TEMAS ACTUALES DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA

MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LA SALA DE LO CONTENCISO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

RESUMEN: La creación de holdings y la existencia de motivo económico válido. Requitos necesarios de concurrencia. Fusiones inversas y apalancadas. Cuestiones no resueltas con un panorama incierto. La interpretación extensiva y la analogía: un debate pendiente. La expansión de la figura del beneficiario efectivo. Los CDI: su interpretación y su relación con el Derecho Interno y de la UE.

INDICE.

I.INTRODUCCIÓN

II.EL DESARROLLO DE LAS HOLDINGS. SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

III. NUEVAS PERSPECTIVAS PARA DISTINTAS CLASES DE FUSIONES.

A)Las fusiones apalancadas

B) El futuro de las fusiones inversas.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA FIGURA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO
V. LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS NORMAS ANTIABUSO.

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Tributario Internacional presenta una enorme trascendencia económica. La canalización de las inversiones, el respeto a la libre circulación de capitales y la lucha contra la elusión y evasión fiscal son cuestiones que atañen a los agentes del mercado, a los Gobiernos, a las Instituciones de la Unión Europea y a la OCDE, y sobre todo, a los Tribunales de Justicia, en concreto a los de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Recientemente, se han producido pronunciamientos muy relevantes del Tribunal Supremo (Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), pero también de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia. Estos pronunciamientos deben traerse a colación, no solo por su trascendencia económica, sino por alcanzar a cuestiones de Dogmática Jurídica Tributaria -clásicas, en no pocas veces- y muy relevantes en la interpretación y aplicación del Derecho Tributario, de modo que, en algunas ocasiones puede decirse que han supuesto una marcha atrás para lo que supone el avance y consolidación del Derecho Tributario.

Estudiaremos, así, cuestiones tan relevantes como el alcance y naturaleza del principio de beneficiario efectivo, la consolidación de la aplicación de la creación de los holdings como medio de elusión fiscal en la mayoría de las casos. También hablaremos del futuro incierto de las fusiones más complejas, como son las inversas y las apalancadas, y sin olvidar los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de interpretación de los Convenios de Doble imposición (CDI), que aclararán, por un lado, cuestiones relevantes sobre la interpretación de los mismos, pero a la vez abrirán

nuevas fuentes de controversia, y dejarán sin contenido sentencias anteriores del propio Tribunal Supremo sin expresamente decirlo, como la famosa de 23 de septiembre de 2020, caso Colgate, recurso 1996/2019.

Urge, por tanto, sin más dilaciones, entrar en el examen de tales cuestiones, sin olvidar las relevantes aportaciones doctrinales, con el espíritu y finalidad de proporcionar al operador jurídico soluciones fáciles y válidas, más allá de la incertidumbre que puede deparar el futuro a los efectos de determinar si se consolidarán o no esas nuevas líneas jurisprudenciales iniciadas.

II. EL DESARROLLO DE LAS HOLDINGS. SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

I.-La actualidad jurídica ha estado presidida por una tendencia a la creación de Holdings como medio para la división de patrimonios entre familiares, así como para por la creación de Holdings españolas cabeceras de filiales extranjeras, que, con la utilización de préstamos participativos han permitido ser utilizadas para la disminución de las bases imponibles. Respecto de las primeras ha de decirse que es un fenómeno que, como se ha dicho, tiene una gran una tendencia expansiva, sobre todo, como medio de reparto de patrimonios entre hermanos o familiares, eliminando las disputas y permitiendo, a su vez, la eliminación de controversias en la dirección de los grupos, Es el caso de la sentencia del TSJ de Valencia, Sección 3ª, de 2 de septiembre de 2024, recurso 454/2023, en la que, sin embargo, no se permitió dar plena eficacia a dicha reorganización producida. Sin embargo, vamos a hacer referencia al segundo fenómeno, que es el que atañe propiamente al Derecho Tributario Internacional, y es el que conlleva la creación de holdings que se convierten en cabeceras de grupos de filiales, en verdaderos subholdings, que a su vez dependen de una matriz situada fuera de España.

II.Cuando hablamos de grupos de empresa evidentemente estamos hablando de grupos económicos o grupos mercantiles, los cuales pueden ser verticales, horizontales, o circulares, aunque el término holding se situaría en el ámbito propiamente de los grupos verticales[1]. Y ello como medio de distinguirlos de los denominados *grupos laborales o grupos patológicos*, que se trata de realidades bien distintas, como ha puesto de relieve la sentencia de la **Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 25 de marzo de 2026 recurso 42/2021** cuando se refiere a la distinta naturaleza de unos y otros:

"No se duda tampoco que el art.16 del RDL 4/2004 considera como operaciones vinculadas las que se realizan entre empresas del grupo, definido por el art.42 Cco, siendo así que ello no tiene nada que ver con el concepto de grupo patológico laboral, a que se refiere el actor cuando hace mención a la sentencia procedente del ámbito laboral del Juzgado de lo Social nº9 de Barcelona en el procedimiento 750/2010, en un procedimiento de despido contra un colaborador de la administración judicial. Y es que el concepto de grupo mercantil a que se refiere el art.16 de dicha norma es diferente al de grupo patológico laboral a que se refiere la jurisdicción social, que exige identidad de patrimonio y plantillas, bastando para que haya grupo mercantil la existencia de una dirección unitaria. En este sentido STS de fecha 27.11.2025, recurso 66/25, Sala IV, cuando dice:

"SEXTO. La posición de la Sala.

La Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las circunstancias que pueden llevar a concluir que un grupo empresarial mercantil pueda ser considerado como un grupo laboral de empresas entre las cuales exista responsabilidad solidaria. La misma se concreta en la sentencia 656/2018, de 20 de junio de 2018 (Rec. 168/2017) reiteradas muchas otras entre las que cabe destacar la 246/2022, de 22 de marzo de 2022 (rcud. 1389/2020) y otras posteriores; en esta última se recuerda que

«Como recuerda la STS 4/5/2021, rec. 81/2019, "La doctrina de la Sala sobre el denominado grupo de empresas y el levantamiento de la personalidad jurídica ha sido recogida y sistematizada por la STS de 20 de junio de 2018, Rec. 168/2017 (En el mismo sentido STS de 11 de julio de 2018, 81/2017, entre otras),

[1] En este sentido, JIMENEZ SANCHEZ G., y DIAZ MORENO A., en la obra "*Lecciones de Derecho Mercantil*", Ed.Tecnos, p. 469, 27ª edición, Madrid 2024, así como MENENDEZ A, Y ROJO A, " *Lecciones de Derecho Mercantil*", Vol I, 22ª edición, p.782, Ed. Aranzadi-La Ley, Madrid, 2024, poniendo de relieve la unidad de dirección económica. Estos autores también distinguen entre grupos de hecho y jurídicos, dominicales, contractuales y personales.

recogiendo jurisprudencia anterior y tratando de aclarar los elementos terminológicos en juego y la fundamentación jurídica de las posibles condenas solidarias cuando aparecen elementos que configuran el grupo empresarial como el resultado de operaciones jurídicas y económicas tendentes a ofrecer apariencias que nada tienen que ver con la realidad, generalmente en perjuicio de los trabajadores.

Siguiendo, pues, la reseñada doctrina jurisprudencial, lo primero que hay que advertir es que la expresión "grupo patológico" ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de "empresa de grupo" o "empresa-grupo", que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros (SSTS -pleno- de 20 de octubre de 2015, Rec. 172/2014; de 31 de octubre de 2017, Rec. 115/17 y de 10 de noviembre de 2017, Rcud. 3049/2915).

Desde la perspectiva laboral, el dato del que hay que partir es que el hecho de que varias empresas tengan vínculos entre sí no determina, directamente, ningún efecto; antes bien al contrario, en el caso de que varias empresas pertenezcan a un mismo grupo, hay que entender que cada una de ellas es independiente y, por tanto, cada una responde de las obligaciones con sus propios trabajadores pues no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, porque los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son (SSTS de 21 de diciembre de 2000, Rcud. 1870/1999; de 26 de septiembre de 2001 y de 23 de enero de 2002, Rcud. 1759/2001 Rcud. 558/2001, entre otras). Tales elementos adicionales han sido, tradicionalmente, enumerados por nuestra jurisprudencia de la forma siguiente, que no puede entenderse como acumulativa: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa "aparente"; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Tales elementos han sido precisados por la Sala de la forma siguiente:

a).- Funcionamiento unitario con confusión de plantillas.- En los supuestos de prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos, generalmente, ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores; situaciones integrables en el artículo 1.2 ET que califica como empresarios a las personas físicas y jurídicas y también a las comunidades de bienes" que reciban la prestación de servicios de los trabajadores.

b).- Confusión patrimonial.- Este elemento no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso; y ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación.

c).- Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en la doctrina se ha calificado como "promiscuidad en la gestión económica" y que, al decir de la jurisprudencia, alude a la situación de permeabilidad operativa y contable, lo que no es identificable con las novedosas situaciones de "cash pooling" entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión

centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

d).- Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la creación de empresa aparente -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de pantalla para aquélla.

e).- Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

La sentencia importa la doctrina de la Sala IV del TS para luego establecer la diferenciación de tratamiento jurídico:

Tras lo que finalmente concluimos que "En definitiva, el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad (así, SSTS de 20 de octubre de 2015, Rec. 172/14; de 30 de mayo de 2017, Rec. 283/2016; de 31 de octubre de 2017, Rec. 115/2017; de 8 de noviembre de 2017, Rec. 40 /2017 y de 10 de noviembre de 2017, Rcud. 3049/2015; entre otras)».

Este criterio también es reiterado en la sentencia 510/2023, de 12 de julio de 2023 (recurso 510/2023).

Llegados a este punto conviene añadir algunas reflexiones que realiza la sentencia 405/2024, de 28 de febrero de 2024 (rco. 12/2023). La citada sentencia tras señalar que en la sentencia recurrida es «la situación de abuso la que opera como causa nuclear para alcanzar la impugnada la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales», y porque también la Sala a quo proyecta dicho abuso «de manera general sobre todas las franquiciadas que han despedido a alguno de sus trabajadores, además de a las empresas de cabecera»: Razona después que «como reiteradamente ha aseverado esta Sala, la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad apremiada; ese dato es inherente a la presencia de un grupo mercantil, pero no a la responsabilidad común por obligaciones de una o alguna de ellas».

El recurso debe ser desestimado.

En el mismo sentido sentencias de la Sala IV del TS de fecha 24.2.2026, recurso 3244/24, 22.3.2022, recurso 1379/20 o de 20.6.2018, recurso 1681/17.

Por consiguiente, a efectos del art.16 del RDL 4/2024, grupo mercantil y grupo laboral son conceptos diferentes, aunque pueda tener mayor afinidad en otros ámbitos, como el del art.43.1.h de la LGT 58/2003, en el ámbito de la recaudación…[1]"

III.Esta diferenciación tiene una gran trascendencia fiscal, porque el *Grupo económico o mercantil* se sitúa en el ámbito del 42 del Código de Comercio, mientras que *el grupo laboral* en el ámbito tributario tan solo podría tener trascendencia los efectos de determinar la responsabilidad subsidiaria, como es el

[1] En el mismo sentido MENENDEZ-ROJO, "*Lecciones*…", ob.cit, p.795.

supuesto del artículo 43.h de la Ley General Tributaria 58/2003, supuesto introducido por Ley 36/2006, de 29 de noviembre, con el que guarda mayor afinidad.

Lo cierto es que los grupos no tiene personalidad jurídica propia, y se crean con finalidades muy diversas, pero principalmente la de distribución del riesgo a nivel geográfico o sectorial[1].

Para terminar esta cuestión simplemente indicaremos que la existencia de grupo mercantil tiene relevancia a efectos fiscales de formas muy distintas, por ejemplo, y sin pretender ser exhaustivo, a los efectos de determinar el perímetro del grupo, y lo que constituye la valoración de su patrimonio neto, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de marzo de 2024, recurso 845/2020, y de 11 de marzo de 2024, recurso 846/2020. También puede tener relevancia los efectos de determinar las actuaciones de la representante, la cual corresponde a la empresa dominante, así como su relación con las representadas, o el régimen de cuentas consolidadas, con las consiguientes eliminaciones y la contabilidad de coberturas, y, sobre todo, en el régimen de operaciones vinculadas que ha sido uno de los objetos de regularización tributaria de mayor aplicación para los grupos empresariales.

IV.- El examen pormenorizado de estas cuestiones podía exceder del ámbito de este trabajo; simplemente nos limitaremos a indicar lo que ha constituido propiamente la Jurisprudencia de los Tribunales, en el sentido de admitir que la validez fiscal de la creación de una estructura centralizada mediante holding ha sido generalmente regularizada por la vía del conflicto. La validez fiscal de este tipo de operaciones, precisa, no solamente una reestructuración fiscal, sino que al mismo tiempo ello se traduzca en una verdadera y real modificación de la estructura organizativa societaria, aportando un verdadero valor añadido. Es el caso de las sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 20 de mayo de 2025, recurso 825/2020, o de 6 de octubre de 2025, recursos 662/2020, destacando la primera lo siguiente:

"Debemos examinar pues, si los negocios jurídicos celebrados por la recurrente constituyen o no un supuesto de conflicto en la aplicación de la ley. Los mismos han consistido en la creación de un holding en España, que adquiere de su socio único las filiales que ya formaban parte del grupo, para lo cual obtiene un préstamo participativo que financia la operación.

La existencia de un motivo económico válido en este tipo de operaciones es el objeto de este recurso. La exigencia de un motivo económico válido es un elemento vertebrador de la imposición de Sociedades. Y sobre dicho motivo ha reconocido la Jurisprudencia que se debe apreciar en cada caso, valorando las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores a este tipo de operaciones (STS de 14.5.2012, recurso 2144/2010, 18.6.2012, recurso 5352/2009, por todas).

Y sobre la carga de la prueba, admitiremos que se ha evolucionado de una jurisprudencia que ha valorado que la Administración Tributaria debe probar la existencia del fraude, o de presunción de fraude, y el obligado tributario la existencia de motivos económicos válidos (STS de 24.9.2012, recurso 1595/2009; 27.5.2013, recurso 1668/2011; 9.2.2015, recurso 1668/2011; interpretando esencialmente el art.11.1. de la Directiva 90/44/CEE), a una jurisprudencia posterior, iniciada a partir de 2016 - interpretando el régimen de diferimiento de la Directiva-, con las sentencias de 16.3.2016, recurso 1815/2004, y de 23.11.2016, recurso 3742/2015, que parten de la base de que dicha carga de la prueba ha de corresponder en primer término, a la Agencia Tributaria, que tiene que acreditar la inexistencia de motivos económicos válidos, y por tanto, la presunción de fraude (STS de 16.11.2022, recurso 89/2018, 8.6.2023, recurso 6528/2021, o la de 22.6.2023, recurso 6517/2021). En todo caso, la finalidad fiscal ha de ser, dentro del test de valoración del propósito principal, la exclusiva o preponderante, no bastando con su mera concurrencia, de modo que ha de ser la finalidad principalmente perseguida para apreciar la mencionada intención de elusión fiscal (STJUE de 10.11.2011, asunto C-126/2010, o STS de 12.11.2012, recurso 4299/2010).

Y en este contexto, y fuera de los supuestos de subcapitalización, que precisan de unas necesidades reales de financiación (STS de 22.12.2016, recurso 3421/2015, o de 16.3.2016, recurso 3162/2014), la Jurisprudencia ha considerado que la creación de un holding, por sí sola, no puede constituir la existencia de un motivo económico válido, sino que debe de venir acompañada de algún efecto complementario,

[1] En el mismo sentido MENENDEZ-ROJO, "*Lecciones*…", ob.cit, p.786.

como puede ser la reestructuración societaria, o la mejoría en la eficiencia de la misma, lo que se puede advertir valorando la nueva estructura administrativa que dirige la nueva sociedad. En casos análogos al de autos, el Tribunal Supremo ha admitido la inexistencia de motivo económico válido (por todas, STS de 22.12.2016, recurso 3421/2015, 23.3.2015, recurso 682/2014, 26.2.2015, recurso 4072/2013, o de 9.2.2015, recurso 188/2014).

En el caso presente, como muy bien informó la Comisión Consultiva en fecha 189.9.2013, y así lo ha puesto de relieve la Inspección tributaria y el TEAC, no ha existido la mencionada dirección centralizada en la nueva matriz constituida en España, cuya dirección es la misma que la de la absorbida, SAFA GALENICA S.A,de modo que aquella carece de actividad y bienes; es una holding pura, como reconoce la actora. Y, por otro lado, debemos admitir que tampoco se ha aportado el mencionado valor añadido que pone de relieve la Comisión Consultiva"…

De lo expuesto se deduce que la mera creación de una holding no implica necesariamente la existencia de un motivo económico válido, por mucho que se invoque una disminución de costes (sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/2010), y ello en línea con el criterio de la Dirección General de Tributos; es necesario que se incorpore un valor añadido que viene representado por un cambio efectivo de dirección, y que, por tanto, se traduzca en una mejora societaria, que no concurre en el supuesto de autos.

III. NUEVAS PERSPECTIVAS PARA DISTINTAS CLASES DE FUSIONES.

A) Fusiones apalancadas

I.- El régimen de las fusiones merecería también un capítulo especial, al igual que el de las escisiones, a las que también afectaría la doctrina del motivo económico válido en el régimen de diferimiento que contempla el art.89.2 de la Ley 27/2014.

En cuanto a las escisiones, habría que destacar que se hayan sujetas a lo que se resuelva en los recursos de casación planteados respecto del requisito de la proporcionalidad y su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

A su vez en el ámbito de las fusiones mercantiles, tienen trascendencia a mi modo de ver dos tipos de operaciones muy frecuentes en la práctica fiscal. El primero, que se refiere a las fusiones apalancadas y el segundo, el que se refiere a las fusiones inversas.

Respecto de las fusiones apalancadas, llamadas también operaciones LBO, lo cierto es que se ha observado un giro jurisprudencial importante y avanzado en la Jurisprudencia, como lo han representado las sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2021, recurso 26/2018 y de 19 de julio de 2021, recurso 263/2018, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2016, recursos 349/14, 4134/14, 4044/14, y 948/14, que en cierta manera abrieron algún portillo.

En estas dos sentencias de la Audiencia Nacional, en modo alguno desvirtuadas por otras posteriores, se pone de relieve la influencia que ha tenido la legislación mercantil, en concreto el artículo 35 de la Ley 3/2009, derogado por el art. 42 del Real Decreto-Ley 5/2023 de 28 de junio, relativo a la incidencia de la guerra de Ucrania, cuando se refiere a Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. Como ha indicado el Tribunal Supremo, «la "fusión apalancada" es una operación consistente en que una sociedad existente o creada al efecto —"sociedad vehículo", "holding company", "venture capital" o "newco"— se endeuda para adquirir el control de otra realizando una "compra apalancada" o "leverage buy-out" (LBO). Posteriormente la adquirente absorbe a la controlada —"sociedad objetivo" o "target company"—, dando lugar a una fusión hacia delante o "forward leveraged

buy-out" o es absorbida por ella, produciéndose la fusión inversa o "reverse leveraged buy-out". El coste financiero de la adquisición termina recayendo en todo caso sobre el patrimonio de la sociedad adquirida».

Y en virtud de esta normativa, que comienza con la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se puede afirmar que estas operaciones LBO han sido bien vistas por parte del legislador mercantil, y por tanto, desde el punto de vista fiscal se puede apreciar la existencia de un motivo económico válido cuando se dan los presupuestos que se contemplaban en ambos casos. De todas maneras, con la vigente Ley 27/2014, se hallan sujetas a límites (art.16.3, 83 y 89), como son los relativos a la cuantía de las deducciones de los intereses abonados[1]. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no parece que pueda cuestionarse ante la inexistencia de una Jurisprudencia en contrario.

B) El futuro de las fusiones inversas.

A)Lo cierto es que a este tipo fusiones, caracterizadas porque la sociedad filial absorbe a la matriz, han sido examinadas por la **STS de 15 de enero de 2026, recurso 5791/23, sentencia que cuenta con 2 votos particulares**, y en la que se confirma la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional, que había apreciado que el límite del art. 90.3 del TRLIS, previsto para las fusiones ordinarias era también aplicable a las fusiones inversas, así como también se examina la posibilidad de que puedan aplicar la adquirente la compensación de bases imponibles negativas que ya disponía antes de la fusión. La Audiencia Nacional acudió a la figura de la interpretación extensiva, además de entender que esta compensación ya había sido en su mayor parte aplicada.

La posición mayoritaria del Tribunal Supremo considera que no existe un derecho natural a esa compensación, y sin entrar en el debate interpretación extensiva/analogía, entiende que es lógico dicha aplicación también a las fusiones inversas, sin valorar el tipo de fusión producida desde la perspectiva mercantil. Además, considera que en su mayor parte dichas bases imponibles negativas habían sido ya aplicadas.

Los votos particulares consideran que se ha producido la aplicación analógica de una limitación legal. No hay que atender a la finalidad de la norma, que es el criterio último de interpretación. dice uno de ellos, y en consecuencia, debió estimarse el recurso contencioso-administrativo.

Al margen de que una de las cuestiones tratadas en uno de los votos particulares que mantiene que la finalidad de la norma es el "último criterio en la interpretación de la misma" -posición, dicho sea con todos los respetos clara y abiertamente contraria al art.12 de la LGT 58/2003 y al art.3.1 del CC, así como a las posiciones unánimes de la doctrina civil o tributarista- la primera cuestión a tratar, y previa, por tanto, a cualquier otra es la relativa a si existían o no bases negativas que compensar en la sociedad adquiriente, es decir, si estaban o no aplicadas, porque indicar que lo eran o no en su mayor parte es mantener que en su aunque sea en una parte de las mismas podían ser compensadas. Ello resulta una cuestión previa y necesaria a los efectos de valorar la posibilidad de compensar o no bases imponibles negativas existentes antes de la adquisición y que correspondían a la sociedad adquirente.

En segundo lugar, es difícil también mantener la idea de que la compensación de bases negativas no es un derecho natural de la obligada tributaria. Al margen de que el término "derecho natural" es un término que aporta muy poco desde el punto de vista de la dogmática jurídica, sin embargo, conviene recordar que una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que las la compensación de bases imponibles negativas no es una verdadera "opción", de las del art.119 de la LGT 58/2003, y la ha concebido de forma muy próxima a un verdadero derecho subjetivo, hablando en muchas ocasiones de la expresión crédito fiscal (En este sentido sentencias de fecha 30 de noviembre de 2021, recurso 4464/2020, seguida por las de 2 de diciembre de 2021, recurso 4006/2020, 31 de diciembre de 2021, recurso 4300/2020; 20 de octubre de 2022, recurso 4400/2020; 24 de octubre de 2022, recurso 1875/2021; 23 de febrero de 22023,

[1] CUESTA CUESTA L, ALVAREZ BARNEITIO P, *" Operaciones LBO: La Audiencia Nacional entiende que no hay simulació*n, p.5. Septiembre 2021.

recurso 6058/2021; 30 de marzo de 2023, recurso 4754/2021; 25 de abril de 2023, recurso 6591/2021). Por consiguiente, esta consideración, que afirma que la compensación de bases imponibles negativas no es un derecho natural del obligado tributaria, debe ser, por tanto, inmediatamente matizada.

Por último, se plantea la más que relevante cuestión, a mi modo de ver indebidamente tratada en la sentencia, tanto por la posición mayoritaria como por los votos particulares, acerca de la diferenciación entre analogía/interpretación extensiva, que ha sido clásica en la doctrina tributarista, con posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diferentes, que requiere una solución definitiva por parte de nuestros tribunales, habiendo tenido el Tribunal Supremo una posibilidad de zanjar este debate sin que haya conseguido superarlo, dada la enorme trascendencia jurídica de la cuestión planteada. El criterio mayoritario no se pronuncia sobre esta cuestión, y el minoritario afirma y da por sentado que ha tenido lugar una aplicación analógica contra legem.

A modo de resumen indicaremos que el debate en la doctrina tributarista española sobre interpretación extensiva versus analogía es un viaje debate que proviene de la escuela italiana, en la que se puede encontrar tres posiciones enfrentadas, y cuyas aportaciones, básicamente, pueden defenderse en los siguientes términos:

A) VANONI admite tanto la figura de la interpretación extensiva como de la analogía, toda vez que en la primera se adapta el espíritu del precepto en relación con la letra del mismo, situando la cuestión en el ámbito de la interpretación de las normas. Respecto de la analogía se sitúa en el ámbito de la integración de las normas, siendo posible a los efectos de garantizar el principio de igualdad ante la imposición, y sobre todo, mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho a través de la analogía. VANONI entiende, no obstante, que la analogía no es el único medio de aplicación de los Principios Generales del Derecho, lo cual expone sin mayores justificaciones, y además, en otras referencias, como algo diferente a ellos[1].

B) En el caso de Giannini[2] se entiende que es admisible únicamente la interpretación extensiva de las normas, toda vez que responde a la misma finalidad expresada por parte de VANONI Pero no cabe la analogía puesto que esto contravendría el principio de legalidad existente en el ámbito tributario.

C) En la tercera posición, se encontraría el profesor Berliri[3], que entiende que no son admisibles ninguno de los dos institutos, por entender que contravendría la taxatividad que exige la interpretación de las nuestras tributarias, sin llegar a sostener la interpretación rígida que durante mucho tiempo fue mantenida por parte de esta doctrina.

En el Derecho español, los máximo defensores de las tres posiciones han sido Fernando Royo[4], la de Cortés Domínguez[5], que sigue la de Giannini, y la posición última defendida por la doctrina clásica [6]que representan Sainz de Bujanda y Vicente Arche[7]. Como bien se ha dicho, la diferencia entre la interpretación extensiva y la analogía radica entre conocer lo que el legislador ha pensado, y lo que habría pensado.

Siendo una cuestión del todo relevante, en el caso concreto era necesario determinar el criterio que siguió la Agencia Tributaria, acertando, en cuanto a la vía elegida de argumentación, a mi modo de ver la

[1] Así en la obra, VANONI E, "*Naturaleza e interpretación de las normas tributarias, traducción de MARTIN QUERALT, con estudio introductorio de MARTIN QUERALT,* J,, p. 58 del Estudio, y 338 y 350 de la obra de VANONI, en contradicción con el folio 345. En la doctrina civilista, se considera que la analogía es precisamente, el procedimiento de aplicación de los Principios Generales del Derecho. En este sentido, y por toda la doctrina, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, ob.cit, p.480, ALBALADEJO M, *Derecho Civil* Vol I, 18ª edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2009, p. 109.

[2] GIANNINI G: *L´interpretazione e l´integraziones delle leggi tributarie*", en Riv.Dir.Fin, 1941, además de mantener la diferenciación entre una y otra figura, p.197. También en la obra "*Instituzioni di Diritto Tributario"*, Milán, 1968, p. 44.

[3] BERLIRI A, , *"Principios de Derecho Tributario", traducción y estudio preliminar de Fernando Vicente Arche Domingo,* Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.

[4] PEREZ-ROYO F, y otros, dentro de la obra colectiva "*Derecho Financiero y Tributario", Parte General*, 32ª edición, 2022, Ed.Civitas Thomson Reuters, p.289

[5] CORTES DOMINGUEZ M, *"Ordenamiento jurídico tributario español*". Ed.Civitas, Madrid, 1977, p.149.

[6] BERLIRI A, ob.cit. p.122

[7] SAINZ DE BUJANDA F, "*Hacienda y Derecho*", Vol I, Ed.Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962.

Audiencia Nacional cuando en la instancia considera que se había acudido a la "interpretación extensiva". La decisión mayoritaria del TS consideró que no era necesario entrar en ese debate, para añadir que era del todo lógico aplicar la regla del art.90.3 del TRLIS a las fusiones inversas. La decisión de los dos votos particulares se deslizó por considerar que era una verdadera aplicación analógica, sin entrar en mayores consideraciones.

Pero lo cierto es que, de facto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido guiando por una aplicación de la interpretación extensiva, sobre todo, en el ámbito de las deducciones del Impuesto de Sociedades, y en el ámbito de las exenciones tributarias, al socaire de una interpretación finalística que adecúe la letra al espíritu de la norma. Así, frente a una doctrina anterior a favor de la interpretación restrictiva de las normas sobre exenciones y deducciones se alzan las sentencias de fecha 5 de marzo de 2015, recurso 1917/2013, de 13 de julio de 2017, recurso 1361/2016, con la excepción de la de 26 de mayo de 2016, recurso 2876/2014; a las que han seguido las de 28 de marzo de 2019, recurso 3772/2017, la de 11 de junio de 2020, recurso 3138/2017, la de 18 de junio de 2020, recurso 1479/2018, la de 8 de julio de 2020, recurso 507/2018, la de 29 de junio de 2021, recurso 1929/2020, 19 de diciembre de 2022, recurso 1523/2021, 13 de abril de 2023, recurso 2362/2021, 18 de abril de 2023, recursos 6503/2021 y 3555/2021. Y en esta línea también la Audiencia Nacional, (así, Sentencias de fecha 845/2020 y 846/2020, de fecha 11 de marzo de 2.024). Lo más relevante es que en ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo indica que se haya realizado una interpretación extensiva, lo que no hubiese significado vulneración alguna del principio de legalidad.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA FIGURA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO.

La doctrina del beneficiario efectivo aparece con los Comentarios al Modelo de Convenio de 1977[1]. A partir de ese momento ha tenido una aplicación extensiva en todos los ámbitos del Derecho Tributario Internacional, aunque por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no puede decirse lo mismo, si observamos la ya indicada sentencia de **23 de septiembre de 2020 (recurso 1996/2019, caso Colgate**). Dicha sentencia entendía que la cláusula de beneficiario efectivo no aparecía en el CDI hispano-suizo de 1966, ni siquiera tras la modificación de 2006 respecto de los cánones, aunque sí para otras rentas. Dicha noción, además, según el Tribunal Supremo *no es una norma de "Derecho natural" ni metajurídica,* (FD 3º). Lo cierto es que, con dicha doctrina, a mi modo de ver, el Tribunal Supremo cometía tres errores:

-Olvidaba que el protocolo de 2006 obligaba a interpretar todo el CDI con arreglo a la noción de beneficiario efectivo, apartado I.ii[2]; por lo que también era de aplicación a los cánones (art.12)

- Cuando habla de que no es una institución metajurídica aporta una noción desconocida en la dogmática jurídica, con perfiles difusos y confusos;

- No ha valorado la sentencia, si a pesar de que no figure expresamente respecto de los cánones, es susceptible la institución del beneficiario efectivo de interpretación extensiva cuando figura recogida en otros supuestos, que no de aplicación analógica, distinción que el Tribunal Supremo renuncia a realizar.

Sin embargo, las nuevas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo nos hacen ver la eficacia expansiva de esta figura jurídica, y además de ello configuran a los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE ya no sólo como un soft law, sino como una herramienta imprescindible para interpretar las normas de los CDI.

Lo primero que hay que plantearse es la naturaleza que tiene dicha figura del beneficiario efectivo, que como sabemos, permite determinar, no tanto quién es el destinatario último de la percepción de unas

[1] Así lo entiende SANZ GADEA E, " *Beneficiario efectivo", Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019,* asuntos acumulados. Revista de Contabilidad y Tributación, CEF, 435 (junio 2019), p.110.

[2] En este sentido, CALDERÓN CARRERO J.M, " *Nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre el beneficiario efectivo y los límites a la utilización del soft-law: el caso Colgate Palmolive*". Legalteca, nº1, Enero de 2021, p.5. Ed.Aranzadi.

rentas sino cuál es la entidad que tiene la verdadera disposición de las mismas, o como dice el TJUE, el disfrute efectivo de la renta. Dicho criterio ha sido de general aplicación tanto en el ámbito de la interpretación de la Directiva matriz-filiales 90/435/CEE (y con el art.14.1.h del RDL 5/2004) como igualmente de la Directiva de intereses 2003/49, (art.14.1.c del mismo texto legal). Se trata de establecer un criterio de exención en dichas materias cuando hay negocios entre sociedades pertenecientes a diversos estados miembros, pero no pretende permitir la expatriación de rentas en favor de entidades de terceros estados, y que se han valido de la creación de "montajes artificiales", para conseguir dicha expatriación.

La sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de mayo de 2021, dictada en el recurso 1000/2017, dio un espaldarazo definitivo de este principio aplicando la doctrina de los bonos daneses del TJUE de fecha 26 de febrero de 2019 para inaplicar el art.14.1.h del RDL 5/2004. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023, recurso 6528/2021, a la que han seguido las de 21 y 22 de junio de 2023, recursos 6522/2021 y 6517/2021, entendiendo que en virtud de la doctrina del acto aclarado por el TJUE -lo que hacía innecesario plantear una cuestión prejudicial- no podía aplicarse una norma interna contraria a la Jurisprudencia del TJUE en cuanto que establecía una desplazamiento de la carga de la prueba en favor de la Agencia Tributaria a la hora de justificar que el beneficiario efectivo se hallaba fuera del territorio de la UE, no bastando con la presunción de la condición de dicho beneficiario por el hecho de que el titular de la matriz fuese un fondo de pensiones no residente. Se trata, por tanto, de un supuesto de beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes a sus matrices residentes fuera del territorio de la UE.

Dicha sentencia en su FD 3º establece criterios relevantes para configurar la figura del beneficiario efectivo. Así establece que dicho concepto jurídico indeterminado no se identifica formalmente, ni se puede acoger del derecho nacional, sino del Modelo de Convenio de la OCDE, acogiendo una interpretación dinámica, lo que supone una clara superación de la doctrina que estableció el Tribunal Supremo en 2020 sobre esta cuestión. Por otro lado, la doctrina del TJUE de los bonos daneses, de 26 de febrero de 2019, (asuntos C-115/16 y acumulados), tampoco exige la identificación precisa del beneficiario efectivo ni la prueba de la situación de abuso de derecho, sino que "*el supuesto beneficiario efectivo no es más que una sociedad instrumental por medio de la cual cual se ha cometido un abuso de derecho*[1]*"*.

En mi opinión no es una verdadera norma anti-abuso[2]; es una regla de imputación de renta que determina la competencia de los Estados, y, por otro lado, un verdadero principio General del Derecho tributario que goza de las cualidades que tienen estos en la terminología de De Castro[3], con su valor interpretativo, informador del ordenamiento e interpretativo de las normas. En este sentido, me parece muy acertada la posición de CARMONA FERNANDEZ[4] cuando indica que, según se deduce de la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, "es un requisito material para aplicar el régimen". En este sentido, conviene tener en cuenta que en la SAN de fecha 21 de mayo de 2021, la aplicación de la doctrina del beneficiario efectivo, sirve, precisamente, para evitar la aplicación de la verdadera norma antiabuso, el art.14.1.h del RDL 5/2004.

Todo ello se deduce en un contexto de notoria imprecisión por parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se deduce de la STS de 21 de diciembre de 2021, recurso 4013/2020, cuando indica:

"Además de la interpretación literal o gramatical, que no es extensiva (lo que prohíbe la ley fiscal es la analogía en la aplicación de los beneficios fiscales, propiciando la interpretación estricta -que no es lo mismo que restrictiva), la teleológica respalda nuestra tesis, en consonancia con la argumentación de la

[1] En este sentido, PARRA RUIZ G, *" El Abuso de derecho y el beneficiario efectivo en Europa en la jurisprudencia del TJUE",* Carta Tributaria, Revista de opinión, noviembre de 2023, Editorial CISS, p.8. y SOLER ROCH M.T, "*Las normas antiabuso generales y especiales*". Instituto de Estudios Fiscales, nº12, 2011, Documentos de Trabajo, p.182.

[2] Aunque así parecía entenderlo la SAN de 31 de octubre de 2017, recurso 24/2016, que también exige que la noción de beneficiario efectivo sea expresamente declarada por la norma. Vid, MARTIN JIMENEZ A, "*Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y sentencias danesas del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso Colgate*)", Revista de Contabilidad y Tributación nº452, CEF 2020, p. 75 y ss.

[3] DE CASTRO F, *Derecho Civil de España*, Ed.Civitas, Madrid, 1949, p.427 y ss.

[4] CARMONA FERNANDEZ C, " *La cláusula silenciosa de beneficiario efectivo en la exención de intereses con destino comunitario*". Carta Tributaria, Revista de opinión, nº119, febrero de 2025, p.3.

sentencia impugnada, pues aunque el artículo 108.3 TRLIS no sea per se una disposición directamente antiabuso, no puede desconocerse que su interpretación adecuada y orientada a los principios fiscales (comenzando por el principal de ellos, el de capacidad económica) exige descartar la posibilidad de que, con un mero fraccionamiento artificioso de sociedades o con la separación de actividades económicas en diversos centros de decisión económica, alguno de los cuales se pondrían en manos de personas naturales que, a su vez, serían las titulares de tales sociedades, se pudiera obtener un artificioso derecho al tratamiento fiscal favorable, afectando no sólo al deber de contribuir adecuadamente, sino también a la libre competencia de las empresas, que podría quedar eventualmente distorsionada si unas sociedades o grupos compitiesen en desigualdad de condiciones por razón de sus meras decisiones autoorganizativas…"

Del confuso párrafo no se sabe, en primer lugar, qué diferencia hay entre la interpretación estricta y restrictiva; en segundo lugar, de su lectura se deduce la inadmisión de la interpretación amplia en materia de beneficios fiscales cuando el Tribunal Supremo la ha convertido en regla; y en tercer lugar, se sigue sin dejar claro los límites entre la interpretación finalística -que, por supuesto, defendemos- y la analogía[1].

V. LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS NORMAS ANTIABUSO.

I.En la reciente práctica jurisprudencial, en mi opinión, convendría destacar dos sentencias importantes. **La primera de ellas es la de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2025, Sección 2ª, dictada en el recurso 22/2023**. Esta sentencia hace mención a la problemática de los juros brasileños, pero no para reiterar, sin más, su consideración como dividendos, como ya había proclamado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que son representativas las sentencias de fecha 16 de marzo de 2016, recurso 1130/2014, y de 15 de diciembre de 2016, recurso 3949/2015, que confirman a su vez las de la Audiencia Nacional de fecha 27 de febrero de 2014, recurso 232/2011 y de 22 de octubre de 2015, recurso 463/2012. Y ello según se deduce del Convenio entre España y Brasil de 1974. Esta consideración, determina, precisamente, la exención que contempla el CDI en favor de la entidad accionista española.

Pero lo cierto es que dicha sentencia, añade más cuestiones, y del todo relevantesor relevancia. Conviene tener en cuenta que la problemática de esta sentencia viene dada como consecuencia de la decisión de la Agencia Tributaria de reconsiderar a partir de los ejercicios vencidos desde la entrada en vigor de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, la calificación jurisprudencial como dividendos sobre la base, por un lado, de una Consulta de la Dirección General de Tributos, así como de la nueva normativa que establecían la citada Ley 27/2014, en su art.21.1. tercer párrafo, al indicar que "*No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*". Y, finalmente, sobre la base de una interpretación unilateral de la legislación brasileña que según entendía la Agencia Tributaria, se otorga a estos juros el tratamiento de intereses.

Como punto de partida establece que la interpretación de los CDI debe hacerse desde el punto de vista del Derecho Internacional, como tratados que son, lo que no siempre ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo. Así, lo expresa en el FD 4º:

"En primer lugar, conviene tener en cuenta que, según el parecer de la doctrina científica más autorizada, y de la Jurisprudencia (SAN de 26.10.2018, recurso 156/2015, STS 18.5.2005, recurso 754/2000, STS 25.3.2010, recurso 9020/2004, y también las de 29.6.2011, recurso 6150/2007, de 14.7.2011, recurso 1623/2008, y de 12.6.2023, recurso 915/2022; del Tribunal Constitucional, STC 11/1985, de 30 de enero, 76/1982, de 14 de diciembre, por todas), los convenios de doble imposición, los CDI, han de ser interpretados, como normas internacionales que son, con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, y en concreto, con arreglo a los artículos 31 y 32 del mismo texto, que establecen los criterios teleológico, sistemático o contextual, lógico, literal e histórico en la interpretación de los mismos, dada la preferencia de los mismos sobre las leyes nacionales conforme

[1] Sobre la confusión de conceptos en dicha sentencia, MARTIN QUERAL J, LOZANO SERRANO JM, CASADO OLLERO G, ORÓN MORATAL G, *"Curso de Derecho Financiero y Tributario*", Ed.Tecnos, Madrid, 2024, p.200

al art.96.1 de la CE. Ello se deduce, además, del art.3 del TRLIS, conforme al carácter de los CDI como medios de determinación de la competencia de los Estados…"

Por otro lado, la mencionada sentencia establece los criterios finales de determinación del sistema de fuentes en la interpretación de los CDI:

"En segundo lugar, también ha de tenerse en cuenta los criterios internacionales establecidos en relación con el Modelo de convenio de la OCDE, artículo 3, y que también son propios del Derecho Internacional, como el principio de reciprocidad. Y, finalmente como normas tributarias Internas que son los CDI (art.7 de la LGT 58/2003), una vez que han sido ratificados por España, son de aplicación las normas españolas domésticas siempre y cuando no se contradiga el contenido y el espíritu del convenio…"

Y finalmente, ha de recordarse lo que expone la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023, antes mencionada, en el sentido de que coloca a los principios de la OCDE, entre los que se incluiría los Comentarios al Modelo de Convenio, en un lugar relevante, superando así, la doctrina de la sentencia de 23 de septiembre de 2020. Así lo dice en el FD 4º de la citada sentencia de 8 de junio de 2023:

"*Entra el TJUE a examinar esta cuestión, si bien debemos advertir que las consideraciones que realiza y que seguimos, a pesar de nuestros pronunciamientos realizados en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020, rec. cas. 1996/2019, que a su vez sigue otras anteriores, sentencia de 3 de marzo de 2020, rec. cas. 5448/2018, respecto de la interpretación dinámica de los convenios en referencia a los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, que en definitiva, viene avalada por la sentencia que comentamos. Como se desprende de los términos de la sentencia, que a continuación se transcribirán, tomando como marco la Directiva de intereses y cánones, rechaza que por beneficiario efectivo pueda entenderse aquel que es identificado formalmente, sino que debe considerarse beneficiario efectivo a la persona que disfruta económicamente de los pagos percibidos y que dispone por tanto de la facultad de determinar libremente el destino de éstos. En la línea, dos apuntes resultan interesante recalcar, uno, en contraposición con la postura mantenida por este Tribunal Supremo, el reconocimiento explícito de que son relevantes y aplicables los principios de la OCDE, y otro, que la definición de beneficiario efectivo no puede cogerse del derecho nacional, dado su diverso alcance, debiéndose tener en cuenta la evolución del mismo al momento en que debe aplicarse conforme a una interpretación dinámica, y atendiendo a los futuros cambios en los Comentarios de del Modelo de Convenio de la OCDE…"*

Y aunque los Comentarios tenían la naturaleza de soft law[1], y por tanto, carecían de valor normativo, dicho ya desde hace muchos años por el Tribunal Supremo (STS de 15 de julio de 2002, recurso 4517/1997 o 12 de febrero de 2003, recurso 8720/1998, 15 de octubre de 2009, recurso 10106/2003, por todas) las últimas sentencias le permiten recobrar un valor mayor, una posición jurídica en la interpretación de los CDI destacada, aunque sin llegar a poder ser ratio decidendi ni poder ser invocada en casación, en línea con la sentencia del TJUE de fecha 26 de febrero de 2019, asuntos C-115/16 y acumulados, la ya conocida de los bonos daneses. Ello no implica optar por la interpretación dinámica, ni por la estática, pues en mi opinión este debate tiene mucho de nominalismo, sino de respetar o no el espíritu del Convenio, sobre la base de una interpretación concordante con el otro Estado firmante del Convenio, evitando interpretaciones unilaterales del mismo.

Dicha sentencia lo que pone de relieve es que no cabe invocar la normativa interna, en este caso, la española, para realizar una interpretación unilateral de un convenio en contra del espíritu del mismo. Por otro lado, hace un examen novedoso sobre el principio de reciprocidad, entendiendo que conforme a la

[1] Por todos, SERRANO ANTON F, " *La interpretación de los convenios de doble imposición internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. La Función de los Comentarios del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio*, Revista de Contabilidad y Tributos, CEF nº341-342, p.142,

interpretación de la normativa brasileña no era posible configurar a los juros brasileños como intereses (art.11), en vez de dividendos (art.10), tal como había sido tradicionalmente considerado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y, en consecuencia, examina la mencionada normativa brasileña, como prueba del Derecho Extranjero:

"Y en esta línea también la ley brasileña 9249/1995 de 26.12.1995, así como la Resolución de la Comisión de Valores mobiliarios de Brasil de 15.6.2022, aportada por la actora, como prueba del Derecho extranjero, conforme al art. 281.2 de la LEC, por lo que, no puede invocarse el principio de reciprocidad, que de hecho ha sido aplicado por la Administración demandada. Y en este sentido, interpretando la normativa brasileña, se pronunciaron las sentencias de esta Sección de fecha 27.2.2014, recurso 232/2011 y de 9.7.2015, recurso 282/2012…"

Por otro lado, esta sentencia destaca porque prevé los supuestos en que puede tener lugar la aplicación de la normativa interna conjuntamente con el CDI (Convenio de doble imposición):

A)Por remisión del CDI al Derecho interno, expresa o tácitamente.

B) Por aplicación del principio de reciprocidad, o de otro principio de Derecho internacional ,como el del art.3.2 del modelo de Convenio de la OCDE, puede tener lugar una interpretación unilateral de los Estados

C) Y en tercer lugar, como consecuencia de la aplicación del principio de no agravación reconocido doctrinalmente, evitando así, que el Convenio origine una situación desigualatoria en relación con la normativa interna. Así lo pone de relieve dicha sentencia en el FD 4º:

"Presupuesto lo anterior las alegaciones de la parte recurrente han de ser íntegramente estimadas. En primer lugar, conviene tener en cuenta que, según el parecer de la doctrina científica más autorizada, y de la Jurisprudencia (SAN de 26.10.2018, recurso 156/2015, STS 18.5.2005, recurso 754/2000, STS 25.3.2010, recurso 9020/2004, y también las de 29.6.2011, recurso 6150/2007, de 14.7.2011, recurso 1623/2008, y de 12.6.2023, recurso 915/2022; del Tribunal Constitucional, STC 11/1985, de 30 de enero, 76/1982, de 14 de diciembre, por todas), los convenios de doble imposición, los CDI, han de ser interpretados, como normas internacionales que son, con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, y en concreto, con arreglo a los artículos 31 y 32 del mismo texto, que establecen los criterios teleológico, sistemático o contextual, lógico, literal e histórico en la interpretación de los mismos, dada la preferencia de los mismos sobre las leyes nacionales conforme al art.96.1 de la CE. Ello se deduce, además, del art.3 del TRLIS, conforme al carácter de los CDI como medios de determinación de la competencia de los Estados.

En segundo lugar, también ha de tenerse en cuenta los criterios internacionales establecidos en relación con el Modelo de convenio de la OCDE, artículo 3, y que también son propios del Derecho Internacional, como el principio de reciprocidad. Y, finalmente como normas tributarias Internas que son los CDI (art.7 de la LGT 58/2003), una vez que han sido ratificados por España, son de aplicación las normas españolas

domésticas siempre y cuando no se contradiga el contenido y el espíritu del convenio. Por consiguiente, las normas domésticas serán de aplicación en los siguientes supuestos en los que concurren con los CDI:

-Por remisión de los CDI,

- Por aplicación del principio de reciprocidad y art.3.2 del Modelo de Convenio de la OCDE,

- Por aplicación de la cláusula de no agravación, doctrinalmente admitida, y ello para el caso de que el efecto útil del CDI no consiga eliminar totalmente la doble imposición…"

Esta tesis ha sido acogida por la doctrina, como es el caso de los profesores CALDERON Y VOGEL[1].

II.- En segundo término, había que destacar también la **sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2026, dictada en el recurso de casación 6111/2023, que confirma la sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 26 de mayo de 2023**. En dicho recurso se debatía la aplicación del Convenio Hispano-holandés. En este supuesto concreto se acredita que el beneficiario efectivo de las rentas obtenidas no es otro que una entidad residente en Curaçao, con el que no existía convenio de doble imposición. Por consiguiente, no puede aplicarse la Directiva Comunitaria 2003/49, y por tanto, la exención, sin que pueda aplicarse el CDI de forma subsidiaria, por el principio de primacía del Derecho de la UE y no el privilegiado del 6% que prevé el Convenio con Países Bajos. En consecuencia, la Agencia Tributaria entendió que no podía ser de aplicación dicho Convenio, y aplica por ello la norma interna española, y en consecuencia se le aplica el tipo correspondiente del 24,5%.

En este supuesto concreto se puede concluir cómo *la regla del beneficiario efectivo no es una verdadera norma antiabuso, sino es una regla competencial determinante de la norma de aplicación al caso,* siendo preciso que el beneficiario efectivo de las rentas obtenidas sea una entidad residente para que pueda ser aplicado el Derecho de la Unión Europea . Otra cuestión que cabe plantearse es si, en caso de que el Tribunal hubiese llegado al convencimiento de que el beneficiario efectivo hubiese sido un tercer Estado residente en la Unión Europea si podía haber aplicado de oficio el correspondiente Convenio de doble imposición con dicho país, lo cual parece del todo lógico. Destacamos de dicha sentencia lo siguiente:

"Rechazada la aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1.m) TRLIRNR, no resultan de aplicación las previsiones contenidas en el CDI hispano neerlandés sobre el tipo de retención aplicable a dichos pagos, sino el tipo regulado en la normativa interna, por aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión, en tanto en cuanto dicho artículo refleja fielmente la Directiva que transpone (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)…"

Por consiguiente, podemos afirmar que la relación existente entre cláusulas de abuso internas y las previsiones de los CDI puede encontrarse entre situaciones:

Remisión del CDI a las Cláusulas antiabuso internas; es el caso del Convenio con Costa Rica de 2004 (Protocolo, apartado I). En ese caso, no hay problemas para su aplicación.

Ausencia de previsión en los CDI: También deben ser aplicadas dichas cláusulas antiabuso domésticas, conforme a los postulados de la OCDE recogidos en el Plan de Acción 6 de 2015,para impedir la aplicación abusiva de los CDI[2].

Prohibición de las cláusulas antiabuso internas: en ese caso, escasamente contemplado, tienen preferencia

[1] CALDERÓN CARRERO J.M, *"La doble imposición internacional en los Convenios de doble imposición y en la Unión Europea"*, Ed.Aranzadi, Pamplona, 1997, p.50 y ss. También VOGEL K."*Convenios de doble imposición*", Ed.Wolters Kluwer, 1993, p.125 y ss

[2] En el mismo sentido, JIMENEZ MARTIN F, y RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA L, *"Cláusulas antielusión y Convenios para evitar la doble imposición: Cuestiones no resueltas".* Revista de Contabilidad y Tributación. CEF nº339*, p.72, y 80.*