

Edición provisional

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 26 de febrero de 2019 (*)

Índice

Costas

«Procedimiento prejudicial — Aproximación de las legislaciones — Régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros — Directiva 2003/49/CE — Beneficiario efectivo de los intereses y cánones — Artículo 5 — Abuso de derecho — Sociedad residente en un Estado miembro que satisface a una sociedad asociada residente en otro Estado miembro intereses que, a continuación, son transferidos íntegramente o en su cuasitotalidad fuera del territorio de la Unión Europea — Filial sujeta a la obligación de retener el impuesto sobre los intereses en la fuente»

En los asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca) (C-115/16, C-118/16 y C-119/16), mediante resoluciones de 19 de febrero de 2016, recibidas en el Tribunal de Justicia el 25 de febrero de 2016, y por el Vestre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Oeste, Dinamarca) (C-299/16), mediante resolución de 24 de mayo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de mayo de 2016, en los procedimientos entre

N Luxembourg 1 (asunto C-115/16),

X Denmark A/S (asunto C-118/16),

C Danmark I (asunto C-119/16),

Z Denmark ApS (asunto C-299/16)

y

Skatteministeriet,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, los Sres. J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev y T. von Danwitz, la Sra. C. Toader y el Sr. F. Biltgen, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Rosas (Ponente), M. Ilešić, L. Bay Larsen, M. Safjan, C.G. Fernlund, C. Vajda, y S. Rodin, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sra. R. ?ere?, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de octubre de 2017; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de N Luxembourg 1 y C Danmark I, por el Sr. A.M. Ottosen y la Sra. S. Andersen, advokater;
- en nombre de X Denmark A/S y Z Denmark ApS, por los Sres. L.E. Christensen y H.S. Hansen, advokater;
- en nombre del Gobierno danés, por los Sres. C. Thorning y J. Nymann-Lindegren y la Sra. M.S. Wolff, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. J.S. Horsbøl Jensen, advokat;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y R. Kanitz, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. G. De Socio, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno luxemburgués, por la Sra. D. Holderer, en calidad de agente, asistida por los Sres. P.?E. Partsch y T. Lesage, avocats;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. M.K. Bulterman y C.S. Schillemans, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. G. Eberhard, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por las Sras. A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, U. Persson y N. Otte Widgren, así como por el Sr. F. Bergius, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. W. Roels y R. Lyal y la Sra. L. Grønfeldt, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. H. Peytz, avocat;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 1 de marzo de 2018;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO 2003, L 157, p. 49), así como de los artículos 49 TFUE, 54 TFUE y 63 TFUE.

2 Dichas peticiones se han presentado en el contexto de sendos litigios entre N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I y Z Denmark ApS y el Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda, Dinamarca), en relación con la obligación impuesta a las citadas sociedades de liquidar un impuesto retenido en la fuente con motivo del pago de intereses efectuado por ellas a sociedades no residentes respecto de las que la autoridad fiscal considera que no son los beneficiarios efectivos de dichos intereses y no pueden, por tanto, acogerse a la exención de cualquier impuesto establecida por la Directiva 2003/49.

Marco jurídico

Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE

3 El Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) adoptó, el 30 de julio de 1963, una Recomendación sobre la eliminación de los fenómenos de doble imposición e invitó a los Gobiernos de los países miembros a que se ajustaran, con ocasión de la celebración o la revisión de convenios bilaterales, a un Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE e incorporado como anexo a dicha Recomendación (en lo sucesivo, «Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE»). Dicho Modelo de Convenio Fiscal es revisado y modificado periódicamente, y es objeto de comentarios que son aprobados por el Consejo de la OCDE.

4 Los apartados 7 a 10 de los comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, en su versión tras la modificación operada en 1977 (en lo sucesivo, «Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977»), según el cual este Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes, advierten sobre el hecho de que el Convenio puede ser objeto de un uso indebido mediante construcciones jurídicas artificiales con fines de evasión fiscal. El texto de los mencionados apartados de los comentarios destaca la importancia del concepto de «beneficiario efectivo» introducido, en particular, en el artículo 10 (tributación de los dividendos) y en el artículo 11 (tributación de los intereses) del referido Modelo de Convenio, así como la necesidad de luchar contra la evasión fiscal.

5 El artículo 11, apartados 1 y 2, del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977 tiene el siguiente tenor:

«1. Los intereses procedentes de un Estado contratante pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, estos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el perceptor de los intereses es el beneficiario efectivo el impuesto así exigido no puede exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicar este límite.»

6 Con ocasión de una revisión de los comentarios efectuada en 2003, estos fueron completados con observaciones sobre las «sociedades instrumentales», esto es, sociedades que, aun siendo propietarias de la renta en sentido formal, en la práctica disponen solamente de poderes muy restringidos que las convierten en meros fiduciarios o administradores que actúan por cuenta de las partes interesadas, de suerte que no pueden ser consideradas los beneficiarios efectivos de esa renta. El apartado 8 de los comentarios al artículo 11, en su versión de 2003, expone, en particular, que «el concepto “beneficiario efectivo” 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». El apartado 8.1 de esta misma versión de los comentarios indica por su parte que «[...] sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o de mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada» y que «una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser propietaria de la renta en sentido formal, en la práctica dispone solamente de poderes muy

restringidos que la convierten en mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas».

7 En una nueva revisión de los comentarios que se efectuó en 2014, se añadieron precisiones relativas a los conceptos de «beneficiario efectivo» y de «sociedad instrumental». De este modo, el apartado 10.3 de dicha versión de los comentarios indica que «existen muchas maneras de abordar el problema de las sociedades instrumentales y, de manera más general, los riesgos de utilización abusiva de los convenios más favorables, en particular, disposiciones específicas contra las prácticas abusivas en los convenios, las normas generales contra las prácticas abusivas, las normas que otorgan primacía al fondo sobre la forma y las normas relativas a la “sustancia económica”».

Directiva 2003/49

8 Los considerandos 1 a 6 de la Directiva 2003/49 tienen el siguiente tenor:

«(1) En un mercado único que reúne las características de un mercado interior, las transacciones entre sociedades de diferentes Estados miembros no deberían estar sujetas a condiciones fiscales menos favorables que las que se aplican a las mismas transacciones cuando estas tienen lugar entre sociedades del mismo Estado miembro.

(2) En la actualidad no se cumple esta exigencia por lo que respecta a los pagos de intereses y cánones. Las legislaciones fiscales nacionales, combinadas en su caso con convenios bilaterales o multilaterales, quizás no siempre garanticen la eliminación de la doble imposición y [...] su aplicación implica a menudo trámites administrativos onerosos y problemas de tesorería para las sociedades afectadas.

(3) Es necesario garantizar que los pagos de intereses y cánones sean gravados una vez en un Estado miembro.

(4) La supresión de los impuestos sobre los pagos de intereses y cánones en el Estado miembro en el que se generan, recaudados bien mediante retención a cuenta o bien mediante estimación de la base imponible, constituye la solución más adecuada para eliminar dichas cargas y trámites y conseguir la igualdad de trato fiscal entre las transacciones nacionales y las transfronterizas. Se impone proceder a la supresión de dichos impuestos por lo que respecta a los pagos efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, así como a los realizados entre establecimientos permanentes de dichas sociedades.

(5) Este régimen solo debe aplicarse, en su caso, al importe de los pagos de intereses o cánones que hubieran convenido el pagador y el beneficiario efectivo en ausencia de una relación especial entre ellos.

(6) Además es necesario no impedir que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos.»

9 El artículo 1 de la Directiva 2003/49 dispone, en particular:

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

[...]

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

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

[...]

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 non-résidents/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.

[...]

7. El presente artículo se aplicará únicamente si la sociedad pagadora, o la sociedad cuyo establecimiento permanente sea tratado como el pagador de intereses o cánones es una sociedad asociada de la sociedad que sea la beneficiaria efectiva o cuyo establecimiento permanente sea tratado como el beneficiario efectivo de dichos intereses o cánones.

[...]

11. El Estado de origen podrá exigir que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo y en el artículo 3 deba demostrarse en el momento del pago de los intereses o cánones mediante presentación de un certificado. Cuando no se haya demostrado en el momento del pago el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo, los Estados miembros podrán proceder a una retención fiscal en origen.

12. El Estado de origen podrá establecer como condición de exención en virtud de la presente Directiva la previa adopción por su parte de una decisión de exención que esté en vigor, consecutiva a la presentación de un certificado que atestigüe el cumplimiento de los requisitos previstos en el presente artículo y en el artículo 3. La decisión de exención se emitirá a los tres meses, a más tardar, de la presentación del certificado, que irá acompañado de toda la información acreditativa que el Estado de origen pueda pedir legítimamente, y tendrá una validez de al menos un año a partir de su emisión.

13. A los efectos de los apartados 11 y 12, el certificado que habrá de presentarse tendrá, en relación con cada contrato de pago, una validez mínima de un año y máxima de tres años a partir de la fecha de su emisión y consignará los datos siguientes:

[...]

b) la calidad de beneficiaria efectiva de la sociedad receptora de acuerdo con lo indicado en el apartado 4 o el cumplimiento de los requisitos con arreglo al apartado 5, cuando el receptor del pago sea un establecimiento permanente; [...]».

10 Los términos utilizados en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 son, según la versión lingüística, los de «beneficiario» [en las lenguas búlgara (benefitsoboritel), francesa (bénéficiaire), letona (beneficiārs) y rumana (beneficiarul)], «beneficiario efectivo» [lenguas española, checa (skutečný vlastník), estonia (tulusaaja), inglesa (beneficial owner), italiana (beneficiario effettivo), lituana (tikrasis savininkas), maltesa (sid benefiġjarju), portuguesa (beneficiário efectivo) y finlandesa (tosiasiallinen edunsaaja)], «propietario»/«titular del derecho de utilización» [en las lenguas alemana (der Nutzungsberechtigte), danesa (retmæssige ejer), griega (propietario), croata (ovlašteni korisnik), húngara (haszonhúzó), polaca (właściciel), eslovaca (vlastník požitkov), eslovena (upravičeni lastnik) y sueca (den som har rätt till)], o incluso «titular último del derecho» [en lengua neerlandesa (de uiteindelijke gerechtigde)].

11 El artículo 2 de esta Directiva establece:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) “intereses”: el rendimiento de los créditos de cualquier clase, estén o no garantizados por una hipoteca o una cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular el rendimiento de bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes vinculados a estos. [...]

[...]»

12 El artículo 3 de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«A los efectos de la presente Directiva:

a) se entenderá por “sociedad de un Estado miembro” cualquier sociedad:

i) que revista una de las formas consignadas en el anexo, y

ii) que, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere domiciliada en dicho Estado miembro a efectos fiscales y que, a efectos de un eventual convenio de doble imposición sobre la renta concluido con un tercer Estado, no se considere domiciliada fuera de la Comunidad a efectos fiscales, y

iii) 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:

[...]

– selskabsskat en Dinamarca,

[...]

– impôt sur le revenu des collectivités en Luxemburgo,

[...].

- b) Una sociedad constituirá “una sociedad asociada” de otra sociedad si, por lo menos,
 - i) dicha sociedad tiene una participación directa mínima del 25 % en el capital de la otra sociedad, o
 - ii) la otra sociedad tiene una participación directa mínima del 25 % en su capital, o
 - iii) una tercera sociedad tiene una participación directa mínima del 25 % tanto en su capital como en el capital de la otra sociedad.

Las participaciones solo podrán referirse a sociedades domiciliadas en territorio comunitario.

[...]»

13 Entre las sociedades a las que se refiere el artículo 3, letra a), de la Directiva 2003/49, consignadas en la lista que figura en el anexo de esta última, se mencionan, en particular, las «sociedades de Derecho luxemburgués denominadas *société anonyme*, *société en commandite par actions* y *société à responsabilité limitée*».

14 El artículo 4 de la Directiva 2003/49, titulado «Exclusión de pagos en concepto de intereses y cánones», establece, en su apartado 1:

«El Estado miembro de origen no estará obligado a garantizar las ventajas de la presente Directiva en los casos siguientes:

- 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;

[...]».

15 El artículo 5 de dicha Directiva, titulado «Fraude y abuso», tiene el siguiente tenor:

«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.»

Convenios para evitar la doble imposición

16 El artículo 11, apartado 1, del Convenio entre el Gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo y el Gobierno del Reino de Dinamarca para Evitar la Doble Imposición y Establecer Reglas de Mutua Asistencia Administrativa en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, firmado en Luxemburgo el 17 de noviembre de 1980 (en lo sucesivo, «Convenio Fiscal entre Luxemburgo y Dinamarca»), distribuye la potestad tributaria entre estos dos Estados miembros en materia de intereses, y tiene el siguiente tenor:

«Los intereses procedentes de un Estado contratante pagados a un residente del otro Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en este otro Estado si ese residente es el beneficiario efectivo.»

17 El artículo 11, apartado 1, del Convenio entre los Países Nórdicos para Evitar la Doble Imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, firmado en Helsinki el 23 de septiembre de 1996, en su versión pertinente para los litigios principales (en lo sucesivo, «Convenio Fiscal entre los Países Nórdicos»), tiene idéntico tenor.

18 De ambos convenios resulta que el Estado de la fuente —en los litigios principales, el Reino de Dinamarca— podrá someter a imposición los intereses satisfechos a un residente de otro Estado miembro siempre que dicho residente no sea el beneficiario efectivo. No obstante, ninguno de los citados convenios define el concepto de «beneficiario efectivo».

Derecho danés

Tributación de los intereses

19 El artículo 2, apartado 1, letra d), de la selskabsskattelov (Ley del Impuesto sobre Sociedades) establece:

«Con arreglo a la presente Ley, son [...] sujetos pasivos del impuesto las sociedades, asociaciones u otras entidades referidas en el artículo 1, apartado 1, que tengan su residencia en otro país, cuando:

[...]

d) perciban intereses de fuente nacional como retribución por deudas de [una sociedad de Derecho danés] o un [establecimiento permanente de una sociedad no residente] frente a las personas jurídicas extranjeras mencionadas en el artículo 3 B de la Ley sobre el Control Fiscal (deuda controlada) [...]. No estarán sujetos a imposición los intereses cuando estos no están gravados, o lo están a un tipo reducido, con arreglo a la Directiva [2003/49] o a un convenio para evitar la doble imposición con las Islas Feroe, Groenlandia o el Estado en que la sociedad perceptora de los intereses tenga su sede. No obstante, ello se aplicará únicamente si la sociedad pagadora y la perceptora están asociadas durante un período ininterrumpido de al menos un año, en el que debe hallarse la fecha de pago, en el sentido de la citada Directiva. [...]»

Retención en la fuente

20 En caso de sujeción al impuesto por obligación real respecto a los ingresos por intereses procedentes de Dinamarca con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra d), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el pagador danés de los intereses estará obligado, conforme al artículo 65 D de la kildeskattelov (Ley sobre las Retenciones en la Fuente), a practicar una retención del impuesto en la fuente. El pagador de los intereses es responsable frente al Estado del ingreso de los importes retenidos en la fuente.

21 Como se infiere en particular de la resolución de remisión en el asunto C-115/16, el tipo impositivo aplicable para los ejercicios 2006 a 2008 a los intereses percibidos por una sociedad residente en un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca era más elevado que el tipo impositivo pagado por una sociedad danesa. El Ministerio de Hacienda, no obstante, reconoció, en el marco del recurso del asunto principal, que esta diferencia de tipos infringía las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento. Admitió que procedía reducir la deuda tributaria derivada de la retención en la fuente correspondiente a esos años.

22 El impuesto retenido en la fuente es exigible en el momento del pago de los intereses, mientras que la exigibilidad del impuesto que debe liquidar una sociedad danesa por sus rendimientos previstos se rige por normas más flexibles. Por otra parte, si el pago del impuesto retenido en la fuente se realiza fuera de plazo, los intereses de demora aplicables son más elevados que los devengados en caso de retraso en el pago del impuesto sobre sociedades por una sociedad danesa.

23 Conforme al artículo 65 C, apartado 1, de la Ley sobre las Retenciones en la Fuente, el pagador de los cánones de fuente danesa está obligado, en principio, a practicar una retención en la fuente, tanto si el beneficiario reside en Dinamarca como si es residente de otro Estado.

Derecho aplicable a los casos de fraude y abuso

24 Hasta la adopción de la Ley n.º 540, de 29 de abril de 2015, no existía en Dinamarca ninguna norma legal de carácter general para combatir el abuso. Sin embargo, la jurisprudencia desarrolló la denominada «doctrina de la realidad», según la cual la tributación efectiva debe basarse en una apreciación de las circunstancias particulares del caso. Ello significa que, en determinadas circunstancias, puede ser lícito excluir las estructuras fiscales artificiales con el fin de que la tributación se ajuste a la realidad, con arreglo al principio de la primacía del fondo sobre la forma (*substance-over-form*).

25 De las resoluciones de remisión se desprende que, en cada uno de los litigios principales, las partes han admitido que la doctrina de la realidad no constituye una razón suficiente para justificar la exclusión de las estructuras controvertidas en dichos asuntos.

26 Como se infiere de dichas resoluciones de remisión, la jurisprudencia ha desarrollado también la llamada doctrina del «beneficiario real de los rendimientos» (*rette indkomstmodtager*). Conforme a este principio, que se apoya en las normas básicas sobre la tributación de los rendimientos contenida en el artículo 4 de la *statsskatteloven* (Ley relativa a los Impuestos Estatales), las autoridades tributarias no están obligadas a aceptar una separación artificial entre la actividad o empresa que genera unos ingresos y la atribución de tales ingresos. Este principio persigue, así pues, determinar, prescindiendo de las formas aparentes, quién es el verdadero beneficiario de una renta dada y, por tanto, determinar quién debe soportar la carga fiscal correspondiente.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

27 En los cuatro litigios principales, una sociedad luxemburguesa que se subrogó en las obligaciones de una sociedad danesa (asunto C-115/16) y tres sociedades danesas (asuntos C-118/16, C-119/16 y C-299/16) impugnan las resoluciones de la SKAT (Administración tributaria, Dinamarca; en lo sucesivo, «SKAT») por las que se les denegó la exención del impuesto sobre sociedades establecida en la Directiva 2003/49 respecto de los intereses satisfechos a entidades residentes en otro Estado miembro, con motivo de que dichas sociedades no eran los beneficiarios efectivos de tales intereses y constituían meras sociedades instrumentales.

28 Para poder acogerse a las ventajas fiscales establecidas por la Directiva 2003/49, la entidad que percibe los intereses debe cumplir los requisitos que se enuncian en esa Directiva. No obstante, como expone el Gobierno danés en sus observaciones, puede darse el caso de grupos de sociedades que no reúnen dichos requisitos pero que intercalan, entre la sociedad pagadora de los intereses y la que va a disponer de ellos efectivamente, una o varias sociedades artificiales que cumplen los requisitos formales de aquella Directiva. Las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales remitentes sobre el abuso de Derecho y el concepto de «beneficiario efectivo» se han suscitado en relación con tales construcciones financieras.

29 El relato de los hechos efectuado por los órganos jurisdiccionales remitentes e ilustrado, en las resoluciones de remisión, mediante diversos esquemas de las estructuras de los grupos de sociedades de que se trata es particularmente complejo y detallado. Solo se hará referencia a los datos que resulten necesarios para responder a las cuestiones prejudiciales.

Asunto C-115/16, N Luxembourg 1

30 Según la resolución de remisión, cinco sociedades de inversión, ninguna de las cuales es residente de un Estado miembro o de un país con el que el Reino de Dinamarca haya suscrito un convenio fiscal para evitar la doble imposición, constituyeron en 2005 un grupo compuesto por varias sociedades con el objetivo de adquirir T Danmark, una importante empresa de servicios danesa.

31 En sus observaciones, el Gobierno danés indicó que el asunto C-115/16 concierne al mismo grupo de sociedades que el examinado en el asunto C-116/16, relativo a la tributación de los dividendos, objeto de la sentencia de hoy, T Danmark e Y Denmark Aps (C-116/16 y C-117/16).

32 Como expone el órgano jurisdiccional remitente, las sociedades de inversión crearon varias sociedades en Luxemburgo, entre ellas, A Luxembourg Holding, así como otras sociedades en Dinamarca, entre las que figura N Danmark 1. La adquisición de T Danmark se financió, en particular, mediante préstamos que las sociedades de inversión concedieron a N Danmark 1, y con aumentos de capital de esta sociedad. En 2009, N Danmark 1 se fusionó con otra sociedad danesa, la cual se disolvió en 2010 a raíz de una fusión transfronteriza con C Luxembourg. C Luxembourg cambió posteriormente su denominación social y fue liquidada, con la consecuencia de que la deuda en cuestión fue cedida a N Luxembourg 1, que continúa el procedimiento principal en lugar de N Danmark 1.

33 Una de las sociedades danesas creadas por las sociedades de inversión, N Danmark 5, adquirió T Danmark. En la primavera de 2006, N Danmark 5 cedió sus acciones de T Danmark a C Luxembourg, que se convirtió de este modo en la sociedad matriz de T Danmark.

34 El 27 de abril de 2006, los títulos emitidos que documentan los préstamos concedidos por las sociedades de inversión fueron cedidos por estas a A Luxembourg Holding, que los cedió a su vez el mismo día a C Luxembourg, la sociedad matriz de T Danmark.

35 A partir de esta fecha, C Luxembourg pasó a ser deudora de A Luxembourg Holding por un importe igual al que adeudaba N Danmark 1 a C Luxembourg. Según el órgano jurisdiccional remitente, la deuda de N Danmark 1 se remuneró al tipo de interés del 10 %, mientras que el tipo aplicable a las de C Luxembourg y A Luxembourg Holding era del 9,96875 %. El 9 de julio de 2008, el rendimiento de los préstamos concertados entre C Luxembourg y A Luxembourg Holding se fijó en el 10 %. En cambio, el rendimiento de los préstamos concertados entre A Luxembourg Holding y las sociedades de inversión se mantuvo en el 9,96875 %.

36 En el ejercicio 2006, C Luxembourg soportó, en concepto de «otros gastos externos» gastos por un importe de 8 701 euros, de los cuales 7 810 euros correspondían a salarios. Esta sociedad, además, soportó unos gastos de 209 349 euros en concepto de «otros gastos de explotación».

37 El mismo año 2006, A Luxembourg Holding soportó igualmente, en concepto de «otros gastos externos», gastos por un importe de 3 337 euros, de los cuales 2 996 euros correspondían a salarios. Esta sociedad, además, soportó unos gastos de 127 031 euros en concepto de «otros gastos de explotación».

38 Según la resolución de remisión, las cuentas anuales de C Luxembourg de los ejercicios 2007 y 2008 indican que esta última empleaba por término medio, en dichos años, a dos personas a tiempo parcial. Las cuentas anuales de A Luxembourg Holding de ese mismo período ponen de manifiesto, por su parte, que esta sociedad empleaba por término medio, en dichos años, a una persona a tiempo parcial.

39 Se indica asimismo que, aparte de la tenencia de participaciones de N Danmark 1, la actividad de C Luxembourg se limita a la tenencia de títulos emitidos por esa sociedad.

40 C Luxembourg y A Luxembourg Holding tienen ambas su domicilio en la misma dirección postal, la cual es utilizada también por sociedades directamente vinculadas con una de las sociedades de inversión.

41 El órgano jurisdiccional remitente expone que, en 2011, la SKAT practicó una liquidación tributaria en relación con los intereses, correspondiente a los años 2006 a 2008, por un importe total de 925 764 961 coronas danesas (DKK) (aproximadamente 124 millones de euros). La SKAT consideró, en efecto, que C Luxembourg y A Luxembourg Holding no eran los beneficiarios efectivos de los intereses, sino que cumplían una mera función instrumental, y que los intereses eran transferidos desde la rama danesa del grupo a las sociedades de inversión por medio de esas dos sociedades luxemburguesas. La SKAT concluyó, a la vista de estas consideraciones, que la demandante en el litigio principal estaba sujeta a la obligación de retención en la fuente del impuesto sobre los intereses pagados y contabilizados y que era deudora del importe de la retención en la fuente no practicada.

42 La demandante en el litigio principal impugnó la liquidación tributaria ante los tribunales daneses.

43 N Luxembourg 1 niega que la situación del asunto principal presente rasgos de fraude o de abuso. Sostiene que, en cualquier caso, aunque existiera fraude o abuso, solo puede denegarse el amparo de la Directiva 2003/49, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, de esta, si

el Derecho nacional proporciona la correspondiente base jurídica. Pues bien, según N Luxembourg 1, no existe tal base en Derecho danés.

44 Para el caso de que C Luxembourg no sea considerada el beneficiario efectivo de los intereses, la demandante en el litigio principal alega que las normas danesas reguladoras de la retención en la fuente del impuesto, así como de su liquidación y de la correspondiente responsabilidad, vulneran la libertad de establecimiento garantizada en el Derecho de la Unión y, con carácter subsidiario, la libre circulación de capitales, por los siguientes motivos en particular: primero, el ingreso de la retención en la fuente del impuesto tiene lugar con anterioridad a la liquidación del impuesto sobre sociedades similar; segundo, los intereses de demora sobre la retención en la fuente del impuesto son mucho más elevados que los que se aplican al impuesto sobre sociedades; tercero, el deudor del préstamo debe practicar la retención en la fuente, y, cuarto, el responsable de esta retención es dicho deudor, conforme a la Ley sobre las Retenciones en la Fuente.

45 En tales circunstancias, el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, en el sentido de que una sociedad residente en un Estado miembro comprendida en el artículo 3 de esa Directiva que, en circunstancias como las del caso de autos, percibe intereses de una filial situada en otro Estado miembro es el “beneficiario efectivo” de esos intereses a efectos de la citada Directiva?

b) ¿Debe interpretarse el concepto de “beneficiario efectivo” mencionado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, conforme al concepto homólogo que figura en el artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977]?

c) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, letra b), ¿debe interpretarse dicho concepto exclusivamente a la luz de los comentarios al artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977] (apartado 8), o puede recurrirse también a comentarios posteriores, como los añadidos en 2003 respecto a las “sociedades instrumentales” (apartado 8.1, actualmente apartado 10.1), y los añadidos en 2014 sobre las “obligaciones contractuales o legales” (apartado 10.2)?

d) En caso de que pueda recurrirse a los comentarios de 2003, ¿es un requisito para poder considerar que una sociedad no es “beneficiario efectivo”, en el sentido de la Directiva 2003/49, que se haya producido una transferencia real de fondos a las personas que el Estado de residencia del pagador de los intereses considera “beneficiarios efectivos” de los intereses en cuestión y, en su caso, es un requisito adicional que la transferencia real se produzca en un momento cercano en el tiempo al pago de los intereses o en concepto de pago de intereses?

e) ¿Es relevante, a este respecto, que se utilicen recursos propios para el préstamo; que los intereses en cuestión se acumulen al principal; que el perceptor de los intereses haya realizado posteriormente una transferencia intragrupo a su sociedad matriz residente en el mismo Estado con fines de consolidación fiscal de los resultados, con arreglo a las normas vigentes en dicho Estado; que los intereses en cuestión se conviertan seguidamente en capital de la sociedad prestataria; que la persona acreedora de los intereses esté obligada legal o contractualmente a transferir estos a otra persona y, por último, que la mayoría de las personas que el Estado de residencia del pagador de los intereses considera “beneficiarios efectivos” de estos sean residentes de otros Estados miembros o de terceros países con los que el Reino de Dinamarca

tiene celebrado un convenio para evitar la doble imposición, de suerte que, con arreglo al Derecho danés, no habría existido sujeción a imposición en la fuente si tales personas hubieran sido los prestamistas y hubieran percibido, por tanto, los intereses directamente?

f) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los intereses debe considerarse un “beneficiario efectivo” a efectos de la Directiva, que el órgano jurisdiccional remitente, tras apreciar los hechos del caso de autos, llegue a la conclusión de que el perceptor —sin estar obligado legal o contractualmente a transferir los intereses recibidos a otra persona— no disponía “básicamente” del derecho de “uso y disfrute” de los intereses en el sentido de los comentarios de 2014 al [Modelo de Convenio de la OCDE de 1977]?

2) a) ¿Para que un Estado miembro pueda invocar el artículo 5, apartado 1, de la Directiva [2003/49], relativo a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a combatir el fraude fiscal y los abusos, o el artículo 5, apartado 2, de esa Directiva, es necesario que el Estado miembro de que se trate haya adoptado una disposición nacional específica que aplique el artículo 5 de la Directiva, o que la legislación nacional contenga disposiciones o principios generales sobre el fraude fiscal, los abusos y la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el artículo 5?

b) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, letra a), ¿puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la [Ley del Impuesto sobre Sociedades], que establece que la sujeción al impuesto por obligación real respecto de los ingresos por intereses “no incluye los intereses exentos [...] con arreglo a la Directiva [2003/49] relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros”, constituye una disposición nacional específica a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

3) ¿Una disposición de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre dos Estados miembros y redactado conforme al [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE], en virtud de la cual la tributación de los intereses depende de que el perceptor sea considerado el beneficiario efectivo de estos, constituye una disposición contractual contra los abusos a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

4) ¿Existe abuso, o evasión o fraude, con arreglo a la Directiva [2003/49], si en el Estado miembro de residencia del pagador de los intereses no se efectúa ninguna deducción fiscal sobre estos pero en el Estado miembro de residencia del perceptor dichos intereses están exentos?

5) Si un Estado miembro se niega reconocer a una sociedad de otro Estado miembro como beneficiario efectivo de unos intereses y sostiene que dicha sociedad es lo que se denomina una sociedad instrumental artificial, ¿tiene la obligación, con arreglo a la Directiva [2003/49] o al artículo 10 CE, de manifestar a quién considera beneficiario efectivo en ese caso?

6) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial) y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz está sujeta al impuesto por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, a una normativa en virtud de la cual el último Estado miembro exige a la sociedad responsable de la retención en la fuente (la filial) el abono de intereses de demora sobre la deuda tributaria en caso de ingreso extemporáneo de esa retención a un tipo de interés más elevado que el aplicado por este mismo Estado miembro a las deudas por el impuesto sobre sociedades (que también grava los ingresos por intereses) de una sociedad residente en dicho Estado miembro?

7) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial) y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz es un sujeto pasivo por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE (o con el artículo 56 CE), por separado o conjuntamente, a una normativa en virtud de la cual,

- el pagador de los intereses en el último Estado miembro debe practicar una retención en la fuente sobre tales intereses y es responsable frente a dicho Estado de las retenciones no practicadas, pero no existe tal obligación de retener si la sociedad matriz es residente en este último Estado miembro;

- una sociedad matriz establecida en el último Estado miembro no habría estado obligada a efectuar pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades en los dos primeros ejercicios fiscales, sino que habría empezado a pagar el referido impuesto en una fecha muy posterior a la del ingreso de las retenciones en la fuente?

Se sugiere al Tribunal de Justicia que tenga en cuenta la respuesta dada a la sexta cuestión a la hora de responder a la séptima cuestión prejudicial.»

Asunto C-118/16, X Denmark

46 De la resolución de remisión se desprende que el grupo X es un grupo de empresas internacional al que pertenece la demandante en el litigio principal. Dicho grupo fue adquirido por varias sociedades de inversión en 2005, año en que se constituyó la demandante en el litigio principal.

47 Las referidas sociedades de inversión son accionistas directos de la sociedad *holding* en la cúspide del grupo, a saber, X SCA, SICAR, con residencia fiscal en Luxemburgo, una compañía explotada como sociedad comanditaria por acciones (SCA) y reconocida legalmente como sociedad de inversión de capital riesgo (SICAR).

48 La autoridad fiscal danesa entendió que, con arreglo al Derecho danés, X SCA, SICAR era una entidad transparente, es decir que no era un contribuyente distinto en el sentido de la ley danesa.

49 Según la resolución de remisión, la cartera de X SCA, SICAR estaba formada por una participación del 100 % en el capital de X Sweden Holding AB, entidad residente en Suecia, y un préstamo concedido a esta misma sociedad. Fuera de esa participación y ese préstamo, X SCA,

SICAR no desarrollaba ninguna actividad.

50 La única actividad de X Sweden Holding consiste en ser la sociedad *holding* de X Sweden, entidad residente en Suecia, la cual a su vez es la sociedad matriz de X Denmark, demandante en el litigio principal. El 27 de diciembre de 2006, X Sweden Holding suscribió el préstamo mencionado en el apartado anterior con su propia sociedad matriz, X SCA, SICAR, por un importe de 498 500 000 euros. A la hora de calcular su base imponible, X Sweden Holding dedujo los intereses pagados a X SCA, SICAR.

51 El 97,5 % del capital de X Sweden es propiedad de X Sweden Holding, y el 2,5 % restante de la dirección del grupo X. Durante el período al que se refiere el litigio principal, X Sweden tenía el mismo Consejo de Administración que X Sweden Holding, y no era accionista de ninguna otra sociedad aparte de X Denmark.

52 El órgano jurisdiccional remitente indica que, a principios de 2007, X Sweden se hizo cargo de la actividad que había venido desarrollando otra sociedad sueca, X AB, consistente en el registro oficial de productos y en distintas gestiones administrativas relativas a los ensayos clínicos, a raíz de lo cual X Sweden contrató a una decena de trabajadores y arrendó parte de las oficinas de la sede de X AB, en las cuales continuó trabajando el personal afectado por la cesión.

53 Según la resolución de remisión, las cuentas anuales de los ejercicios 2007 a 2009 muestran que X Sweden tenía dos partidas de ingresos, a saber, la partida «Intereses y otros conceptos similares» y la partida «Otros ingresos». X Sweden no percibió más ingresos por intereses que los satisfechos por X Denmark en cumplimiento de un préstamo de 501 millones de euros contratado, al igual que el referido en el apartado 50 de la presente sentencia, el 27 de diciembre de 2006. En los ejercicios 2007, 2008 y 2009, los intereses representaron el 98,1 %, el 97,8 % y el 98 %, respectivamente, de los ingresos totales de X Sweden, mientras que el 1,9 %, el 2,2 % y el 2 % restantes lo formaban los otros ingresos. Los intereses contabilizados en relación con el préstamo concedido a X Denmark fueron computados para el cálculo de la base imponible de X Sweden de los citados ejercicios. Durante esos años, X Sweden realizó transferencias a su sociedad matriz, X Sweden Holding, por importes respectivos de 60 468 000 euros, 75 621 000 euros y 60 353 294 euros, de conformidad con las normas particulares aplicables en Suecia para la consolidación fiscal de los resultados en el seno de un grupo, establecidas en el capítulo 35 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Estas transferencias intragrupo confirieron a X Sweden un derecho a deducción, mientras que X Sweden Holding debía incluir los importes transferidos en su base imponible.

54 X Denmark, por su parte, procedió a deducir, para el cálculo de su base imponible, los intereses satisfechos a X Sweden en ejecución del préstamo de 501 millones de euros contratado con esta última sociedad el 27 de diciembre de 2006. No practicó ninguna retención fiscal en la fuente sobre dichos intereses por considerar que X Sweden era el beneficiario efectivo de los intereses satisfechos.

55 En su resolución de 13 de diciembre de 2010, la SKAT concluyó que X Sweden, X Sweden Holding y X SCA, SICAR no podían ser considerados beneficiarios efectivos de los intereses, a los efectos de la Directiva 2003/49 y del Convenio Fiscal entre Luxemburgo y Dinamarca, así como del Convenio Fiscal entre los Países Nórdicos, y que los beneficiarios efectivos de los intereses eran los propietarios de X SCA, SICAR. Según el Ministerio de Hacienda, la forma social con que se constituyó X SCA, SICAR no figura en la lista a la que se hace referencia en el artículo 3, letra a), inciso i), de la Directiva 2003/49, de las sociedades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva, y tampoco cumple el requisito del artículo 3, letra a), inciso iii), de la misma Directiva, con arreglo al cual la sociedad no debe disfrutar de una exención. Señala el Ministerio de Hacienda que, en efecto, esta sociedad está exenta del impuesto en lo que se

refiere a ingresos por intereses, beneficios y dividendos, y que, en cualquier caso, X SCA, SICAR no puede ser el beneficiario efectivo de los intereses, por cuanto que, para el Derecho danés, es una entidad transparente. En este contexto, el Ministerio de Hacienda concluyó que X Denmark no había aportado documentación alguna que acreditara que los inversores partícipes en las sociedades de inversión titulares del capital de X SCA, SICAR, fueran, en su mayor parte, residentes fiscales en otros países de la Unión Europea o en países con los que el Reino de Dinamarca haya celebrado un convenio de doble imposición. En consecuencia, la SKAT consideró que X Denmark debería haber practicado la retención fiscal en la fuente sobre los intereses pagados a X Sweden.

56 La resolución de la SKAT de 13 de diciembre de 2010 fue impugnada por X Denmark ante los tribunales daneses.

57 En tales circunstancias, el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, en el sentido de que una sociedad residente en un Estado miembro comprendida en el artículo 3 de la misma Directiva que, en circunstancias como las del caso de autos, percibe intereses de una filial situada en otro Estado miembro es el “beneficiario efectivo” de esos intereses a efectos de la referida Directiva?

b) ¿Debe interpretarse el concepto de “beneficiario efectivo” mencionado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, conforme al concepto homólogo que figura en el artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977]?

c) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, letra b), ¿debe interpretarse dicho concepto exclusivamente a la luz de los comentarios al artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977] (apartado 8), o puede recurrirse también a comentarios posteriores, como los añadidos en 2003 respecto a las “sociedades instrumentales” (apartado 8.1, actualmente apartado 10.1), o los añadidos en 2014 sobre las “obligaciones contractuales o legales” (apartado 10.2)?

d) En caso de que pueda recurrirse a los comentarios de 2003, ¿es un requisito para poder considerar que una sociedad no es “beneficiario efectivo”, en el sentido de la Directiva [2003/49], que se haya producido una transferencia real de fondos a las personas que el Estado de residencia del pagador de los intereses considera “beneficiarios efectivos” de los intereses en cuestión y, en su caso, es un requisito adicional que la transferencia real se produzca en un momento cercano en el tiempo al pago de los intereses o en concepto de pago de intereses?

e) ¿Es relevante, a este respecto, que se utilicen recursos propios para el préstamo; que los intereses en cuestión se acumulen al principal; que el perceptor de los intereses haya realizado posteriormente una transferencia intragrupo a su sociedad matriz residente en el mismo Estado miembro con fines de consolidación fiscal de los resultados, con arreglo a las normas vigentes en dicho Estado; que los intereses se conviertan seguidamente en fondos propios de la sociedad prestataria; que el perceptor de los intereses esté obligado legal o contractualmente a transferir los intereses a otra persona, y que la mayoría de las personas consideradas “beneficiarios efectivos” de los intereses por el Estado de residencia del pagador sean residentes de otros Estados miembros o de países terceros con los que el Reino de Dinamarca tiene celebrado un convenio para evitar la doble imposición, de suerte que, con arreglo al Derecho danés, no habría existido sujeción a imposición en la fuente si tales personas hubieran sido los prestamistas y

hubieran percibido, por tanto, los intereses directamente?

f) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los intereses debe considerarse el “beneficiario efectivo” a efectos de la Directiva, que el órgano jurisdiccional remitente, tras apreciar los hechos del caso de autos, llegue a la conclusión de que el perceptor —sin estar obligado legal o contractualmente a transferir los intereses percibidos a otra persona— no disponía “básicamente” del derecho de “uso y disfrute” de los intereses en el sentido de los comentarios de 2014 al [Modelo de Convenio de la OCDE de 1977]?

2) a) ¿Para que un Estado miembro pueda invocar el artículo 5, apartado 1, de la Directiva [2003/49], relativo a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a combatir el fraude fiscal y los abusos, o el artículo 5, apartado 2, de la misma Directiva, es necesario que el Estado miembro de que se trate haya adoptado una disposición nacional específica que aplique el artículo 5 de la referida Directiva, o que la legislación nacional contenga disposiciones o principios generales sobre el fraude fiscal, los abusos y la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el citado artículo 5?

b) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, letra a), ¿puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que establece que la sujeción al impuesto por obligación real respecto de los ingresos por intereses no incluye “los intereses exentos [...] con arreglo a la Directiva [2003/49] relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros”, constituye una disposición nacional específica a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

3) ¿Una disposición de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre dos Estados miembros y redactado conforme al [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE], en virtud de la cual la imposición de los intereses depende de si el perceptor de estos es o no el beneficiario efectivo, constituye una disposición contractual contra los abusos a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

4) ¿Existe abuso, o evasión o fraude, con arreglo a la Directiva [2003/49], si en el Estado miembro de residencia del pagador de los intereses no se efectúa ninguna deducción fiscal sobre estos pero en el Estado miembro de residencia del perceptor dichos intereses están exentos?

5) a) ¿Es aplicable la Directiva [2003/49] a una sociedad residente en Luxemburgo que ha sido constituida y registrada en este país como “Sociedad comanditaria por acciones” (SCA) y, además, calificada de “Sociedad de inversión de capital riesgo” (SICAR) conforme a la loi du 15 juin 2004, relative à la société d’investissement en capital à risque (Ley de 15 de junio de 2004 sobre las Sociedades de Inversión de Capital Riesgo)?

b) En caso de respuesta afirmativa a la quinta cuestión prejudicial, letra a), ¿una “SCA, SICAR” luxemburguesa puede ser el “beneficiario efectivo” de los intereses en el sentido de la Directiva [2003/49] aunque con arreglo al Derecho interno del Estado miembro de residencia de la sociedad pagadora esté considerada una entidad fiscalmente transparente?

c) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, letra a), es decir, si la sociedad perceptora de los intereses en cuestión no puede ser considerada el “beneficiario efectivo”, ¿puede ser considerada el “beneficiario efectivo” de los intereses en cuestión, en el sentido de la Directiva, la sociedad SCA, SICAR de que se trata, en circunstancias como las del caso de autos?

6) Si un Estado miembro se niega a reconocer a una sociedad de otro Estado miembro como

beneficiario efectivo de unos intereses y sostiene que dicha sociedad es lo que se denomina una sociedad instrumental artificial, ¿tiene la obligación, con arreglo a la Directiva [2003/49] o al artículo 10 CE, de manifestar a quién considera beneficiario efectivo en ese caso?

7) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz está sujeta al impuesto por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, a una normativa en virtud de la cual el último Estado miembro exige a la sociedad responsable de la retención en la fuente (la filial) el abono de intereses de demora sobre la deuda tributaria en caso de ingreso extemporáneo de esa retención a un tipo de interés más elevado que el aplicado por este mismo Estado miembro a las deudas por el impuesto sobre sociedades (que grava también los ingresos por intereses) de una sociedad residente en dicho Estado miembro?

8) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial) y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz es sujeto pasivo por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE (o con el artículo 56 CE), por separado o conjuntamente, a una normativa en virtud de la cual,

- el pagador de los intereses en el último Estado miembro debe practicar una retención en la fuente sobre tales intereses y es responsable frente a dicho Estado de las retenciones no practicadas, pero no existe tal obligación de retener si la sociedad matriz es residente en este último Estado miembro;

- una sociedad matriz establecida en el último Estado miembro no habría estado obligada a efectuar pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades en los dos primeros ejercicios fiscales, sino que habría empezado a pagar el referido impuesto en una fecha muy posterior a la del ingreso de las retenciones en la fuente?

Se sugiere al Tribunal de Justicia que tenga en cuenta la respuesta dada a la séptima cuestión a la hora de responder a la octava cuestión prejudicial.»

Asunto C-119/16, C Danmark I

58 Como se desprende de la resolución de remisión, C USA, entidad residente en Estados Unidos, posee C Cayman Islands, entidad residente en las Islas Caimán, la cual era propietaria, hasta finales de 2004, de C Danmark II, la sociedad matriz última, con residencia fiscal en Dinamarca, de un grupo de sociedades. A finales de ese mismo año 2004, el grupo fue reestructurado de tal modo que la participación de C Cayman Islands en C Danmark II pasó a estar canalizada a través de dos sociedades suecas, C Sverige I y C Sverige II, y una sociedad danesa, C Danmark I. A partir del 1 de enero de 2005, C Danmark I pasó a ser la sociedad matriz última de la rama danesa del grupo norteamericano, cuya sociedad matriz última es C USA.

59 Las razones de la reestructuración de la rama europea del grupo fueron descritas por C Danmark I en una nota titulada *2004 European Restructuring Process* («Proceso de reestructuración europea de 2004»), en la que se indica, entre otros extremos:

«En 2004, el grupo [...] revisó su estructura organizativa y decidió integrar sociedades *holding*

adicionales y agregar un efecto de apalancamiento en su estructura europea. Las sociedades *holding* adicionales permiten a la sociedad acceder más libremente a los capitales en Europa y transferir con mayor eficacia los capitales en el seno de las familias de sociedades del grupo. Además, las cuentas de las nuevas sociedades *holding* reflejan valoraciones de mercado razonables para el grupo europeo, lo cual puede traducirse en mayores posibilidades de obtener financiación de terceros en el futuro. Por último, y acaso sea el factor más importante, la introducción del efecto de apalancamiento en la estructura permite minimizar los riesgos comerciales de la empresa al reducir la cuantía de los capitales propios expuestos en las operaciones comerciales.

Dado el régimen favorable a las sociedades *holding* que operan en Suecia en la actualidad, el grupo [...] decidió crear sus nuevas sociedades *holding* europeas en este país con el fin de acogerse a dicho régimen.»

60 El Ministerio de Hacienda consideró que la inserción de dos sociedades suecas por encima de la rama danesa del grupo obedecía a consideraciones fiscales. El 30 de octubre de 2009, la SKAT dictó una resolución en la que se declaraba que ni C Sverige II ni C Sverige I podían ser consideradas beneficiarios efectivos de los intereses satisfechos por C Danmark I, a los efectos de la Directiva 2003/49 y del Convenio Fiscal entre los Países Nórdicos.

61 Mediante resolución de 25 de mayo de 2011, la Landsskatteretten (Autoridad Tributaria Superior, Dinamarca) confirmó la resolución adoptada por la SKAT, basándose en que las sociedades suecas eran meramente instrumentales. Dicha resolución indicaba en particular lo siguiente:

«Hasta la reestructuración que tuvo lugar entre finales de 2004 y principios de 2005, el capital de la sociedad que se hallaba en la cúspide de la rama danesa del grupo, [C Danmark II], lo poseía [C Cayman Islands].

La reestructuración dio lugar a la inserción de tres sociedades de nueva creación entre [C Cayman Islands] y [C Danmark II], y a partir de entonces [C Cayman Islands] pasó a ser propietaria de una sociedad *holding* sueca que, a su vez, era propietaria de otra sociedad sueca que poseía [C Danmark I], la cual devino la sociedad matriz última en la rama danesa del grupo. La estructura de grupo se formó, en particular, a través de una serie de ventas de sociedades intragrupo y de operaciones financieras paralelas por las que [C Cayman Islands] concertó con [C Sverige I] la concesión a esta última de dos préstamos de 75 y 825 millones de euros, respectivamente, y [C Sverige II] concedió a [C Danmark I] dos préstamos de 75 y 825 millones de euros respectivamente.

El título a la orden de 75 millones de euros suscrito entre [C Cayman Islands] y [C Sverige I] incorporaba unas cláusulas exactamente idénticas a las del título a la orden de 75 millones suscrito entre [C Sverige II] y [C Danmark I]. Los títulos a la orden de 825 millones de euros [...] presentaban los dos también idéntico clausulado. Por medio de la reestructuración operada y de las relaciones crediticias constituidas en este contexto y materializadas en transacciones efectuadas entre partes movidas por intereses comunes, [C Sverige II] transfirió a [C Sverige I] los intereses percibidos de [C Danmark I], acogiéndose a las normas suecas sobre las transferencias intragrupo, mientras que [C Sverige I] procedió a retransferir los fondos a [C Cayman Islands] como gastos por intereses.

Dado que en Suecia no existía ninguna tributación de las rentas netas gravables conforme a las normas fiscales suecas en vigor, los pagos de intereses a cargo de [C Danmark I] eran transferidos íntegramente a [C Cayman Islands] por el conducto de las sociedades suecas.

Ninguna de las sociedades creadas a raíz de la reestructuración ejercía más actividades que las propias de un *holding*, de ahí que sus únicos ingresos previstos eran los relacionados con tal clase de actividad. Esta circunstancia implicaba necesariamente, por tanto, al establecerse las relaciones crediticias ligadas a la reestructuración, que las sociedades deudoras debían obtener fondos de otras sociedades del grupo para poder cumplir sus correspondientes obligaciones contractuales. Debía tratarse de un requisito previo establecido *ab initio*.

En consecuencia, se considera que [C Sverige II] es una sociedad instrumental que, dado que apenas dispone de facultades sobre las cantidades percibidas, no puede ser calificada de beneficiario efectivo de los intereses percibidos de [C Danmark I], ni con arreglo al [Convenio Fiscal entre los Países Nórdicos] ni con arreglo a la Directiva 2003/49. A este respecto, carece de relevancia el hecho de que las transferencias entre las sociedades suecas se hayan efectuado en forma de transferencias intragrupo y no como pagos de intereses.»

62 La demandante en el litigio principal, C Danmark I, considera que C Sverige II y C Sverige I se constituyeron en Suecia por razones ligadas a la reestructuración del grupo en Europa, y que esta obedecía a consideraciones comerciales y generales. Según la demandante en el litigio principal, C Sverige II es el «beneficiario efectivo» de los intereses que aquella le abonó, a los efectos de la Directiva 2003/49.

63 En tales circunstancias, el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, en el sentido de que una sociedad residente en un Estado miembro comprendida en el artículo 3 de la citada Directiva que, en circunstancias como las del caso de autos, percibe intereses de una filial situada en otro Estado miembro es el “beneficiario efectivo” de esos intereses a los efectos de esa misma Directiva?

b) ¿Debe interpretarse el concepto de “beneficiario efectivo” mencionado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, conforme al concepto homólogo que figura en el artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977]?

c) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, letra b), ¿debe interpretarse dicho concepto exclusivamente a la luz de los comentarios al artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977] (apartado 8) o puede recurrirse también a comentarios posteriores, como los añadidos en 2003 respecto a las “sociedades instrumentales” (apartado 8.1, actualmente apartado 10.1), o los añadidos en 2014 sobre las “obligaciones contractuales o legales” (apartado 10.2)?

d) En caso de que pueda recurrirse a los comentarios de 2003, ¿es un requisito para poder considerar que una sociedad no es “beneficiario efectivo”, en el sentido de la Directiva [2003/49], que se haya producido una transferencia real de fondos a las personas que el Estado de residencia del pagador de los intereses considera “beneficiarios efectivos” de los intereses en cuestión y, en su caso, es un requisito adicional que la transferencia real se produzca en un momento cercano en el tiempo al pago de los intereses o en concepto de pago de intereses?

e) ¿Es relevante, a este respecto, que se utilicen recursos propios para el préstamo; que los intereses en cuestión se acumulen al principal; que el perceptor de los intereses haya realizado posteriormente una transferencia intragrupo a su sociedad matriz residente en el mismo Estado

miembro con objeto de consolidar fiscalmente los resultados con arreglo a las normas vigentes en dicho Estado; que los intereses se conviertan seguidamente en fondos propios de la sociedad prestataria; que el perceptor de los intereses esté obligado legal o contractualmente a transferir los intereses a otra persona, y que la mayoría de las personas consideradas “beneficiarios efectivos” de los intereses por el Estado del pagador sean residentes de otros Estados miembros o de países terceros con los que el Reino de Dinamarca tiene celebrado un convenio para evitar la doble imposición, de suerte que, con arreglo al Derecho danés, no habría existido sujeción a imposición en la fuente si tales personas hubieran sido los prestamistas y hubieran percibido, por tanto, los intereses directamente?

f) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los intereses debe considerarse el “beneficiario efectivo” a efectos de la Directiva, que el órgano jurisdiccional remitente, tras apreciar los hechos del caso de autos, llegue a la conclusión de que el perceptor —sin estar obligado legal o contractualmente a transferir los intereses percibidos a otra persona— no disponía “básicamente” del derecho de “uso y disfrute” de los intereses en el sentido de los comentarios de 2014 al [Modelo de Convenio de la OCDE de 1977]?

2) a) ¿Para que un Estado miembro pueda invocar el artículo 5, apartado 1, de la Directiva [2003/49], relativo a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a combatir el fraude fiscal y los abusos, o el artículo 5, apartado 2, de la misma Directiva, es necesario que el Estado miembro de que se trate haya adoptado una disposición nacional específica que aplique el artículo 5 de la referida Directiva, o que la legislación nacional contenga disposiciones o principios generales sobre el fraude fiscal, los abusos y la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el citado artículo 5?

b) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, letra a), ¿puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Ley danesa del Impuesto sobre Sociedades, que establece que la sujeción al impuesto por obligación real respecto de los ingresos por intereses no incluye “los intereses exentos [...] con arreglo a la Directiva [2003/49] relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros”, constituye una disposición nacional específica a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

3) ¿Una disposición de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre dos Estados miembros y redactado conforme al [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE], en virtud de la cual la imposición de los intereses depende de si el perceptor de estos es o no el beneficiario efectivo, constituye una disposición contractual contra los abusos a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

4) Si un Estado miembro se niega a reconocer a una sociedad de otro Estado miembro como beneficiario efectivo de unos intereses y sostiene que dicha sociedad es lo que se denomina una sociedad instrumental artificial, ¿tiene la obligación, con arreglo a la Directiva [2003/49] o al artículo 10 CE, de manifestar a quién considera beneficiario efectivo en ese caso?

5) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz está sujeta al impuesto por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, a una normativa en virtud de la cual el último Estado miembro exige a la sociedad responsable de la retención en la fuente (la filial) el abono de intereses de demora sobre la deuda tributaria en caso de ingreso extemporáneo de esa retención a un tipo de interés más elevado que el aplicado por este mismo Estado miembro a las deudas por el

impuesto de sociedades (que grava también los ingresos por intereses) de una sociedad residente en dicho Estado miembro?

6) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (sociedad filial) y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz es sujeto pasivo por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE (o con el artículo 56 CE), por separado o conjuntamente, a una normativa en virtud de la cual,

- el pagador de los intereses en el último Estado miembro debe practicar una retención en la fuente sobre tales intereses y es responsable frente a dicho Estado de las retenciones no practicadas, pero no existe tal obligación de retener si la sociedad matriz es residente en este último Estado miembro;
- una sociedad matriz establecida en el último Estado miembro no habría estado obligada a efectuar pagos a cuenta del impuesto de sociedades en los dos primeros ejercicios fiscales, sino que habría empezado a pagar el referido impuesto en una fecha muy posterior a la del ingreso de las retenciones en la fuente?

Se sugiere al Tribunal de Justicia que tenga en cuenta la respuesta dada a la quinta cuestión a la hora de responder a la sexta cuestión prejudicial.»

Asunto C-299/16, Z Denmark

64 De la resolución de remisión se deduce que Z Denmark es una empresa industrial danesa.

65 En agosto de 2005, la sociedad de inversión A Fund adquirió alrededor del 66 % de las acciones de clase A de la antedicha sociedad (lo que representaba aproximadamente el 64 % de los derechos de voto) a sus antiguos propietarios, a saber, la sociedad de inversión B y la entidad financiera danesa C, mientras que el resto de las referidas acciones de clase A seguían perteneciendo a D. Por otro lado, cierto número de directivos de Z Denmark eran titulares de acciones de clase B.

66 A Fund está constituida por cinco fondos, de los que cuatro se crearon adoptando la forma de sociedad en comandita (*Limited Partnership*) en Jersey, es decir, una forma social fiscalmente transparente para el Derecho fiscal danés. El quinto fondo, A Fund (N.º 5) Limited, Jersey, es formalmente un sociedad fiscalmente opaca y posee alrededor del 0,5 % de A Fund. Según la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, los inversores en los cuatro primeros fondos son residentes fiscales de gran número de países de dentro y fuera de la Unión.

67 El 27 de septiembre de 2005, en el marco de la operación de adquisición a la que se ha hecho referencia en el apartado 65 de la presente sentencia, A Fund concedió a Z Denmark un préstamo de un importe de 146 010 341 DKK (en torno a 19,6 millones de euros). Se pactó el pago de un interés del 9 % anual.

68 El 28 de abril de 2006, A Fund cedió a Z Luxembourg, una sociedad creada por ella el mismo día en Luxemburgo, la totalidad de su crédito frente a Z Denmark por un total de 146 010 341 DKK (en torno a 19,6 millones de euros).

69 La operación se completó con la concesión de un préstamo por A Fund a Z Luxembourg cuyo importe era igualmente de 146 010 341 DKK (en torno a 19,6 millones de euros). Se pactó

un interés sobre el préstamo del 9,875 %, y los intereses debían contabilizarse al final del ejercicio.

70 El 21 de junio de 2006, A Fund cedió sus acciones de Z Denmark a Z Luxembourg.

71 De acuerdo con las cuentas de Z Luxembourg de 2007 (las cuentas del año 2006 presentan partidas comparables), esta sociedad no desarrollaba más actividad que la tenencia de las acciones de Z Denmark. Dichas cuentas ponen de manifiesto asimismo que los resultados de Z Luxembourg evolucionaron de un importe negativo de 23 588 euros en el ejercicio 2006 a un resultado positivo de 15 587 euros en el ejercicio 2007. De las mismas cuentas se desprende igualmente que los ingresos por intereses se elevaron en esos años a 1 497 208 euros y a 1 192 881 euros, respectivamente, mientras que los gastos por intereses fueron de 1 473 675 euros y 1 195 124 euros respectivamente. El importe consignado en la partida «Impuestos sobre beneficios» (*Tax on profit*) del ejercicio 2006 era de 3 733 euros, y el consignado para el ejercicio 2007, 0 euros.

72 El 1 de noviembre de 2007, Z Denmark devolvió el préstamo concedido por A Fund, que había producido a esa fecha unos intereses acumulados de 21 241 619 DKK (en torno a 2,85 millones de euros). Ese mismo día, Z Luxembourg canceló su deuda con A Fund, mediante el pago del principal más los intereses.

73 En su resolución de 10 de diciembre de 2010, la SKAT se negó a reconocer a Z Luxembourg como beneficiario efectivo de los intereses que le abonó Z Denmark, a los efectos de la Directiva 2003/49 y del Convenio Fiscal entre Luxemburgo y Dinamarca.

74 Mediante resolución de 31 de enero de 2012, la Autoridad Tributaria Superior confirmó la dictada por la SKAT. En dicha resolución se declaraba lo siguiente:

«No se considera, en el presente asunto, que [Z Luxembourg] sea el “beneficiario efectivo” [*beneficial owner*] a los efectos ni del [Convenio Fiscal entre Luxemburgo y Dinamarca] ni de la Directiva [2003/49].

Procede considerar, a este respecto, la estructura creada efectivamente entre partes ligadas por una comunidad de intereses y por la que [Z Luxembourg] transfirió los intereses percibidos de Z Denmark a la sociedad de inversión que, a su vez, los retransfirió a sus propios inversores.

Con la cesión a [Z Luxembourg] de los derechos de crédito de la sociedad de inversión frente a [Z Denmark], y con la adquisición simultánea por aquella sociedad de las acciones de [Z Denmark] mediante un préstamo concedido por la sociedad de inversión de un importe casi equivalente al del crédito frente a la sociedad y con estipulaciones casi idénticas, debía reducirse a cero la tributación de [Z Luxembourg] sobre los intereses pagados por la sociedad danesa por efecto del pago de los intereses por aquella a la sociedad de inversión, de suerte que el conjunto de las operaciones no daría lugar a un rendimiento neto gravable por el que la sociedad tuviera que tributar. Así pues, se considera que la sociedad luxemburguesa es una sociedad instrumental sin facultades reales o sin la posibilidad de adoptar decisiones en cuanto a la disposición de los importes transferidos.

En consecuencia, se deniega a [Z Luxembourg] la exención del impuesto en la fuente danés contemplada en el [Convenio Fiscal entre Luxemburgo y Dinamarca] y la Directiva [2003/49].

Ha quedado explicado que los intereses transferidos de [Z Luxembourg] a la sociedad de inversión, que es una entidad que debe ser considerada transparente, fueron retransferidos a los inversores de esta. Se suscita, por tanto, la cuestión de si, en su caso, sería necesario renunciar al impuesto sobre los intereses en virtud de un convenio de doble imposición aplicable a los

inversores. Tal como se han presentado los hechos del presente asunto, no está justificado que deba responderse a dicha cuestión, por la simple razón de que los elementos probatorios aportados no constituyen documentación suficiente para acreditar que se ha producido una doble imposición.»

75 La antedicha resolución de la Autoridad Tributaria Superior fue impugnada por Z Denmark ante los tribunales daneses.

76 Z Denmark alega ante el órgano jurisdiccional remitente, en particular, que el concepto de «beneficiario efectivo» en el sentido de la Directiva 2003/49 es un concepto del Derecho de la Unión que debe recibir una interpretación propia y no ser objeto de una interpretación a la luz del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE. Según Z Denmark, la interpretación puede efectuarse, en todo caso, solo con arreglo al Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977 y los comentarios correspondientes. Una interpretación dinámica resulta contraria, a juicio de Z Denmark, al principio de seguridad jurídica. Por otro lado, Z Denmark niega que en el caso de autos se haya producido un abuso en el sentido de la Directiva 2003/49.

77 Finalmente, Z Denmark critica la diferencia de trato operada en el presente asunto, contraria al artículo 43 CE, en particular la imposibilidad de que Z Luxembourg deduzca los intereses pagados por un préstamo contratado con su accionista para financiar el préstamo concedido a Z Denmark. En efecto, si Z Luxembourg hubiera sido una sociedad danesa habría podido deducir esos gastos y no habría tenido rendimientos por intereses sujetos a tributación.

78 Por lo que se refiere a la imposición en la fuente, Z Denmark alega la existencia de una serie de diferencias fundamentales con respecto a la tributación de las sociedades residentes. En primer lugar, el impuesto en la fuente es exigible antes que el impuesto sobre sociedades. En segundo lugar, los intereses de demora devengados sobre el impuesto en la fuente son mucho más elevados que en el caso del impuesto sobre sociedades. En tercer lugar, es el prestatario el obligado a retener el impuesto en la fuente. En cuarto lugar, es también el prestatario el obligado a ingresar el impuesto en la fuente.

79 En tales circunstancias, el Vestre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Oeste, Dinamarca) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, en el sentido de que una sociedad residente en un Estado miembro comprendida en el artículo 3 de la citada Directiva que, en circunstancias como las del caso de autos, percibe intereses de una filial situada en otro Estado miembro es el “beneficiario efectivo” de esos intereses a efectos de esa misma Directiva?

b) ¿Debe interpretarse el concepto de “beneficiario efectivo” mencionado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva [2003/49], en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta, conforme al concepto homólogo que figura en el artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977]?

c) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, letra b), ¿debe interpretarse dicho concepto exclusivamente a la luz de los comentarios al artículo 11 del [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977] (apartado 8) o puede recurrirse también a comentarios posteriores, como los añadidos en 2003 respecto a las “sociedades instrumentales” (apartado 8.1, actualmente apartado 10.1), o los añadidos en 2014 sobre las “obligaciones contractuales o legales” (apartado 10.2)?

d) En caso de que pueda recurrirse a los comentarios de 2003, ¿es relevante, en el presente asunto, para considerar que una sociedad no es el “beneficiario efectivo” en el sentido de la Directiva [2003/49], el hecho de que los intereses en cuestión se acumulen al principal; que el perceptor de los intereses esté obligado legal o contractualmente a transferirlos a otra persona, y que la mayoría de las personas acreedoras de los intereses, y consideradas el “beneficiario efectivo” de los intereses por el Estado del pagador, sean residentes de otros Estados miembros o de países terceros con los que el Reino de Dinamarca tiene celebrado un convenio para evitar la doble imposición, de suerte que, con arreglo al Derecho danés, no habría existido sujeción a imposición en la fuente si tales personas hubieran sido los prestamistas y hubieran percibido, por tanto, los intereses directamente?

e) ¿Qué relevancia tiene, para determinar si el perceptor de los intereses debe considerarse el “beneficiario efectivo” a efectos de la Directiva, que el órgano jurisdiccional remitente, tras apreciar los hechos del caso de autos, llegue a la conclusión de que el perceptor —sin estar obligado legal o contractualmente a transferir los intereses percibidos a otra persona— no disponía “básicamente” del derecho de “uso y disfrute” de los intereses en el sentido de los comentarios de 2014 al [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1977]?

2) a) ¿Para que un Estado miembro pueda invocar el artículo 5, apartado 1, de la Directiva [2003/49], relativo a la aplicación de disposiciones nacionales destinadas a combatir el fraude fiscal y los abusos, o el artículo 5, apartado 2, de la misma Directiva, es necesario que el Estado miembro de que se trate haya adoptado una disposición nacional específica que aplique el artículo 5 de la referida Directiva, o que la legislación nacional contenga disposiciones o principios generales sobre el fraude fiscal, los abusos y la evasión fiscal que puedan interpretarse de conformidad con el citado artículo 5?

b) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, letra a), ¿puede considerarse que el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Ley danesa del Impuesto sobre Sociedades, que establece que la sujeción al impuesto por obligación real respecto de los ingresos por intereses no incluye “los intereses exentos [...] con arreglo a la Directiva [2003/49], relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros”, constituye una disposición nacional específica a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

3) ¿Una disposición de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre dos Estados miembros y redactado conforme al [Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE], en virtud de la cual la imposición de los intereses depende de si el perceptor de estos es o no el beneficiario efectivo, constituye una disposición contractual contra los abusos a los efectos del artículo 5 de la Directiva?

4) Si un Estado miembro se niega a reconocer a una sociedad de otro Estado miembro como beneficiario efectivo de unos intereses y sostiene que dicha sociedad es lo que se denomina una sociedad instrumental artificial, ¿tiene la obligación, con arreglo a la Directiva [2003/49] o al artículo 10 CE, de manifestar a quién considera beneficiario efectivo en ese caso?

5) Si el pagador de intereses es residente de un Estado miembro y el perceptor de los intereses es residente de otro Estado miembro, y el primer Estado miembro considera que el perceptor de los intereses no es el “beneficiario efectivo” en el sentido de la Directiva [2003/49] y que, en consecuencia, está sujeto al impuesto en su territorio por obligación real respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, a una normativa en virtud de la cual el primer Estado miembro, al someter al impuesto al perceptor de intereses no residente, no tiene en cuenta los gastos por intereses en que haya incurrido este en

circunstancias como las del litigio principal, pese a que tales gastos financieros, al ser generalmente deducibles en virtud de la legislación de ese Estado miembro, pueden minorar la base imponible de un perceptor de intereses residente?

6) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente, con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial), y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz está sujeta al impuesto por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, a una normativa en virtud de la cual el último Estado miembro exige a la sociedad responsable de la retención en la fuente (la filial) el abono de intereses de demora sobre la deuda tributaria en caso de ingreso extemporáneo de esa retención a un tipo de interés más elevado que el aplicado por este mismo Estado miembro a las deudas por el impuesto sobre sociedades (que grava también los ingresos por intereses) de una sociedad residente en dicho Estado miembro?

7) Si se considera, en un caso concreto, que una sociedad residente en un Estado miembro (sociedad matriz) no está exenta de la retención en la fuente con arreglo a la Directiva [2003/49], respecto a los intereses percibidos de una sociedad residente en otro Estado miembro (filial) y este último Estado miembro considera que la sociedad matriz es un sujeto pasivo por obligación real en su territorio respecto a dichos intereses, ¿se opone el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE (o con el artículo 56 CE), por separado o conjuntamente, a una normativa en virtud de la cual,

– el pagador de los intereses en el último Estado miembro debe practicar una retención en la fuente sobre tales intereses y es responsable frente a dicho Estado de las retenciones no practicadas, pero no existe tal obligación de retener si la sociedad matriz es residente en este último Estado miembro;

– una sociedad matriz establecida en el último Estado miembro no habría estado obligada a efectuar pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades en los dos primeros ejercicios fiscales, sino que habría empezado a pagar el referido impuesto en una fecha muy posterior a la del ingreso de las retenciones en la fuente?

Se sugiere al Tribunal de Justicia que tenga en cuenta la respuesta dada a la sexta cuestión a la hora de responder a esta cuestión prejudicial.»

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

80 Dada la conexión que muestran los cuatro asuntos principales, que tienen por objeto, todos ellos, la interpretación de la Directiva 2003/49 y de libertades fundamentales reconocidas en los Tratados, procede acumularlos a efectos de la sentencia.

81 Mediante escrito de 2 de marzo de 2017, el Gobierno danés solicitó, conforme al artículo 16, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que los cuatro asuntos fueran juzgados por la Gran Sala del Tribunal de Justicia. Además, dadas las similitudes entre estos asuntos y los asuntos C-116/16 y C-117/16, objeto de la sentencia de hoy, T Danmark e Y Denmark Aps (C-116/16 y C-117/16), el Gobierno danés propuso también al Tribunal de Justicia que, con arreglo al artículo 77 de su Reglamento de Procedimiento, organizara una vista oral común a todos los referidos asuntos. El Tribunal de Justicia accedió a lo solicitado por el Gobierno danés.

Sobre las cuestiones prejudiciales

82 Las cuestiones prejudiciales formuladas por los órganos jurisdiccionales nacionales plantean tres temáticas. La primera se refiere al concepto de «beneficiario efectivo» en el sentido de la Directiva 2003/49, así como a la existencia de una base jurídica que permita a un Estado miembro denegar, con motivo de la comisión de un abuso de Derecho, la exención de cualquier impuesto establecida en el artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva a una sociedad que ha pagado intereses a una entidad residente en otro Estado miembro. Partiendo del supuesto de que exista tal base jurídica, la segunda temática abordada por las cuestiones prejudiciales se refiere a los elementos constitutivos de un eventual abuso de Derecho y a las maneras de probar tal abuso. Finalmente, la tercera temática que plantean las cuestiones, igualmente en la hipótesis de que un Estado tenga la posibilidad de denegar a tal sociedad las ventajas de la Directiva 2003/49, versa sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, con el fin de permitir a los órganos jurisdiccionales remitentes verificar si la legislación danesa viola las mencionadas libertades.

Sobre la primera cuestión prejudicial, letras a) a c), la segunda cuestión prejudicial, letras a) y b), y la tercera cuestión prejudicial, en los asuntos C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16

83 En primer lugar, mediante la primera cuestión prejudicial, letras a) a c), en los asuntos C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, los órganos jurisdiccionales remitentes exponen sus dudas sobre cómo debe interpretarse el concepto de «beneficiario efectivo de los intereses» a los efectos del artículo 1, apartados 1 y 4, de la Directiva 2003/49. En segundo lugar, mediante la segunda cuestión prejudicial, letras a) y b), y la tercera cuestión prejudicial en los asuntos C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, si la lucha contra el fraude o los abusos, permitida por el artículo 5 de la Directiva 2003/49, supone la existencia de una disposición nacional o contractual destinada a impedir el abuso en el sentido del apartado 1 de ese artículo. Los referidos órganos jurisdiccionales preguntan, en particular, si una disposición nacional o contractual que contiene el concepto de «beneficiario efectivo» puede ser considerada constitutiva de una base jurídica que permite combatir el fraude o el abuso de Derecho.

Sobre el concepto de «beneficiario efectivo de los intereses»

84 Procede señalar, de entrada, que el concepto de «beneficiario efectivo de los intereses» que figura en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 no puede hacer referencia a conceptos de Derecho nacional de alcance diverso.

85 Ya se ha declarado sobre este punto que de los considerandos 2 a 4 de la Directiva 2003/49 resulta que esta tiene por objeto la eliminación de la doble imposición en lo que respecta a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros y que dichos pagos sean gravados una vez en un solo Estado miembro, y que la supresión de los impuestos sobre los referidos pagos en el Estado miembro en el que se generan constituye la solución más adecuada para conseguir la igualdad de trato fiscal entre las transacciones nacionales y las transfronterizas (sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, apartado 24).

86 Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/49, tal como está delimitado en su artículo 1, apartado 1, comprende la exención, en origen, de los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro, siempre que el beneficiario efectivo sea una sociedad establecida en otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado

miembro perteneciente a una sociedad de un Estado miembro (sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, apartado 25).

87 El Tribunal de Justicia ha resaltado además que, toda vez que el artículo 2, letra a), de esta Directiva define los intereses como «el rendimiento de los créditos de cualquier clase», únicamente el beneficiario efectivo puede percibir intereses como rendimiento de tales créditos (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, Scheuten Solar Technology, C-397/09, EU:C:2011:499, apartado 27).

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. En consonancia con lo que se ha señalado en el apartado 86 de la presente sentencia, solo una entidad residente en la Unión puede constituir un beneficiario efectivo de intereses que puede acogerse a la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49.

90 Por otro lado, como se desprende de la 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, presentada el 6 de marzo de 1998 [documento COM(1998) 67 final], que originó la Directiva 2003/49, esta última se inspira en el artículo 11 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1996 y persigue el mismo objetivo que este, a saber, evitar la doble imposición internacional. Así pues, el concepto de «beneficiario efectivo» que figura en los convenios bilaterales que se ajustan al citado modelo, así como las sucesivas modificaciones introducidas en dicho modelo y en los correspondientes comentarios son pertinentes para la interpretación de la antedicha Directiva.

91 Las demandantes en los litigios principales aducen que una interpretación de «beneficiario efectivo de los intereses o cánones», en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, a la luz del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE y de los correspondientes comentarios no podría aceptarse, porque carecería de toda legitimidad democrática. Ahora bien, este argumento no puede ser acogido, toda vez que tal interpretación, aunque se inspire en los trabajos de la OCDE, puede fundarse, como se desprende de los apartados 85 a 90 de la presente sentencia, en la propia Directiva 2003/49 así como en los antecedentes legislativos de esta, que son reflejo del proceso democrático de la Unión.

92 Pues bien, la evolución del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE y de los correspondientes comentarios expuesta en los apartados 4 a 6 de la presente sentencia indica que el concepto de «beneficiario efectivo» excluye 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.

93 Los convenios bilaterales celebrados entre unos y otros Estados miembros sobre la base del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, como el Convenio Fiscal entre los Países Nórdicos, reflejan también esa evolución. Debe observarse, en efecto, que los referidos convenios, citados en los apartados 16 a 18 de la presente sentencia, contienen todos ellos la expresión «beneficiario efectivo» en el sentido de dicho modelo.

94 Es oportuno precisar asimismo que la mera circunstancia de que la sociedad que percibe los intereses en un Estado miembro no sea el «beneficiario efectivo» no significa necesariamente que no sea aplicable la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49. Cabe la posibilidad de que tales intereses estén exentos en virtud de dicha disposición en el Estado de la fuente, si la sociedad que los percibe transfiere su importe a un beneficiario efectivo residente en la Unión que además cumple todos los requisitos exigidos por la Directiva 2003/49 para poder acogerse a tal exención.

Sobre la necesidad de una disposición nacional o contractual específica por la que se aplique el artículo 5 de la Directiva 2003/49

95 Los órganos jurisdiccionales remitentes solicitan que se dilucide si, para combatir un abuso de Derecho en el marco de la aplicación de la Directiva 2003/49, un Estado miembro debe haber adoptado una disposición nacional específica de transposición de esta Directiva o puede referirse a principios o a disposiciones nacionales o contractuales contra las prácticas abusivas.

96 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, existe en el ordenamiento jurídico de la Unión un principio general del Derecho que establece que los justiciables no pueden invocar el Derecho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta (sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros, C?212/97, EU:C:1999:126, apartado 24 y jurisprudencia citada; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C?255/02, EU:C:2006:121, apartado 68; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C?196/04, EU:C:2006:544, apartado 35; de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C?251/16, EU:C:2017:881, apartado 27, y de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica, C?356/15, EU:C:2018:555, apartado 99).

97 Los justiciables están obligados a respetar este principio general del Derecho. En efecto, la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de julio de 2007, Kofoed, C?321/05, EU:C:2007:408, apartado 38; de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C?251/16, EU:C:2017:881, apartado 27, y de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica, C?356/15, EU:C:2018:555, apartado 99).

98 De esta manera, el referido principio implica que un Estado miembro debe denegar el amparo de las disposiciones del Derecho de la Unión cuando se invoquen no para la realización de los objetivos de las disposiciones en cuestión sino con el fin de disfrutar de una ventaja del Derecho de la Unión aunque los requisitos establecidos al respecto se cumplan solo formalmente.

99 Esto es lo que acontece, por ejemplo, cuando el cumplimiento de las formalidades aduaneras no se inscribe en el marco de transacciones comerciales normales, sino que es meramente formal y pretende obtener abusivamente la concesión de montantes compensatorios (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1981, Schumacher y otros, 250/80, EU:C:1981:246, apartado 16, y de 3 de marzo de 1993, General Milk Products, C?8/92, EU:C:1993:82, apartado 21) o de restituciones a la exportación (véase, en este sentido, la

sentencia de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, apartado 59).

100 Por otra parte, el principio de prohibición del abuso de Derecho se aplica en materias tan variadas como la libre circulación de mercancías (sentencia de 10 de enero de 1985, Association des Centres distributeurs Leclerc y Thouars Distribution, 229/83, EU:C:1985:1, apartado 27), la libre prestación de servicios (sentencia de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie, C-148/91, EU:C:1993:45, apartado 13), los contratos públicos de servicios (sentencia de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n.5 «Spezzino» y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 62), la libertad de establecimiento (sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, apartado 24), el Derecho de sociedades (sentencia de 23 de marzo de 2000, Diamantis, C-373/97, EU:C:2000:150, apartado 33), la seguridad social (sentencias de 2 de mayo de 1996, Paletta, C-206/94, EU:C:1996:182, apartado 24; de 6 de febrero de 2018, Altun y otros, C-359/16, EU:C:2018:63, apartado 48, y de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica, C-356/15, EU:C:2018:555, apartado 99), los transportes (sentencia de 6 de abril de 2006, Agip Petroli, C-456/04, EU:C:2006:241, apartados 19 a 25), la política social (sentencia de 28 de julio de 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, apartados 37 a 41), las medidas restrictivas (sentencia de 21 de diciembre de 2011, Afrasiabi y otros, C-72/11, EU:C:2011:874, apartado 62) o incluso el impuesto sobre el valor añadido (IVA) (sentencia de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, EU:C:2006:121, apartado 74).

101 En lo atinente a esta última materia, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que, si bien la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Directiva 77/388 del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO 1977, L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54), no es menos cierto que el principio de prohibición de prácticas abusivas constituye un principio general del Derecho de la Unión que se aplica independientemente de si los derechos y ventajas objeto de abuso encuentran su fundamento en los Tratados, en un reglamento o en una directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartados 30 y 31).

102 De ello se sigue que el principio general de prohibición de prácticas abusivas debe oponerse frente a una persona que invoca determinadas normas del Derecho de la Unión que establecen una ventaja si la aplicación que pretende de tales normas es incongruente con los objetivos para los que se adoptaron. De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que este principio puede oponerse frente a un sujeto pasivo para denegarle, en particular, el derecho a la exención del IVA aun cuando no existan disposiciones de Derecho nacional que prevean tal denegación (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU:C:2014:2455, apartado 62, y de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartado 33).

103 En los asuntos principales, las normas que según la SKAT han sido aplicadas abusivamente son las disposiciones de la Directiva 2003/49, que se adoptó con el fin de generar condiciones favorables al desarrollo de un mercado único que reúna las características de un mercado interior y que establece una exención, en el Estado miembro de la fuente, de los intereses satisfechos a una sociedad asociada residente en otro Estado miembro. Como se desprende de la propuesta de Directiva mencionada en el apartado 90 de la presente sentencia, algunas definiciones enunciadas en esta Directiva están inspiradas en las que figuran en el artículo 11 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE de 1996.

104 Si bien el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2003/49 dispone que esta no se opondrá a

la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos, no puede interpretarse esa disposición en el sentido de que excluye la aplicación del principio general del Derecho de la Unión de prohibición de las prácticas abusivas, recordado en los apartados 96 a 98 de la presente sentencia. En efecto, las operaciones que según la SKAT constituyen abuso de Derecho están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing, C-103/09, EU:C:2010:804, apartado 42) y podrían resultar incompatibles con el objetivo perseguido por dicha Directiva.

105 De igual forma, si bien el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2003/49 dispone que los Estados miembros podrán, en caso de fraude, evasión o abuso, denegar el amparo de esta Directiva o negarse a aplicarla, tampoco puede interpretarse esta disposición en el sentido de que excluye la aplicación del principio general del Derecho de la Unión de prohibición de las prácticas abusivas, por cuanto la aplicación del referido principio no está sometida a una exigencia de transposición como la que rige para las disposiciones de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartados 28 y 31).

106 Como se ha recordado en el apartado 85 de la presente sentencia, de los considerandos 2 a 4 de la Directiva 2003/49 se deduce que esta tiene por objeto la eliminación de la doble imposición de los intereses y cánones pagados entre sociedades asociadas de Estados miembros diferentes o entre establecimientos permanentes de dichas sociedades con el fin de, por un lado, evitar trámites administrativos onerosos y problemas de tesorería y, por otro, conseguir la igualdad de trato fiscal entre las transacciones nacionales y las transfronterizas.

107 Pues bien, autorizar la creación de estructuras financieras cuyo único fin es disfrutar de las ventajas fiscales que se derivan de la aplicación de la Directiva 2003/49 no sería congruente con tales objetivos y, por el contrario, sería perjudicial para la cohesión económica y para el buen funcionamiento del mercado interior, al falsear la competencia. Como señaló en esencia la Abogado General en el punto 63 de sus conclusiones en el asunto C-115/16, igual consideración sería aplicable aun cuando las operaciones en cuestión no persiguieran exclusivamente tal fin, pues el Tribunal de Justicia ha declarado que el principio de prohibición de las prácticas abusivas es aplicable, en materia fiscal, cuando la búsqueda de una ventaja fiscal constituya la finalidad esencial de las operaciones de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 2008, Part Service, C-425/06, EU:C:2008:108, apartado 45, y de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartado 53).

108 Por otra parte, no cabe oponer a la aplicación del principio general de prohibición de las prácticas abusivas el derecho de los contribuyentes a obtener ventajas de la competencia ejercida por los Estados miembros con motivo de la falta de armonización de la tributación de los beneficios. A este respecto, procede recordar que la Directiva 2003/49 persigue el objetivo de una armonización en materia de impuestos directos con el fin de permitir a los operadores económicos disfrutar del mercado interior mediante la supresión de los fenómenos de doble imposición, y que, en particular, el considerando 6 de esa Directiva precisa que es necesario no impedir que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para combatir el fraude y los abusos.

109 Si bien el intento de un contribuyente de acogerse al régimen fiscal que le resulte más ventajoso no puede fundar, como tal, una presunción general de fraude o de abuso (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, apartado 50; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, apartado 84, y de 24 de noviembre de 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, apartado 60), también es cierto que tal contribuyente no puede

disfrutar de un derecho o de una ventaja que se deriven del Derecho de la Unión si la operación en cuestión es puramente artificial desde el punto de vista económico y persigue eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C?196/04, EU:C:2006:544, apartado 51; de 7 de noviembre de 2013, K, C?322/11, EU:C:2013:716, apartado 61, y de 25 de octubre de 2017, Polbud – Wykonawstwo, C?106/16, EU:C:2017:804, apartados 61 a 63).

110 De lo expuesto se infiere que incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales denegar el amparo de los derechos establecidos por la Directiva 2003/49 cuando estos se invocan de manera fraudulenta o abusiva.

111 De este modo, habida cuenta del principio general del Derecho de la Unión de prohibición de las prácticas abusivas y de la necesidad de imponer el respeto de este principio en la aplicación del Derecho de la Unión, la falta de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a combatir tales prácticas es irrelevante en relación con la obligación de las autoridades nacionales de denegar el amparo de los derechos establecidos por la Directiva 2003/49 cuando sean invocados de manera fraudulenta o abusiva.

112 Las demandantes en los litigios principales se apoyan en la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C?321/05, EU:C:2007:408), concerniente al disfrute de una exención establecida por la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO 1990, L 225, p. 1), para sostener que, con arreglo al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2003/49, el Estado miembro de que se trate solo puede denegar el disfrute de las ventajas contempladas en esta Directiva si la legislación nacional proporciona una base jurídica clara y específica al respecto.

113 Sin embargo, esta argumentación no puede ser acogida.

114 Ciertamente, el Tribunal de Justicia señaló, en el apartado 42 de la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C?321/05, EU:C:2007:408), que el principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan, por sí mismas, crear obligaciones para los particulares y puedan, por tanto, ser invocadas en cuanto tales por el Estado miembro frente a los particulares.

115 También recordó que tal consideración debe entenderse sin perjuicio de la obligación de todas las autoridades de un Estado miembro de interpretar el Derecho nacional, a la hora de aplicarlo, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de las directivas comunitarias para conseguir el resultado perseguido por ellas, de suerte que dichas autoridades puedan invocar frente a los particulares una interpretación conforme del Derecho nacional (véase, en este sentido la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed, C?321/05, EU:C:2007:408, apartado 45 y jurisprudencia citada).

116 Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia invitó al órgano jurisdiccional remitente a que examinara si en el Derecho danés existía una disposición o un principio general que prohibieran el abuso de Derecho u otras disposiciones sobre el fraude o la evasión fiscal que pudieran interpretarse conforme a la disposición de la Directiva 90/434 según la cual, en esencia, un Estado miembro puede denegar el derecho a deducción establecido por dicha Directiva cuando se trate de una operación cuyo fin esencial sea la comisión de tal fraude o evasión, y a verificar a continuación, en su caso, si en el asunto principal se daban los requisitos para la aplicación de aquellas disposiciones internas (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed, C?321/05, EU:C:2007:408, apartados 46 y 47).

117 No obstante, aunque resultase en los asuntos principales que el Derecho nacional no contiene normas que puedan interpretarse conforme al artículo 5 de la Directiva 2003/49, no cabría deducir, a pesar de lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 5 de julio de 2007, Kofoed (C?321/05, EU:C:2007:408), que a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales les resulta imposible denegar, en caso de fraude o de abuso de Derecho, la ventaja derivada del derecho a la exención previsto en el artículo 1, apartado 1, de esta Directiva (véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C?131/13, C?163/13 y C?164/13, EU:C:2014:2455, apartado 54).

118 En efecto, una denegación de la exención a un contribuyente cuando concurren tales circunstancias no está comprendida en el supuesto descrito en el apartado 114 de la presente sentencia, toda vez que aquella responde al principio general del Derecho de la Unión según el cual no es lícito invocar normas del Derecho de la Unión de manera fraudulenta o abusiva (véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C?131/13, C?163/13 y C?164/13, EU:C:2014:2455, apartados 55 y 56 y jurisprudencia citada).

119 Por lo tanto, en la medida en que, como se ha recordado en el apartado 96 de la presente sentencia, unos hechos abusivos o fraudulentos no pueden fundamentar un derecho previsto en el ordenamiento jurídico de la Unión, la denegación de una ventaja derivada de una directiva, en este caso, de la Directiva 2003/49, no equivale a imponer una obligación al particular afectado en virtud de dicha Directiva, sino que solo es la mera consecuencia de la constatación de que las condiciones objetivas requeridas para la obtención de la ventaja buscada, establecidas en la citada Directiva por lo que se refiere a dicho derecho, se cumplen solo formalmente (véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C?131/13, C?163/13 y C?164/13, EU:C:2014:2455, apartado 57 y jurisprudencia citada).

120 En tales circunstancias, los Estados miembros deben, por tanto, denegar la ventaja que resulta de la Directiva 2003/49, de acuerdo con el principio general de prohibición de las prácticas abusivas según el cual el Derecho de la Unión no puede brindar cobertura a las prácticas abusivas llevadas a cabo por los operadores económicos (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica, C?356/15, EU:C:2018:555, apartado 99 y jurisprudencia citada).

121 Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado 111 de la presente sentencia, no ha lugar a responder a la cuestión prejudicial tercera planteada por los órganos jurisdiccionales remitentes, relativa, en esencia, a si una disposición de un convenio bilateral para evitar la doble imposición en la que se haga referencia al concepto de «beneficiario efectivo» puede constituir una base jurídica para combatir las prácticas fraudulentas y abusivas en el marco de la Directiva 2003/49.

122 Por todas estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letras a) a c), y a la segunda cuestión prejudicial, letras a) y b), en los asuntos C?115/16, C?118/16, C?119/16 y C?299/16 de la siguiente manera:

— El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido de que la exención de cualquier impuesto sobre los pagos de intereses que se establece en aquel apartado está reservada exclusivamente a los beneficiarios efectivos de tales intereses, a saber, las entidades que disfrutaban realmente de los intereses en cuestión desde el punto de vista económico y que, por lo tanto, disponen de la facultad de decidir libremente el destino de estos.

— El principio general del Derecho de la Unión según el cual los justiciables no pueden invocar

normas del Derecho de la Unión de manera fraudulenta o abusiva debe interpretarse en el sentido de que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando se produzca una práctica fraudulenta o abusiva, deben denegar al contribuyente el beneficio de la exención de cualquier impuesto sobre los pagos de intereses establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, aun cuando no exista disposición nacional o contractual alguna que contemple tal denegación.

Sobre la primera cuestión prejudicial, letras d) a f), en los asuntos C-115/16, C-118/16 y C-119/16; sobre la primera cuestión prejudicial, letras d) y e), en el asunto C-299/16; sobre la cuarta cuestión prejudicial en los asuntos C-115/16 y C-118/16; sobre la quinta cuestión prejudicial en el asunto C-115/16; sobre la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-118/16; y sobre la cuarta cuestión prejudicial en los asuntos C-119/16 y C-299/16

123 Mediante la cuestión prejudicial primera, letras d) a f), en los asuntos C-115/16, C-118/16 y C-119/16; la cuestión prejudicial primera, letras d) y e), en el asunto C-299/16, y la cuestión prejudicial cuarta en los asuntos C-115/16 y C-118/16, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, cuáles son los elementos constitutivos de un abuso de Derecho y cómo puede probarse la concurrencia de tales elementos. Exponen sus dudas en este contexto, en particular, sobre si puede existir un abuso de Derecho en caso de intereses transferidos por sociedades instrumentales cuyo beneficiario efectivo es finalmente una sociedad que tiene su sede en un Estado tercero con el que el Estado miembro de que se trate ha celebrado un convenio fiscal para evitar la doble imposición. Mediante la cuestión prejudicial quinta en el asunto C-115/16, la cuestión prejudicial sexta en el asunto C-118/16 y la cuestión prejudicial cuarta en los asuntos C-119/16 y C-299/16, dichos órganos jurisdiccionales preguntan, en esencia, si un Estado miembro que se niega a reconocer a una sociedad de otro Estado miembro como beneficiario efectivo de los intereses está obligado a identificar a la sociedad a la que considera, en su caso, el beneficiario efectivo.

Sobre los elementos constitutivos de un abuso de Derecho y la prueba de su existencia

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

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

126 No corresponde al Tribunal de Justicia apreciar los hechos de los asuntos principales. No obstante, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede, en su caso, proporcionar indicios a los órganos jurisdiccionales nacionales con el objeto de guiarles en la apreciación del asunto que deben juzgar. En los asuntos principales, aunque la presencia de algunos de esos indicios pudiera permitir extraer la conclusión de que existe un

abuso de Derecho, incumbe sin embargo a los órganos jurisdiccionales remitentes verificar si tales indicios son objetivos y concordantes, y si las demandantes en los litigios principales tuvieron la posibilidad de aportar pruebas en contrario.

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

128 De este modo, constituye un indicio de la existencia de una estructura creada con el objeto de disfrutar indebidamente de la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 la circunstancia de que dichos intereses, una vez percibidos, sean retransferidos por la sociedad perceptora íntegramente o en su cuasitotalidad, y en un plazo muy breve, a entidades que no cumplen los requisitos de aplicación de la Directiva 2003/49, ya sea porque no están domiciliadas en ningún Estado miembro o bien porque no han sido constituidas revistiendo alguna de las formas que figuran en el anexo de esta Directiva, o bien porque no están sujetas a alguno de los impuestos enumerados en el artículo 3, letra a), inciso iii), de dicha Directiva sin estar acogidas a una exención, o bien incluso porque no constituyen una sociedad asociada en el sentido del artículo 3, letra b), de la misma Directiva.

129 Pues bien, entidades como las sociedades de que se trata en los asuntos C-119/16 y C-299/16 o como los fondos de inversión en cuestión en los asuntos C-115/16 y C-299/16, que tienen su residencia fiscal fuera de la Unión, no satisfacen los requisitos de aplicación de la Directiva 2003/49. En dichos asuntos, si la empresa danesa deudora de los intereses hubiera pagado estos directamente a las entidades que, según el Ministerio de Hacienda, eran los beneficiarios efectivos, el Reino de Dinamarca habría podido percibir el impuesto retenido en la fuente.

130 De igual forma, el carácter artificial de un escenario puede ser corroborado por la circunstancia de que el grupo de sociedades implicado posea una estructura tal que la sociedad perceptora de los intereses pagados por la sociedad deudora deba transferir a su vez esos intereses a una tercera sociedad que no cumple los requisitos de aplicación de la Directiva 2003/49, con la consecuencia de que aquella sociedad solo realiza un beneficio gravable insignificante cuando opera como sociedad instrumental con la función de permitir que las cantidades satisfechas fluyan de la sociedad deudora a la beneficiaria efectiva de dichos importes.

131 La circunstancia de que una sociedad opera como sociedad instrumental puede probarse cuando la única actividad que realiza dicha entidad consiste en la percepción de los intereses y la transferencia de estos al beneficiario efectivo o a otras sociedades instrumentales. A este respecto, la falta de una actividad económica real deberá deducirse, teniendo en cuenta las características singulares de la actividad de que se trate, de un análisis del conjunto de los datos pertinentes relativos, en particular, a la gestión de la sociedad, a sus estados contables, a la estructura de sus costes y a los gastos reales soportados, al personal que emplea así como a las instalaciones y los equipos de que dispone.

132 También pueden constituir indicios de un escenario artificial los diferentes contratos existentes entre las sociedades implicadas en las operaciones financieras en cuestión, que den lugar a flujos financieros intragrupo que, como se menciona en el artículo 4 de la Directiva 2003/49, pueden tener por objeto transferir los resultados positivos de una sociedad comercial

beneficiaria a entidades accionistas con el fin de evitar o reducir al máximo la carga impositiva. Asimismo, pueden utilizarse como prueba indiciaria de tal escenario el tipo de financiación utilizado para las operaciones, la evaluación de los fondos propios de las sociedades intermediarias así como el hecho de que no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los intereses percibidos. A este respecto, pueden constituir tales indicios no solamente la existencia de una obligación legal o contractual a cargo de la sociedad que percibe los intereses de transmitirlos a un tercero, sino también el hecho de que, como señala el órgano jurisdiccional remitente en los asuntos C-115/16, C-118/16 y C-119/16, «básicamente» no se haya conferido a dicha sociedad el derecho de usar y disponer de tales importes, aunque tampoco esté sujeta a una obligación legal o contractual.

133 Por otra parte, tales indicios pueden resultar confirmados por circunstancias como la coincidencia o la proximidad en el tiempo de, por un lado, la entrada en vigor de cambios importantes en la legislación fiscal, como en el caso de la legislación danesa en cuestión en los litigios principales, que determinados grupos de sociedades intentan eludir, y por otro, la ejecución de operaciones financieras complejas y la concertación de préstamos en el seno de un mismo grupo.

134 Los órganos jurisdiccionales remitentes albergan también dudas, en esencia, sobre si puede concurrir abuso de Derecho cuando el beneficiario efectivo de los intereses transferidos por las sociedades instrumentales es finalmente una sociedad que tiene su sede en un Estado tercero con el que el Estado miembro de la fuente ha celebrado un convenio fiscal en virtud del cual los intereses no habrían estado sujetos a retención si hubieran sido pagados directamente a la sociedad que tiene su sede en dicho Estado tercero.

135 A este respecto, a la hora de examinar la estructura del grupo, carece de pertinencia el hecho de que entre los beneficiarios efectivos de los intereses transferidos por la sociedad instrumental figuren entidades con residencia fiscal en un Estado tercero que ha celebrado un convenio de doble imposición con el Estado miembro de la fuente. Se ha de resaltar, en efecto, que la existencia de tal convenio no excluye de por sí un abuso de Derecho. De esta manera, un convenio del tipo expresado no obsta para que pueda declararse la existencia de un abuso de Derecho, debidamente acreditado sobre la base de unos hechos que ponen de manifiesto que unos operadores económicos han realizado operaciones puramente formales o artificiales, carentes de toda justificación económica y comercial, con el objetivo esencial de disfrutar ilícitamente de la exención de cualquier impuesto establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49.

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

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

138 Por añadidura, si el beneficiario efectivo de un pago de intereses tiene su residencia fiscal en un Estado tercero, la denegación de la exención contemplada en el artículo 1, apartado 1, de

la Directiva 2003/49 no precisa en absoluto que se constate un fraude o un abuso de Derecho. En efecto, como se ha recordado en esencia en el apartado 86 de la presente sentencia, esta disposición va dirigida a eximir los pagos de intereses procedentes del Estado miembro de la fuente, siempre que el beneficiario efectivo sea una sociedad establecida en otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro perteneciente a una sociedad de un Estado miembro.

139 Por todas estas consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial primera, letras d) a f), en los asuntos C-115/16, C-118/16 y C-119/16, a la cuestión prejudicial primera, letras d) y e), en el asunto C-299/16, y a la cuestión prejudicial cuarta en los asuntos C-115/16 y C-118/16 que la prueba de una práctica abusiva precisa, de un lado, un conjunto de circunstancias objetivas del que resulte que, pese al cumplimiento formal de los requisitos establecidos por la normativa de la Unión, no se ha conseguido el objetivo perseguido por esta y, de otro, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener una ventaja derivada de la normativa de la Unión mediante la producción artificial de las condiciones que se requieren para su obtención. La concurrencia de cierto número de indicios puede acreditar la existencia de un abuso de Derecho, siempre que estos sean objetivos y concordantes. Tales indicios pueden consistir, en particular, en la existencia de sociedades instrumentales carentes de justificación económica, así como en el carácter puramente formal de la estructura del grupo de sociedades, de las operaciones financieras y de los préstamos. La circunstancia de que el Estado miembro del que proceden los intereses haya celebrado un convenio con el Estado tercero en el que reside la sociedad beneficiaria efectiva de dichos intereses es irrelevante a la hora de constatar, en su caso, un abuso de Derecho.

Sobre la carga de la prueba del abuso de Derecho

140 Procede señalar que, como se infiere del artículo 1, apartados 11, 12 y 13, letra b), de la Directiva 2003/49, el Estado miembro de la fuente puede exigir a la sociedad perceptora de los intereses que demuestre ser el beneficiario efectivo de estos, en el sentido que se ha atribuido a este concepto en el apartado 122, primer guion, de la presente sentencia.

141 El Tribunal de Justicia ha declarado además, con carácter general, que nada impediría que las autoridades fiscales afectadas exigieran al sujeto pasivo las pruebas que estimasen necesarias para la liquidación correcta de los impuestos de que se trate y, en su caso, denegaran la exención solicitada de no aportarse tales pruebas (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de febrero de 2013, Petersen y Petersen, C-544/11, EU:C:2013:124, apartado 51 y jurisprudencia citada).

142 En cambio, en caso de que una autoridad fiscal del Estado miembro de la fuente pretenda denegar a una sociedad que ha satisfecho intereses a una sociedad residente en un Estado miembro la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49 basándose en la existencia de una práctica abusiva, corresponde a dicho Estado miembro probar que concurren los elementos constitutivos de tal práctica abusiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, en particular el hecho de que la sociedad a la que se pagaron los intereses no es el beneficiario efectivo de estos.

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

operaciones estén establecidas fuera de la Unión. Pues bien, no puede exigirse a tal autoridad que aporte una prueba imposible.

144 Por otra parte, aunque se conociera quiénes son los beneficiarios efectivos potenciales, no siempre resulta acreditado cuáles de estos son o van a ser los beneficiarios efectivos reales. De esta manera, cuando una sociedad que percibe intereses está subordinada a una sociedad matriz que, a su vez, es una filial de otra sociedad, es más que probable que las autoridades fiscales y los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la fuente no tengan ninguna posibilidad de determinar cuál de las dos sociedades matrices en cuestión es o va a ser el beneficiario efectivo de los intereses. Además, la atribución de los intereses podría haber sido decidida con posterioridad a las constataciones efectuadas por la autoridad fiscal respecto de la sociedad instrumental.

145 En consecuencia, procede responder a la quinta cuestión prejudicial en el asunto C-115/16, a la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-118/16 y a la cuarta cuestión prejudicial en los asuntos C-119/16 y C-299/16 que, a efectos de la denegación del reconocimiento a una sociedad de la condición de beneficiario efectivo de los intereses o de la constatación de la existencia de un abuso de Derecho, una autoridad nacional no está obligada a identificar la entidad o las entidades a las que considera beneficiarios efectivos de esos intereses.

Sobre la quinta cuestión prejudicial, letras a) a c), en el asunto C-118/16

146 Mediante la quinta cuestión prejudicial, letras a) a c), en el asunto C-118/16, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si una SCA registrada como SICAR de Derecho luxemburgués puede ampararse en las disposiciones de la Directiva 2003/49. Ha de observarse que esta cuestión es de interés únicamente en el supuesto de que proceda considerar que X SCA, SICAR es el beneficiario efectivo de los intereses que percibió de X Denmark, extremo que corresponde verificar exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente.

147 Sentado lo anterior, conviene señalar que, como han recordado también la Comisión y algunos Gobiernos que han presentado observaciones, el artículo 3, letra a), de la Directiva 2003/49 subordina el reconocimiento como «sociedad de un Estado miembro» que puede acogerse a las ventajas establecidas en dicha Directiva al cumplimiento de tres requisitos. En primer lugar, la sociedad en cuestión debe revestir una de las formas enumeradas en el anexo de la citada Directiva. En segundo lugar, debe considerarse domiciliada a efectos fiscales en un Estado miembro, con arreglo a la legislación fiscal de este, y no ser considerada domiciliada fuera de la Unión a efectos fiscales con arreglo, en su caso, a lo dispuesto en un convenio de doble imposición. En tercer lugar, debe estar sujeta, sin posibilidad de exención, a uno de los impuestos citados en el artículo 3, letra a), inciso iii), de la Directiva 2003/49, o a un impuesto idéntico o sustancialmente similar que se impusiere tras la fecha de entrada en vigor de la referida Directiva en sustitución o como complemento a uno de dichos impuestos.

148 En lo atinente al primer requisito, debe considerarse satisfecho en el caso de X SCA, SICAR, sin perjuicio de la correspondiente comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, toda vez que, como destacó el Gobierno luxemburgués en la vista, una SCA registrada como SICAR reviste una de las formas sociales enumeradas en el anexo de la Directiva 2003/49.

149 Con respecto al segundo requisito, se ha puesto de manifiesto que este también se cumple, con la misma reserva, ya que X SCA, SICAR tiene su domicilio fiscal en Luxemburgo.

150 En cuanto al tercer requisito, consta que X SCA, SICAR es sujeto pasivo del *impôt sur le revenu des collectivités* en Luxemburgo, que es uno de los impuestos enumerados en el artículo 3, letra a), inciso iii), de la Directiva 2003/49.

151 Ahora bien, en caso de que proceda concluir que, como sostiene la SKAT en el litigio principal en el asunto C-118/16, los intereses percibidos por X SCA, SICAR están efectivamente exentos del mencionado impuesto en Luxemburgo, habría que considerar que dicha sociedad incumple el tercer requisito enumerado en el apartado 147 de la presente sentencia, y que, por lo tanto, no puede ser calificada de «sociedad de un Estado miembro» en el sentido de la Directiva 2003/49. No obstante, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente realizar las comprobaciones necesarias sobre este punto.

152 Esta interpretación del alcance del tercer requisito mencionado en el apartado 147 de la presente sentencia resulta corroborada, de un lado, por el artículo 1, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/49, según el cual un establecimiento permanente podrá ser tratado como beneficiario efectivo de los intereses, a los efectos de esta Directiva, «si los pagos de los intereses [que percibe] 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 [de dicha Directiva]», y de otro lado, por el objetivo de la misma Directiva, que, como se ha recordado en esencia en el apartado 85 de la presente sentencia, no es otro que garantizar que esos pagos de intereses sean gravados una vez en un único Estado miembro.

153 Así pues, procede responder a la quinta cuestión prejudicial, letras a) a c), en el asunto C-118/16, que el artículo 3, letra a), de la Directiva 2003/49 debe interpretarse en el sentido de que una SCA registrada como SICAR de Derecho luxemburgués no puede calificarse de sociedad de un Estado miembro en el sentido de dicha Directiva, con la posibilidad de acogerse a la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de esta, si los intereses percibidos por la referida SICAR, en una situación como la controvertida en el asunto principal, están exentos del *impôt sur le revenu des collectivités* en Luxemburgo, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Sobre las cuestiones prejudiciales sexta y séptima en el asunto C-115/16, séptima y octava en el asunto C-118/16, quinta y sexta en el asunto C-119/16 y quinta a séptima en el asunto C-299/16

154 Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima en el asunto C-115/16, séptima y octava en el asunto C-118/16, quinta y sexta en el asunto C-119/16 y quinta a séptima en el asunto C-299/16, los órganos jurisdiccionales remitentes desean que se dilucide, para el caso de que no sea aplicable el régimen establecido en el artículo 1 de la Directiva 2003/49 relativo a la exención de la retención en la fuente sobre los intereses pagados por una sociedad residente de un Estado miembro a una sociedad residente de otro Estado miembro, si los artículos 49 TFUE y 54 TFUE o el artículo 63 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a diversos aspectos de una normativa del primer Estado miembro como la examinada en el asunto principal relativa a la tributación de esos intereses.

155 A este respecto, deben distinguirse, de entrada, dos hipótesis. Conforme a la primera hipótesis, la inaplicabilidad del régimen de exención de la retención en la fuente establecido por la Directiva 2003/49 resulta de la constatación de la existencia de un fraude fiscal o de un abuso en el sentido del artículo 5 de esta Directiva. En tal hipótesis, una sociedad residente de un Estado miembro no puede, a la vista de la jurisprudencia recordada en el apartado 96 de la presente sentencia, pretender el amparo de las libertades consagradas por el Tratado FUE para cuestionar

la normativa nacional que rige la tributación de los intereses pagados a una sociedad residente de otro Estado miembro.

156 La segunda hipótesis parte de que la inaplicabilidad del régimen de exención de la retención en la fuente previsto por la Directiva 2003/49 se deriva del hecho de que los requisitos de aplicación de dicho régimen de exención no se cumplen, sin que se haya constatado no obstante la existencia de un fraude fiscal o de un abuso en el sentido del artículo 5 de la citada Directiva. En esta segunda hipótesis, es necesario verificar si los artículos del Tratado FUE mencionados en el apartado 154 de la presente sentencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa a la tributación de esos intereses como la examinada en el asunto principal.

157 A este respecto, en primer lugar, mediante la séptima cuestión prejudicial en el asunto C-115/16, la octava cuestión prejudicial en el asunto C-118/16, la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-119/16 y la séptima cuestión prejudicial en el asunto C-299/16, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 54 TFUE o el artículo 63 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional según la cual una sociedad residente que paga intereses a una sociedad no residente está obligada a practicar una retención en la fuente sobre esos intereses, siendo así que esa sociedad residente no está sujeta a tal obligación si la sociedad perceptora de los intereses también es una sociedad residente. Preguntan, además, si esos mismos artículos deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional según la cual una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente no está sujeta a la obligación de efectuar un pago a cuenta por el impuesto sobre sociedades durante los dos primeros ejercicios fiscales y, por tanto, no está obligada a liquidar dicho impuesto en relación con los referidos intereses hasta una fecha bastante posterior a la de la retención en la fuente operada en caso de pago de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente.

158 Procede señalar, con carácter preliminar, que, como observó la Comisión, el pago de intereses ligados a un préstamo que concierne a dos sociedades residentes en distintos Estados miembros está comprendido en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales, en el sentido del artículo 63 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, apartados 41 y 42, y de 3 de octubre de 2013, *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, apartado 14). Tales cuestiones deben examinarse, por tanto, a la luz de este artículo.

159 Sobre este punto, con independencia de los efectos que puedan derivarse de una retención en la fuente en relación con la situación fiscal de la sociedad que percibe los intereses, la obligación que recae sobre la sociedad que los paga de efectuar una retención en la fuente cuando dicho pago se realiza a una sociedad no residente puede dar lugar a que los préstamos transfronterizos resulten menos atractivos que los nacionales, por implicar una carga administrativa adicional y unos riesgos en materia de responsabilidad que no existirían si el préstamo se hubiera concertado con una sociedad residente (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2012, *X*, C-498/10, EU:C:2012:635, apartados 28 y 32). Por lo tanto, tal obligación constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE.

160 No obstante, la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar tal restricción. En efecto, el procedimiento de retención y el régimen de responsabilidad que le sirve de garantía constituyen un medio legítimo y adecuado para asegurar la sujeción fiscal de las rentas de una sociedad residente fuera del Estado de imposición. Por otra parte, tal medida no excede de lo necesario para alcanzar

dicho objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2012, X, C?498/10, EU:C:2012:635, apartados 39 y 43 a 52, y de 13 de julio de 2016, Brisal y KBC Finance Ireland, C?18/15, EU:C:2016:549, apartados 21 y 22).

161 Por lo que se refiere al hecho de que la normativa nacional controvertida en los litigios principales establezca que una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente no está sujeta a la obligación de efectuar un pago a cuenta por el impuesto sobre sociedades durante los dos primeros ejercicios fiscales y, por tanto, no está obligada a liquidar dicho impuesto en relación con los referidos intereses hasta una fecha bastante más lejana que la de la retención en la fuente operada en caso de pago de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente, cabe señalar que de tal circunstancia resulta que, mientras que los intereses pagados por una sociedad residente a una sociedad no residente son objeto de tributación inmediata y definitiva, los satisfechos por una sociedad residente a otra sociedad residente no están sujetos a ningún pago a cuenta durante los dos primeros ejercicios fiscales, con la consiguiente ventaja de tesorería que implica para esta última sociedad (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros, C?575/17, EU:C:2018:943, apartado 28).

162 Pues bien, excluir una ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras que se acepta en una situación equivalente en el territorio nacional constituye una restricción a la libre circulación de capitales (sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros, C?575/17, EU:C:2018:943, apartado 29 y jurisprudencia citada).

163 El Gobierno danés sostiene, sin embargo, haciendo referencia a la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C?282/07, EU:C:2008:762), que una normativa nacional que únicamente establece regímenes de liquidación del impuesto diferentes en función de la sede de la sociedad que percibe los intereses se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables.

164 No obstante, si bien es cierto que de los apartados 41 y 46 de la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C?282/07, EU:C:2008:762), se desprende que una diferencia de trato consistente en la aplicación de técnicas o de regímenes de imposición diferentes en función del lugar de residencia de la sociedad que percibe las rentas en cuestión se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables, no es menos cierto que el Tribunal de Justicia puntualizó, en los apartados 43 y 44 de dicha sentencia, que los rendimientos de que se trataba en el asunto que dio lugar a esa misma sentencia estaban, en cualquier caso, sujetos a gravamen, ya los hubiera percibido una sociedad residente o una sociedad no residente (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros, C?575/17, EU:C:2018:943, apartado 51). El Tribunal de Justicia señaló, en particular, en el apartado 49 de la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C?282/07, EU:C:2008:762), que las sociedades residentes estaban obligadas a efectuar pagos anticipados del impuesto sobre sociedades en relación con los intereses percibidos de otra sociedad residente.

165 Pues bien, en el presente caso, la normativa nacional controvertida en los litigios principales no se limita a establecer regímenes de tributación diferentes en función del lugar de residencia de la sociedad que percibe los intereses pagados por una sociedad residente, sino que dispensa a la sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente de la obligación de efectuar un pago a cuenta en relación con tales intereses durante los dos primeros ejercicios fiscales, de suerte que la primera sociedad no está obligada a liquidar un impuesto por esos intereses hasta una fecha bastante más lejana que la de la retención en la fuente operada en caso de pago de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente. Ahora bien, la apreciación de la existencia de un eventual trato desfavorable de los intereses abonados a las sociedades no

residentes debe realizarse para cada ejercicio fiscal, individualmente considerado (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de junio de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 41, y de 22 de noviembre de 2018, *Sofina y otros*, C-575/17, EU:C:2018:943, apartados 30 y 52).

166 Por consiguiente, teniendo en cuenta que el Gobierno danés no ha invocado ninguna razón imperiosa de interés general que justifique la restricción a la libre circulación de capitales constatada en el apartado 162 de la presente sentencia, procede considerar que tal restricción es contraria al artículo 63 TFUE.

167 Habida cuenta de las consideraciones expuestas en los apartados 158 a 166 de la presente sentencia, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una normativa nacional según la cual una sociedad residente que paga intereses a una sociedad no residente está obligada a practicar una retención en la fuente sobre esos intereses, siendo así que esa sociedad residente no está sujeta a tal obligación si la sociedad perceptora de los intereses también es una sociedad residente. Este artículo, sin embargo, se opone a una normativa nacional que establece tal retención en la fuente en caso de pago de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente mientras que una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente no está sujeta a la obligación de efectuar un pago a cuenta por el impuesto sobre sociedades durante los dos primeros ejercicios fiscales y, por tanto, no está obligada a liquidar dicho impuesto en relación con los referidos intereses sino hasta una fecha bastante más lejana que la de la retención en la fuente.

168 En segundo lugar, mediante la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-115/16, la séptima cuestión prejudicial en el asunto C-118/16, la quinta cuestión prejudicial en el asunto C-119/16 y la sexta cuestión prejudicial en el asunto C-299/16, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige a la sociedad residente obligada a practicar la retención en la fuente sobre los intereses pagados por ella a una sociedad no residente el pago de unos intereses de demora en caso de ingreso fuera de plazo de dicha retención calculados a un tipo de interés más elevado que el aplicable en caso de retraso en el pago del impuesto sobre sociedades que grava, en particular, los intereses percibidos por una sociedad residente de otra sociedad residente.

169 Como se ha precisado en el apartado 158 de la presente sentencia, ha de responderse a estas cuestiones a la vista del artículo 63 TFUE.

170 A este respecto, procede observar que una normativa nacional como la referida en el apartado 168 de la presente sentencia insta una diferencia de trato en lo que concierne a los intereses de demora en función de si el pago fuera de plazo del impuesto devengado sobre los intereses satisfechos por una sociedad residente se deriva de un préstamo concedido por una sociedad no residente o bien por otra sociedad residente. La aplicación de unos intereses de demora más elevados en caso de retraso en el pago de la retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por una sociedad residente a una sociedad no residente que en caso de retraso del pago del impuesto sobre sociedades que grava los intereses percibidos por una sociedad residente de otra sociedad residente tiene como consecuencia, así pues, que los préstamos transfronterizos resultan menos atractivos que los préstamos nacionales, lo cual implica una restricción a la libre circulación de capitales.

171 Pues bien, como ha señalado la Comisión, tal restricción no puede justificarse por el hecho, al que hizo referencia el Gobierno danés, de que la tributación de los intereses derivados de un préstamo obtenido de una sociedad residente y la relativa a los intereses derivados de un préstamo obtenido de una sociedad no residente respondan a técnicas y regímenes de liquidación

diferentes. En tales circunstancias, teniendo en cuenta que el Gobierno danés no ha invocado ninguna razón imperiosa de interés general que la justifique, esa restricción debe ser considerada contraria al artículo 63 TFUE.

172 Por cuantas consideraciones han quedado expuestas en los apartados 169 a 171 de la presente sentencia, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige a la sociedad residente obligada a practicar una retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por ella a una sociedad no residente el pago de unos intereses de demora, en caso de ingreso fuera de plazo de esa retención, calculados a un tipo más elevado que el aplicable en caso de retraso en el pago del impuesto sobre sociedades que grava, en particular, los intereses percibidos por una sociedad residente de otra sociedad residente.

173 En tercer lugar, mediante su quinta cuestión prejudicial en el asunto C-299/16, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que, cuando una sociedad residente esté sujeta a una obligación de retención en la fuente sobre los intereses que paga a una sociedad no residente, no se tendrán en cuenta los gastos por intereses que haya soportado esta última, siendo así que, según esa normativa nacional, tales gastos pueden deducirse por una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente a efectos de la determinación de su base imponible.

174 Como se ha precisado en el apartado 158 de la presente sentencia, también ha de responderse a esta cuestión a la vista del artículo 63 TFUE.

175 Sobre este punto, como ha observado la Comisión, y como admitió el Ministerio de Hacienda, según las indicaciones aportadas por el Gobierno danés, una vez iniciadas las actuaciones ante el Tribunal de Justicia en el asunto C-299/16, de la sentencia de 13 de julio de 2016, *Brisal y KBC Finance Ireland* (C-18/15, EU:C:2016:549), apartados 23 a 55, se desprende que una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad no residente debe tributar, por la vía de la retención en la fuente practicada por una sociedad residente, por los intereses que le paga esta última, sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente relacionados con la actividad derivada del préstamo en cuestión, como los gastos por intereses soportados, mientras que las sociedades residentes que perciben intereses de otra sociedad residente sí que pueden deducir tales gastos, constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el Tratado FUE.

176 El Gobierno danés sostiene, sin embargo, que tal restricción está justificada por el objetivo de combatir los abusos que resultan del hecho de que, aunque la sociedad no residente perceptora de los intereses esté sujeta al impuesto que grava estos en el Estado miembro de su residencia, lo cierto es que nunca tributará por ellos, pues al fin y al cabo compensará los intereses percibidos con los gastos por intereses correspondientes o con transferencias intragrupo fiscalmente deducibles.

177 A este respecto, cabe recordar que, como se desprende del apartado 155 de la presente sentencia, la constatación, en su caso, de la existencia de una operación abusiva o fraudulenta que justifique la inaplicabilidad de la Directiva 2003/49 también conduciría a la inaplicabilidad de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE.

178 En cambio, a falta de tal constatación, la restricción mencionada en el apartado 175 de la presente sentencia no puede justificarse por las consideraciones expuestas por el Gobierno danés, por lo que debe ser considerada contraria al artículo 63 TFUE. En efecto, los gastos por intereses o las transferencias intragrupo también pueden dar lugar a una reducción o incluso a

una neutralización del impuesto devengado cuando una sociedad residente percibe intereses de otra sociedad residente.

179 De ello se sigue que este artículo debe interpretarse en el sentido de que, salvo que se constate la existencia de fraude fiscal o de abuso, se opone a una normativa nacional que establece que, cuando una sociedad residente esté sujeta a una obligación de retención en la fuente sobre los intereses que pague a una sociedad no residente, no se tendrán en cuenta los gastos por intereses que haya soportado esta última directamente relacionados con la actividad derivada del préstamo en cuestión, siendo así que, según esa normativa nacional, tales gastos pueden deducirse por una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente a efectos de la determinación de su base imponible.

180 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima en el asunto C-115/16, séptima y octava en el asunto C-118/16, quinta y sexta en el asunto C-119/16, así como a las cuestiones prejudiciales quinta a séptima en el asunto C-299/16 de la siguiente manera:

- En una situación en la cual el régimen de exención de retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por una sociedad residente de un Estado miembro a una sociedad residente de otro Estado miembro, establecido en la Directiva 2003/49, no es aplicable por haberse constatado la existencia de un fraude fiscal o de un abuso, en el sentido del artículo 5 de esta Directiva, no es lícito invocar la aplicación de las libertades consagradas por el Tratado FUE para impugnar la normativa del primer Estado miembro que regula la tributación de dichos intereses.
- Siempre que no se trate de tal situación, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que:
 - no se opone, en principio, a una normativa nacional según la cual una sociedad residente que paga intereses a una sociedad no residente está obligada a practicar una retención en la fuente sobre esos intereses, siendo así que aquella sociedad residente no está sujeta a tal obligación si la sociedad perceptora de los intereses también es una sociedad residente, pero se opone a una normativa nacional que exige tal retención en la fuente en caso de pagos de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente mientras que una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente no está sujeta a la obligación de realizar un pago a cuenta en concepto de impuesto sobre sociedades durante los dos primeros ejercicios fiscales y, por tanto, no está obligada a liquidar dicho impuesto en relación con los referidos intereses hasta una fecha bastante más lejana que la de la retención en la fuente;
 - se opone a una normativa nacional que exige a la sociedad residente obligada a practicar una retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por ella a una sociedad no residente el pago de intereses de demora, en caso de ingreso fuera de plazo de esa retención, a un tipo más elevado que el aplicable en caso de retraso en el pago del impuesto sobre sociedades que grava, en particular, los intereses percibidos por una sociedad residente de otra sociedad residente;
 - se opone a una normativa nacional que establece que, cuando una sociedad residente esté sujeta a una obligación de retención en la fuente sobre los intereses que pague a una sociedad no residente, no se tendrán en cuenta los gastos por intereses que haya soportado esta última directamente relacionados con la actividad derivada del préstamo en cuestión, siendo así que, según esa normativa nacional, tales gastos pueden deducirse por una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente a efectos de la determinación de su base imponible.

Costas

181 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Se acumulan los asuntos C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 a efectos de la presente sentencia.

2) El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, en relación con el artículo 1, apartado 4, de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido de que la exención de cualquier impuesto sobre los pagos de intereses que establece está reservada exclusivamente a los beneficiarios efectivos de tales intereses, a saber, las entidades que disfrutaran realmente de los intereses en cuestión desde el punto de vista económico y que, por lo tanto, disponen de la facultad de decidir libremente el destino de estos.

El principio general del Derecho de la Unión según el cual los justiciables no pueden invocar normas del Derecho de la Unión de manera fraudulenta o abusiva debe interpretarse en el sentido de que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando se produzca una práctica fraudulenta o abusiva, deben denegar al contribuyente el beneficio de la exención de cualquier impuesto sobre los pagos de intereses establecida en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, aun cuando no exista disposición nacional o contractual alguna que contemple tal denegación.

3) Para probar que existe una práctica abusiva, es necesario que concurran, por un lado, una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa, y, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención. La concurrencia de cierto número de indicios puede acreditar la existencia de un abuso de Derecho, siempre que esos indicios sean objetivos y concordantes. Tales indicios pueden consistir, en particular, en la existencia de sociedades instrumentales carentes de justificación económica, así como en el carácter puramente formal de la estructura del grupo de sociedades, de las operaciones financieras y de los préstamos.

La circunstancia de que el Estado miembro del que proceden los intereses haya celebrado un convenio con el Estado tercero en el que reside la sociedad beneficiaria efectiva de dichos intereses es irrelevante a la hora de constatar, en su caso, un abuso de Derecho.

4) A efectos de la denegación del reconocimiento a una sociedad de la condición de beneficiario efectivo de los intereses o de la constatación de la existencia de un abuso de Derecho, una autoridad nacional no está obligada a identificar la entidad o las entidades a las que considera beneficiarios efectivos de esos intereses.

5) El artículo 3, letra a), de la Directiva 2003/49 debe interpretarse en el sentido de que una sociedad comanditaria por acciones (SCA) registrada como sociedad de inversión de capital riesgo (SICAR) de Derecho luxemburgués no puede calificarse de «sociedad de un Estado miembro» en el sentido de dicha Directiva, con la posibilidad de acogerse a la exención establecida en el artículo 1, apartado 1, de esta, si los intereses percibidos por la referida SICAR, en una situación como la controvertida en el asunto principal, están

exentos del *impôt sur le revenu des collectivités* en Luxemburgo, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

6) En una situación en la cual el régimen de exención de retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por una sociedad residente de un Estado miembro a una sociedad residente de otro Estado miembro, establecido en la Directiva 2003/49, no es aplicable por haberse constatado la existencia de un fraude fiscal o de un abuso, en el sentido del artículo 5 de esta Directiva, no es lícito invocar la aplicación de las libertades consagradas por el Tratado FUE para impugnar la normativa del primer Estado miembro que regula la tributación de dichos intereses.

Siempre que no se trate de tal situación, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que:

- no se opone, en principio, a una normativa nacional según la cual una sociedad residente que paga intereses a una sociedad no residente está obligada a practicar una retención en la fuente sobre esos intereses, siendo así que aquella sociedad residente no está sujeta a tal obligación si la sociedad perceptora de los intereses también es una sociedad residente, pero se opone a una normativa nacional que exige tal retención en la fuente en caso de pagos de intereses por una sociedad residente a una sociedad no residente mientras que una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente no está sujeta a la obligación de realizar un pago a cuenta en concepto del impuesto sobre sociedades durante los dos primeros ejercicios fiscales y, por tanto, no está obligada a liquidar dicho impuesto en relación con los referidos intereses sino hasta una fecha bastante más lejana que la de la retención en la fuente;**
- se opone a una normativa nacional que exige a la sociedad residente obligada a practicar una retención en la fuente sobre los intereses satisfechos por ella a una sociedad no residente el pago de unos intereses de demora, en caso de ingreso fuera de plazo de esa retención, calculados a un tipo más elevado que el aplicable en caso de retraso en el pago del impuesto sobre sociedades que grava, en particular, los intereses percibidos por una sociedad residente de otra sociedad residente;**
- se opone a una normativa nacional que establece que, cuando una sociedad residente esté sujeta a una obligación de retención en la fuente sobre los intereses que pague a una sociedad no residente, no se tendrán en cuenta los gastos por intereses que haya soportado esta última directamente relacionados con la actividad derivada del préstamo en cuestión, siendo así que, según esa normativa nacional, tales gastos pueden deducirse por una sociedad residente que percibe intereses de otra sociedad residente a efectos de la determinación de su base imponible.**

Firmas

* Lengua de procedimiento: danés.