjeron las propuestas de armonización de la Comisión Europea y su adopción por parte del Consejo. Así, debe tenerse en cuenta que la propuesta de la Directiva matriz-filial data de 1969, fecha en la que ni siquiera el Modelo OCDE de convenio recogía tal provisión. La fecha de su adopción, 1990, era temprana para la práctica internacional inaugurada poco más de un decenio antes y todavía no se había incorporado a muchos de los convenios fiscales suscritos entre Estados miembros de la entonces Comunidad Europea.

La propuesta de 1990 de Directiva de intereses y cánones<sup>5</sup>, que no fue la finalmente adoptada por el Consejo, solo contenía una cláusula anti-abuso que disponía que la misma no sería obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que fueran necesarias a fin de evitar fraudes y abusos. Esto es, se limitaba a recoger una disposición general para permitir disposiciones anti-abuso generales o específicas previstas en normas nacionales internas o en convenios de doble imposición.

La posterior iniciativa de la Comisión en este ámbito, de 1998<sup>6</sup>, así como el texto finalmente adoptado por el Consejo, proveen una variedad importante de condiciones para beneficiarse de las previsiones de exención: el perceptor de los pagos en forma de intereses o cánones debe ser el beneficio efectivo y debe estar sujeto a imposición; también permite a los Estados miembros a excluir la exoneración en función de las condiciones de los contratos –financiación híbrida– que den lugar a la contraprestación; o en los casos en que las condiciones especiales de las relaciones entre pagador y perceptor determinen unos montantes que no se correspondan con los de mercado, se prevé limitar la exención en función de tal referencia valorativa; también dispone de una regla general anti-abuso. Es comprensible que así suceda puesto que se trata de partidas que generan gasto deducible en el Estado desde el que proceden de tal manera que se pueden utilizar en fórmulas de planificación fiscal consistentes en ubicar a sus deudores en Estados de alta tributación y a sus perceptores en jurisdicciones de baja imposición. Sin embargo, no se contienen condiciones de tributación mínima para poder disfrutar del beneficio fiscal ni tampoco ha pasado a formar parte del acuerdo final la previsión de la propuesta del 98 que hubiera autorizado a los Estados miembros a no aplicar la reducción fiscal en los casos en que el perceptor hubiera dis-

---

<sup>5</sup> COM (1990)571.

<sup>6</sup> COM (1998)67.

frutado de reducciones especiales en el tipo de gravamen o en la base imponible en su Estado de establecimiento<sup>7</sup>.

¿Qué sucedió entre 1990 y 1998 para que esta cláusula se incorporara a la nueva propuesta de Directiva adoptada en esta última fecha? No deberíamos especular y limitarnos a señalar dos datos evidentes. Por una parte, en 1998 la práctica con esta cláusula en convenios internacionales estaba ya más asentada y extendida: muchos más convenios de doble imposición la habían incluido y muchos países, Estados miembros de la UE, tenían experiencia con ella. Por otra parte, no debemos descartar el desarrollo de los debates sobre la iniciativa del 90 producidos en los grupos de trabajo del Consejo en el que formaban parte delegados nacionales que iban conociendo esta práctica.

### III. EL CONCEPTO EN LA PROPUESTA DE LA DIRECTIVA DE INTERESES Y CÁNONES DE 1998 Y DURANTE SU NEGOCIACIÓN

Los comentarios que ilustran el contenido de la propuesta de la Comisión de 1998 alertan de que, «con el concepto de titular beneficiario se pretende garantizar que la exención se aplique cuando entre el beneficiario y el pagador se interponga un intermediario –un agente, mandatario o depositario–, pero solo en caso de que el verdadero titular de los pagos de intereses o cánones cumpla los requisitos de la Directiva». Como se ha indicado, el fin así perseguido era evitar estructuras de elusión fiscal en las que acreedores de pagos sin derecho al beneficio derivado de la armonización interpusieran una sociedad que cumpliera con las condiciones de elegibilidad para así disfrutar de la exención<sup>8</sup>.

De esta manera, el texto articulado propuesto incluía en su artículo 1, apartado 1, la exigencia de que el receptor del pago fuera una sociedad asociada o un establecimiento permanente de la sociedad asociada que fuera el titular beneficiario de dichos pagos. Posteriormente, el artículo 3, apartado 1, letras c) y d) incluían las definiciones de beneficiario efectivo correspondientes a las sociedades y a los establecimientos permanentes:

«c) El "titular beneficiario" de los pagos intereses o cánones será una empresa de un Estado miembro o un establecimiento permanente que reciba tales pagos en su propio beneficio y no en tanto que agente, depositario o mandatario;

d) (...) Un establecimiento permanente será tratado como si pagara intereses o cánones en la medida en que tales pagos representen un gasto deducible fiscalmente para dicho establecimiento en el Estado miembro en que esté radicado; será tratado como el titular beneficiario de los intereses o cánones en la medida en que esos ingre-

<sup>7</sup> Véase artículo 7 de la propuesta, referida en la nota 5.

<sup>8</sup> TERRA, B. y WATTLE, P. *European Tax Law*, 5.ª edición, Kluwer Law International, 2008, págs. 612-613.

sos estén sujetos en dicho Estado miembro a uno de los impuestos mencionados en el inciso iii) de la letra a) del apartado 1.»

La construcción no parecía la más adecuada por diversas razones. En primer lugar, la definición de la letra c) parecía abarcar a todos los supuestos de percepción de pagos directamente a través de la casa central y mediante establecimiento permanente, cuando luego se disponía de un concepto aplicable en exclusiva en relación con este último centro de actividad. Podría entenderse que la pretensión fuera que, en los casos de pagos percibidos a través de establecimiento permanente, se debiera cumplir simultáneamente con ambos criterios, uno general previsto para toda sociedad y el específico para tales casos. Por otra parte, se requería de manera especial para esta segunda circunstancia la concurrencia específica de un elemento tributario, la consideración del pago como ingreso sujeto a imposición. La explicación podría encontrarse en la garantía que podría ofrecer la fiscalidad en cuanto a la realidad de la conexión de lo percibido con las actividades del establecimiento permanente. Ahora bien, suponía introducir otros elementos valorativos que en nada servían para dilucidar si tal contribuyente desarrollaba actividades de las que derivaba tales ingresos: la falta de imposición del pago en concreto podía derivar del disfrute de regímenes fiscales especiales que determinarían la exención o no sujeción de facto. Tal circunstancia, relevante en otro contexto, no parecía el querido cuando no era una condición exigible con carácter general de las sociedades como tales. Otra argumentación más plausible podría tener que ver con la función que tal precisión podría cumplir simultáneamente: así como estaba previsto para las sociedades, era necesario estar sujeto sin posibilidad de exención a un impuesto sobre sociedades. Aun así, queda la duda sobre la necesidad de referir el gravamen al pago en particular, lo que, insistimos, no se hacía en la cláusula general prevista para las entidades.

En relación con la recomendación contenida en el Modelo OCDE de convenio de doble imposición, destacaba que se usara una referencia cerrada a tres supuestos concretos, agente, depositario o mandatario, sin precisar que su intervención fuera en calidad de intermediario; también aparecía como diferente la mención expresa al depositario, en la redacción inglesa *trustee*. La OCDE da preeminencia al carácter de intermediario de la intervención, de tal forma que la referencia a los supuestos era a título ejemplificativo. En cuanto a la referencia al elemento tributario establecida respecto de los establecimientos permanentes, la misma no se encuentra en el trabajo de esta última organización.

La negociación en el Consejo pasó por diversas etapas. En un primer momento se reordenó el articulado y la definición paso a incluirse en dos nuevos apartados del artículo 1<sup>9</sup>:

«5. Una sociedad de un Estado miembro, o un establecimiento permanente situado en un Estado miembro de una sociedad de otro Estado miembro, será tratado como el beneficiario efectivo de los intereses o de los cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de agente, depositario o mandatario.

<sup>9</sup> DOC 8251/98 FISC 75, de 13 de mayo de 1998.

6. Un establecimiento permanente situado en un Estado miembro será tratado como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si tales pagos representan un ingreso respecto del cual dicho establecimiento permanente está sujeto en dicho Estado miembro a uno de los impuestos contemplados en el artículo 3.1.a. iii)».

Esta nueva redacción no parecía cambiar el sentido inicial de la propuesta, que solo se traduce en una modificación más sustantiva con posterioridad<sup>10</sup>, cuando se elimina la referencia al establecimiento permanente en el párrafo 5, ahora 4, y se incluye un nuevo test de funcionalidad para determinar si un establecimiento permanente puede ser considerado como beneficio efectivo. El primer cambio hace surgir dudas, porque parece que querría evitar que el establecimiento permanente pudiera quedar sujeto a un triple test, los previstos de forma específica para su caso y el incluido en la norma general para toda sociedad. Y, sin embargo, el hecho de que estos centros de actividad no dejen de formar parte de una sociedad, hace surgir la duda de que, respecto de la misma, deba cumplirse, en todo caso, la condición de titular beneficiario.

Con todo, el segundo cambio es más radical y, entendemos, que inicia el camino por la buena dirección puesto que es la conexión del pago con la actividad o explotación propia del establecimiento la que puede contribuir a dilucidar con claridad la condición de verdadero beneficiario del pago. Sin embargo, es criticable que esta conclusión no se hubiera completado con la eliminación a la referencia de la necesidad del gravamen específico del pago en sí mismo considerado.

Sobre la versión final adoptada en el acuerdo del ECOFIN nos detendremos en las próximas páginas, si bien es posible destacar que la evolución del debate condujo a una solución más próxima a la propuesta de la OCDE puesto que se incluye finalmente el carácter relevante que debe darse a la circunstancia de que el pago no se reciba en calidad de intermediario, de tal forma que la posterior mención al agente, depositario –*trustee* en la versión inglesa– o mandatario, cumple una función ilustrativa y tales menciones no pueden entenderse como una lista exhaustiva.

## IV. EL CONCEPTO DE BENEFICIO EFECTIVO EN EL CONTEXTO DE LA NORMA ANTI-ABUSO DE LA DIRECTIVA

### IV.1. LAS CLÁUSULAS GENERALES ANTI-ABUSO

La cláusula del beneficiario efectivo no es la única disposición con fines anti-abuso contenida en la Directiva. En primer lugar, se debe destacar que existe una previsión general para contrarrestar abusos, contenida en dos párrafos del artículo 5, donde se dice literalmente:

<sup>10</sup> DOC 6389/99 FISC 48, de 10 de marzo de 1999.

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

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

Esta previsión se inspira en el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial, que ya se encontraba vigente. El primer apartado constituye una derogación de las previsiones armonizadas sobre la base de lo dispuesto en normas internas o en convenios fiscales internacionales con finalidad de evitar el fraude fiscal y los abusos. El segundo es una previsión inmediata para que cualquier Estado miembro deniegue los beneficios previstos a la vista de transacciones dirigidas al fraude, la evasión fiscal o los abusos. Es importante llamar la atención sobre la conclusión de la jurisprudencia<sup>11</sup>, que extrae del principio de seguridad jurídica la imposibilidad de que las directivas puedan por sí mismas crear obligaciones exigibles a personas. Por tanto, los Estados miembros no pueden confiar en este tipo de instrumentos jurídicos en perjuicio de los contribuyentes, sino que es necesario que se produzca la necesaria labor de transposición de las prescripciones europeas al Derecho interno. Ahora bien, cuando el contexto legal derivado de las medidas de implementación nacional es lo suficientemente preciso y claro de tal forma que las personas concernidas están en posición de conocer el alcance completo de sus derechos y obligaciones, tal transposición puede no requerir una acción legislativa específica en cada Estado miembro. Por tanto, no puede entenderse el párrafo 2 como una invitación a la exclusión del régimen armonizado aplicable de forma directa por los Estados miembros, sino que la misma requiere del correspondiente ejercicio de implementación.

La jurisprudencia europea en la materia, y en particular la emanada en relación con la aplicación de las directivas fiscales es aplicable aquí. De esta manera<sup>12</sup>, se trata de disposiciones que tienen que satisfacer el principio de proporcionalidad, que requiere que la medida sea adecuada al fin perseguido, luchar contra el fraude, la evasión y los abusos, y que no vaya más allá de lo necesario, es decir, que no se aplique cuando no se concrete que se dan tales circunstancias. Las normas que establezcan una presunción general de fraude o abuso que alcancen a determinado tipo de transacción no se considera que cumplen con el mismo. Tales previsiones minarían la eficacia de la Directiva cuando se apliquen a operaciones que no tienen nada que ver con el abuso sino que se correspondieran con una actividad normal. De la misma manera, no caben criterios generales predeterminados con tal fin. Es necesario que se proceda a un análisis de cada caso en el que se proceda a determinar si una operación concreta tiene como objetivo principal o uno de sus objetivos principales la evasión o la elusión fiscal. Se precisa además que tal examen no puede quedar a la mera discreción de la Administración sino que debe ser posible su revisión judicial. En

<sup>11</sup> STJCE de 5 de julio de 2007 (NFJ026003), caso C-321/05, *Kofoed*.

<sup>12</sup> Véase STJCE de 17 de octubre de 1996 (NFJ002240), asuntos acumulados C-283/94, 291/94 y 292/94, *Denkavit*; y STJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-28/95, *Leur Bloem*.

fin, esta es la visión que comparte la Comisión Europea –informe de la Comisión<sup>13</sup>– quien considera que esta jurisprudencia es plenamente aplicable en relación con las cláusulas anti-abuso.

Este último documento analiza una cuestión estrechamente ligada a la lucha contra una forma particular de abuso, *directive-shopping*, a través de sociedades conductoras o intermediarias: residentes en terceros países crearían una sociedad en un Estado miembro para evitar un pago directo sujeto a retención de acuerdo con el convenio fiscal entre el país fuente y tal jurisdicción tercera; así, se crearía una entidad en un lugar que permitiera al primer pago disfrutar de los beneficios de la Directiva y que determinara que la prestación efectuada desde este último sitio hacia el destino final implique la invocación de un tratado de doble imposición donde esté prevista la exención. De acuerdo con el texto que se analiza ahora, «varios Estados miembros parecen interpretar el artículo 5 en el sentido de que autoriza el rechazo a la exención en caso de que la empresa receptora sea controlada por un residente de un tercer país. Un Estado miembro parece negar los beneficios de la Directiva a la sociedad receptora de otro Estado miembro que sea propiedad o esté controlada por una persona que normalmente resida o tenga su domicilio en el primer Estado miembro». Frente a tales prácticas se menciona que la Directiva no estipula que una sociedad matriz –la pretendida sociedad conductora– que reciba un pago de intereses o de cánones de una filial participada total o parcialmente deba ser controlada por un residente comunitario (o por un residente de un Estado miembro distinto del de la filial) para que el pago pueda acogerse a la excepción. Así, la legislación nacional o una disposición de un convenio de doble imposición que niega la exención por el único motivo de que la sociedad matriz es controlada por un residente de un tercer país –o por uno de sus propios residentes– no cumpliría en principio el criterio de proporcionalidad, puesto que «no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales».

En su análisis, la Comisión duda de que la cláusula general anti-abuso pueda ser utilizada para fundamentar previsiones nacionales que nieguen la aplicación de la directiva al amparo de prescripciones como las que ahora se refieren. Según su análisis, «la condición de "beneficiario efectivo" del artículo 1 está prevista precisamente para evitar los montajes artificiales. Por lo tanto, hay razones para dudar que una sociedad que cumpla el criterio de "beneficiario efectivo" pueda ser considerada intermediario artificial al aplicar el artículo 5». Es decir, alguien que, de acuerdo con el artículo 1 apartados 4 o 5, es considerado como beneficiario efectivo no puede verse denegado en el acceso al régimen armonizado sobre la base de ser mero conductor de los pagos cuyo destinatario no está establecido en la UE y no podría por tanto disfrutar del mismo. Debe tenerse en cuenta que ser beneficiario efectivo implica el desarrollo de las actividades que dan lugar a los pagos correspondientes. Una sociedad constituida en la UE, residente fiscal en su territorio, es, al mismo tiempo, destinataria de los derechos del Tratado entre los que figura el derecho de establecimiento. Negarle la aplicación de los beneficios armonizados sobre la base

---

<sup>13</sup> Informe de la Comisión Europea al Consejo de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 2003/49/CE del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM(2009)179.

de la titularidad de su capital es desconocer las consecuencias derivadas de su propia existencia como entidad, sujeto receptor de derechos europeos.

#### IV.2. LAS CLÁUSULAS ANTI-ABUSO ESPECÍFICAS: LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LOS PAGOS DE NATURALEZA HÍBRIDA

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva contiene una norma anti-abuso específica que responde a la diferente tributación de dividendos respecto de la de intereses y cánones lo que conduce a la necesidad de delimitar con claridad cuándo se está en presencia de un tipo u otro de rentas. Se tiene en cuenta que, en la práctica, los contribuyentes usan fórmulas contractuales híbridas que combinan elementos propios de las aportaciones de capital, de las operaciones de crédito e, incluso, de las propias de cesión de intangibles. De esta forma, los Estados miembros tienen legítimo interés en que la exención de la Directiva se limite a verdaderas operaciones que tengan la naturaleza propia de créditos o de cesión de intangibles que den lugar al pago de intereses y de cánones.

En realidad, un análisis detallado de la cuestión no puede obviar el hecho de que también existe un régimen armonizado que dispone la exención de retenciones en relación con las distribuciones de dividendos, de tal manera que la calificación de la renta por uno u otro concepto no debiera determinar situaciones reales de abuso. Sin embargo, la cuestión se suscita cuando pueda producirse una diferente consideración entre el Estado fuente y el Estado de establecimiento del percceptor: si el primero considera que hay interés o canon, aceptará la deducción fiscal en el cálculo de la base imponible del pagador y la exención de retención en la fuente a favor de quien lo percibe; si el Estado de residencia de este último o el correspondiente al lugar de ubicación del establecimiento permanente lo consideran como dividendo, puede darse por añadidura la exención de la renta con el objeto de eliminar la doble imposición como consecuencia inmediata de la transposición de la Directiva matriz-filial. En fin, una deducción fiscal en concepto de gasto que no conlleva la contrapartida de considerarse como ingreso sujeto a imposición donde se percibe. Más allá de eliminar doble imposición se produciría una doble no imposición.

A tal efecto, la Directiva permite a los Estados miembros no aplicar la exención de retenciones en cuatro supuestos. Se trata de normas *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario sobre la legitimidad de la operación. Cuando se dan los supuestos previstos, los Estados pueden disponer la exclusión de los beneficios de la armonización en sus normas de transposición:

- «a) los pagos que se traten como distribución de beneficios o como reembolso del capital, con arreglo a la legislación del Estado de origen;
- b) los pagos procedentes de créditos que comprendan un derecho a participar en los beneficios del deudor;
- c) los pagos procedentes de créditos que autoricen al acreedor a cambiar su derecho a intereses por un derecho a participar en los beneficios del deudor;

d) los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea devengable más de 50 años después de la fecha de emisión.»

El primer supuesto se remite a las normas del Estado fuente que puedan calificar los pagos efectuados como distribución de beneficios o como reembolsos de capital. Es, por tanto, una remisión pura a la norma de dicha jurisdicción hecha sin condiciones adicionales. Debe destacarse que, si bien debe tratarse de pagos entre empresas asociadas, no se exige estrictamente que la pagadora sea filial de la perceptora. Esta norma permite la aplicación de las reglas de subcapitalización. Por tanto, además de la pérdida de la exención de retención, cabrá excluir la deducción fiscal del pago en la base imponible del pagador.

El segundo caso contempla los pagos procedentes de créditos que comprendan un derecho a participar en los beneficios del deudor. La mención es muy abierta y cabrá cualquier caso siempre que el perceptor de los pagos (acreedor) participe, por tal operación y como consecuencia de la misma, en los beneficios del deudor. No se establece si debe existir proporcionalidad entre la deuda y tales beneficios; tampoco si debe estar condicionado el pago de beneficios a los resultados de la actividad del pagador; nada se precisa sobre el cálculo de tal forma de retribución. Por otra parte, no se exige que el reembolso del préstamo esté condicionado a los resultados de la actividad del prestatario.

En tercer lugar, se incluyen los pagos procedentes de créditos que autoricen al acreedor a cambiar su derecho a intereses por un derecho a participar en los beneficios del deudor. Se requiere la existencia de un contrato de crédito que contenga una cláusula de la que resulte tal derecho a favor del acreedor. Se trata de una concesión contractual de una opción que aquel puede ejercer unilateralmente y que tendría como efecto sustituir el contenido de la obligación del prestatario.

Por último, se contemplan los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución se devengue después de cincuenta años desde la fecha de emisión. Se trata de supuestos que responden a las dudas sobre la inexistencia de una deuda reclamable.

Estas previsiones van a hacer compleja la práctica de la exención. Se debe recordar que el ámbito de la Directiva está referido a sociedades asociadas. Será habitual que, entre las mismas, haya relaciones de participación que den lugar a distribuciones de beneficios. Será necesario delimitar cuál es la causa de tales pagos de dividendos y observar si proceden o no de operaciones que se pretendan calificar, legítimamente o no, como créditos o cesión de intangibles, cuyos pagos deban estar exentos.

Estas dificultades de calificación son también importantes para el Estado miembro donde se encuentra el perceptor: si la exención es aplicable, no tendrá que conceder créditos para que el perceptor del pago pueda eliminar la doble imposición que provocara la retención.

### IV.3. LAS CLÁUSULAS ANTI-ABUSO ESPECÍFICAS: CONSECUENCIAS DE LAS RELACIONES ESPECIALES EXISTENTES ENTRE LAS PARTES

Las empresas integradas en grupos multinacionales pueden acordar entre sí, o la sociedad que ejerza el control puede determinar, que las operaciones realizadas entre las entidades pertenecientes al mismo tengan un precio concreto, diferente al que se acordaría en condiciones normales de mercado entre empresas independientes con el objeto de distribuir los beneficios de sus operaciones y atribuirlos a algunos de sus miembros en función de intereses tales como reducir la carga fiscal global del grupo. Así, se acuerdan valores que permiten que los resultados se atribuyan a quienes soportan tipos de gravamen efectivos inferiores.

La exención de retención facilita este proceso de alteración del precio. Se debe pensar que si el pago implica impuesto en la fuente, no habrá tanto interés en que el mismo sea elevado, so pena de incrementar la carga fiscal. Esta es la razón por la cual la Directiva ha optado por introducir una norma específica con los elementos que veremos y la consecuencia de excluir parcialmente sus beneficios. Así, de acuerdo con el artículo 4, apartado 2:

«Cuando, debido a una relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo de los intereses o cánones, o entre ambos y un tercero, el importe de dichos intereses o cánones supere el que habrían convenido ambos de no existir dicha relación especial entre ellos, lo dispuesto en la presente Directiva se aplicará, en su caso, exclusivamente a este último si lo hubiere.»

En primer lugar, es necesario que exista una relación especial entre el pagador y el perceptor del pago o entre estos y un tercero. Debe recordarse que la Directiva es aplicable solo a entidades asociadas y, sin embargo, no es esta la expresión utilizada. Es normal que entre estas exista tal relación especial. Además, tal relación especial puede resultar de la que exista entre aquellas dos y un tercero.

Para este análisis pueden ser relevantes los otros dos elementos que conforman el supuesto de hecho: la relación especial debe ser la causa de que se determine una determinada remuneración y que esta última resulte ser superior a la que se hubiera determinado entre partes en las que no concurren tales relaciones especiales.

Se trata de una norma típica de las que regulan las operaciones vinculadas. Así puede ser relevante para su aplicación lo previsto en el Convenio de arbitraje<sup>14</sup>. Este se refiere a la existencia de operaciones vinculadas diferentes a las normales de mercado cuando una parte participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de otra, o cuando unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de las dos.

<sup>14</sup> 90/436/CEE: Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

La consecuencia prevista en la norma es la limitación de la exención de retenciones al importe del pago que hubiera sido pactado entre sociedades independientes entre sí. Será necesario entrar en un proceso de valoración para llegar a determinar el precio que se hubiera pactado en condiciones normales de mercado. Los Estados miembros pueden decidir gravar el exceso.

La norma no aclara nada acerca de la posible calificación del resto del pago. Bien podría interpretarse que pudieran ser distribuciones de beneficios, cuando la relación entre pagador y perceptor pudiera permitir tal conclusión en función de su posición en el grupo empresarial. Esto plantearía la posibilidad de alegar la aplicación de la exención de retenciones sobre dividendos previstos en la Directiva matriz-filial. Sin embargo, el texto de la Directiva de intereses y cánones no tiene prevista remisión a tales disposiciones, ni existe todavía jurisprudencia que permita apoyar tal interpretación.

#### IV.4. LA SUJECIÓN A IMPOSICIÓN, ¿UNA CLÁUSULA ANTI-ABUSO ESPECÍFICA?

El artículo 3 a) iii) de la Directiva, entre las condiciones para considerar a una entidad como sociedad de un Estado miembro y poder disfrutar del régimen armonizado, establece:

«Que esté sujeta, sin posibilidad de exención, a uno de los impuestos citados a continuación, o a un impuesto idéntico o sustancialmente similar que se impusiere tras la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva en sustitución o como complemento a uno de dichos impuestos: (...)»

Se plantea el alcance de este requisito en cuanto que el mismo pudiera suponer una condición subjetiva general, esto es, que la sociedad sea sujeto pasivo por un impuesto sobre la renta de sociedades aunque el pago percibido en concepto de intereses o cánones pueda estar exento<sup>15</sup>, por el contrario, que supusiera el gravamen específico de tales pagos. El informe de la Comisión se hace eco de la práctica seguida por los Estados miembros en la transposición de la Directiva e indica que la mayoría parece aplicar un criterio subjetivo de sujeción al impuesto, aunque hay casos en que se exigen que se grave el pago propiamente –criterio objetivo–.

Los antecedentes parecen abonar la tesis subjetiva. La propuesta de 1998<sup>16</sup> de la Comisión incorporaba un artículo 7 que permitía no aplicar la exención de retención en la fuente cuando el perceptor estuviese sujeto al impuesto sobre la renta de sociedades a un tipo inferior al que normalmente hubiese sido de aplicación a dichos ingresos o disfrutase de una reducción específica de la base imponible (por ejemplo, mediante la creación de una provisión o reserva deducible de la base

<sup>15</sup> Así lo consideran TERRA, B. y WATTEL, P.: *European Tax Law*, 5.ª edición, Wolters Kluwer, pág. 617.

<sup>16</sup> Véase nota 5.

imponible que implique, en particular, normas favorables para el cálculo de los ingresos imposables en concepto de intereses o cánones). En fin, la Comisión consideraba que la condición general de sujeción al impuesto sobre sociedades no bastaba para exigir que el pago en particular tributara de manera efectiva de tal forma que se hacía necesaria una cláusula específica que así lo requiriera.

Esta misma opción mayoritaria parece que prevaleció en el Consejo al tiempo de adoptar la Directiva en 2003 puesto que en las actas del acuerdo correspondiente se incluía el siguiente párrafo:

«El Consejo y la Comisión convienen en que las empresas que se hallen exentas del impuesto sobre la renta incluido en la citada Directiva no deberán poder acogerse además a los beneficios de la Directiva "Intereses y Cánones". El Consejo invita a la Comisión a proponer en su momento cualesquiera modificaciones necesarias de la presente Directiva.»

La razón existente detrás de esta invitación se encuentra en la preocupación de que determinadas entidades que disfrutaban de regímenes especiales como el de centros de coordinación pudieran estar exentas de retención en la fuente cuando, como consecuencia de tal tratamiento tributario específico, su base imponible se calculara mediante un *forfait* aplicable sobre determinadas partidas de gasto entre las que no figuraban intereses ni cánones. Es así como la Comisión acaba presentando una propuesta de modificación de la Directiva de forma inmediata con el objeto de que el texto vigente recoja de forma específica la necesidad de que el pago en concreto se integre en la imposición de la entidad<sup>17</sup>. En el punto 3 de su exposición de motivos recoge la finalidad de evitar abusos que se persigue con esta iniciativa:

«(...) Es necesario no impedir que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos. La Comisión comparte la opinión del Consejo de que no debe haber lagunas en las disposiciones de la Directiva que permitan evitar la fiscalidad por los intereses y los cánones.»

Esta propuesta inicial ha sido sustituida por otra<sup>18</sup> más ambiciosa de refundición y actualización del marco normativo vigente en el que aparece de nuevo la misma preocupación. La exposición de motivos precisa lo siguiente:

«Se añade un nuevo requisito para acceder a la exención: el receptor tiene que estar sujeto al impuesto sobre sociedades en el Estado miembro donde está estableci-

<sup>17</sup> Se trata de la Propuesta de directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, COM (2003) 841.

<sup>18</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (refundición), COM (2011) 714.

do por los ingresos que se derivan del pago de intereses o cánones. Con esta condición se pretende garantizar que no se conceda la exención si el ingreso en cuestión no está sujeto a impuesto; de este modo se suprime un cabo suelto que podía ser utilizado por los evasores de impuestos.»

Más adelante, en los comentarios al articulado, se vuelve a insistir:

«De este modo, la refundición modifica el artículo 1, apartado 1, para dejar claro que los Estados miembros tienen que reconocer los beneficios de la Directiva solo cuando el pago de intereses o cánones considerado no esté exento del impuesto sobre sociedades en el Estado miembro donde está establecido el beneficiario efectivo. Aquí se contempla, en particular, la situación de una sociedad o establecimiento permanente que paga el impuesto sobre la renta pero se acoge a un régimen fiscal especial que exime los pagos de intereses o cánones recibidos del extranjero. En tales casos, el Estado miembro de origen no estaría obligado a eximirle de tributar la retención en virtud de la Directiva.»

#### IV.5. CONCLUSIONES PREVIAS SOBRE EL USO DE LAS CLÁUSULAS ANTI-ABUSO EN LA DIRECTIVA

La cláusula del beneficiario efectivo aparece en la Directiva junto a una cláusula general anti-abuso y otras de carácter específico. De esta manera, es razonable entender que sus fines le son propios y complementan, no confluyen con los propios del resto de disposiciones adoptadas. También la previsión de imposición mínima no incorporada al instrumento jurídico acordado nos ofrece pistas puesto que tampoco podrá entenderse naturalmente que la disposición que ahora analizamos pueda cumplir con un objetivo que era propio de otra pretensión.

La existencia de un precepto de alcance general para luchar contra maniobras de abuso incide sobre la manera, estricta, de interpretar el concepto de beneficiario efectivo, como veremos. Ya nos referimos a la relevancia de estas disposiciones para reaccionar ante estrategia de *Directive shopping*: en este caso, el análisis sobre la persona verdadera destinataria del pago es paso previo para poder llegar a la conclusión posterior del abuso, puesto que si la sociedad perceptora es beneficiaria efectiva no cabe ya plantear que el ordenamiento jurídico haya sido violentado; en caso de que no se tratara de tal beneficiario, se debe proceder a su identificación para poder determinar si se dan situaciones que legitimen la denegación del régimen armonizado.

Las previsiones relacionadas con la naturaleza del pago tienen también un fin diferenciado, determinar su causa verdadera; en este caso, la cuestión no gira sobre los elementos personales de la transacción sino sobre su objeto mismo. Estamos pues ante otro de los elementos jurídicos, no directamente relacionados con la determinación de las personas verdaderamente interesadas en la operación.

Las consecuencias derivadas de la existencia de relaciones especiales entre el pagador y el beneficiario efectivo también tienen en cuenta la posición jurídica de quienes intervienen en la relación. Aquí, la previsión sobre quién sea el verdadero titular y destinatario último del pago aparece como condición previa del análisis para poder en última instancia calificar la vinculación que pueda existir entre las partes.

De lo expuesto resulta la trascendencia que tiene para la aplicación de la Directiva la determinación de la condición de beneficiario efectivo, que tiende a convertirse en una cuestión previa para poder determinar sobre la base de otras circunstancias adicionales si se ha producido un abuso. No podía ser de otra forma puesto que se trata de identificar y precisar la persona sobre la que deben referirse el resto de condiciones previstas para que la exención de retención sea invocable.

## V. EL CONCEPTO DE BENEFICIO EFECTIVO EN LA DIRECTIVA

La Directiva utiliza el término beneficiario efectivo en varias ocasiones pero son tres las previsiones que requieren atención para poder entender la finalidad de su uso y su posible interpretación. En primer lugar, el artículo 1.1 dispone lo siguiente:

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

Así, solo quienes reciben pagos y tienen la consideración de beneficiarios efectivos pueden disfrutar de los beneficios del régimen armonizado; quienes no puedan ser reputados como tales verán denegada la exención de retención prevista por la Directiva. Esta lectura sugiere que el objetivo es limitar su ámbito subjetivo; en realidad, se trata de precisar debidamente cuál sea su alcance o, más bien, ofrecer parámetros para determinar la entidad en quien deban confluír las condiciones para su aplicación. Esta interpretación conduce a confirmar la finalidad anti-abuso desde que el propósito es denegar su aplicación a personas que no reciben los pagos en su propio beneficio así como excluir en todo caso la invocación de estas disposiciones cuando la condición de tal beneficiario concurre en quienes no reúnen el resto de requisitos establecidos.

Se confirma también la naturaleza de provisión anti-abuso específica, de tal forma que no cabrá debate acerca de la intención de las partes: una vez que se establece que la sociedad de un Estado miembro o su establecimiento permanente ubicado en un Estado miembro no son los beneficiarios efectivos, se considerará que estos no se encuentran en el ámbito subjetivo de la Directiva.

Una vez identificada la finalidad anti-abuso que inspira el término, su uso en una Directiva de la UE tiene consecuencias importantes que deben ser consideradas antes de concluir sobre sus

efectos. Se transforma en un concepto propio del Derecho europeo que debe ser interpretado bajo el sistema hermenéutico propio de este sistema jurídico. Y este ofrece dos características importantes que pudieran ser especialmente relevantes para nuestro propósito: la primacía y la uniformidad. Ambos principios conducen a entender el término beneficiario efectivo de la Directiva sin referencias y por encima de la construcción nacional de las teorías o doctrinas anti-abuso. Esto es, lo que un Estado miembro pueda entender como abuso y las consecuencias que pueda atribuir a tal término de acuerdo con la ley interna tiene poco valor. De manera similar, la práctica de los tratados fiscales y la doctrina y la jurisprudencia internacional tiene un uso aquí limitado, en particular si consideramos que en dicho proceso jurídico intervienen países no miembros de la UE y sus tribunales, que dan curso a los correspondientes procedimientos jurisdiccionales para la interpretación y aplicación de este tipo de cláusulas.

En cuanto a una interpretación oficial, no hay mucho que decir puesto que no se han producido comunicaciones de la Comisión ni decisiones en el marco de procedimientos de infracción. Tampoco es posible referirse a una interpretación auténtica puesto que no se han producido sentencias del Tribunal de Justicia en esta materia. Incluso así, pensamos que es posible acudir a algún pronunciamiento de esta Corte que puede ofrecer algunas pautas. En particular, nos podemos referir a la jurisprudencia emitida en relación con la Directiva matriz-filial que ha interpretado el artículo 2 letra b) –hoy 3.2 b)– de esta última Directiva, según el cual:

«Los Estados miembros tendrán la facultad:

(...)

b) de no aplicar la presente Directiva a aquellas de sus sociedades que no conserven, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante.»

La finalidad de esta regla es ofrecer a los Estados miembros una opción para introducir normas para luchar contra la elusión fiscal. Podría darse el caso de que una sociedad matriz no reúna los requisitos para tener la consideración de tal, al objeto de disfrutar del régimen previsto por ser residente en un Estado no miembro. Esta entidad podría atribuir las acciones a otra interpuesta y residente en un Estado miembro de forma temporal para poder disfrutar de los beneficios armonizados. Esta última sociedad residiría normalmente en un Estado miembro que hubiera suscrito un convenio fiscal ventajoso con el Estado de establecimiento de la matriz inicial. Otro caso podría ser la reorganización de la tenencia de participaciones en el seno de un grupo con el objeto de que entidades que no tuvieran la participación mínima necesaria pudieran disponer de la misma de forma temporal para poder aplicar la exención de retención.

La decisión al llamado caso *Denkavit* –STJCE de 17 de octubre de 1996 (NFJ02240), en los casos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit International BV a.o. vs Bundesamt für Finanzen*– incluye la siguiente afirmación en su párrafo 22:

«A este respecto, procede, en primer lugar, recordar que la Directiva, según se desprende, en particular, de su considerando tercero, tiene por objeto eliminar, mediante el establecimiento de un régimen común, la penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro, para facilitar así la cooperación transfronteriza. Así, el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, a fin de evitar la doble imposición, prevé la exención de la retención en la fuente en el Estado de la filial cuando se distribuyen beneficios.»

Es aquí donde resulta posible encontrar las claves para poder invocar la jurisprudencia dictada en relación con la Directiva matriz-filial y utilizarla para interpretar la Directiva de intereses y cánones. En este contexto, es importante mencionar que, para el Tribunal, la intención perseguida por la legislación europea es una llave introductoria para la labor hermenéutica. En la Directiva matriz-filial tal objeto es similar al previsto en el texto legal que es ahora objeto de nuestro análisis: el preámbulo, el párrafo 1, de la Directiva de intereses y cánones se refiere a las condiciones fiscales menos favorables que se aplican a las transacciones entre sociedades de distintos Estados miembros; asimismo, en su párrafo 10 se refiere al objetivo de establecer un régimen fiscal común: y podemos inferir sin dudas de sus párrafos 2 y 4 la finalidad de evitar la doble imposición.

Más adelante, el párrafo 27 de la resolución judicial dispone que:

«Del mismo modo, procede subrayar que la facultad de los Estados miembros de prever un periodo mínimo durante el cual la sociedad matriz deberá poseer una participación en la filial, al constituir una excepción al principio de la exención de la retención en la fuente que prevé el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, debe ser objeto de interpretación estricta.»

Así, la Corte de Luxemburgo considera expresamente que el requisito adicional de un periodo mínimo de detentación de las participaciones constituye una derogación del principio de exención según prevé el régimen fiscal armonizado. En el asunto que es objeto de nuestro análisis ahora, el test del beneficiario efectivo conduce a la denegación del principio de exención previsto en el régimen común propuesto cuando el perceptor del pago no es considerado como tal. En principio, hay similitudes entre ambas disposiciones; pero apoyar esta aproximación requiere responder a dos cuestiones: si el test del beneficiario efectivo es un requisito adicional como lo es exigir un periodo mínimo de participación para entender que una entidad es la matriz de otra; y si es relevante que esta última condición sea establecida en la propia Directiva con independencia de cuál fuera la opción de cada Estado miembro.

No hay duda posible de que el disfrute de los beneficios de la Directiva requiere que el perceptor de los pagos reúna una serie de condiciones, entre las que figura ser considerado como beneficiario efectivo. Con independencia de las dificultades existentes para entender este concepto y la intención inicial de introducir un mecanismo legal para atajar un medio en particular

dirigido a circunvalar las retenciones, tener la condición de beneficiario efectivo es ante todo y por encima de todo una condición legal. Como podemos inferir de lo dicho anteriormente, este requisito puede ser asimilado a la obligación de detención de la participación durante un periodo mínimo para poder disfrutar la exención de retención sobre los pagos de dividendos. En ambos casos se encuentra la intención del legislador de cerrar posibles resquicios legales. Pero una vez que los términos se incorporan a la ley se convierten en requisitos estrictos para la aplicación del régimen fiscal común previsto.

En cuanto a la segunda cuestión, consideramos que es irrelevante a estos efectos quién introduzca el requisito. El hecho de que la Directiva matriz-filial se refiera a los Estados miembros para que sean estos quienes impongan una determinada participación puede deberse al juego del principio de proporcionalidad: correspondería a las autoridades nacionales, a la vista de su propio sistema fiscal, decidir si es necesario introducir tal condición. Se debe tener en cuenta que la eliminación de la doble imposición económica también se suscita en el caso de transacciones puramente nacionales y las disposiciones relativas a esta última pueden o no introducir tales exigencias de participación. Finalmente, corresponde a la política tributaria nacional establecer cuándo una relación matriz-filial reúne las cualidades que determinan un régimen fiscal específico, una vez cumplidos los mínimos exigidos por la propuesta de armonización.

En el caso de la Directiva de intereses y cánones, el problema de la doble imposición jurídica internacional es específico de las operaciones transfronterizas, de tal forma que la elusión de retenciones es posible utilizando los mismos mecanismos abusivos en cualquier Estado miembro con independencia de cuál sea la jurisdicción de la fuente.

Una consecuencia adicional derivada de esta interpretación es, de acuerdo con la jurisprudencia, último inciso del párrafo 27, que:

«Por lo tanto, la referida facultad no podrá ser objeto, en detrimento de las empresas beneficiarias, de una interpretación que vaya más allá de los propios términos del apartado 2 del artículo 3.»

Finalmente, el Tribunal de Justicia sigue analizando la demanda de participación en el contexto de las normas anti-abuso –naturaleza que compartiría con la previsión del beneficiario efectivo– ya que parece considerar que esta previsión tiene una finalidad específica anti-abuso. En el párrafo 31 se puede leer:

«Procede señalar que el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva constituye una disposición de principio, cuyo contenido se explicita en detalle en el apartado 2 del artículo 3 de la misma Directiva. Así, la finalidad de esta última disposición es en particular, sin que lo discuta ninguna de las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, combatir los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales

previstas, y sin que tales participaciones vayan a ser duraderas. Por ello, no es oportuno recurrir al apartado 2 del artículo 1 para interpretar el apartado 2 del artículo 3.»

De esta forma, se entiende que hay una relación muy estrecha entre el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial, que contiene una disposición general anti-abuso, y su artículo 3.2, donde se prevé el periodo mínimo de participación. Podemos razonablemente argumentar que esta misma jurisdicción podría considerar que ambas cláusulas tienen un fin de luchar contra los abusos. Podríamos añadir que las conclusiones del Tribunal se derivan de un contexto en el que existe una provisión general anti-abuso incluida en el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial junto con otra regla que prevé condiciones adicionales que pretenden actuar frente a medios específicos diseñados para abusar del régimen armonizado, contexto equivalente al que encontramos en la Directiva de intereses y cánones.

La consecuencia derivada de esta estructura legal afecta a la invocación que los Estados miembros pueden hacer del periodo de participación: se trata más de un requisito objetivo que de una norma anti-abuso que pudiera requerir un análisis de la buena o mala fe de las partes.

En suma, encontramos que hay elementos que permiten defender que la jurisprudencia citada es relevante para interpretar la Directiva de intereses y cánones. Al menos, consideramos que hay similitudes: el test del beneficiario efectivo es una condición para disfrutar de sus beneficios y no reunirlos conduce a la denegación de la exención. Su fin es reaccionar ante los abusos. Y la regla existe en un contexto en el que se dispone de una cláusula general anti-abuso.

Las conclusiones a que llega el Tribunal en este caso que consideramos relevantes para nuestro análisis se pueden resumir de la siguiente manera: esta provisión debe ser objeto de una interpretación estricta; es más, en cualquier caso se debe hacer una interpretación literal; finalmente, este tipo de disposiciones no debe considerarse, al menos no debe ser interpretada como una cláusula anti-abuso de carácter general, sino como un requisito específico. Así, se puede leer que «no es oportuno recurrir al apartado 2 del artículo 1 para interpretar el apartado 2 del artículo 3», esto es, no cabe acudir a la disposición anti-abuso general para interpretar el término de beneficiario efectivo.

## VI. CUÁNDO LAS SOCIEDADES SON BENEFICIARIAS EFECTIVAS

Las otras dos disposiciones que incluyen el término intentan ofrecer dos definiciones del mismo, la primera aplicable a sociedades y la otra referida a establecimientos permanentes. De hecho, no es posible encontrar estrictamente un concepto sino que el texto ofrece en ambos casos referencias que suenan vagas: dicen que una sociedad o un establecimiento permanente «será tratado como el beneficiario efectivo». En consecuencia, el precepto describe los casos en los que ocurre tal circunstancia pero no ofrece los elementos sobre los que construir una definición.

En relación con las sociedades, es el artículo 1.4 el que intenta ofrecer tal definición o, cuanto menos, intenta delimitar la referencia con las siguientes palabras:

«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.»

Se observa la finalidad de referirse a alguien que tiene el poder de controlar el destino del pago. Pero como intento de ofrecer una definición, no parece que sea tal puesto que se limita a describir el papel que se le debe atribuir al receptor. Esta delimitación se basa en dos elementos complementarios: la idea de ser titular del pago, que de hecho debe entenderse referida a la circunstancia de que existe renta derivada del mismo que debe incluirse entre los beneficios de la sociedad; y una proposición negativa, no ser un mero intermediario, alguien que actúa en interés de un tercero.

## VI.1. EN SU PROPIO BENEFICIO

El uso de los términos «en su propio beneficio» recuerda su origen, que se debe buscar en la tradición jurídica de los países de *Common Law*. La finalidad de esta referencia particular es reflejar la condición de que las diversas funciones propias de la propiedad pueden dividirse entre diferentes personas. Así, es posible distinguir entre el propietario legal y el propietario financiero, siendo el segundo el beneficiario efectivo.

Bajo esta interpretación, podemos observar que la provisión podría estar dirigida a los casos en que diferentes personas juegan papeles diversos: unas recibiendo la ventaja derivada del flujo financiero, otras a las que corresponde el título jurídico que les atribuye los derechos de propiedad sobre el pago. Este podría ser el resultado de acuerdos legítimos, en cuya virtud una persona pudiera articular determinadas obligaciones legales con un tercero mediante la atribución de derecho sobre pagos concretos. Propio beneficio debería entenderse así como la adquisición de los efectos económicos derivados de la contraprestación.

La comprensión de la finalidad última de esta provisión requiere considerar de forma conjunta la referencia al propio beneficio y la exclusión del intermediario; esto es, una interpretación plena requiere analizar el ámbito del elemento negativo de la delimitación, ya que el beneficiario debe ser alguien que no es un mero intermediario.

## VI.2. INTERMEDIARIO, COMO AGENTE, DEPOSITARIO O MANDATARIO

No resulta muy claro a qué se refiere la Directiva cuando utiliza al referencia al intermediario: no se define y los ejemplos incluidos son meramente ilustrativos ya que la locución «esto es» y el uso de la conjunción «o» parecen dejar la referencia abierta a casos similares en que una persona es un intermediario.

Para interpretar el término es relevante tener en cuenta el contexto y relacionarlo con la referencia al receptor del pago en propio beneficio. Ahora bien, distinguir entre propietario legal o for-

mal y propietario económico o financiero nos dice poco respecto de quién pueda entenderse como intermediario. El texto no parece muy afortunado, si se pretende considerar que es relevante la concepción del beneficiario efectivo en función del origen jurídico que se encuentra en la tradición de los sistemas de *Common Law*. En realidad parece que nos referimos a realidades diferentes: parece posible diferenciar entre los titulares entre los que se distribuyen los derechos que derivan de la propiedad y las facultades que unos y otros pueden delegar en terceros, quienes se limitan a ejercer estas últimas sin ser sus verdaderos detentores. De hecho, el Modelo OCDE no utiliza esta terminología en su texto articulado; la referencia al intermediario aparece en los comentarios al objeto de ilustrar un contexto en que alguien recibe un pago pero no es considerado en su Estado de residencia como su verdadero perceptor y no quedaría sujeto en este a tributación, con lo que no surge doble imposición.

En cuanto a la extensión del término intermediario, interpretarlo de acuerdo a su estricto sentido jurídico, como la persona designada por la ley o por contrato como alguien que se sitúa en el lugar de la persona que se beneficia del pago, no parece que conduzca a un resultado acorde con el texto literal del precepto ni con su finalidad anti-abuso. El caso de la referencia al depositario –*trustee* en el texto inglés de la Directiva– es una prueba: no se trata de un intermediario en sentido estricto sino de la persona a la que se confía el depósito o, si se atendiera a la mención anglosajona, aquella a la que atribuye la gestión de un patrimonio. Debería añadirse que existen mecanismos abusivos en los que el llamado intermediario no se presenta como alguien que actúa en nombre del beneficiario efectivo; o ni siquiera se le atribuye la representación de este último. Por otro lado, una persona que actúa en nombre del perceptor del pago no esconde necesariamente a aquel que reúne los requisitos legales para aplicar el beneficio fiscal. Como se menciona en el Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva, la condición de beneficiario efectivo persigue asegurar que la exoneración fiscal se obtenga indebidamente mediante la intervención artificial de un intermediario.

No se puede llegar a muchas conclusiones. Aun así, podríamos argumentar que intermediario en el sentido aquí pretendido es una persona que aparenta tener derechos al pago y que reúne los requisitos de la Directiva para poder disfrutar de sus beneficios pero que no es aquella a la que corresponden finalmente las consecuencias económicas derivadas de su percepción.

El uso del término intermediario nos conduce a debatir sobre dos posibles casos en los que podría ser relevante: las sociedades instrumentales y las sociedades objeto de disposiciones *anti-directive shopping*.

El Modelo OCDE<sup>19</sup> se refiere al caso de las sociedades instrumentales cuando analiza la extensión del término beneficiario efectivo:

«También sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención de impuesto a un resi-

<sup>19</sup> Modelo OCDE de Convenio Fiscal, comentarios al artículo 10, párrafo 12.1.

dente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o de mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado "Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales"/ "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies"/ "Les Conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais" llega a la conclusión de que una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario de hecho a efectos prácticos, cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas»

Así, una sociedad instrumental sería el típico caso de un intermediario, alguien que recibe el pago sobre el papel pero al que no se le supone el pleno disfrute de sus efectos económicos; al contrario, es alguien que actúa en interés de otra persona y canaliza la contraprestación de tal forma que aparenta el derecho al beneficio fiscal cuando, en realidad, este no debería ser aplicable si el verdadero beneficiario por el pago lo hubiera recibido directamente. Como confirma la Comisión así como la doctrina<sup>20</sup>, la referencia de la Directiva a los meros intermediarios cubre a las sociedades instrumentales y similares estructuras conductoras.

En cuanto a las típicas cláusulas *anti-directive shopping*, el análisis es diferente. Estas son cláusulas anti-abuso específicas dirigidas a sociedades cuyo capital corresponde por entero o principalmente a residentes de países terceros no miembros de la UE. En estos casos habría dificultades para identificarlos como meros intermediarios; en otras palabras, podrían ser utilizadas para combinar el disfrute de la exención de la Directiva en un primer pago entre dos sociedades de la UE y de la exoneración propia de un convenio fiscal de doble imposición o la reducción de la retención prevista en este último en relación con la transferencia posterior de la misma renta desde el primer perceptor, una sociedad europea, y su matriz procedente del exterior de la UE. Esta sociedad interpuesta pudiera estar recibiendo el pago en su propio beneficio y el segundo pudiera tener lugar en un momento posterior, su cuantía podría ser diferente e, incluso, su naturaleza podría variar, como cuando se produce en forma de distribución de dividendos. Incluso así, el caso estaría cubierto por la cláusula específica a que nos referimos ahora.

Esta forma de aproximarse a la cuestión es la que sigue la Comisión en su Informe<sup>21</sup>, cuando se puede leer:

«Varios Estados miembros parecen interpretar el artículo 5 en el sentido de que autoriza el rechazo a la exención en caso de que la empresa receptora sea controlada por un residente de un tercer país.

<sup>20</sup> TERRA y WATTEL, EU..., *op. cit.*, pág. 612; Comisión Europea, *Informe...*, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>21</sup> Comisión Europea, *Informe...*, *op. cit.*, pág. 8.

Un Estado miembro parece negar los beneficios de la Directiva a la sociedad receptora de otro Estado miembro que sea propiedad o esté controlada por una persona que normalmente resida o tenga su domicilio en el primer Estado miembro.

Con arreglo al artículo 3, letra b), "las participaciones solo podrán referirse a sociedades domiciliadas en territorio comunitario". Con todo, la Directiva no estipula que una sociedad matriz que reciba un pago de intereses o de cánones de una filial participada total o parcialmente deba ser controlada por un residente comunitario (o por un residente de un Estado miembro distinto del de la filial) para que el pago pueda acogerse a la excepción.

Por otra parte, el artículo 5 debe interpretarse teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en materia de prácticas abusivas, según la cual las medidas en este ámbito deben ser adecuadas y proporcionadas. La legislación nacional o una disposición de un convenio de doble imposición que niega la exención por el único motivo de que la sociedad matriz es controlada por un residente de un tercer país –o por uno de sus propios residentes– no cumpliría en principio el criterio de proporcionalidad, puesto que "no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales".

No hay que olvidar que la condición de "beneficiario efectivo" del artículo 1 está prevista precisamente para evitar los montajes artificiales. Por lo tanto, hay razones para dudar que una sociedad que cumpla el criterio de "beneficiario efectivo" pueda ser considerada intermediario artificial al aplicar el artículo 5.»

Esta constatación se basa en la práctica existente en determinados Estados miembros y nos permite llegar a las siguientes conclusiones en relación con esta cuestión: se considera que las cláusulas *anti-directive shopping* tienen un fin anti-abuso y su fundamento jurídico se encontraría en el artículo 5 de la Directiva que contiene una invitación a las provisiones nacionales o convencionales anti-abuso, de forma que se trata de una materia diferenciada respecto de la relativa a la determinación del ámbito propio de la cláusula del beneficiario efectivo; es más, aquellos que se consideran como beneficiarios efectivos no pueden ser considerados fácilmente como meros montajes artificiales. Así, las cuestiones suscitadas por las sociedades cuyo capital es detentado por residentes en países terceros son diferentes de aquellas que se analizan bajo el test del beneficiario efectivo.

## VII. CUÁNDO LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES SON BENEFICIARIOS EFECTIVOS

El párrafo 5 del artículo 1 refiere el test del beneficiario efectivo a establecimientos permanentes que reciben pagos cubiertos por el ámbito de aplicación de la Directiva con una previsión bastante extensa, en la que se puede leer:

«Un establecimiento permanente será tratado como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones:

a) si los créditos, derechos o usos de las informaciones que den origen a los pagos de intereses o cánones tienen relación efectiva con dicho establecimiento permanente, y

b) si los pagos de los intereses o cánones representan un ingreso respecto del cual dicho establecimiento permanente está sujeto en el Estado miembro en que esté situado a uno de los impuestos contemplados en el inciso iii) de la letra a) del artículo 3 o, en el caso de Bélgica, al "impôt des nonrésidents/belasting der niet-verblijfhouders", o, en el caso de España, al Impuesto sobre la Renta de no Residentes o a un impuesto que sea idéntico o sustancialmente equivalente y que se aplique tras la entrada en vigor de la presente Directiva como complemento o sustituto de esos impuestos existentes.»

Se trata de una redacción muy diferente de la utilizada respecto de las sociedades, lo que plantea diversas cuestiones. Se puede destacar que no hay referencia literal al hecho de que el pago se reciba en beneficio del propio perceptor. Por otro lado, la norma incluye dos test diferentes: la conexión del pago con un contribuyente en particular y un test de sujeción a imposición.

## VII.1. CONEXIÓN EFECTIVA

De acuerdo con la letra a) del párrafo reproducido, un establecimiento permanente solo puede ser reputado como beneficiario efectivo cuando existe una relación efectiva entre el pago percibido y su propia actividad. Este es el sentido que tiene referirse a los créditos, derechos o usos de las informaciones que dan lugar a los pagos, que tienen que estar relacionados con tal contribuyente.

Esto conduce a la necesidad de efectuar un análisis funcional en el que será necesario encontrar que: el crédito ha sido otorgado con los medios financieros propios y disponibles del establecimiento permanente; o que este último está explotando de manera efectiva los derechos o las informaciones que obligan al pago transfronterizo de los cánones. La idea de efectuar este examen resulta del hecho de que estos centros de actividad no tienen una personalidad jurídica propia. En consecuencia, será la sociedad titular de los mismos quien suscriba los necesarios acuerdos legales o contractuales. El resultado del estudio debe ser que existe un enlace real y definitivo entre las transacciones y las actividades conducidas desde tal localización empresarial.

Es evidente que esta es una condición que no es necesario requerir de la sociedad como tal. Al mismo tiempo, es posible llegar a conclusiones adicionales derivadas del resultado de este análisis funcional según prescribe la propia Directiva en el párrafo 6 de este mismo artículo 1, cuando menciona que, cuando un establecimiento permanente de una sociedad es considerado como el beneficiario efectivo, ninguna otra parte –esto es, centro de actividad– de la entidad será tratada como beneficiario efectivo. Esto es, si el establecimiento permanente es el beneficiario

efectivo, ni la casa central, ni ningún otro centro de actividad de esa misma entidad, pueden tener esta misma consideración. El resto de prescripciones de la Directiva deberán ser aplicadas de acuerdo con esta misma conclusión. Así el resultado del análisis funcional, realizado sobre las actividades de un establecimiento permanente, extiende sus efectos sobre toda la sociedad considerada en su conjunto.

## VII.2. SUJECCIÓN A TRIBUTACIÓN

La letra b) del párrafo reproducido requiere que el establecimiento permanente esté sujeto a impuestos. No es un requisito general de sujeción a imposición como efectúa en relación con las sociedades el artículo 3 de la Directiva; para ser precisos, requiere que este contribuyente esté sujeto a gravamen sobre la renta que deriva del pago percibido y cubierto por su ámbito de aplicación. Es así un criterio objetivo y no una referencia subjetiva al hecho de ser contribuyente de un impuesto sobre la renta de sociedades.

También se puede concluir que no es tanto un requisito de tributación efectiva como una condición de que la renta sea atribuible al establecimiento permanente a efectos fiscales. Complementa al análisis funcional con el objeto de poner sus resultados en la perspectiva del fenómeno tributario. Existiendo una relación del pago con sus actividades, la renta correspondiente debe formar parte de la base imponible para calcular la cuota tributaria. Así, no se exige un tipo mínimo y el hecho de que la cuota resultante sea cero no resulta relevante, como podría ser el caso de que se tratara de un establecimiento permanente con pérdidas, cuando compensase bases imponibles negativas de ejercicios anteriores o cuando disfrute de créditos o deducciones fiscales.

No hace falta precisar que esta sujeción al impuesto queda referida al Estado miembro donde este centro de actividad esté ubicado, una premisa para determinar su condición de contribuyente en el mismo, aquel al que se le atribuye la renta correspondiente como consecuencia de su efectiva conexión con sus actividades.

## VII.3. ¿DOBLE TEST DE BENEFICIARIO EFECTIVO?

La previsión específica para atender a las circunstancias particulares de los establecimientos permanentes suscita la cuestión sobre la necesidad de satisfacer también el test del beneficiario efectivo según se prevé con carácter general para las sociedades, en la medida en que tales centros de actividad no son sino partes integrantes de la misma. De hecho, la cuestión se resuelve de forma sencilla: el resultado positivo del análisis funcional impuesto a los establecimientos permanentes implica necesariamente que el pago se reciba en el propio beneficio de tal centro de actividad; de otra forma, no se habría satisfecho el test de funcionalidad.

## VIII. CONCLUSIONES

El uso de la cláusula de beneficiario efectivo en la Directiva la convierte en un concepto propio del Derecho europeo sujeto a su sistema hermenéutico que debe interpretarse en el marco de este mismo ordenamiento jurídico.

En la evaluación de su alcance debe tenerse en cuenta el contexto en que se ubica y el uso que recibe en la Directiva. En el primer sentido, esta legislación dispone ya de cláusulas generales anti-abuso por lo que no cabe sino entender que este precepto resulta en la imposición de una condición subjetiva para el disfrute de la Directiva; por otra parte, lo que dispone el primer párrafo del texto legal es que se debe tener la condición de beneficiario efectivo para estar dentro de la órbita de sus mandatos y disfrutar de sus previsiones. Esto es, más allá de la finalidad reconocida de salir al paso de determinadas formas concretas y específicas de abuso legal, se trata de un requisito para poder disfrutar del régimen armonizado.

Habría que añadir que, en la medida en que determina como efecto la no incorporación a un régimen fiscal que pretende ser común, su interpretación solo puede ser estricta y de acuerdo con la literalidad del precepto. Tal interpretación, por otra parte, no va a resultar sencilla, puesto que la proposición legal está lejos de ser clara.

En cuanto a la aproximación económica o jurídica del proceso de esclarecimiento, una labor estricta y literal conduce a apostar por la segunda labor. Ahora bien, el término *intermediario* no casa bien en su acepción puramente legal con los casos que se le adicionan como ejemplificativos, el mandatario, agente, depositario o mandatario, lo que obliga a buscar su alcance en función del papel factual que se pueda estar jugando.