



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

**TRABAJO DE FIN
DE GRADO**

*La constitución de una sociedad
holding en Luxemburgo, análisis del
cambio de residencia del socio único y
fiscalidad aplicable a sus empresas*

Autor: Sara Suárez Carnota

Tutor: José Manuel Calderón Carrero

*Programa de simultaneidad del Grado en Administración y Dirección de
Empresas y el Grado en Derecho*

Curso académico 2020-2021

ÍNDICE

<u>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</u>	4
<u>I. ANTECEDENTES DE HECHO.....</u>	5
<u>II. OBLIGACIONES DE BRICKBLOCK BV EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES</u>	6
II.1. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES.....	6
II.1.1. Concepto y naturaleza jurídica de las monedas virtuales.	7
II.1.1.a) Criptomonedas y su funcionamiento: el caso del Bitcoin.....	7
II.1.1.b) Definición legal de criptomoneda.....	8
II.1.1.c) Calificación jurídica.....	9
II.1.2. Proveedores de servicios de monedas virtuales	10
II.2. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANTI-BLANQUEO DE CAPITALES	10
<u>III. TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS</u>	12
III.1. EL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS "TOKEN"	12
III.2. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA A TRAVÉS DE TOKENS.....	13
III.2.1. Teoría del título y el modo	13
III.2.2 Requisitos formales del contrato	13
III.3. REGISTRO DE PROPIEDAD Y EFICACIA DE LA TRANSMISIÓN FRENTE A TERCEROS....	14
III.3.1. Vinculación de la representación digital con el activo real	14
III.4. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA .	15
<u>IV. DETERMINACION DE LA RESIDENCIA FISCAL DE D. CARLOS</u>	15
IV.1. SITUACIÓN FÁCTICA DE D. CARLOS EN ESPAÑA Y EN LUXEMBURGO (PRE/POST 2020).....	15
IV.2. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA FISCAL SEGÚN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.....	16
IV.2.1. Permanencia en el territorio	17
IV.2.2. Núcleo de intereses o base de sus actividades.....	18
IV.3. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA FISCAL SEGÚN EL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN APLICABLE.	19
IV.3.1. Resolución de los conflictos de doble residencia.....	20
IV.3.2. Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE	20
IV.3.2.a) Criterio de la vivienda permanente	21
IV.3.2.b) Criterio del centro de intereses vitales	21

IV.3.2.c) Criterio del lugar donde viva habitualmente	22
IV.3.2.d) Criterio de la nacionalidad	22
IV.4. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA.....	22
IV.4.1. Permanencia en el territorio	22
IV.4.2. Núcleo de intereses o base de sus actividades.....	23
IV.4.2.a) Patrimonio en España.....	23
IV.4.2.b) Patrimonio en Luxemburgo	23
IV.4.3. Resolución del conflicto de doble residencia.....	24

V. RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL: EL CASO DE QUALITY SERVICES LTD..... 24

V.1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL	25
V.2. REQUISITOS CUANTITATIVOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL.....	26
V.3. SOCIEDADES “TRANSPARENTES”.....	26
V.4. RENTAS IMPUTABLES	27
V.4.1. Rentas pasivas.....	27
V.4.2. Rentas procedentes de la actividad empresarial	27
V.4.3. Rentas excluidas	28
V.3. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA (TFI)	28

VI. RESIDENCIA FISCAL DE LAS SOCIEDADES PROPIEDAD DE D. CARLOS..... 29

VI.1. LA RESIDENCIA FISCAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.....	29
VI.1.1. Interpretación del concepto de "sede de dirección efectiva".....	30
VI.1.2. Presunción en materia de residencia fiscal contenida en la LIS.....	31
VI.2. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA RESIDENCIA FISCAL DE LAS DIFERENTES ENTIDADES MENCIONADAS EN EL CASO (PRE/POST 2020)	32
VI.2.1. BrickBlock BV	32
VI.2.2. Quality Services Ltd.....	33
VI.2.3. Sociedad de Inversiones SLU.....	34
VI.2.4. Rodríguez Capital SARL.....	35

VII. APORTACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DE SOCIEDAD DE INVERSIONES SLU A RODRÍGUEZ CAPITAL SARL: REPERCUSIÓN EN EL RÉGIMEN FISCAL DEL CAPÍTULO VII, TÍTULO VII DE LA LIS 35

VII.1. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN.....	35
VII.2. RÉGIMEN FISCAL DEL CAPÍTULO VII, TÍTULO VII DE LA LIS	36

VII.2.1. Requisitos de aplicación.....	36
VI.2.2. Repercusión fiscal de la aplicación del citado régimen	37
VII.2.3. Justificación de la operación: el concepto de motivo económico válido.....	38
VII.3. REPERCUSIÓN FISCAL DE LA APORTACIÓN POSTERIOR.....	41
VII.4. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA.....	41

VIII. ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR DIVIDENDOS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 21 LIS POR PARTE DE LA SOCIEDAD DE INVERSIONES SLU 42

VIII.1. EXENCIÓN POR DIVIDENDOS. JUSTIFICACIÓN POR RAZONES DE DOBLE IMPOSICIÓN	42
VIII.2. REQUISITOS BÁSICOS PARA SU APLICACIÓN	43
VIII.3. CONCLUSIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA LIS EN EL CASO OBJETO DE ANÁLISIS.....	44

IX. TRIBUTACIÓN APLICABLE EN ESPAÑA (IRNR) A LOS DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS POR LA SOCIEDAD DE INVERSIONES SLU A LA ENTIDAD RODRIGUEZ CAPITAL SARL..... 45

IX.1. DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL	45
IX.1.1. Análisis de la existencia de doble imposición en el caso de estudio.....	46
IX.1.2. Convenio de Doble Imposición entre España y Luxemburgo.....	46
IX.1.2. a) Concepto de “dividendo” a efectos del CDI	47
IX.1.2. b) Concepto de “beneficiario efectivo” a efectos del CDI	47
IX.1.3. Implementación doméstica de la Directiva matriz-filial	48
IX.1.4. Corrección de la doble imposición en el caso de estudio.....	49
IX.2. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA.....	49

X. BIBLIOGRAFÍA 50

LISTADO DE ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
Art./Arts.	Artículo/Artículos
BCE	Banco Central Europeo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BTC	Bitcoin
BV	Besloten Vennootschap (sociedad de responsabilidad limitada en la normativa de Países Bajos)
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CDI	Convenio de Doble Imposición
CFC	Controlled Foreign Company
CVDGT	Consulta Vinculante a la DGT
DGT	Dirección General de Tributos
EP	Establecimiento permanente
IBFD	International Bureau Fiscal Documentation
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRNR	Impuesto sobre la Renta de No Residentes
IS	Impuesto sobre Sociedades
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
LIP	Ley 19/1191, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	RDL 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas <i>y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio</i>
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
Ltd	Private Limited Company (sociedad de responsabilidad limitada en la normativa de Hong Kong)
MEV	Motivo económico válido
ModCDI	Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE
NRV	Norma de registro y valoración según el Plan General de Contabilidad
núm.	Número
pág./s	Página/s
PGC	Plan General de Contabilidad
RD	Real Decreto
RD-Ley	Real Decreto Ley
RP	Registro de la Propiedad
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFI	Transparencia Fiscal Internacional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
v. gr.	Por ejemplo

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Sociedad de Inversiones SLU es una sociedad española, propiedad al 100% de D. Carlos Rodríguez, que tiene por objeto social las actividades de las sociedades holding (CNAE 6420), creada el 3 de enero de 2017 para gestionar las participaciones que el socio único ostenta en las demás compañías y canalizar los recursos económicos de las sociedades filiales para seguir expandiendo sus inversiones.

Esta sociedad, cuenta con una oficina en propiedad en Madrid, situada en la calle de Velázquez, que consta de 50 metros cuadrados, distribuidos en: un despacho, en la que trabaja el único empleado de la sociedad, encargado de realizar labores de contabilidad y administrativas; un despacho en el que D. Carlos realiza sus labores como administrador único; y una sala de juntas.

En el momento de constitución, D. Carlos aportó, mediante un canje de valores, las participaciones que poseía en dos sociedades extranjeras, acogándose al Régimen del capítulo VII, título VII, del Impuesto sobre Sociedades. En virtud de esta operación, pasaron a ser propiedad de Sociedad de Inversiones SLU las siguientes sociedades:

BrickBlock BV, sociedad domiciliada en Países Bajos, constituida en 2015, cuya actividad principal es la prestación de servicios de cambio de moneda virtual (principalmente Ethereum y Bitcoin) en moneda fiduciaria y en la que Sociedad de Inversiones ostenta el 100% del capital social.

Esta entidad tiene una oficina alquilada en Utrecht, donde trabajan sus 15 empleados, aunque las labores de administración de la compañía las realiza D. Carlos, como administrador único, desde las oficinas de Sociedad de Inversiones.

Con el afán de expandir el negocio que desarrolla en Países Bajos, D. Carlos abre una sucursal de BrickBlock en España en agosto de 2018, en la que, además de prestar servicios como *exchange* de criptomonedas, quiere explorar una nueva línea de negocio: la tokenización de activos inmobiliarios, permitiendo así agilizar su compraventa, reduciendo los costes de transacción, aunque esta actividad todavía está en fase de estudio. Para la puesta en marcha de la sucursal, alquila unas oficinas en Madrid, y desplaza allí a 4 de los trabajadores que desarrollaban sus labores en las oficinas de Utrecht.

Asimismo, contrata a un abogado español para estudiar las posibilidades de negocio existentes en el ámbito de la tokenización de activos.

Sociedad de Inversiones SLU, posee también el 60% del capital social de Quality Services Ltd, sociedad constituida en 2013 y domiciliada en Hong Kong, dedicada a prestar servicios de inspección de productos y auditoría de proveedores en China, realizando su actividad exclusivamente para clientes en Europa y Sudamérica. La administración está encomendada a un consejo de administración, que se reúne con carácter trimestral en las oficinas de Sociedad de Inversiones SL, situadas en Madrid.

Esta sociedad, posee unas oficinas alquiladas en Hong Kong, pero no tiene trabajadores, sino que subcontrata a empresas chinas todos los servicios que presta, actuando como intermediario entre el cliente y el prestador del servicio.

Dada la reputación que ha alcanzado la compañía y el renombre que tiene en el mercado, la empresa cedió, en el año 2020, la marca Quality Services a dos compañías chinas, por un precio de 200.000 dólares anuales a cada una.

Dada la situación económica de España, D. Carlos, soltero y sin hijos, se traslada a Luxemburgo en noviembre de 2019, con la intención de desarrollar desde allí sus actividades de administrador y sus labores empresariales.

Para ello, vende la casa que tenía en propiedad y traslada todos sus bienes a Luxemburgo, donde vive en una casa de alquiler. Además, se plantea constituir una sociedad holding en su nuevo país de residencia, aportando a tal efecto las participaciones de Sociedad de Inversiones SLU, que a su vez ostenta participaciones de otras compañías.

Para ello, crea en enero de 2020 la sociedad Rodríguez Capital SARL, con la intención de aportar posteriormente sus participaciones en Sociedad de Inversiones SLU, y alquila un despacho en la ciudad que, además de ser el domicilio social de la compañía, es el lugar donde D. Carlos realiza sus labores empresariales y de administración, siendo este el único personal vinculado a la compañía, sin que se plantee de momento, la contratación de empleados.

En marzo de 2020, D. Carlos aporta las participaciones de Sociedad de Inversiones SLU a la sociedad Rodríguez Capital SARL, mediante una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias.

Durante el año 2020, D. Carlos ha permanecido en España durante dos semanas en febrero (del 2 al 17) y durante todo el mes de agosto, para visitar a sus padres, residentes en España. Además, ha seguido asistiendo trimestralmente a las reuniones del consejo de administración de Quality Services Ltd, que se siguieron desarrollando en las oficinas de Madrid, por lo que estuvo en España: del 1 al 3 de marzo; del 15 al 17 de junio; del 2 al 5 de octubre y del 4 al 10 de diciembre.

Las labores de administración de BrickBlock BV, así como las de Sociedad de Inversiones SLU, las ha realizado desde su despacho alquilado de Luxemburgo.

En enero de 2021, D. Carlos reparte dividendos desde Sociedad de Inversiones SLU a Rodríguez Capital SARL, por un importe de 1.000.000€. Estos dividendos, proceden en su totalidad de beneficios generados por las sociedades filiales, distribuidos a la matriz española, durante el ejercicio 2019, aplicándose a tal efecto la exención por dividendos contenida en el IS.

II. OBLIGACIONES DE BRICKBLOCK BV EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES

II.1. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES

La aparición de las monedas virtuales ha permitido impulsar la innovación y la eficiencia en los mercados financieros, pero sus propias características también las convierten en un vehículo propicio para el desarrollo de actividades ilícitas.

En 2015, el Grupo de Acción Financiera Internacional¹, alertaba acerca de los potenciales riesgos que suponían las criptomonedas en materia de blanqueo de capitales, debido a (i) el anonimato que proporcionan a los usuarios frente a los métodos tradicionales de pago; (ii) la ausencia de intermediarios; (iii) la dificultad de ubicar el origen o destino de las

¹ FATF (2015). Guidance for a risk-based approach. Virtual Currencies. Recuperado el 1 de mayo de 2021 de <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf>

transacciones y (iv) la capacidad de realizar transacciones transfronterizas inmediatas a través de internet.

Esta preocupación generalizada de las instituciones frente a la utilización de las criptomonedas cristalizó en la Unión Europea con la aprobación de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 (en adelante, Quinta Directiva), *por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*, que supuso, entre otras modificaciones, la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva UE 2015/849, incluyendo en el mismo a los proveedores de servicio de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias, con el propósito de vigilar el posible empleo de las criptomonedas para fines ilícitos.

Para poder determinar cuándo estamos ante un proveedor de dichos servicios, delimitaremos en primer lugar el concepto de moneda virtual, analizando su naturaleza jurídica y elementos esenciales, para posteriormente establecer las obligaciones, si las hubiere, de BrickBlock BV en materia de prevención de blanqueo de capitales.

II.1.1. Concepto y naturaleza jurídica de las monedas virtuales.

II.1.1.a) Criptomonedas y su funcionamiento: el caso del Bitcoin.

La aparición de las criptomonedas se produce en 2008, con la publicación, bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto, del trabajo teórico *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, en el que el autor expone el diseño de un sistema descentralizado de transacciones electrónicas, cuyo funcionamiento se basa en protocolos criptográficos, permitiendo así realizar operaciones sin la necesidad de verificación por parte de un tercero de confianza.²

En esencia, el sistema se basa en una cadena de bloques (en adelante, *blockchain*), en la que cada bloque se compone de una serie de transacciones “paquetizadas”, a las que se asocia un hash³, creando de este modo un registro de contabilidad distribuida donde figuran todas las transacciones confirmadas.

El sistema de verificación de las transacciones se realiza mediante *proof-of-work*, esto es, mediante la búsqueda de un valor que, al convertirse en hash, tenga que empezar con un número requerido de bits igual a cero (lo que implica que la capacidad de computación requerida aumentará exponencialmente a medida que se requieran más ceros al inicio).

² *What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party. Transactions that are computationally impractical to reverse would protect sellers from fraud, and routine escrow mechanisms could easily be implemented to protect buyers. In this paper, we propose a solution to the double-spending problem using a peer-to-peer distributed timestamp server to generate computational proof of the chronological order of transactions. The system is secure as long as honest nodes collectively control more CPU power than any cooperating group of attacker nodes.* (NAKAMOTO, S., 2008).

³ Un hash es el resultado de una función criptográfica, en este caso, la función SHA-256, que genera un identificador alfanumérico único e irrepetible, asociado a una información determinada, de modo que se puede realizar la transformación sólo en una dirección (esto es, dada una información, podremos obtener un hash, pero no podremos obtener la información original, dado un determinado hash). De este modo, cada hash identifica a un bloque de la cadena.

Una vez se ha resuelto el hash, con el número de ceros requeridos⁴, el bloque se verifica y se añade a la blockchain.

Como cada hash referencia al hash anterior, cada nuevo bloque añadido a la cadena contiene información de los bloques anteriores, de modo que, si se pretendiera modificar uno de ellos, se generaría un efecto en cascada, modificándose automáticamente los hashes siguientes. De este modo, sería necesario rehacer el *proof-of-work* de cada bloque, para que se reestableciese la coherencia en el sistema de autorreferencia, de modo que se elimina el riesgo del “doble-pago”, que podríamos asimilar a la problemática de la doble venta en derecho civil.

Los monederos de criptomonedas (en este caso, de Bitcoin), cuentan con dos claves: (i) la clave privada, que sólo conoce el propietario del monedero y es empleada para firmar las transacciones, de modo que se acredita que quien las realiza es el dueño del monedero y (ii) la clave pública, un identificador del monedero que permite a los demás usuarios realizar transacciones en favor del propietario del mismo, sin que la distribución de esta clave suponga la facultad de disposición o acceso a los fondos, de un modo similar al funcionamiento del IBAN en una cuenta bancaria.

Por último y en aras de comprender el riesgo que las criptomonedas pueden suponer en materia de blanqueo de capitales, es necesario aclarar que el sistema blockchain permite mantener las claves públicas de manera anónima, de modo que se puede obtener la trazabilidad exacta de todas las transacciones sin que sea posible vincular una transacción a una persona concreta. De este modo, según el propio Satoshi Nakamoto, el sistema operaría de un modo análogo a la bolsa de valores, donde se obtiene información del volumen, hora y fecha de las operaciones, pero no de los accionistas.

II.1.1.b) Definición legal de criptomoneda

La primera definición “oficial” que podemos encontrar de moneda virtual, emana del Banco Central Europeo (en adelante, BCE), que ya en el año 2012 definía las monedas virtuales como *dinero digital no regulado, generalmente emitido y controlado por sus desarrolladores, y utilizado y aceptado entre los miembros de una comunidad virtual específica*⁵, definición modificada en el año 2015, enfatizando, por una parte, que se trata de representaciones de valor no emitidas ni respaldadas por ningún banco central ni institución bancaria o de crédito, e indicando por otra, que en algunas circunstancias pueden ser empleadas como alternativa al dinero.

En una advertencia posterior emitida por la ESMA, la EBA y la EIOPA⁶, estas instituciones definían las monedas virtuales como *representaciones de valor, no emitidas ni garantizadas por un banco central o autoridad pública, que carecen del estatus legal*

⁴ Este sistema está diseñado para que cada “minero” tenga que resolver la función SHA-256 todas las veces necesarias para obtener un hash que se ajuste al objetivo prefijado por la red, de modo que si aumenta la capacidad de computación de la red, se añadirá dificultad a la resolución del “acertijo” criptográfico, aumentando el número de ceros requeridos al inicio del hash.

⁵ E.C.B. (2012). Virtual Currency Schemes. Recuperado de <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>

⁶ European Securities and Markets Authority (ESMA), European Banking Authority (EBA) y European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), respectivamente.

*de divisa o moneda*⁷, definición que subraya nuevamente el carácter no oficial de las criptomonedas, advirtiendo a su vez al público del elevado riesgo de inversión (debido a la volatilidad en el precio, la falta de protección por parte de las instituciones y la falta de transparencia en la formación del precio, entre otras)

La Quinta Directiva, en su artículo 3, ofrece la primera definición armonizada a nivel europeo del término “moneda virtual”, como *representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos*.

Por lo tanto, según el artículo 3 de la Directiva (UE) 2015/849, las monedas virtuales son: (i) una representación de valor; (ii) no emitida por un banco central ni autoridad; (iii) no considerada legalmente como moneda y dinero; (iv) aceptada como medio de cambio; y (v) transferible, almacenable y negociable por medios electrónicos.

Se otorga así una definición amplia del término, que no incluye elementos característicos de las criptomonedas, tales como: el empleo de la criptografía como mecanismo de seguridad, o el empleo de una red de contabilidad distribuida que permite intercambios peer-to-peer (P2P) sin la necesidad de intermediarios y en ausencia de confianza entre las partes.

II.1.1.c) Calificación jurídica

En cuanto a su calificación jurídica, no podemos otorgar a las monedas virtuales la consideración de dinero fiduciario, pues no se trata de moneda de curso legal emitida por una autoridad central, sino que precisamente, una de las características de las criptomonedas (no incluida en la definición otorgada por la referida Quinta Directiva), es la descentralización o ausencia de autoridad central.

Asimismo, no pueden clasificarse las monedas virtuales como dinero electrónico, tal y como este se define en el artículo 2.2 de la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, pues este último es una mera representación digital de un valor monetario de curso legal, es decir, que, a diferencia de las monedas virtuales, los fondos están expresados en una unidad de cuenta tradicional.

La clasificación jurídica de las criptomonedas como títulos-valor, ha quedado asimismo descartada a tenor de la STJUE de 22 de octubre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:718)⁸, en la que el TJUE resuelve que no puede considerarse a Bitcoin como un título-valor, al no conferir este ningún derecho de propiedad sobre personas jurídicas ni un título que tenga naturaleza comparable.

Dicha sentencia, descarta también la clasificación de la divisa virtual Bitcoin como bien corporal, pues no tiene ninguna finalidad distinta que la de ser un medio de pago y que ciertos operadores la aceptan como tal.

⁷ ESMA, EBA and EIOPA. (2018). ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the risks of Virtual Currencies. Recuperado de https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-164-1284_joint_esas_warning_on_virtual_currenciessl.pdf

⁸ La sentencia tiene por objeto determinar la naturaleza de la prestación de servicios llevada a cabo por una sociedad que intercambia moneda fiat por *Bitcoin* y viceversa, a efectos de determinar si resulta aplicable alguna de las exenciones de IVA contenidas en los artículos 2.1 y 135.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 (Directiva del IVA).

A la luz de lo expuesto, resulta por tanto apropiada la clasificación jurídica de la moneda virtual como medio de pago, distinto del dinero de curso legal, basado en la aceptación por parte del emisor y el receptor, clasificación que concuerda con la definición otorgada por la Quinta Directiva.

II.1.2. Proveedores de servicios de monedas virtuales

En el Considerando Noveno de la Quinta Directiva, la propia Comisión y el Parlamento Europeo expresan su preocupación por el anonimato proporcionado por las monedas virtuales, en tanto que permite su uso para fines delictivos. Es por ello que la Quinta Directiva amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 2015/849, incluyendo a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias, exigiendo a los Estados miembros que garanticen que tales proveedores estén registrados (art. 47.1 Directiva 2015/849).

No obstante, dado que los usuarios pueden llevar a cabo, aprovechando dicho anonimato, operaciones y transacciones al margen de los propios proveedores de servicios, el Considerando Noveno establece que *para combatir los riesgos relacionados con ese anonimato, las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) nacionales deben poder obtener informaciones que les permitan asociar direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual*, añadiendo asimismo la necesidad de analizar posibilidad de que los usuarios efectúen declaraciones voluntarias ante las autoridades.

En este sentido, la Comisión publicó el pasado 24 de septiembre, una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*, cuya pretensión es, entre otras, otorgar seguridad jurídica a los operadores de criptoactivos y a sus consumidores, delimitando qué entidades pueden ofertar criptoactivos públicamente, estableciendo a su vez obligaciones en materia de información y publicidad, tanto para con las administraciones como para con los propios consumidores.

II.2. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANTI-BLANQUEO DE CAPITALS

BrickBlock BV, es una sociedad domiciliada en Países Bajos, constituida en 2015, cuya actividad principal es la prestación de servicios de cambio de moneda virtual en moneda fiduciaria, operando principalmente en Ethereum y Bitcoin, por lo que, atendiendo a esta información, la sociedad tendrá la consideración de sujeto obligado, en virtud del artículo 2.1.3 g) del Texto Refundido de la Directiva (UE) 2015/849.

En cuanto a las obligaciones que se derivan de esta Directiva, estas vendrán determinadas por su trasposición al ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro. No obstante, trataremos brevemente las disposiciones del Capítulo II de la Directiva, en materia de diligencia debida con respecto al cliente.

El artículo 10 de la Directiva, establece la obligación de los Estados Miembros, de prohibir cualquier apertura o mantenimiento de cuentas, libretas de ahorro, o cajas de seguridad, con carácter anónimo.

El artículo 13 de dicha Directiva, dispone a su vez las medidas de diligencia debida con respecto al cliente que deberán cumplir los sujetos obligados, que pueden resumirse en:

- (i) Obligación de identificar al cliente y comprobar fehacientemente su identidad.
- (ii) Obligación de identificar al titular real y adoptar las medidas razonables para comprobar su identidad.
- (iii) Evaluación de los riesgos en materia de prevención de blanqueo de capitales financiación del terrorismo.
- (iv) Establecimiento de medidas de seguimiento de la relación de negocios, incluyendo, de ser necesario, el escrutinio de las transacciones, la determinación del origen de los fondos y la adopción de medidas para garantizar que la información se encuentre actualizada.

Asimismo, se incluye un régimen simplificado (artículo 15 y ss.) y un régimen reforzado (artículo 18 y ss.), según los riesgos asociados a cada operación y a la tipología del sujeto obligado.

En materia de trasposición, aunque no es objeto de esta exposición profundizar en el ordenamiento jurídico holandés, sí cabe destacar que la Directiva entró en vigor en Países Bajos el pasado 21 de mayo de 2020, a través de la *Wet ter voorkoming van terrorisme financiering (WWFT)*, que incluye la obligación, por parte de los proveedores de servicios de moneda virtual, de identificar a sus clientes, indicando el motivo que les lleva a realizar la transacción, con el objeto de que para cualquier movimiento, el proveedor pueda detectar de modo fidedigno la identidad y lugar de residencia de los intervinientes en la transacción.

Estas obligaciones de identificación se encuentran en consonancia con uno de los principales objetivos perseguidos por la Directiva: evitar la utilización del anonimato otorgado por las monedas virtuales para fines delictivos.

III. TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS

III.1. EL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS "TOKEN"

Los *tokens* son representaciones digitales de intereses o derechos de acceso a un determinado activo, producto o servicio, que suelen emitirse dentro de una red blockchain y ofrecen a sus titulares determinados derechos económicos y/o políticos y/o de utilidad/consumo.⁹ La tokenización, a su vez, es un proceso por el cual los derechos de un activo se convierten en una representación digital, dentro de un sistema de contabilidad distribuida (DLT)¹⁰, donde se encuentran, con frecuencia, vinculados a *smartcontracts*¹¹, de modo que se pueda operar con ellos de una manera rápida, segura y eficaz.

En términos generales, podemos clasificar los *tokens* en dos grandes grupos: los *security tokens* o *investment tokens*, que son aquellos que incorporan derechos políticos y económicos análogos a los otorgados por las acciones de una sociedad; los *utility tokens*, que se diferencian de la tipología anterior en que su objetivo es dar acceso a un producto o servicio desarrollado por el emisor del *token*;¹² y los *asset-backed tokens*, cuya función es posibilitar la adquisición de todo o parte un activo en el mundo físico, representando un bien o derecho existente.

Desde un punto de vista jurídico, cabe aclarar, en primer lugar, que los *tokens* no suponen la creación de derechos sobre un activo, sino la representación de los derechos otorgados, conforme a Derecho, al titular del *token*, por lo que su clasificación jurídica dependerá de los derechos que este incorpore.

En esta exposición, nos centraremos en los *asset-backed tokens*, pues son aquellos que, conforme a las tipologías expuestas, serían susceptibles de incorporar derechos de propiedad sobre activos inmobiliarios. Así, según NASARRE AZNAR¹³, un *token* emitido en relación a un derecho (obligacional o real) actúa como mero medio de soporte y documentación de este, en base a la libertad de forma de los negocios jurídicos contenida en el artículo 1278 del Código Civil.

A continuación, analizaremos las posibilidades de incorporar verdaderos derechos reales de propiedad a los *tokens*, así como sus posibilidades de transmisión y el encaje jurídico que tendrían en nuestro Derecho.

⁹ European Parliament. (2020). Crypto-assets: Key developments, regulatory concerns and responses. Recuperado el 2 de mayo de 2021 de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf), p.18

¹⁰ Por sus siglas en inglés, Distributed Ledger Technology (DLT).

¹¹ Los *smartcontracts*, son protocolos basados en técnicas criptográficas, diseñadas con un sistema formal del modo if/then (si ocurre X, entonces sucede Y), que ejecutan los términos o cláusulas de un contrato. Por lo tanto, tal y como expone LEGERÉN MOLINA, (Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de blockchain. *Revista de Derecho Civil*, VI(I), pp. 177–237), un *smartcontract* no constituye un contrato en sí mismo, sino que sirve de soporte para la ejecución de este.

¹² European Parliament. (2020). Crypto-assets: Key developments, regulatory concerns and responses. Recuperado el 2 de mayo de 2021 de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf), p. 21

¹³ NASARRE AZAR, S. (2020). Naturaleza jurídica y régimen civil de los "tokens" en "blockchain". En *La tokenización de bienes en blockchain: Cuestiones civiles y tributarias* (pp. 61-108). Aranzadi Thomson Reuters. (BIB 2020\11033)

III.2. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA A TRAVÉS DE TOKENS

La transmisión de activos inmobiliarios “tokenizados”, plantea dos principales problemas: (i) la vinculación entre el activo real y su representación digital y (ii) la oponibilidad *erga omnes* de los derechos transmitidos a través de tokens.

En cuanto al primero, nos centraremos en analizar la problemática de la adquisición derivativa por medio de contratos, mediante tradición (art. 609 CC), por lo que, en adelante, cuando hablemos de la transmisión de activos inmobiliarios, nos referiremos única y exclusivamente a esta modalidad de transmisión.

III.2.1. Teoría del título y el modo

La modalidad de transmisión de la propiedad contenida en nuestro derecho se basa en un sistema de tradición causal, que exige la existencia de título traslativo (esto es, de un contrato o acuerdo vinculante en el que las partes manifiestan su voluntad de adquirir y transmitir), y el modo (la *traditio*, esto es, la entrega de la cosa transmitida, con la que se produce la traslación de dominio), requiriéndose necesariamente la concurrencia de ambos elementos.

Si bien la *traditio* es en esencia, la simple entrega de la cosa, tal y como expone DÍEZ-PICAZO¹⁴ el mero hecho de pasar una cosa de las manos del transmitente a las del adquirente, no supone por sí solo, la producción de los efectos jurídicos de la transmisión de dominio. Así, los elementos esenciales de la tradición, según el autor, serán: (i) la existencia de voluntad de transmisión entre las partes; (ii) la producción del comportamiento traslativo, esto es, la entrega de la cosa; (iii) la concurrencia de justa causa; (iv) que el transmitente ostente la condición de *verus dominus* (esto es, el verdadero dueño de la cosa).

La transmisión patrimonial por medio de la *traditio*, puede realizarse mediante¹⁵ (i) *traditio* real, que consiste en la entrega material de la cosa o (ii) *traditio* simbólica, en la cual se produce la transmisión de dominio mediante la entrega de una cosa accesoria que simboliza o representa el bien transmitido (por ejemplo, la que se produce por la entrega de las llaves al adquirente, en el caso de la transmisión de bienes muebles). No obstante, se admiten también otras modalidades de *traditio* que no suponen una entrega material ni tampoco la entrega de un símbolo inequívoco que represente la transmisión del dominio, como es el caso de la *traditio* instrumental, contenida en el artículo 1462.2. CC, en la que se equipara el otorgamiento de escritura pública de transmisión con la entrega del bien.

En definitiva, será válida la transmisión de los derechos reales siempre que concurren los dos elementos expuestos: título válido de transmisión y la *traditio* o entrega (que conforme a lo expuesto, admitirá diversas modalidades).

III.2.2 Requisitos formales del contrato

Además de los requisitos esenciales presentes en todo contrato - objeto, causa y consentimiento de las partes -, nuestro ordenamiento jurídico exige ciertos requisitos de forma para la realización de determinados negocios jurídicos, como es el caso del artículo

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español. *Anuario de derecho civil*, 19(3), 555-557

¹⁵ Se emplea aquí la clasificación expuesta por DÍEZ-PICAZO (1996).

1280.1º CC, que exige que consten en documento público *los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles*.

Al respecto de la necesidad de elevación a público, el TS¹⁶ se ha pronunciado entendiendo que el carácter solemne del contrato no debe interpretarse como un presupuesto de validez y eficacia, sino de eficacia frente a terceros, por lo que la escritura pública, en el caso de la transmisión de derechos reales, tendrá carácter *ad probationem* y no constitutivo.

Por consiguiente, los derechos reales se podrán constituir y transmitir mediante cualquier forma contractual, pública o privada, inclusive de forma electrónica, según se dispone en los artículos 23 y 24 de la Ley 34/2002¹⁷, que admiten la validez de los contratos celebrados por vía electrónica, así como su admisión en juicio como prueba documental.

III.3. REGISTRO DE PROPIEDAD Y EFICACIA DE LA TRANSMISIÓN FRENTE A TERCEROS

A pesar de haber determinado que la transmisión del derecho real de propiedad será eficaz siempre que se cumpla la teoría del título y modo (*traditio*), no teniendo la escritura pública carácter constitutivo, se requerirá de su inscripción registral para que los derechos reales así adquiridos tengan oponibilidad *erga omnes*. Así, el acceso a la protección registral estará condicionado a que la transmisión del derecho real conste en escritura pública, de conformidad con el artículo 3 del Decreto de 8 de febrero de 1946, *por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria* (en adelante, LH), por lo que, aún siendo válido *inter partes* el acuerdo de compraventa de una propiedad inmobiliaria que conste en documento privado o en soporte electrónico, no podrá gozar de oponibilidad frente a terceros.

La inscripción en el Registro de Propiedad (en adelante, RP), salvo los casos en los que la ley establece el carácter constitutivo de la misma, es voluntaria, de modo que el negocio jurídico seguirá siendo válido, aunque no conste inscrito. No obstante, si nos encontramos, por ejemplo, ante un caso de doble venta del inmueble, quien será mantenido en su adquisición, será el tercero de buena fe que lo hubiese adquirido a su titular registral y lo hubiese inscrito (protección del tercero hipotecario, ex. art. 34 LH), por lo que, aún siendo la inscripción voluntaria, será conveniente para asegurar la protección del derecho frente a terceros.

III.3.1. Vinculación de la representación digital con el activo real

En opinión de SIEIRA GIL y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO¹⁸, deberá ser el Registro de Propiedad la institución que vincule de un modo inseparable el activo físico y su representación digital (*token*), dotando a las transacciones realizadas a través de blockchain, de seguridad jurídica y transparencia.

Por el principio de especialidad del RP (art. 9 LH), la protección y publicidad registral, quedará condicionada a que el derecho real sobre el inmueble figure inscrito indicando su naturaleza, extensión y condiciones, por lo que nada impediría la inscripción, por parte

¹⁶ STS número 303/2014 de 16 de septiembre (RJ 2014/5552).

¹⁷ Ley 24/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*.

¹⁸ GIL, J. S., & GÓMEZ ACEBO, J. C. (2019). "Blockchain", "tokenización" de activos inmobiliarios y su protección registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 95(775), 2277-2318.

del titular registral del inmueble, de la creación y emisión de los *tokens*, vinculando así ambas realidades, física y digital.

La inscripción, a su vez, determinará la extensión de los derechos real contenidos en el *token*, y cualquier transmisión posterior del mismo dentro de la *blockchain*, podrá acceder al RP, previo control de su legalidad por parte del registrador. A pesar del carácter fehaciente e inmutable de la *blockchain*, a falta de previsión legal específica, la transmisión así realizada se asimilará a la producida en documento privado, por lo que su posterior inscripción requerirá, a su vez, de elevación a público para poder acceder al Registro de Propiedad, de conformidad con las exigencias del artículo 3 LH.

III.4. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA

Conforme a la normativa analizada, sí resultaría posible la formalización de derechos reales de propiedad mediante *tokens*, si bien su transmisión deberá realizarse mediante un título válido y modo, elementos esenciales requeridos por nuestro ordenamiento.

Aún siendo voluntaria (ex art. 6 LH) la inscripción de los derechos reales y su transmisión en el Registro de Propiedad, de no procederse a la misma, el derecho así adquirido carecerá de oponibilidad frente a terceros, y, por tanto, de la seguridad jurídica necesaria para asegurar que el adquirente goce de protección en eventuales conflictos como las situaciones de doble venta.

La inscripción del *token* constituido por el titular registral del inmueble requerirá que tal constitución figure formalizada en escritura pública, indicando el alcance y extensión del derecho real representado en forma digital. La transmisión de este a través de la *blockchain*, se asimilará en materia contractual a la forma digital, y por tanto, a la transmisión en documento privado, por lo que deberá elevarse a escritura pública, a falta de una previsión legal que permita el acceso de la forma digital al Registro de Propiedad.

En consecuencia, la transmisión del *token* a través de la *blockchain*, sin posterior formalización de la misma en documento público, tendrá validez únicamente *inter partes*, manteniendo el titular registral las presunciones de exactitud y legitimación contenidas en el artículo 38 de la LH.

Por lo tanto, aún permitiendo el ordenamiento jurídico actual la realización de operaciones con activos *tokenizados*, gozando de total seguridad jurídica y eficacia, no se logra el aumento de eficiencia y liquidez del mercado inmobiliario que la existencia de esta tecnología posibilita, pues los requisitos que aportan mayor rigidez y costes de transacción al proceso (escritura pública e inscripción registral), siguen siendo necesarios.

IV. DETERMINACION DE LA RESIDENCIA FISCAL DE D. CARLOS

A continuación, analizaremos la situación de D. Carlos Rodríguez anterior y posterior a su cambio de residencia, en noviembre de 2019, con el objeto de determinar si nos encontramos ante un conflicto de doble residencia fiscal y, en su caso, analizar su resolución conforme a los convenios firmados entre los Estados que ostenten poder tributario sobre las rentas obtenidas por el referido sujeto.

IV.1. SITUACIÓN FÁCTICA DE D. CARLOS EN ESPAÑA Y EN LUXEMBURGO (PRE/POST 2020)

D. Carlos Rodríguez, ciudadano de nacionalidad española, posee participaciones mayoritarias en empresas situadas en España, Países Bajos, Hong Kong y Luxemburgo, procediendo en noviembre de 2019 a trasladar su residencia, con carácter permanente, a este último Estado.

Con el objeto de analizar la incidencia fiscal de su traslado, examinaremos la situación fáctica de D. Carlos con carácter previo y posterior al cambio de residencia, extrayendo posteriormente conclusiones acerca de sus nuevas obligaciones tributarias, si las hubiere.

Durante el ejercicio 2019, y hasta su cambio de residencia, D. Carlos poseía los siguientes bienes en España:

- (i) una vivienda en propiedad;
- (ii) una oficina en propiedad, sita en la Calle Velázquez (Madrid); y
- (iii) la totalidad de las participaciones, que representan el 100% del capital social de la mercantil Sociedad de Inversiones SLU que, a su vez, es propietaria de la totalidad del capital social de BrickBlock BV y del 60% del capital social de Quality Services Ltd. La sociedad BrickBlock BV, tiene a su vez una sucursal en España, que opera desde unas oficinas alquiladas en Madrid.

En el mes de noviembre de ese mismo ejercicio, traslada su residencia a Luxemburgo, donde alquila una vivienda. Asimismo, vende la casa que mantenía en propiedad en España, y traslada la totalidad de sus bienes a su nuevo lugar de residencia, aunque mantiene en su haber la oficina sita en Madrid y la totalidad de sus participaciones en Sociedad de Inversiones SLU.

En el mes de marzo del año 2020 el Sr. Rodríguez constituye una sociedad en Luxemburgo, Rodríguez Capital SARL, a la que aporta la totalidad de las participaciones que mantenía en el activo de Sociedad de Inversiones SLU y, durante ese mismo ejercicio, continúa ejerciendo sus labores en el consejo de administración de Quality Services Ltd, que se reúne trimestralmente en las oficinas de Madrid.

Por último, alquila una oficina en Luxemburgo para el ejercicio de sus funciones como administrador de Rodríguez Capital SARL, desempeñando también desde la misma sus facultades como administrador de Brickblock BV y de Sociedad de Inversiones SLU.

IV.2. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA FISCAL SEGÚN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Dado que D. Carlos había residido en España hasta su traslado en noviembre de 2019, procederemos a analizar en primer lugar si, en el ejercicio 2020, podría continuar considerándose, a tenor de la normativa española, como residente en España a efectos fiscales.

El artículo 8.1 a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, TRLIRPF), determina que serán considerados contribuyentes del Impuesto, *las personas físicas que tengan su residencia habitual en el territorio español.*

Por lo tanto, deberemos determinar qué se entiende, a estos efectos, por “residencia habitual”. En este sentido, el artículo 9.1 del TRLIRPF dispone que se entenderá que una persona física tiene su residencia habitual en territorio español si:

(i) Permanece durante más de 183 días, durante el año natural, en territorio español, computándose a tal efecto las ausencias esporádicas como días de permanencia en España, salvo acreditación, por parte del contribuyente, de su residencia fiscal en otro país.

(ii) Radica en España su núcleo principal o base de sus actividades o intereses económicos, de manera directa o indirecta.

Además, este mismo precepto establece una presunción en materia de residencia, para el caso de que el cónyuge, no separado legalmente, e hijos del contribuyente, residan habitualmente en España.

IV.2.1. Permanencia en el territorio

Una de las cuestiones clave para determinar el período de permanencia en el territorio, es delimitar el concepto de “ausencias esporádicas” y, posteriormente, examinar a qué país se imputan. Así, el mencionado artículo 8 del IRPF dispone que, en tanto no se acredite la residencia fiscal en otro país, las ausencias esporádicas se computarán como días de permanencia en territorio español.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su STS núm.1829/2017, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4305), entiende como ausencia esporádica *toda ausencia de forma temporal u ocasional* (del territorio español), considerando únicamente como tal, aquella que *no obedece a un patrón prefijado, continuo y permanente*. De este modo, prosigue el TS, *es claro que una ausencia esporádica [...] no puede comprender períodos temporales dilatados en el tiempo y, de hecho, superiores al previsto en el precepto como de permanencia legal (más de 183 días)*.

En cuanto al elemento intencional de la ausencia, - esto es, la voluntad del contribuyente de regresar a España tras su ausencia del territorio - si bien el Tribunal entiende que se trata de una cuestión presente en el precepto contenido en el artículo 9.1.a) TRLIRPF, no admite que el elemento volitivo pueda servir como fundamento para delimitar si una ausencia tiene, o no, carácter esporádico, sino que *tal concepto se configura en función de un elemento fáctico que atienda exclusivamente al dato objetivo de la duración o la intensidad de la residencia fuera del territorio español*.

Por tanto, no se tendrá en cuenta, según este criterio, si la voluntad del contribuyente era regresar o no al territorio español, sino sólo el elemento meramente temporal de dichas ausencias, y la intensidad con que estas se produzcan.

Este criterio supone, como señala CAAMAÑO ANIDO¹⁹, ciertas divergencias con respecto al tenor literal del artículo 9 del TRLIRPF, pues el precepto establece específicamente que, en tanto no se pruebe la residencia en otro Estado, se imputarán como permanencia en territorio español las ausencias esporádicas. De este modo, el TS, al tener en cuenta únicamente la duración de dicha ausencia podría entender que un contribuyente, aún no acreditando su residencia fiscal en otro Estado, pueda perder su condición de residente fiscal en España por un desplazamiento superior a los 183 días, incluso si dicho desplazamiento se da por motivos laborales o académicos.

¹⁹ CAAMAÑO ANIDO (2018). *Problemática derivada de la interpretación del TS relativa al concepto de ausencias esporádicas*. Recuperado 2 de mayo de 2021, de <https://www.ccsabogados.com/problematica-derivada-de-la-interpretacion-del-ts-relativa-al-concepto-de-ausencias-esporadicas/>.

La doctrina administrativa, por su parte, en la resolución del TEAC de 10 de julio de 2019 (JT 2019/910), en armonía con el criterio del TS, entiende que *no sería esporádica una ausencia que, al margen de su duración o circunstancias, determinara la permanencia fuera de España durante un período tal que neutralizase la regla general del artículo 9.1.a) LIRPF* (es decir, por período superior a 183 días), *por más que la voluntad del contribuyente fuera la de “establecerse de manera ocasional fuera del territorio español, con clara intención de retorno al lugar de partida”*.

A su vez, indica el TEAC, *las ausencias son siempre temporales o esporádicas mientras no se acredite la residencia habitual en otro país; esto es, las ausencias dejan de ser temporales sólo cuando se acredite mediante certificado fiscal que se ha adquirido la residencia en otro Estado*. Por tanto, se introduce aquí un elemento probatorio, que otorga presunción de residencia habitual en otro Estado, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 9.1 a) del TRLIRPF²⁰ esto es, la obtención de un certificado de residencia fiscal.

No obstante, la presentación del certificado de residencia fiscal no opera de un modo automático, sino que habrá que atender a las circunstancias en las que este se emite, para determinar su valor probatorio.

A este respecto, el TEAC, en su resolución de 18 de septiembre de 2018 (JT2018/823), confirma la postura de la Inspección Tributaria, entendiendo que, aunque el contribuyente aportaba un certificado de residencia fiscal de un tercer país, es este caso Suiza, este *había sido obtenido en fraude de la norma española*, a través de la figura de la simulación, dado que el obligado tributario *llevó a cabo un conjunto de actos con la finalidad de aparentar que este residía en Suiza, cuando en realidad su residencia estaba en España [...] más aún cuando en el país donde supuestamente residía (Suiza), el certificado se expedía con cierto automatismo sin hacer una minuciosa comprobación de la residencia del solicitante*.

En este caso, por tanto, la Inspección entiende que dicho certificado, *no puede ser tenido en cuenta como prueba de la residencia fiscal*, postura confirmada en la resolución señalada.

Observamos, por tanto, que no sólo bastará con presentar un certificado de residencia fiscal expedido por un tercer Estado, sino que deberá atenderse a la validez y modo de obtención de este, para valorar su validez probatoria a efectos de determinar la residencia fiscal.

IV.2.2. Núcleo de intereses o base de sus actividades

Dado que los criterios de determinación de residencia habitual contenidos en el artículo 9.1 del TRLIRPF, operan de un modo alternativo, bastando con cumplir alguna de las circunstancias en este dispuestas, para determinar que la sujeción de la totalidad de la renta del contribuyente en territorio español, analizaremos a continuación qué se entiende por “núcleo principal o base de las actividades o intereses económicos”.

²⁰ Artículo 9.1.a) TRLIRPF: *Para determinar este período de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país. En el supuesto de países o territorios considerados como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural*.

No encontramos en la normativa española, una definición exacta de este concepto, sino que tendremos que acudir a la interpretación de los tribunales y órganos administrativos, para dilucidar sus límites y configuración jurídica.

El Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 5071/2006 de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2006:5071), concluye que el centro de intereses, *como definidor de la residencia habitual a efectos del IRPF y del IP, es un criterio que no hace alusión a vínculos personales afectivos o de otra índole que no sea puramente económica; se limita al aspecto de inversiones y fuentes de renta del sujeto pasivo.*

Por lo tanto, y siguiendo esta interpretación, deberán analizarse las inversiones y rentas que el contribuyente percibe de cada Estado con el que mantiene relaciones económicas, debiendo acreditarse que la totalidad rentas y bienes radicados en un tercer Estado son superiores a los bienes y derechos económicos situados en España. En este sentido, la mencionada STS 5071/2006, indica que, *en cualquier caso, el hecho de que el 60% del valor patrimonial del recurrente esté fuera de España no permite deducir que esos valores patrimoniales radiquen en Suiza que, junto con España, son los dos lugares sobre los que se disputa acerca de la residencia.*

Este criterio es compartido, a su vez, por la Dirección General de Tributos, que en su consulta número V0053/17 de 13 de enero (JUR 2017/80220), resuelve que, *dado que aproximadamente la mitad del valor del patrimonio de la consultante radica en España, y que la sociedad en la que ostenta las participaciones es una sociedad española y sus activos presumiblemente radican en territorio español [...] a falta de más datos podría apreciarse que el núcleo principal de sus intereses económicos se encuentra en España, en función del mayor peso que pudiera tener su patrimonio en territorio español y obtención de rentas procedentes de fuente española, respecto a su patrimonio total y obtención de rentas en su totalidad.*

Conforme a lo expuesto, tanto doctrina como jurisprudencia toman en consideración únicamente criterios económicos para determinar el núcleo de intereses o base de sus actividades del contribuyente, sin atender a las relaciones personales o afectivas que éste mantenga en cada Estado.

IV.3. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA FISCAL SEGÚN EL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN APLICABLE.

Los Convenios de Doble Imposición (en adelante, CDI), *son tratados internacionales de carácter bilateral a través de los que se encauzan y ordenan las relaciones fiscales internacionales que tienen lugar entre dos países (entre residentes de los dos Estados).*²¹

La finalidad de estos convenios es, en esencia, evitar el gravamen de la misma renta por parte de dos Estados (doble imposición jurídica) o bien el sometimiento de la misma renta a dos o más tributos (doble imposición económica). Se trata, por tanto, de un sistema de reparto de la soberanía tributaria de dos Estados, negociado bilateralmente.

²¹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A. J. & CALDERÓN CARRERO, J. M. (2017). Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto del Proyecto OCDE/G20 BEPS a la luz del convenio multilateral frente a la erosión de bases imponibles y la transferencia de beneficios. En (CARMONA FERNÁNDEZ, N.), *TODO. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (1ª ed., p. 39). Madrid, España: Wolters Kluwer.

En el caso de análisis, podríamos encontrarnos ante una situación de doble imposición jurídica, en el caso de que tanto España como Luxemburgo determinasen tener soberanía fiscal sobre la renta de D. Carlos, de modo que procediesen ambos países a su gravamen.

Para dilucidar qué país posee la competencia para someter a gravamen las rentas obtenidas por el contribuyente, analizaremos a continuación el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo *para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal*, de 3 de junio de 1986 (en adelante, el Convenio, o el CDI).

IV.3.1. Resolución de los conflictos de doble residencia

El artículo 4 del Convenio, establece los criterios de determinación de la residencia del contribuyente de modo que, a estos efectos, será considerado *residente de un Estado contratante*, toda persona que, *en virtud de la legislación interna de dicho Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de domicilio, residencia, sede de dirección o criterios de naturaleza análoga*, no existiendo por tanto, un criterio unificado para determinar la residencia fiscal, pudiendo generarse conflictos de doble residencia²².

A este respecto, el Convenio incorpora, en su artículo 4.2, los criterios aplicables en el caso de que una persona física pueda ser considerada residente en ambos Estados:

- (i) Será considerado contribuyente en el Estado donde posea una vivienda permanente a su disposición. En el caso de que tuviera una vivienda a su disposición en ambos Estados, se considerará residente del Estado en el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas.
- (ii) Si no pudiese determinarse en qué Estado se encuentra el centro de intereses vitales, o bien si el contribuyente no dispusiera de una vivienda permanente en ninguno de los Estados, será considerado residente del Estado donde el contribuyente viva habitualmente.
- (iii) Si viviera habitualmente en los dos Estados contratantes, se aplicará el criterio de nacionalidad del contribuyente.
- (iv) En el caso de que el contribuyente no fuese nacional de ninguno de los Estados, o bien lo fuese de ambos, resolverán la cuestión de determinación de residencia ambos Estados, de común acuerdo.

IV.3.2. Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE

Dado que los CDI son tratados internacionales negociados bilateralmente, resulta necesario establecer un marco común que permita facilitar la interpretación de las normas en ellos contenidas y resolver las situaciones de doble imposición.

Así, la OCDE (entre otros organismos internacionales), elaboró su primer Modelo de Convenio (ModCDI) en 1977, que ha sido objeto de revisión en sucesivas ocasiones, siendo la versión de 2017, que emplearemos en esta exposición, la más actualizada.

Cabe destacar, en primer lugar, que los ModCDI no constituyen tratados internacionales ni tienen fuerza normativa, sino que se trata de *soft-law*, cuya relevancia jurídica viene

²² Los conflictos de doble residencia se producirán cuando, según la normativa interna de dos Estados, un mismo contribuyente pueda ser considerado residente fiscal en ambos.

dada por la adopción de este Modelo de Convenio por parte de la mayoría de Estados, siendo los Comentarios al ModCDI una herramienta interpretativa para dilucidar el alcance de los términos contenidos en los CDI.

La Audiencia Nacional, en la SAN núm. 2995/2015 de 10 de julio de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:2995), determina el alcance de la naturaleza jurídica de los Comentarios al ModCDI, estableciendo los siguientes límites a su interpretación: (i) los Comentarios son meras aclaraciones, por lo que no pueden superar el texto interpretado, ni añadir contenido sustantivo y (ii) las actualizaciones en los Comentarios no pueden añadir un significado sustancialmente distinto al que tenía en anteriores versiones del ModCDI, es decir, no se deben *utilizar de forma automática y acrítica los Comentarios al MOCDI más modernos como instrumento interpretativo de los CDIs concluidos con anterioridad*.

Como en este caso el CDI aplicable es fiel al ModCDI, emplearemos los Comentarios al mismo para determinar la interpretación de los criterios contenidos en el artículo 4.2 expuesto.

IV.3.2.a) Criterio de la vivienda permanente

El primer criterio otorgado por el CDI para la resolución de los conflictos de doble residencia es la disposición, por parte del contribuyente, de una vivienda permanente en alguno de los Estados contratantes. Este factor, prevalecerá sobre los demás preceptos del artículo 4.2 de modo que, si con arreglo al mismo se determina la residencia en uno de los Estados, no será necesario acudir a las demás normas de resolución de conflictos de residencia.

El concepto de posesión de una vivienda permanente comprende cualquier modalidad de uso y disfrute, siendo irrelevante si se posee con carácter de propietario, arrendador, usufructuario o cualquier otra modalidad admitida con arreglo a derecho. Así, según los Comentarios al ModCDI, lo relevante es el carácter permanente de la vivienda, esto es, que la persona física la haya *acondicionado y reservado para su uso permanente*, y que pueda disponer de ella con carácter continuado, no teniendo esta consideración, por ejemplo, una vivienda arrendada a un tercero.²³

IV.3.2.b) Criterio del centro de intereses vitales

En el caso de que el contribuyente tuviera a su disposición una vivienda permanente en ambos Estados, se tomará como criterio de determinación de la residencia su centro de intereses vitales, evaluando *sus relaciones familiares y sociales, sus ocupaciones, sus actividades políticas, culturales o de otro tipo, la localización de la actividad económica, el lugar desde el que administra su patrimonio, etc.*²⁴

²³ En este caso, al encontrarse la vivienda arrendada a un tercero, el propietario no tendrá la facultad de uso y disfrute de la misma, no pudiendo considerarse que se encuentra a su disposición.

²⁴ OECD (2019), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>, p. 114.

De este modo, la interpretación contenida en los Comentarios al ModCDI otorga a las circunstancias personales un peso que el TS descarta en favor de las circunstancias económicas del contribuyente.

IV.3.2.c) Criterio del lugar donde viva habitualmente

La habitualidad, debe interpretarse *en el sentido de estar regular o normalmente presente en uno de los dos Estados y no en el otro durante un tiempo dado*.²⁵ A este respecto, no se considerará simplemente el cómputo de los días que el contribuyente permanece en cada Estado, sino que se tendrá en cuenta *la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que forman parte de su rutina habitual*.

IV.3.2.d) Criterio de la nacionalidad

Aunque la interpretación de este criterio resulta clara, sí cabe destacar que, en el supuesto de doble nacionalidad, o en caso de que el contribuyente no sea nacional de ninguno de los Estados contratantes, se resolverá el conflicto por medio de un procedimiento amistoso, conforme al artículo 26 del CDI España-Luxemburgo.

No obstante, dicho procedimiento no es, ni mucho menos, una garantía de resolución del conflicto, pues apela a la voluntad de las Autoridades competentes de cada Estado, sin que se fije una cláusula de arbitraje, o bien un protocolo claro de actuación.

IV.4. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA

Dado que las normas contenidas en el CDI sólo se aplicarán en el caso de un eventual conflicto de doble residencia, determinaremos si D. Carlos, en el ejercicio 2020, puede ser considerado o no residente fiscal en España, con arreglo a la normativa expuesta en el apartado III.2.

IV.4.1. Permanencia en el territorio

Con arreglo a la información aportada en los antecedentes de hecho, D. Carlos ha permanecido en España durante los siguientes períodos: 2 al 17 de febrero (15 días); 1 al 3 de marzo (3 días); 15 al 17 de junio (3 días); mes de agosto completo (31 días); 2 al 5 de octubre (3 días); 4 al 10 de octubre (6 días). En base a esta información, D. Carlos ha permanecido en territorio español durante un total de 61 días, por lo que no se cumpliría la circunstancia del artículo 9.2 TRLIRPF (permanencia mínima de 183 días).

No consta en dicha información que D. Carlos, pese a haberse trasladado a Luxemburgo, haya obtenido un certificado de residencia fiscal o documento análogo que lo acredite. No obstante, si ha permanecido en Luxemburgo los 304 días restantes del año natural, a pesar de no acreditar su residencia en este Estado, siguiendo el criterio interpretativo del TS expuesto en el apartado III.2.1, no puede considerarse como ausencia esporádica, por tratarse de un período superior a los 183 días.

²⁵ OECD (2019), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>, p 115.

Nos hallaríamos ante un caso distinto si D. Carlos no hubiese permanecido el tiempo restante en Luxemburgo y hubiese estado, por ejemplo, viajando a otros Estados. Sin embargo, dado que no disponemos de datos en este sentido, tendremos que determinar si, con arreglo a su núcleo de intereses o base de sus actividades, puede ser considerado contribuyente en España a efectos de IRPF.

IV.4.2. Núcleo de intereses o base de sus actividades

A continuación, detallaremos el patrimonio que D. Carlos obtiene, directa o indirectamente, en cada uno de los Estados, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, y considerando como elementos principales determinadores del núcleo de intereses, el patrimonio y las fuentes de obtención de renta.

IV.4.2.a) Patrimonio en España

D. Carlos vende en noviembre del año 2019 la vivienda en propiedad que mantenía en España por lo que, en el ejercicio 2020, no dispone de patrimonio inmobiliario en territorio español.

A su vez, antes de su traslado, disponía de la totalidad del capital social de Sociedad de Inversiones SLU, sociedad matriz propietaria de las participaciones en el capital social de BrickBlock BV (100% del capital) y Quality Services Ltd (60% del capital). Sin embargo, en enero de 2020, aporta las participaciones de su sociedad matriz a Rodríguez Capital SARL, mercantil con domicilio social en Luxemburgo, de modo que su participación directa se convierte así en indirecta, dejando de ser propietario a título personal de participaciones en el capital social de entidades españolas.

La sociedad matriz española, al mismo tiempo, no es la fuente generadora de rentas del grupo societario, sino que sus ingresos, procedentes fundamentalmente de dividendos, tienen su origen en la actividad realizada por sociedades fuera de España.

IV.4.2.b) Patrimonio en Luxemburgo

En enero de 2020, D. Carlos crea una sociedad en Luxemburgo, Rodríguez Capital SARL, a la que aporta sus participaciones en Sociedad de Inversiones SLU, ostentando desde la sociedad luxemburguesa el control de todas sus participaciones en el capital de otras compañías.

No obstante, según la información aportada, podemos deducir que esta mercantil es una sociedad de mera tenencia de activos, sin que se tengan datos que evidencien el desarrollo de actividad económica, siendo su única fuente de ingresos la renta procedente de dividendos distribuidos por Sociedad de Inversiones SLU en enero de 2021, por un importe de un millón de euros.

De este modo, si atendemos a las principales fuentes de renta de D. Carlos, parece desprenderse de los antecedentes de hecho, que estas tienen dos orígenes:

- (i) Su retribución como miembro de los órganos de administración de BrickBlock BV, Quality Services Ltd, Sociedad de Inversiones SLU y Rodríguez Capital SARL
- (ii) La percepción de dividendos procedentes de sus sociedades.

En cuanto a la primera fuente, D. Carlos desarrolla sus labores como administrador desde Luxemburgo, excepto en el caso de su cargo como miembro del consejo de administración de Quality Services, para cuyo ejercicio sigue acudiendo a Madrid.

A su vez, si percibiese dividendos a título personal, lo haría a través de la única sociedad que posee como persona física, Rodríguez Capital SARL. No obstante, esta sociedad no parece tener actividad, por lo que todos sus ingresos proceden, en esencia, de Sociedad de Inversiones SLU, domiciliada en España y esta, a su vez, percibe sus ingresos de las entidades situadas en Países Bajos y Hong Kong. En consecuencia, no radica en ninguno de los dos Estados cuya residencia se pretende imputar, la verdadera generación de los rendimientos societarios.

En definitiva, atendiendo al patrimonio propiedad de D. Carlos, no podemos decantar su residencia por uno u otro país, de modo que se tendrán en cuenta otros puntos de conexión, de carácter personal: familia de D. Carlos residente en España, en este caso sus padres; la realización de labores de administración de sociedades extranjeras desde España; y demás intereses y relaciones personales que pudiera tener en este país, tomando en consideración que no posee en Luxemburgo ningún vínculo reconocido más allá del económico.

IV.4.3. Resolución del conflicto de doble residencia

Entendiendo que no resulta clara la atribución de la residencia fiscal de D. Carlos, resolveremos el supuesto entendiendo que, en base a la información obrante, ambos Estados podrían reclamar el gravamen de la renta mundial del contribuyente.

Así, según las reglas de resolución de conflictos de doble residencia, contenidas en el CDI España- Luxemburgo, cuya estructura sigue el ModCDI, deberemos determinar en primer lugar dónde se puede entender que tiene D. Carlos una vivienda permanente a su disposición (artículo 4.2).

En España, el contribuyente poseía una vivienda en propiedad, que vende antes de trasladarse a Luxemburgo, por lo que no dispone, en principio, de ninguna vivienda permanente a su disposición en territorio español.

En Luxemburgo, por su parte, el contribuyente posee una vivienda en régimen de arrendamiento, por lo que sí se entendería que tiene vivienda a su disposición y, por tanto, en base a este criterio, y teniendo en cuenta que la aplicación de las normas de resolución de conflictos de doble residencia del CDI actúa con carácter excluyente, se atribuye la residencia fiscal de D. Carlos a Luxemburgo en el ejercicio 2020, tras su traslado.

V. RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL: EL CASO DE QUALITY SERVICES LTD

El Régimen de Transparencia Fiscal Internacional (en adelante, TFI), pretende evitar el empleo artificioso de estructuras societarias con objeto de deslocalizar los beneficios empresariales hacia territorios de baja tributación, erosionado a su vez su base imponible en aquellos territorios con una fiscalidad más elevada.

La preocupación creciente de los Estados por el empleo de compañías filiales situadas en el extranjero (Controlled Foreign Companies, CFC) con la finalidad de reducir la tributación efectiva del grupo societario, se plasma en la aprobación del Proyecto OCDE/G20, *sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios* (Proyecto

BEPS), en particular en su Acción 3, en la que se desarrolla la normativa aplicable a las CFC.

Dado que la OCDE carece de potestad legislativa, las recomendaciones incluidas en el Proyecto BEPS no tienen eficacia directa, ni oponibilidad *erga omnes*, sino que su aplicabilidad dependerá de su trasposición al ordenamiento jurídico interno en cada Estado.

La Unión Europea, en consonancia con las acciones desarrolladas por la OCDE, aprobó el 12 de julio de 2016 la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior* (en adelante, la Directiva Antielusión), con el objeto de que *los Estados miembros cumplan los compromisos que han adquirido en virtud del proyecto BEPS* y, adopten medidas destinadas a *garantizar una fiscalidad justa y eficaz en la Unión*.

Teniendo en cuenta que esta Directiva todavía no ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español, hecho que se producirá con la aprobación de la Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, actualmente en fase de tramitación en el Senado²⁶, analizaremos a continuación el régimen de TFI contenido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

V.1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

El artículo 100 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), regula el régimen de transparencia internacional, basado en un sistema de imputación de rentas, mediante el que se pretende la inclusión, en la base imponible del impuesto, de los ingresos pasivos obtenidos por la sociedad extranjera.

Este régimen se aplicará a sociedades que tengan la condición de contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades y que, además, ostenten una participación, individual o conjuntamente considerada con entidades vinculadas (art. 18 LIS) igual o superior al 50% del capital, de los fondos propios, los resultados o los derechos de voto en una entidad no residente en territorio español. En este sentido, la LIS no establece, dentro de las magnitudes que determinan el control efectivo de la sociedad, ningún tipo de prelación, por lo que el cumplimiento de alguno de los indicadores mencionados dará por satisfecho el primer requisito para la aplicación de este régimen.

Asimismo, el citado artículo dispone que el porcentaje de participación se determine en la fecha de cierre del ejercicio social de la entidad no residente, lo que plantea una puerta abierta a actuaciones para evitar la aplicación del régimen de TFI, como, por ejemplo, la enajenación de la participación en la sociedad no residente, antes de la fecha de cierre de su ejercicio.

Por último, el apartado 16 del artículo 100 de la LIS, incluye una excepción en la aplicación del régimen de TFI en el caso de que *la entidad no residente en territorio*

²⁶ El Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego*, se encuentra actualmente en fase de presentación de enmiendas y propuestas de veto, siendo la fecha límite de tramitación el 1 de octubre de 2021.

español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, aún cumpliéndose los requisitos cuantitativos a continuación expuestos, siempre que el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas o se trate de una institución de inversión colectiva. ²⁷

V.2. REQUISITOS CUANTITATIVOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

El apartado 1.b) del artículo 100, establece un segundo requisito para la aplicación del régimen de TFI, que alude al importe efectivamente satisfecho por la entidad no residente en el extranjero, en comparación con el que hubiese correspondido pagar a la entidad residente que ostenta el control de la sociedad.

En este sentido, no encontramos dentro del régimen de TFI contenido en la LIS una definición del concepto de *impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS*, debiendo remitirnos a la definición del artículo 21 LIS, que en relación a la aplicación de la exención de dividendos, entiende incluidos *aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo sea la renta, ingresos o cualquier elemento indiciario.*

En cuanto a la remisión al concepto de “importe satisfecho”, deberemos tomar en consideración la totalidad de impuestos abonados en el extranjero por la entidad no residente, bien en su Estado de residencia, bien en terceros Estados, incluyendo los importes en concepto de retención e ingreso a cuenta que se hayan pagado.

Esta consideración del importe satisfecho como referencia para la aplicación del régimen, puede resultar problemática debido a las diferencias de imputación temporal, la aplicación de beneficios fiscales en sede de la entidad no residente, o incluso la compensación de bases imponibles negativas por parte de la CFC.

V.3. SOCIEDADES “TRANSPARENTES”

El artículo 100.2 de la LIS, añade un precepto específico encaminado a evitar la erosión de la base imponible y elusión de rentas a través de sociedades transparentes, esto es, entidades instrumentales, interpuestas entre la fuente de obtención de renta y el titular último de los capitales para atraer la fiscalidad de dichas rentas hacia esta entidad, evitando así su gravamen en España hasta el momento de distribución de dividendos ²⁸.

Así, si la sociedad extranjera carece de la correspondiente organización de medios materiales y personales para la realización de su actividad, aunque realice operaciones recurrentes, el contribuyente imputará en su base imponible la totalidad de la renta positiva obtenida por aquella, calculada aplicando las normas de determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. A este respecto, la sociedad extranjera podrá acreditar que dispone de la existencia de tales medios materiales y personales, a través de entidades no residentes pertenecientes al mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

²⁷ Según la definición del artículo 1.2. de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, *por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM)*

²⁸ Lefebvre-El Derecho (2019). Memento práctico. Impuesto sobre sociedades 2019 (1a ed.). Madrid, España: Francis Lefebvre. p.1331

Además, la existencia o no de tales medios, deberá realizarse atendiendo al tipo de actividad desarrollada por la entidad analizada y a los medios necesarios para el desarrollo de la misma.

V.4. RENTAS IMPUTABLES

En el supuesto de que se cumplan los requisitos subjetivos y cuantitativos mencionados, el contribuyente del Impuesto sobre Sociedades, deberá imputar en su base imponible las rentas positivas que provengan de las fuentes detalladas en el artículo 100.3 de la LIS. No obstante, dado que no es objeto de esta exposición detallar cada una de las rentas a imputar, realizaremos una clasificación según la tipología de las mismas.

V.4.1. Rentas pasivas

El régimen de TFI, pretende evitar la deslocalización de la obtención de renta por parte del contribuyente, a través de la interposición de entidades en territorios con condiciones fiscales favorables, de modo que no se tendrán en cuenta, a efectos de imputación, todas las rentas obtenidas (salvo en el caso específico de las sociedades transparentes, mencionado en el apartado IV.3), sino principalmente aquellas de naturaleza no empresarial, esto es, las rentas “pasivas”.

Las rentas pasivas, son aquellas que provienen de la titularidad de derechos de propiedad o económicos, sin que para su obtención tenga que mediar una organización de medios materiales y personales. Así, deberán imputarse en la base imponible de la entidad residente, entre otras, las rentas procedentes de la titularidad de bienes inmuebles o de derechos reales, las rentas procedentes de la participación en fondos propios de entidades, o las rentas derivadas de la propiedad industrial e intelectual.

V.4.2. Rentas procedentes de la actividad empresarial

El artículo 100.3.g), incluye la imputación de determinadas rentas que carecen de carácter pasivo, con el objeto de evitar maniobras de erosión de la base imponible de las entidades residentes y el traslado de su beneficio a entidades no residentes.

Por tanto, se incluye en este apartado, la obligación de imputar las rentas procedentes de *actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas entidades residentes*. Este precepto evita, en esencia que, a través de la prestación de determinados servicios por parte de la CFC a la entidad residente, esta última traslade su beneficio a un territorio de menor tributación, imputando a su vez los gastos derivados del pago de este, reduciendo así su base imponible.

En este sentido, no se incluirán estas rentas, cuando más del 50% de los ingresos obtenidos por la entidad no residente, por la realización de las actividades mencionadas, procedan de operaciones con entidades vinculadas, pues tal circunstancia evidenciaría la existencia de una verdadera actividad empresarial y no de una mera planificación fiscal con objeto de erosionar la base imponible y trasladar el beneficio.

V.4.3. Rentas excluidas

Los apartados 4 a 6 del artículo 100 del la LIS, establecen una serie de exenciones para determinadas rentas. Así, estarán excluidas de la obligación de imputación:

(i) Las rentas procedentes de la participación en fondos propios de entidades, cuando se ostente una participación mínima del 5% y se posea durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales.²⁹

A este respecto, no se exige que la entidad dirija las actividades de las sociedades participadas, sino únicamente la propia participación, contando con la organización necesaria para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como tomar las decisiones relativas a la propia participación.

Por tanto, no es necesario prácticamente medio material alguno, es decir, que bastará con medios materiales mínimos. (STS núm.1741/2017 de 15 de noviembre).

(ii) Las rentas señaladas en el artículo 100.3 LIS, cuando la totalidad de estas no supere el 15% de la renta total obtenida por la entidad no residente, excepto en el caso de las rentas detalladas en la letra g) del artículo señalado (analizadas en el apartado IV.4.2).

(iii) Rentas correspondientes a gastos no deducibles por parte de la entidad residente, pues no se daría entonces lugar a la erosión de la base imponible.

V.3. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA (TFI)

La sociedad Quality Services Ltd es una sociedad residente en Hong Kong, cuyo control efectivo se encontraba en manos de D. Carlos Rodríguez, propietario del 60% del capital social, hasta el ejercicio 2017, cuando sus participaciones son objeto de aportación al capital social de Sociedad de Inversiones SLU. En este sentido, analizaremos las obligaciones en materia de TFI, si las hubiere, para el ejercicio 2020, último ejercicio cerrado de Sociedad de Inversiones SLU.

En primer lugar, dado que el porcentaje de participación de la matriz española en Quality Services asciende al 60% de los valores representativos del capital social, se cumpliría el requisito subjetivo del artículo 100.1 a), sin que resulte de aplicación la exclusión de aplicación del régimen contenida en el apartado 16 del citado artículo, al encontrarse la sociedad participada fuera de la UE.

Continuando con el requisito de carácter cuantitativo, el tipo impositivo del impuesto análogo al Impuesto sobre Sociedades es del 16,5%, es decir, un 34% inferior al tipo de gravamen español, por lo que, en una primera aproximación, no estaríamos dentro del ámbito de aplicación del TFI. No obstante, según se indica en los Antecedentes, Quality Services presta sus servicios exclusivamente para clientes en Europa y Sudamérica, es decir, que únicamente realiza operaciones con entidades no residentes en Hong Kong, de

²⁹ Se mantiene en este sentido la coherencia con lo dispuesto en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (IP), que establece la exención en el IP para los valores que cumplan con los requisitos descritos (participación mínima y mantenimiento ininterrumpido con la finalidad de dirigir y gestionar la participación).

modo que las rentas obtenidas estarán exentas de tributación en el Impuesto análogo al IS, teniendo la entidad la consideración de sociedad “off-shore”. Por lo tanto, sí se cumpliría el requisito cuantitativo para la aplicación de las normas de TFI.

En cuanto a las rentas a imputar, resulta necesario en primer lugar determinar si la sociedad cuenta con una organización de medios materiales y personales para la realización de su actividad, pues la carencia de los mismos determinará la imputación de la totalidad de la renta obtenida por Quality Services Ltd, calculada según lo dispuesto en la LIS.

Con arreglo a los datos aportados en el caso, la sociedad dispone de unas oficinas en régimen de arrendamiento situadas en Hong-Kong, pero el desarrollo de su actividad se lleva a cabo mediante subcontrataciones a empresas chinas, actuando Quality Services como intermediaria entre el prestador del servicio y el cliente final. En concordancia con la postura del profesor CALDERÓN CARRERO, será difícil acreditar el cumplimiento de los requisitos de ejercicio de actividad económica y sustancia en el caso de sociedades que subcontraten de manera total o sustancial sus medios materiales y personales³⁰.

A su vez, los únicos medios personales que tiene la compañía, son los miembros del consejo de administración, que realizan labores propias de su cargo, no contando la sociedad con empleados contratados. Por consiguiente, según los datos disponibles, las actividades desarrolladas que generan valor en Quality Services Ltd, se realizan con medios enteramente subcontratados, sin que se pueda entender, a efectos de TFI, que la sociedad cuente con una organización de medios materiales y personales suficientes como para excluirla del perímetro del artículo 100.2 TLIS.

Por lo tanto, aplicando el artículo 100.2 LIS, Sociedad de Inversiones SLU deberá imputar la totalidad de la renta positiva generada por Quality Services Ltd en su base imponible, calculada según las normas de determinación del resultado contenidas en la LIS.

VI. RESIDENCIA FISCAL DE LAS SOCIEDADES PROPIEDAD DE D. CARLOS

VI.1. LA RESIDENCIA FISCAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La delimitación de la residencia fiscal de las entidades mercantiles determina su sujeción a la soberanía fiscal de un Estado, por lo que, siguiendo el método de razonamiento aplicado en el apartado III para el estudio de la residencia fiscal de la persona física, aclararemos en primer lugar si nos encontramos ante un conflicto de doble residencia y, en su caso, cómo se resolvería dicho conflicto aplicando las disposiciones del CDI que corresponda.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LIS, se calificarán como residentes en territorio español a aquellas entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.*
- b) Que tengan su domicilio social en territorio español.*
- c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.*

³⁰ CALDERÓN CARRERO, J. M. (2015). Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen. *Quincena fiscal*, (1), 165-205.

La aplicación de los puntos de conexión mencionados de modo alternativo supondrá la atribución de la residencia fiscal al Estado español por la mera verificación de alguno de ellos, de modo que, de la interpretación literal de la norma, podría entenderse que una sociedad es residente en España, por el mero hecho de haberse constituido con arreglo a la legislación española, aún habiendo trasladado su domicilio y sede de dirección efectiva.

Ante esta posible interpretación, expansiva en exceso, la DGT ³¹ ha venido entendiendo que, cuando una sociedad traslada su domicilio social a otro Estado, adoptando en consecuencia una forma jurídica conforme a la legislación de dicho Estado y produciéndose su baja en el Registro Mercantil español, *se produce un cambio en la "lex societatis" aplicable [...] y, con ello, la pérdida de toda conexión con el ordenamiento jurídico español, por lo que debe entenderse que deja de ser una entidad constituida conforme a la legislación española.*

En cuanto al segundo punto de conexión, aunque aparentemente depende de un elemento meramente volitivo, es decir, de la decisión de los socios de establecer en los estatutos de la sociedad uno u otro domicilio, este tendrá una conexión directa con el concepto de “sede de dirección efectiva”, tal y como se desprende del artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone que el domicilio se encontrará en el *lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación*, previsión análoga a la establecida en los artículos 120 y 182 del Reglamento del Registro Mercantil, para sociedades anónimas y sociedades limitadas, respectivamente.

Empero, los dos primeros puntos de conexión expuestos tienen una naturaleza de carácter formal, pues el primero dependerá de la legislación con arreglo a la que se haya constituido la sociedad y, el segundo, del lugar donde los socios hayan fijado estatutariamente el domicilio social.

El tercer criterio, relativo a la sede de dirección efectiva, dependerá en cambio, de elementos fácticos que pongan de manifiesto una conexión entre las actividades desarrolladas por la sociedad y la residencia imputable a la misma, tratándose en este caso, de una cuestión de naturaleza sustantiva.

VI.1.1. Interpretación del concepto de "sede de dirección efectiva"

El legislador introduce el concepto de “sede de dirección efectiva” en nuestro Derecho, según expone CARMONA FERNÁNDEZ, con la finalidad de atraer *como residentes fiscales en España, a entidades interpuestas o carentes de sustrato empresarial, cuya dirección y control [...] se efectúa en territorio español.*³²

Así, el propio artículo 8.1 LIS, aclara que, *a estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades*, aunque, en ausencia de parámetros específicos de determinación de la sede de dirección efectiva, la aplicación de este punto de conexión

³¹ Consultas vinculantes de la DGT de 18 diciembre 2012, V2477-12 (JT 2013\155) y V1434/13 de 25 abril 2012 (JT 2013\1052).

³² CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2017). *Ámbito de aplicación de los convenios de doble imposición. En TODO. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (1ª ed., p. 117). Madrid, España: Wolters Kluwer.

se basará en la existencia de evidencias o indicios que respalden que las actividades de gestión administrativa y control se realizan efectivamente en España.

A este respecto, la DGT (CV 1964-20 de 16 de junio, JUR 2020/236152), ha determinado que, en el caso de una sociedad constituida con arreglo a la legislación estonia y con domicilio en este Estado, cuyo director y socio único reside en España y presta sus servicios telemáticamente, la sociedad puede ser considerada contribuyente del IS, entendiendo que su sede de dirección efectiva está en territorio español.

El ModCDI, establece por su parte, una clara preferencia por el criterio de ubicación de la “sede de dirección efectiva” sobre otros puntos de conexión de carácter puramente formal³³, definiendo el término como el *lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de las actividades empresariales o profesionales de la entidad*, añadiendo que, *para determinar la sede de dirección efectiva deben considerarse todos los hechos y circunstancias pertinentes, pues una entidad puede simultanear más de una sede de gestión, pero tendrá una única sede de dirección efectiva.*³⁴

La determinación de la sede de dirección efectiva, a los efectos del CDI, se realizará tomando en consideración factores como: dónde se celebran las reuniones del consejo de administración, dónde se realizan las funciones del consejero delegado y el personal de alta dirección, dónde se realiza la gestión cotidiana, etc.

En consecuencia, la ubicación de la sede de dirección efectiva tiene carácter probatorio, teniendo que determinarse caso por caso, según los indicios o pruebas aportadas, que acrediten que la entidad cuya residencia se examina dirige sus actividades desde uno u otro Estado.

VI.1.2. Presunción en materia de residencia fiscal contenida en la LIS

El artículo 8.1 LIS, contiene a su vez, una norma anti-elusión, cuya pretensión es atraer a España la tributación de rentas obtenidas a través de entidades radicadas en territorios de nula tributación, o calificados como paraísos fiscales.

En este sentido, la referencia a territorios de nula tributación vendrá referida a aquellos territorios que carezcan de un impuesto idéntico o análogo al IS, es decir, que carezcan de impuestos tenga por objeto el gravamen, aunque sea parcialmente, de la renta de las personas jurídicas. Por consiguiente, a diferencia de la normativa de TFI anteriormente analizada, no se tendrá en cuenta la tributación efectiva, sino la existencia o no del impuesto, es decir, que se requiere una tributación nula de iure, aunque de facto el gravamen resultante sea nulo.

De este modo, se considerarán residentes fiscales a efectos de IS, a aquellas entidades radicadas en paraísos fiscales o territorios de nula tributación cuando:

³³ No parece adecuado dar importancia a un criterio puramente formal como es la inscripción en un registro. Por tanto, el apartado 3 tiene en cuenta el lugar desde donde la sociedad o entidad se dirige efectivamente. OECD (2019), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>. p. 94

³⁴ OECD (2019), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>. p. 92

(i) Sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes o situados o derechos que se cumplan o se ejerciten en territorio español.

(ii) Su actividad principal se desarrolle en territorio español, salvo que se acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en el territorio calificado como paraíso fiscal o de nula tributación y que, a su vez, se justifique que la operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales distintas de la mera gestión de activos o valores.

Con esta presunción, se pretende evitar que aquellas entidades que mantienen puntos de conexión claros con el Estado español empleen, de un modo artificioso, una estructura formal que les permita tributar en territorios con condiciones fiscales más ventajosas.

VI.2. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA RESIDENCIA FISCAL DE LAS DIFERENTES ENTIDADES MENCIONADAS EN EL CASO (PRE/POST 2020)

A continuación, a la luz de la normativa expuesta, analizaremos a qué Estado corresponde atribuir la residencia de las sociedades propiedad, directa o indirectamente, de D. Carlos, analizando a su vez, el posible cambio de residencia que supone la aportación de la totalidad de las participaciones, a una SARL domiciliada en Luxemburgo, en marzo de 2020.

VI.2.1. BrickBlock BV

BrickBlock BV es una sociedad constituida en 2015 con arreglo a la legislación holandesa, con domicilio social en Países Bajos, donde cuenta con una oficina alquilada en Utrecht, en la que trabajan sus 15 empleados.

No obstante, D. Carlos, administrador único de la compañía, desempeña sus labores desde o a través de una oficina ubicada en Madrid hasta que, en el ejercicio 2020, traslada su residencia a Luxemburgo, desempeñando desde enero sus funciones desde una oficina alquilada en este último Estado. A su vez, en agosto de 2018, BrickBlock BV crea una sucursal en Madrid, trasladando a esta ciudad a cuatro de los trabajadores que ejercían sus funciones desde Utrecht.

En este caso, nos encontramos por tanto con una sociedad que mantiene dos sedes de gestión, en Holanda y en España, por lo que tendremos que determinar dónde se encuentra su sede de dirección efectiva,³⁵ analizando para ello los posibles indicios que determinen dónde se encuentra el lugar de toma de decisiones, de conformidad con el criterio de determinación de residencia contenido en el artículo 4.4 del CDI entre España y Holanda.

Analizando los puntos de conexión, consideraremos los siguientes factores:

- (i) Ubicación de la mayor parte de los medios materiales y humanos: a pesar de que la sociedad dispone de una sucursal en España, desde agosto de 2018, el grueso de los empleados (más de un 70% de la plantilla), desempeña sus funciones desde una oficina situada en Utrecht.

³⁵ Conforme a los comentarios al artículo 4.3 del ModCDI, una *entidad puede simultanear más de una sede de gestión, pero tendrá una única sede de dirección efectiva*. OECD (2019), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>. p. 92.

(ii) Lugar desde donde el órgano de administración ejerce sus funciones: la sociedad se encuentra administrada por un administrador único, D. Carlos, que realiza sus labores desde las oficinas de Sociedad de Inversiones SLU, en España. No obstante, con su traslado de residencia y a partir de la constitución de una sociedad matriz en Luxemburgo, en enero de 2020, desarrolla sus funciones en un despacho alquilado en este último Estado.

De conformidad con la doctrina de la DGT expuesta en el apartado V.1.1, podría entenderse que, dado que el socio único (indirecto) y administrador único residía en España hasta noviembre de 2019, la sede de dirección efectiva de BrickBlock BV se encontraba localizada en territorio español, al menos hasta el momento del traslado de la residencia de su administrador único, de modo que, aunque la generación del valor de la compañía y la localización de su masa laboral se encuentra en Países Bajos, no consta que en este Estado se encuentre personal directivo o con funciones ejecutivas y de toma de decisiones, por lo que, conforme a los comentarios al ModCDI, expuestos en el apartado VI.1.1, y al artículo 4.4 del CDI entre España y Países Bajos, BrickBlock BV, tendrá su sede de dirección efectiva en territorio español, al menos durante el ejercicio 2019.

Con el traslado del administrador a Luxemburgo, comienzan a desempeñarse en este Estado las funciones de dirección y control de la compañía, por lo que, utilizando un criterio análogo al empleado para la resolución del conflicto de residencia entre España y Países Bajos, y tomando en consideración que el artículo 4.3 del CDI entre España y Luxemburgo emplea también el criterio de sede de dirección efectiva para resolver los conflictos de doble residencia, BrickBlock BV, tendrá la consideración de residente fiscal en Luxemburgo a efectos del ejercicio 2020.

En definitiva, para el ejercicio 2019 BrickBlock BV será una sociedad residente en España con un establecimiento permanente³⁶ en Países Bajos, y en 2020, será una sociedad residente en Luxemburgo con un establecimiento permanente en Países Bajos y otro en España.

VI.2.2. Quality Services Ltd

Quality Services Ltd es una sociedad *off shore*³⁷, con domicilio social sito en Hong Kong y cuya constitución se ha producido con arreglo a la normativa hongkonesa. La sociedad, cuenta con una oficina alquilada en Hong Kong, único medio material del cual tenemos constancia. Por su parte, el consejo de administración de la entidad se reúne en unas oficinas situadas en Madrid.

Hasta el mes de marzo de 2020, la socia única de la sociedad era la mercantil Sociedad de Inversiones SLU, cuyo capital social estaba en su totalidad en manos de D. Carlos. En el mes de marzo, las participaciones de Sociedad de Inversiones se aportan a una SARL en Luxemburgo, donde se traslada a su vez el socio único indirecto, aunque el consejo de administración sigue reuniéndose en Madrid.

³⁶ El ModCDI define el concepto de establecimiento permanente (EP), como un *lugar fijo de negocios*, donde la sociedad *realiza todo o parte de su actividad*, esto es, la existencia *cualquier local, instalaciones o medios materiales utilizados para la realización de las actividades de la empresa*, con cierto carácter de continuidad o permanencia, existiendo una cierta *coherencia comercial* o unidad de decisión entre la sociedad y su establecimiento permanente.

³⁷ Tendrá la consideración de sociedad *off shore*, aquella constituida por personas no residentes en un Estado o territorio donde no tiene lugar el desarrollo de la actividad económica, de modo que la sociedad obtiene ventajas fiscales, como la exención de rentas obtenidas en el extranjero.

Aunque no se cumplen los dos primeros puntos de conexión con el Estado español, (domicilio social y constitución con arreglo a la legislación española), analizaremos si, atendiendo a la sede de dirección efectiva, se puede imputar la residencia fiscal a España.

Dado que ya hemos analizado la sustancia económica de Quality Services Ltd, a efectos de determinar su sujeción al régimen de TFI, nos remitiremos en este punto a las conclusiones alcanzadas en el apartado III.3. Del estudio previamente realizado, deducimos que la entidad hongkonesa es una sociedad transparente, al carecer de una organización de medios materiales y humanos con los que desarrollar su actividad de control de calidad, por lo que, considerando la carencia de sustancia económica en Hong Kong, no parece que podamos entender que la sede de dirección efectiva de la sociedad se encuentre en dicho Estado.

Tomando en consideración desde dónde se pueden entender adoptadas las decisiones ejecutivas, concluimos que, a pesar de que el socio único indirecto reside en Luxemburgo, sus labores como miembro del consejo de administración se desempeñan en Madrid, por lo que la sede desde donde se dirige la sociedad, teniendo en cuenta que no existe otro centro de control, y que la oficina de Hong Kong no dispone de personal contratado, deberá considerarse que su sede de dirección efectiva se encuentra situada en España, y ello independientemente del cambio de residencia del socio único indirecto.

Por último, aunque no se aprecia en este caso un conflicto de doble residencia, el CDI firmado entre España y Hong Kong se decanta, siguiendo el ModCDI, por el criterio de la sede de dirección efectiva como determinante de la residencia fiscal de las entidades, reforzándose así nuestra conclusión anterior, que nos lleva a imputar a España la residencia de Quality Services Ltd.

VI.2.3. Sociedad de Inversiones SLU

Sociedad de Inversiones SLU, es una entidad mercantil constituida con arreglo a la legislación española, cuyo domicilio social se ubica en Madrid. En el mes de marzo del ejercicio 2020, D. Carlos, socio único de la sociedad hasta ese momento, aporta la totalidad de las participaciones de la compañía a una SARL en Luxemburgo, realizando sus labores como administrador de la matriz española desde un despacho alquilado en este Estado.

Conforme a esta información, se cumplen los dos puntos de conexión de carácter formal, que determinan que la sociedad sea considerada residente fiscal en España a efectos del IS, a saber: que la mercantil tenga su domicilio social en España o se haya constituido con arreglo a la legislación española.

Con anterioridad al cambio de residencia del socio único y administrador único de la compañía, la sede de dirección efectiva se encontraba en el territorio español, pues la sociedad no contaba con ningún otro centro de control ni con personal ejecutivo que desempeñase sus funciones desde otro Estado. En consecuencia, se cumplen, antes del cambio de residencia de D. Carlos, los tres puntos de conexión que atribuyen la residencia a España.

Ahora bien, tras el traslado de D. Carlos a Luxemburgo, en noviembre de 2019, Sociedad de Inversiones SLU, deja de tener medios materiales y personales en España, desarrollándose las actividades propias del administrador único desde un despacho alquilado en Luxemburgo, por lo que nos encontramos ante un conflicto de doble residencia, pues los puntos de conexión formales (domicilio y constitución) continúan

atribuyendo a la mercantil residencia española, pero la sede de dirección efectiva, se habrá trasladado a Luxemburgo.

Acudiendo al CDI España-Luxemburgo, el apartado 3 del artículo 4 resuelve los conflictos de doble residencia decantándose por el punto de conexión de la sede de dirección efectiva, que, al carecer la sociedad de medios materiales y personales en España, y al desarrollarse las funciones del órgano de administración de Luxemburgo, se encontraría en este último Estado.

En definitiva, podemos concluir que Sociedad de Inversiones SLU deberá ser considerada residente en España a efectos de IS hasta el ejercicio 2020, cuando deviene residente en Luxemburgo.

VI.2.4. Rodríguez Capital SARL

Rodríguez Capital SARL, es una sociedad constituida conforme a la legislación luxemburguesa, con domicilio social en Luxemburgo, en donde reside a su vez el administrador único y socio único. A este respecto, se cumplen los dos puntos de conexión que establece la legislación luxemburguesa para determinar la residencia a efectos de *corporate taxation*, a saber: (i) domicilio social en este Estado; (ii) tener en Luxemburgo la sede de dirección efectiva³⁸.

Teniendo en cuenta que no se cumple ninguno de los criterios que permiten atribuir la residencia a España, no nos encontraríamos tampoco en un eventual conflicto de doble residencia, por lo que debemos concluir, sin lugar a duda, que la sociedad es residente en Luxemburgo.

VII. APORTACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DE SOCIEDAD DE INVERSIONES SLU A RODRÍGUEZ CAPITAL SARL: REPERCUSIÓN EN EL RÉGIMEN FISCAL DEL CAPÍTULO VII, TÍTULO VII DE LA LIS

VII.1. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN

Con anterioridad a la creación de Sociedad de Inversiones SLU, D. Carlos Rodríguez ostentaba, a título particular (i) el 100% del capital social de BrickBlock BV, constituida en 2015 y domiciliada en Países Bajos; y (ii) el 60% del capital social de Quality Services Ltd, constituida en 2013 y domiciliada en Hong Kong.

El 3 de enero de 2017, aporta las participaciones descritas, mediante un canje de valores, a una sociedad limitada de nueva constitución, Sociedad de Inversiones SLU, que tiene por objeto social las actividades de las sociedades holding (CNAE 6420), acogándose fiscalmente al *Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores, cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea* (en adelante, Régimen de Fusiones). Como consecuencia de la operación, Sociedad de Inversiones SLU se convierte en la socia única de BrickBlock y en socia, al 60%, de Quality Services Ltd.

³⁸ Artículo 1.2.1. Luxembourg Corporate Taxation. (s. f.). Recuperado el 20 de mayo de 2021 de https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/eth_gtha_luxembourg.pdf

Posteriormente, en marzo de 2020, D. Carlos aporta las participaciones de Sociedad de Inversiones SLU a la sociedad Rodríguez Capital SARL, mediante una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias, de modo que esta última se convierte en socia única de la matriz española.

VII.2. RÉGIMEN FISCAL DEL CAPÍTULO VII, TÍTULO VII DE LA LIS

El régimen especial del Capítulo VII, Título VII de la LIS, es un régimen de diferimiento de rentas, cuya pretensión es la eliminación de obstáculos fiscales a ciertas operaciones de reestructuración o reorganización empresarial: fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y cambios de domicilio transfronterizos.

No obstante, al tratarse de un régimen de diferimiento y no de exención, se eliminan los obstáculos fiscales en el corto plazo, no siendo objeto de tributación las rentas que se ponen de manifiesto en el momento de la reestructuración (las “plusvalías latentes”), pero se traslada el gravamen al momento en el que efectivamente se produzca la plusvalía generada.

La aplicación de las disposiciones contenidas en el Régimen de Fusiones, tendrá que tener en cuenta a su vez, la normativa mercantil (Ley 3/2009, de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), la normativa contable (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, en concreto, la Norma de Registro y Valoración 19ª*) y la normativa europea (Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro*, en adelante Directiva de Fusiones).

A continuación, nos centraremos en la articulación del Régimen de Fusiones en el caso de las operaciones de canje de valores, con el objetivo de analizar cómo afecta dicho régimen fiscal a las operaciones realizadas por D. Carlos.

VII.2.1. Requisitos de aplicación

El artículo 76, establece el ámbito objetivo de aplicación del Régimen de Fusiones, de modo que no sólo bastará con que la operación tenga la consideración de canje de valores a efectos mercantiles, sino que tendrá que cumplir con la definición otorgada por la LIS, a saber: *operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal.*

Por lo tanto, nos encontraremos ante una operación de canje de valores susceptible de acogerse al Régimen de Fusiones cuando (i) una sociedad adquiera una participación en el capital de otra entidad y (ii) dicha participación permita obtener la mayoría de derechos de voto sobre la sociedad dominada, o bien reforzarla en el caso de que ya ostente la mayoría.

La mayoría de derechos de voto, a su vez, ha de obtenerse como consecuencia directa de la adquisición de la condición de socio, de modo que, aunque así lo prevean los estatutos

de la sociedad, no podrá acogerse al Régimen de Fusiones una operación en la que se aportan la mayoría de derechos de voto en calidad de usufructuario, o por cualquier otro título que no sea el de nudo propietario³⁹.

En este sentido, la DGT se ha pronunciado en su CV 2678/07 de 17 de diciembre (JUR 2008/28327), en una consulta acerca de una operación en la que la obtención de la mayoría de derechos de voto se realizaba a través de la cesión de los derechos políticos de las acciones con carácter posterior a su aportación, entendiéndose que no resulta de aplicación el Régimen de Funciones ya que, con ocasión de la aportación de las acciones (representativas del 40% del capital social), *la entidad H no adquiere la mayoría de los derechos de voto [...] con independencia de que, a través de operaciones realizadas al margen del régimen fiscal especial se atribuyan derechos políticos que permitan a H adquirir el control o dominio de la entidad C.*

Una vez se determine que una operación tiene la consideración de canje de valores a los efectos del artículo 76 LIS, deberán cumplirse los siguientes requisitos para poder aplicar el Régimen de Fusiones (art. 80 LIS):

- a) Que los socios que realicen el canje residan en territorio español, en un Estado miembro de la UE o bien en un tercer Estado, en el caso de que se aporten valores representativos del capital social de una mercantil residente en España.
- b) Que la entidad adquirente sea residente en territorio español o esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones.⁴⁰

En consecuencia, mientras que la entidad adquirente deberá ser residente en territorio español, no existe requisito de residencia para las entidades aportadas, pudiendo radicar en cualquier Estado, salvo que tenga la consideración de paraíso fiscal, pues el apartado 5 del artículo 80 LIS, excluye de la aplicación del régimen a las sociedades domiciliadas o establecidas en territorios calificados como paraíso fiscal.

Por último, el artículo 89.2 LIS, introduce una cláusula anti-abuso para el caso de que la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal, de modo que sólo se aplicará el Régimen de Fusiones a las operaciones efectuadas por motivos económicos válidos, *tales como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades participantes en la operación* (volveremos sobre el concepto de *motivo económico válido* en el apartado VI.2.3).

VI.2.2. Repercusión fiscal de la aplicación del citado régimen

El acogimiento de la operación al Régimen de Fusiones determinará el diferimiento de la plusvalía latente de los elementos transmitidos, hasta el momento de que se produzca una eventual transmisión posterior de los elementos recibidos por la sociedad adquirente, y en sede del aportante, cuando se realice una ulterior transmisión de los elementos recibidos (en este caso, participaciones en el capital social de la sociedad adquirente).

³⁹ Lefebvre-El Derecho. (2018). Reorganización empresarial (fusiones): 2019–2020. (1a ed.). Madrid, España: Francis Lefebvre; p.1377.

⁴⁰ Se aplicarán las disposiciones de la Directiva de Fusiones (artículo 1), a: (i) *operaciones de fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos y de canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros; b) traslados del domicilio social de un Estado miembro a otro de sociedades anónimas europeas (Societas Europaea o SE), [...] y sociedades cooperativas europeas (SCE).*

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, el Sr. Rodríguez no tendrá que imputar en su base imponible de IRPF la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto en la transmisión, calculada por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión de sus acciones o participaciones⁴¹. Las participaciones recibidas en virtud de la operación de canje se valorarán por el valor fiscal de los valores entregados, conservando la fecha de adquisición.

En el caso de cambio de residencia del contribuyente, como sucede con D. Carlos en el ejercicio 2020 (ver apartado III), el artículo 80.4 LIS dispone que deberá integrar en su base imponible del IRPF las rentas diferidas en virtud del acogimiento al Régimen de Fusiones, salvo que las acciones o participaciones queden afectas a un establecimiento permanente en España, o bien que el cambio de residencia se produzca a un Estado miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria. Esta cláusula tiene por objeto evitar que la Administración pierda la trazabilidad fiscal o “rastros” de las rentas diferidas, pues en el momento de transmisión a un tercero, será el Estado español el que grave las plusvalías generadas.

Teniendo en cuenta que D. Carlos es residente, a partir de 2020, en Luxemburgo, país con el que España ha firmado el correspondiente CDI con cláusula de intercambio de información, no tendrá que tributar las plusvalías generadas con ocasión de su cambio de residencia, al no concurrir tampoco los presupuestos que determinan la “imposición de salida” (*exit tax*) del artículo 95.bis de la LIRPF.⁴²

VII.2.3. Justificación de la operación: el concepto de motivo económico válido

Aún teniendo en cuenta que la operación no se realice con el objetivo principal de defraudar o evadir impuestos, el artículo 89.2 LIS exige que el contribuyente acredite un motivo económico válido (en adelante, MEV), debiendo justificar que existe un razonamiento o lógica empresarial tras la operación realizada, más allá de la ventaja fiscal obtenida. Este concepto jurídico indeterminado, se emplea no sólo en el ámbito de la fiscalidad interna, sino también a nivel comunitario, a través de la Directiva de Fusiones, por lo que comenzaremos analizando su interpretación a la luz de la normativa española y, posteriormente, en relación con la normativa europea.

En el ámbito interno, la AEAT, a la hora de evaluar el MEV de la operación, en ausencia de una lista taxativa de supuestos o de parámetros que permitan su acreditación, realizará

⁴¹ Calculado el valor de transmisión según art. 37.1 LIRPF

⁴² El artículo 95.bis de la LIRPF, impone al contribuyente la obligación de tributar las plusvalías latentes que se pongan de manifiesto en sus acciones o participaciones, con ocasión del cambio de residencia, cuando *a) el valor de mercado de las acciones o participaciones supere conjuntamente el valor de 4.000.000 de euros; b) cuando no se cumpla el requisito a),[...] que el porcentaje de participación en la entidad sea superior al 25%, siempre que el valor de mercado de las acciones o participaciones [...] exceda de 1.000.000 euros.*

En este sentido, el apartado 6 del art. 95.bis, establece que, para el caso de que el cambio de residencia se produzca a otro Estado de la UE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el contribuyente podrá optar por tributar la ganancia patrimonial si se produce la transmisión de las acciones o participaciones o la pérdida de la condición de residente en ese Estado de la UE en el plazo de los 10 ejercicios siguiente al del cambio de residencia.

La introducción en la legislación española de la salvedad contenida en el apartado 6, trae causa en la jurisprudencia del TJUE, que en su sentencia de 11 de marzo de 2004, asunto C-9/02 (ECLI:EU:C:2004:138), determinó que la tributación de plusvalías latentes por parte de un contribuyente francés con ocasión de su cambio de residencia, contravenía el artículo 52 del TFUE, relativo al derecho de libre establecimiento, pues este gravamen actuaba como disuasorio al cambio de domicilio, limitando el ejercicio del derecho.

una ponderación de motivos teniendo en cuenta, por una parte, las razones empresariales que pueden justificar la operación, a la luz de las pruebas e indicios obrantes y por otra, la ventaja fiscal obtenida en aplicación del Régimen de Fusiones. Así, el TS ha concluido, en su sentencia de 18 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5619), que *una operación basada en diversos objetivos, entre ellos los de naturaleza fiscal, puede haberse realizado por motivos económicos válidos, pero si estos últimos no son los preponderantes [...] resulta legítimo concluir la ausencia de tales motivos.*

Por este motivo, ante la posibilidad de una comprobación posterior a la realización de la operación que pueda suponer la denegación del Régimen de Fusiones aplicado, y en aras de obtener seguridad jurídica, el contribuyente podrá formular consultas a la Dirección General de Tributos, siendo vinculantes en materia de aplicación de los regímenes del IS.

De las consultas examinadas, podemos extraer, a modo de ejemplo, los siguientes motivos económicos válidos aceptados por la DGT:

- Simplificar la estructura empresarial, eliminando la duplicidad de órganos administrativos y estructuras organizativas paralelas, con el fin de centralizar la planificación y toma de decisiones y responsabilidades derivadas de la gestión (CV 0317/21 de 22 de febrero, JT 2021/234; CV 3636/20 de 28 de diciembre, JT 2021/113).
- Incrementar la eficacia del reparto de dividendos, con el objeto de financiar inversiones en sociedades separadas, con la consecuente diversificación de riesgos (CV 2095/19 de 9 de agosto; JT 2019/955).
- Lograr mayores economías de escala, un aumento de la solvencia, el mejor aprovechamiento de los capitales y una mejor coordinación y complemento de las actividades desarrolladas por el negocio familiar (CV 2012/19 de 1 de agosto, JT 2019/940).

Estos motivos, no bastarán por sí mismos para acreditar la existencia de MEV, sino que se deberá realizar la ponderación de motivos anteriormente descrita, tomando en consideración las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la operación acogida al Régimen de Fusiones, de modo que se valore la operación en su conjunto, atendiendo al fin último que persigue el contribuyente.⁴³

En cuanto a la carga de la prueba, esta debe entenderse repartida entre la sociedad que pretende el acogimiento al Régimen de Fusiones, que deberá acreditar los hechos que justifiquen los MEV que persigue la operación, y la Administración, que deberá acreditar la ausencia de dichos motivos.⁴⁴ A su vez, la prueba de la Administración podrá basarse en presunciones, de modo que se presuma que la operación se ha realizado con el fin principal de defraudar o evadir impuestos, cuando no exista un MEV que ampare la operación.

Desde la perspectiva del derecho comunitario, la Directiva 90/434/CEE contiene, en su artículo 11.1.a), una cláusula antiabuso⁴⁵, cuyo fin es permitir a los Estados Miembros, denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando la operación realizada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal, añadiendo que, en ausencia de MEV,

⁴³ STS núm.5619/013, de 18 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5619).

⁴⁴ STS núm.1365/2016, de 16 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1365).

⁴⁵ Directiva 90/434/CEE, 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.*

se presumirá que la operación de reestructuración se realizó efectivamente, por motivos fiscales.

A este respecto, el TJUE determinó, en la sentencia relativa al caso *Kofoed*,⁴⁶ que no cabe extender el ámbito de aplicación de la Directiva hasta cubrir prácticas abusivas, cuya pretensión sea únicamente beneficiarse de las ventajas que dicha normativa ofrece en el ámbito comunitario, por lo que aquellas operaciones artificiosas, sin propósito económico o comercial, no entrarán dentro del ámbito de aplicación del régimen de neutralidad.

Posteriormente, en el caso *Foggia-SGPS*⁴⁷, el TJUE realiza una interpretación del test de motivos económicos válidos, estableciendo que la concurrencia de motivos fiscales con otros MEV, no determina per se la aplicación de la cláusula antiabuso, sino que deberá acreditarse que la motivación principal es el fraude o evasión fiscal.⁴⁸ Por lo tanto, lo relevante no será simplemente la existencia de motivos fiscales y económicos, sino cuál de ellos es el preponderante en cada caso.

La inaplicación de la Directiva requerirá de la concurrencia tanto de elementos objetivos (en este caso, el disfrute de las ventajas fiscales que supone el acogimiento al régimen de neutralidad), como de elementos subjetivos, relacionados con la finalidad perseguida por la operación de reestructuración, resultando primordial, a este respecto, determinar si se han empleado medios artificiosos, con el propósito de encajar una operación dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y obtener, de este modo, una ventaja fiscal indebida.⁴⁹

En el caso planteado en los Antecedentes, si analizamos la concurrencia del elemento objetivo, comprobamos que sí se obtiene una ventaja fiscal en la operación realizada, pues esta se acoge al Régimen de Fusiones, disfrutando de este modo del diferimiento de rentas a efectos fiscales que, de otro modo, habrían de incluirse en la base imponible de D. Carlos con ocasión de la transmisión de sus participaciones a Sociedad de Inversiones SLU.

En cuanto a los posibles motivos económicos de la operación (esto es, el elemento subjetivo), no consta que con la reestructuración se haya procedido a la simplificación de la estructura societaria propiedad de D. Carlos, ni a la eliminación de duplicidades en los órganos de administración, pues no se han realizado cambios en este sentido con ocasión de la operación de canje. A su vez, no tenemos tampoco evidencia de que se hayan conseguido generar mayores economías de escala o se haya producido un ahorro de costes derivado de la operación.

En cuanto al posible incremento de la eficacia en el reparto de dividendos, con objeto de acometer nuevas inversiones y mejorar la estructura financiera del grupo, cabe señalar que, aún habiéndose repartido dividendos a la sociedad matriz, no disponemos de

⁴⁶ STJUE de 5 de julio de 2007, C-321/05 (ECLI:EU:C:2007:408), que analiza una operación de canje realizada por dos personas físicas danesas, que canjean sus participaciones en una sociedad danesa por las participaciones emitidas por una sociedad irlandesa, en el marco de una ampliación de capital.

⁴⁷ STJUE de 10 de noviembre de 2011, C-126/10 (ECLI:EU:C:2011:718), que analiza una operación de fusión por parte de empresas del mismo grupo, en el marco de la cual se proceden a compensar pérdidas procedentes de una de las sociedades absorbidas.

⁴⁸ Obsérvese aquí que el TS, según la jurisprudencia expuesta, mantiene la coherencia con la interpretación realizada por el TJUE.

⁴⁹ Véase CALDERÓN CARRERO, J.M. (2012) Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la " Directiva de Fusiones": ¿hacia motivos económicos válidos de "alto voltaje"? *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, (347), 5-40.

información acerca de las posibles inversiones realizadas con el dinero procedente de estos. No obstante, no se aprecia tampoco la concurrencia de medios artificiosos que permitan deducir que la pretensión del contribuyente era la mera obtención de una ventaja fiscal, de modo que, ante la falta de una mayor información que nos permita acreditar la concurrencia de ambos elementos (objetivo y subjetivo), procederemos al análisis de la operación posterior, con ánimo de arrojar luz sobre el sentido global del canje de valores realizado.

VII.3. REPERCUSIÓN FISCAL DE LA APORTACIÓN POSTERIOR

El análisis de la concurrencia o no de motivos económicos válidos en la operación realizada, ha de tomar en consideración las actuaciones anteriores, coetáneas y posteriores a la misma, de modo que analizaremos la influencia de la aportación posterior de Sociedad de Inversiones SLU a una SARL en Luxemburgo.

La constitución de un doble holding a través de dos operaciones de canje de valores concatenadas (independientemente del tiempo transcurrido entre una y otra), no determina per se la ausencia de motivos económicos válidos. Así, la AN admite la existencia de MEV en la creación de un doble holding con el objeto de separar la dirección del grupo familiar, en cuanto a toma de decisiones y política estratégica, del órgano de gestión de los negocios, profesionalizando este último⁵⁰.

En otro caso de creación de un doble holding, el TS, en su sentencia de 25 de mayo de 2012 (RJ 2012/7038), entiende que no existe MEV, dado que sólo se realiza un cambio en la titularidad de las participaciones, que pasan a ser propiedad de un socio persona jurídica, sin que se justifique tal modificación por razones de eficacia, rentabilidad, productividad o gestión.

En el caso que nos ocupa, la aportación posterior de Sociedad de Inversiones SLU a Rodríguez Capital SARL, no produce mayor cambio en la gestión del grupo societario que la propia modificación de la titularidad de las participaciones, sin que esta nueva sociedad holding aporte valor a la estructura empresarial, por lo que, no existiendo un MEV que parezca acreditar el acogimiento inicial al Régimen de Fusiones, la aportación posterior no nos permite tampoco dar contenido o justificar suficientemente la motivación empresarial.

VII.4. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA

Del análisis de la normativa del Régimen de Fusiones podemos concluir que, aún cumpliéndose los requisitos de participación mínima y mantenimiento ininterrumpido de la misma, en los términos del artículo 80 de la LIS, no disponemos de datos suficientes para acreditar el motivo económico válido de la operación, pero tampoco observamos notas de artificiosidad en las operaciones descritas. Asimismo, la aportación posterior no parece arrojar luz acerca de la motivación global de la operación, si bien es cierto que, a la luz de la misma, se vacía de total contenido y valor empresarial a la mercantil española, Sociedad de Inversiones SLU, pues no sólo no se reducen costes administrativos, sino que se añade complejidad a la estructura, formada ahora por un doble holding.

A este respecto, quizá habría resultado más lógico, tanto desde el punto de vista empresarial como tributario, que D. Carlos hubiese realizado un traslado de domicilio de

⁵⁰ SAN de 30 de abril de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:1213).

Sociedad de Inversiones SLU desde España a Luxemburgo, habida cuenta de que se trata de una operación incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones.

La ambigüedad de nuestra respuesta no hace más que poner de manifiesto la falta de seguridad jurídica que genera el actual Régimen de Fusiones, tanto desde la perspectiva interna como comunitaria, al no contemplarse unos parámetros claros de las operaciones amparadas por la normativa.

Si la finalidad de aquel es evitar que la fiscalidad suponga un freno a la realización de operaciones de reestructuración empresarial, tanto nacionales como transfronterizas, la falta de certeza por parte del contribuyente a la hora de acoger las operaciones ejecutadas al régimen de neutralidad puede suponer también un obstáculo a su realización, máxime teniendo en cuenta que la herramienta que en este caso la AEAT pone a su disposición, es la posibilidad de realizar consultas vinculantes a la DGT, que no suponen la autorización por parte de las autoridades tributarias al acogimiento de la operación al Régimen de Fusiones y cuyo plazo de respuesta, de hasta seis meses, resulta demasiado elevado.

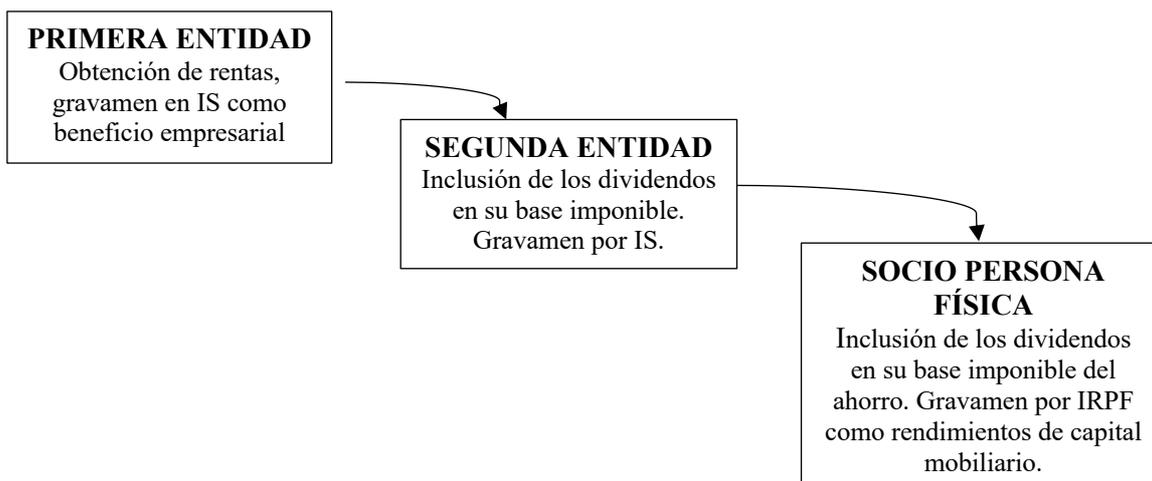
VIII. ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR DIVIDENDOS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 21 LIS POR PARTE DE LA SOCIEDAD DE INVERSIONES SLU

VIII.1. EXENCIÓN POR DIVIDENDOS. JUSTIFICACIÓN POR RAZONES DE DOBLE IMPOSICIÓN

El concepto de doble imposición (interna o económica), hace referencia a un fenómeno producido como consecuencia de la existencia de más de un hecho imponible que grava una misma manifestación de capacidad económica, dentro del mismo período impositivo.

Así, en el caso de los dividendos, siguiendo la interpretación de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO⁵¹ no existe una doble imposición en sentido estricto, dado que tanto los sujetos pasivos como el objeto de gravamen son distintos, por lo que no se cumplen los tres principales requisitos que determinan su apreciación: identidad objetiva (mismo hecho imponible); identidad subjetiva (mismo sujeto pasivo); identidad temporal (mismo período impositivo). Sin embargo, la interposición de sociedades entre la entidad generadora de rentas y el perceptor último de las mismas supone un gravamen en “cascada” de los beneficios empresariales obtenidos, pues tributarían, en ausencia de exención, del siguiente modo:

⁵¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M. L. (2003). *La doble imposición de dividendos*. Aranzadi, p. 34.



Aplicando la normativa del IS, en sede de las entidades generadoras de renta, y la del IRPF, en sede del socio persona física, sin tener en cuenta la exención aplicable, obtendríamos la siguiente tributación del esquema anterior: tributación a un tipo del 25% sobre el importe obtenido en concepto de beneficio empresarial en la primera entidad; tributación a un tipo del 25% por el importe recibido en concepto de dividendos por la segunda entidad; tributación progresiva en IRPF, del 19% al 26%, por el importe recibido en concepto de dividendos por el socio persona física.

Como puede observarse, la tributación resultante resultaría a todas luces confiscatoria, justificándose así la existencia de un esquema de eliminación de la “doble imposición”, que en nuestra normativa interna se materializa en el método de exención del artículo 21 LIS, cuyo contenido se expondrá a continuación.

VIII.2. REQUISITOS BÁSICOS PARA SU APLICACIÓN

La Ley del Impuesto sobre sociedades, ante las situaciones de doble imposición que se producen en la obtención de rentas procedentes de dividendos, establece dos mecanismos de corrección: el método de exención total de las rentas procedentes de dividendos (artículo 21.1 LIS) y el método de deducción, en el caso de dividendos procedentes de entidades no residentes a los que no sea de aplicación la exención, por el que se podrá deducir el impuesto pagado en el extranjero por las rentas distribuidas (art. 32 LIS).

En este caso, nos centraremos en el método de exención aplicado por Sociedad de Inversiones SLU, sin tener en cuenta, a efectos de esta exposición, los cambios introducidos en la LIS con la aprobación de la Ley 11/2020 de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021,⁵² al no encontrarse en vigor en el ejercicio 2019.

Así, el artículo 21.1 de la LIS, establece una exención para los dividendos procedentes de la participación en fondos propios de entidades, entendiéndose incluidas en esta definición

⁵² En materia de exención por dividendos, las principales modificaciones introducidas, cuya entrada en vigor se produce para el ejercicio 2021, son:

- (i) Eliminación de la posibilidad de exención para participaciones en sociedades inferiores al 5% del capital social, con un valor de adquisición superior a 20 millones de euros.
- (ii) Modificación del porcentaje de exención, que anteriormente era del 100%, al 95%, entendiéndose que el 5% restante corresponde a gastos de gestión de la participación, deducibles en origen.

todas las rentas derivadas de los valores representativos del capital social o los fondos propios de entidades, independientemente de su consideración contable⁵³, siempre que:

- (i) El porcentaje de participación, directo o indirecto, en la entidad participada, sea de al menos el 5%, o siendo inferior, que el valor de adquisición supere los 20 millones de euros.
- (ii) Que la participación se haya mantenido ininterrumpidamente en el patrimonio de la entidad receptora de dividendos durante el año anterior al momento de aprobarse el reparto, o bien que se mantenga posteriormente hasta completar dicho plazo.

Para el cumplimiento de los requisitos expuestos, se tendrá en cuenta el período de mantenimiento de los valores y el porcentaje de capital social en la sociedad participada por parte de las demás entidades del grupo, en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

Con el objeto de evitar el aprovechamiento abusivo de esta exención, de modo que las sociedades del grupo alcancen un porcentaje mínimo de participación conjunta que les permita no tributar por los dividendos percibidos, se establece que, cuando una sociedad obtenga rentas procedentes de dividendos o de la transmisión de su participación en sociedades filiales en más de un 70%, se requerirá que el contribuyente ostente, de manera indirecta, un porcentaje de capital mínimo del 5%. No obstante, no se requerirá esta participación mínima indirecta cuando se acredite que los dividendos obtenidos por la entidad participada han estado sometidos a tributación.

Por último, el artículo 21.1 LIS excluye de la aplicación de la exención a:

- (i) Las rentas procedentes de dividendos de entidades no residentes, salvo que la entidad participada haya estado sometida a un impuesto idéntico o análogo al IS con un tipo nominal mínimo del 10%, sin que se tengan en cuenta las exenciones o bonificaciones aplicadas.⁵⁴
- (ii) Las rentas procedentes de dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Esta exclusión, se justifica por razones de “doble no imposición”, pues en los dos casos expuestos, la renta procedente de dividendos no ha tributado en origen (o lo ha hecho a un tipo nominal muy bajo, en el primer caso), por lo que no habría una situación de “doble imposición” que corregir y de aplicarse la exención, el resultado sería una no tributación en origen y una no tributación en destino.

VIII.3. CONCLUSIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA LIS EN EL CASO OBJETO DE ANÁLISIS

A continuación, analizaremos el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la exención en el caso de las entidades participadas por Sociedad de Inversiones SLU.

- a) BrickBlock BV**, es una sociedad residente en Países Bajos, en la que Sociedad de Inversiones SLU ostenta el 100% del capital social desde enero 2017,

⁵³ A título de ejemplo, la distribución de la prima de emisión o la reducción de capital, tendrá la consideración de reparto de dividendo, en el exceso sobre el valor de adquisición de la participación (DGT, CV 0838-12, 23 abril de 2012)

⁵⁴ Observamos aquí una clara diferencia con respecto al requisito de tributación mínima en el caso de TFI, expuesto en el apartado V.2, en el que se tomaba en consideración el importe del impuesto efectivamente satisfecho, y no únicamente el tipo nominal del impuesto idéntico o análogo al IS.

cuando adquiere las participaciones de la sociedad mediante un procedimiento de canje de valores.

Por su parte, el tipo impositivo sobre la renta de las sociedades, análogo al IS, es entre el 16,5 y el 25%, dependiendo del importe neto de cifra de negocios.

Tomando en consideración estos datos, se cumplen los requisitos de participación significativa y permanente (mínimo 5% del capital social y permanencia ininterrumpida durante un año), así como el requisito de tributación nominal mínima, por lo que sería procedente la aplicación de la exención, siempre que la distribución de dividendos no generase un gasto deducible en sede de la entidad pagadora.

b) Quality Services Ltd, es una sociedad residente en Hong Kong, en la que Sociedad de Inversiones SLU ostenta el 60% del capital social, adquirido en enero de 2017 en virtud de una operación de canje de valores, de modo que se cumplen los requisitos de participación significativa y permanente.

El tipo nominal del impuesto análogo al IS aplicable en Hong Kong es del 16,5%, sin que se tengan en cuenta a estos efectos las exenciones o bonificaciones aplicables, por lo que se cumpliría el requisito de tributación nominal mínima, aún tratándose de una sociedad off-shore, con tributación efectiva nula (ver apartado III.3). Por lo tanto, sería procedente la aplicación de la exención, siempre que la distribución de dividendos no generase un gasto deducible en sede de la entidad pagadora, aunque en este caso, estaríamos ante una situación de “doble no imposición”.

IX. TRIBUTACIÓN APLICABLE EN ESPAÑA (IRNR) A LOS DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS POR LA SOCIEDAD DE INVERSIONES SLU A LA ENTIDAD RODRIGUEZ CAPITAL SARL

IX.1. DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

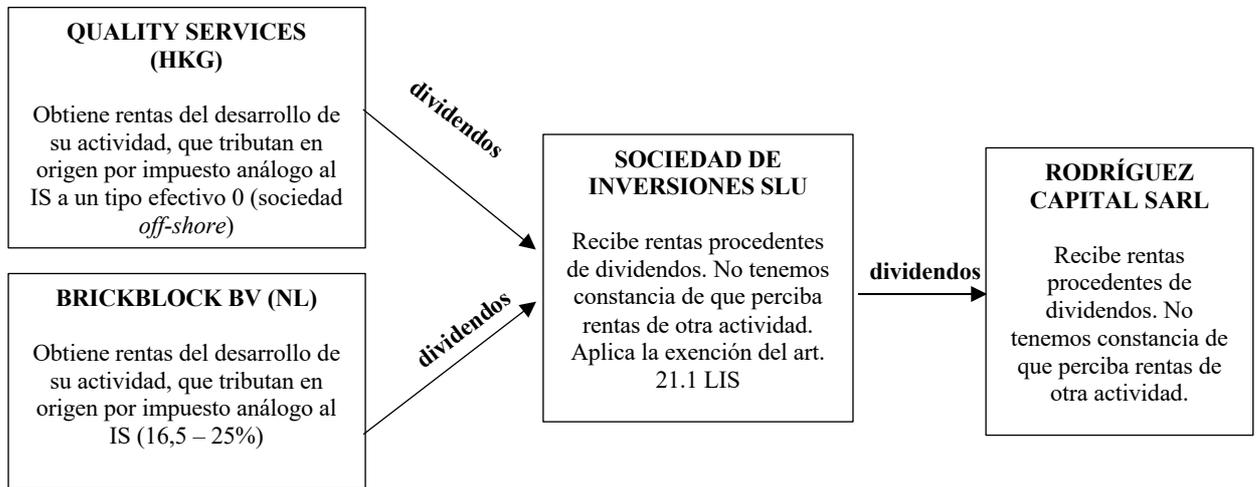
Según la definición del profesor CALDERÓN CARRERO, la doble imposición internacional *es un fenómeno jurídico tributario [...] que estriba en la exacción por dos (o más) Estados diferentes, de dos (o más) impuestos idénticos o análogos, sobre un mismo objeto imponible, recayendo sobre el mismo sujeto pasivo y en relación con el mismo período de tiempo.*⁵⁵ En consecuencia, además de los elementos definitorios de cualquier situación de doble imposición (identidad de objeto, de sujeto y de período impositivo), nos encontramos con un nuevo requisito para su apreciación: la existencia de una pluralidad de sujetos activos, esto es, de Estados con potestad de gravamen.

A continuación, analizaremos la posible situación de doble imposición en el reparto de dividendos realizado por Sociedad de Inversiones SLU a Rodríguez Capital SARL y, en su caso, los métodos de corrección aplicables.

⁵⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M. (1996). *La doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el patrimonio y las medidas y métodos para su eliminación*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 114. Recuperado el 25 de mayo de 2021 de <http://hdl.handle.net/2183/1087>

IX.1.1. Análisis de la existencia de doble imposición en el caso de estudio

En enero de 2021, Sociedad de Inversiones SLU reparte dividendos a su socia única, Rodríguez Capital SARL, por importe de un millón de euros, procedentes de las rentas repatriadas en el ejercicio 2017, por la matriz española, de sus sociedades filiales situadas en Países Bajos y Hong Kong. El esquema de tributación de las rentas procedentes de dividendos es el siguiente:



Según el esquema expuesto, estaríamos ante un caso de doble imposición, no por causa de gravamen de los dividendos en sede de la matriz española, sino por el gravamen de las rentas en origen en concepto de beneficio empresarial, su posterior gravamen en Luxemburgo y por último, la imposición en sede del socio persona física.

IX.1.2. Convenio de Doble Imposición entre España y Luxemburgo

El Convenio de Doble Imposición firmado entre España y Luxemburgo, siguiendo el ModCDI, regula en su artículo 10 el tratamiento de los dividendos pagados por una sociedad residente en uno de los Estados contratantes a una sociedad residente en otro Estado contratante.

Según este artículo, ambos Estados tendrán soberanía para gravar las rentas procedentes de dividendos, tanto el Estado donde reside la entidad receptora como el Estado donde reside la entidad pagadora, estableciendo una tributación máxima en el caso de que la entidad receptora sea la beneficiaria efectiva, de modo que:

- a) Cuando los dividendos se distribuyan por parte de una sociedad en Luxemburgo a una sociedad en España, la tributación sobre estas rentas será como máximo (i) del 5%, si el beneficiario efectivo es una sociedad con una participación directa del 25% en la entidad pagadora⁵⁶; o (ii) del 15% en los demás casos.
- b) Cuando los dividendos se distribuyan por parte de una sociedad en España a una sociedad en Luxemburgo, la tributación máxima será: (i) del 10% del

⁵⁶ En este caso, siguiendo el modelo establecido en la normativa española para la exención de dividendos (art. 21.1 LIS), se exigirá que la participación se mantenga ininterrumpidamente durante el año anterior a la fecha de distribución. Sin embargo, al contrario que en la exención regulada en la LIS, no se permite que este período de mantenimiento de la participación se cumpla a *posteriori* del reparto de dividendos.

importe bruto repartido, siempre que el beneficiario efectivo sea una sociedad con una participación directa mínima del 25%⁵⁷; o (ii) del 15% en los demás casos.

Para la aplicación de los límites indicados, se tendrá en cuenta únicamente la imposición sobre dividendos, sin tomar en consideración la tributación aparejada a las rentas obtenidas por la sociedad pagadora, que serán posteriormente objeto de distribución.

IX.1.2. a) Concepto de “dividendo” a efectos del CDI

A efectos de aplicar el CDI, tendrán la consideración de dividendos, los rendimientos procedentes de la titularidad *de las acciones o bonos de disfrute, de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que las distribuya*.⁵⁸

Siguiendo los Comentarios al artículo 10 del ModCDI, se incluirán en la definición de dividendo (i) las distribuciones de dividendos derivadas de la titularidad de acciones o participaciones en el capital social, asimilando a tal efecto las acciones o bonos de disfrute⁵⁹; (ii) los intereses procedentes de préstamos en los que el prestamista comparta el riesgo derivado de la actividad de la sociedad⁶⁰; y (iii) las retribuciones que no tengan la consideración de dividendos cuando se entreguen en virtud de la condición de titular de las acciones (v.gr. acciones gratuitas o beneficios por liquidación).

Teniendo en cuenta que la sociedad que distribuye los beneficios es una sociedad española, tendrán que incluirse en la definición de dividendos aquellas figuras que, conforme a la normativa española, se asimilen fiscalmente a los dividendos. En este sentido, la DGT ha venido entendiendo que un ingreso será calificado como dividendo en la medida en que su naturaleza se asimile al derecho que da lugar al reparto de ganancias sociales, de modo que se incluirán en esta definición, entre otras, las entregas de acciones liberadas como modelo de retribución a los socios⁶¹ o la distribución de la prima de emisión que se corresponda con beneficios no distribuidos de la sociedad⁶².

IX.1.2. b) Concepto de “beneficiario efectivo” a efectos del CDI

El CDI España-Luxemburgo, siguiendo en ModCDI, separa aquellas situaciones en las que la entidad perceptora del dividendo es la receptora directa de aquellas en las que es la beneficiaria efectiva. Esta distinción, que se introdujo por primera vez en el ModCDI de 1977, tiene por objeto evitar conductas de *treaty shopping*, es decir, del aprovechamiento de los CDI, por parte del contribuyente, con objeto de reducir o evitar

⁵⁷ En este caso, se exigirá también el requisito de mantenimiento de la participación, con carácter ininterrumpido, como mínimo durante el año anterior al reparto.

⁵⁸ Artículo 10.3 del CDI entre España y Luxemburgo.

⁵⁹ Los bonos de disfrute son títulos emitidos por una sociedad, que confieren a su propietario derechos económicos (percepción de dividendos), pero no le otorgan la condición de socio ni los derechos políticos (v.gr. derecho de voto) asociados. Podríamos asimilar también, según esta definición, la figura del usufructo sobre acciones o participaciones del derecho español.

⁶⁰ La figura del préstamo participativo entraría dentro de esta definición, pues se vincula la devolución del principal a la evolución de los resultados de la sociedad prestataria.

⁶¹ CVDGT V1358/20 de 12 de mayo (JUR 2020/206965).

⁶² CVDGT V1086/17 de 9 mayo (JT 2017/783).

la tributación de rentas, por ejemplo, mediante la interposición de agentes o intermediarios en Estados con un convenio más favorable.⁶³

El concepto de beneficiario efectivo tiene en este sentido carácter autónomo, sin que se tenga en cuenta, a efectos de su definición, el significado técnico otorgado por la legislación interna de cada Estado, debiendo realizarse una interpretación teleológica del término, teniendo en cuenta que la voluntad de CDI es evitar las situaciones de doble imposición, previniendo a su vez, las prácticas abusivas que pretendan la evasión o elusión fiscal.⁶⁴

Por lo tanto, se tendrán en cuenta, por una parte, las facultades de disposición y control de la entidad sobre los dividendos percibidos, con independencia de su posterior transmisión a un tercer sujeto, y por otra, los motivos económicos que puedan justificar la utilización de una sociedad interpuesta, evitando así el abuso de los tratados.⁶⁵

IX.1.3. Implementación doméstica de la Directiva matriz-filial

En la legislación doméstica, el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR), grava las rentas obtenidas en territorio español, tanto por personas físicas como por entidades no residentes,⁶⁶ de modo que podrían someterse a gravamen las rentas obtenidas por Rodríguez Capital SARL, al haberse obtenido a través de una entidad radicada en España.

Por lo tanto, podríamos encontrarnos ante una situación de doble imposición, al gravarse las rentas en origen (por el IRNR) y en destino (por el Impuesto análogo al IS vigente en Luxemburgo). Para tratar de solventar estas cuestiones, el Consejo de la UE aprobó la Directiva matriz-filial, 2011/96/UE, de 30 de junio de 2011, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*⁶⁷, que establece la exención en origen de los dividendos distribuidos por una sociedad matriz a una sociedad filial (artículo 5 Directiva matriz-filial).

La exención prevista en el artículo 5 expuesto, se implementa en la legislación española a través del artículo 14.1.h TRLIRNR, que determina la exención de rentas procedentes de beneficios distribuidos por sociedades filiales residentes en España a sus sociedades matrices, siempre que estas residan en un Estado miembro de la UE, cuando:

- (i) ambas sociedades estén sujetas y no exentas a un tributo que grave los beneficios de entidades jurídicas⁶⁸;

⁶³ Un ejemplo de práctica abusiva sería, por ejemplo, que en el caso de que entre el Estado de residencia de la entidad pagadora y el de la entidad receptora no existiese CDI ni acuerdo bilateral, se procediese a la interposición de una sociedad o mandatario en un Estado con el que sí existiese convenio, con el objetivo de evitar la tributación de los dividendos en el Estado de la fuente (*withholding tax*).

⁶⁴ OCDE (2019), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017*, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>; p. 237-238.

⁶⁵ RODRÍGUEZ LOSADA, S. (2013). La interpretación jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo en el ámbito internacional. *Crónica Tributaria*, (149), 153-197. Recuperado el 8 de junio de 2021 de https://www.economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/149/149_Rodriguez.pdf.

⁶⁶ Artículo 1 del RDL 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRIRNR).

⁶⁷ Directiva 2011/96/UE, de 30 de junio de 2011, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*, modificada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014.

⁶⁸ A este respecto, el TJUE ha venido considerando que no será aplicable la exención a las entidades cuyos beneficios tributen a “cuota cero” (STJUE 8 de marzo de 2017, C-448/15).

(ii) que la distribución no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial;

(iii) y que ambas sociedades revistan alguna de las formas jurídicas relacionadas en el Anexo I de la Directiva matriz-filial.

Asimismo, el citado artículo incluye una definición de sociedad matriz a efectos de aplicación de la exención, teniendo esta consideración las sociedades que tengan una participación, directa o indirectamente, como mínimo, del 5% en el capital social de su entidad filial, exigiéndose a su vez el requisito de mantenimiento de la participación, como mínimo, durante el año anterior al reparto de beneficios.⁶⁹

IX.1.4. Corrección de la doble imposición en el caso de estudio

En el caso de estudio, se cumplen todos los requisitos contenidos en el artículo 14.1.h) TRLIRNR a efectos de aplicación de la exención, a saber:

- (i) sujeción de ambas entidades a un impuesto análogo al IS;
- (ii) que la distribución de dividendos no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad;
- (iii) que ambas sociedades revistan una de las formas jurídicas del Anexo I de la Directiva matriz-filial: la filial es una sociedad limitada (Anexo I, parte A, j)) y la matriz es una SARL (*société à responsabilité limitée*; Anexo I, parte A, p))
- (iv) participación mínima en el capital social del 5%.

En consecuencia, las rentas procedentes de dividendos no serán sometidas a imposición en origen, pero sí en el Estado de destino, Luxemburgo, siendo la tributación máxima aplicable, del 10% sobre los beneficios brutos distribuidos, tomando en consideración que la participación de la sociedad matriz sobre su sociedad filial es superior al 25%, en aplicación del CDI España- Luxemburgo.

IX.2. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN AL CASO DE LA NORMATIVA ANALIZADA

De conformidad con lo expuesto, los dividendos distribuidos por Sociedad de Inversiones SLU a Rodríguez Capital SARL, estarán exentos de tributación en el Estado de la fuente (España), sometiéndose en su caso, a tributación en Luxemburgo, en sede de la sociedad matriz, a un tipo de gravamen máximo del 10% sobre los beneficios brutos distribuidos (art. 10.2 CDI España- Luxemburgo).

De no poder aplicarse la exención en el IRNR, si el Estado de destino (Luxemburgo), gravase las rentas obtenidas por los dividendos distribuidos por la sociedad filial, tendría que establecer un método de deducción del impuesto sobre beneficios correspondiente al importe de los dividendos, en aplicación del artículo 4.1 de la Directiva matriz-filial.

⁶⁹ De modo análogo a la exención aplicable a dividendos distribuidos a sociedades matrices españolas (art. 21.1 LIS), el plazo de mantenimiento ininterrumpido de la participación podrá completarse *a posteriori* del reparto de dividendo.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2020). Residencia fiscal de entidades constituidas fuera de España y con sede de dirección efectiva en territorio español. Recuperado 18 de mayo de 2021, de <https://www.ga-p.com/publicaciones/residencia-fiscal-de-entidades-constituidas-fuera-de-espana-y-con-sede-de-direccion-efectiva-en-territorio-espanol/>
- ASENSIO BORRELLAS, V. J. (2019, 5 julio). El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español. Recuperado 12 de mayo de 2021, de <https://elderecho.com/bitcoin-una-primer-a-proximacion-juridica-derecho-civil-espanol>
- CALDERÓN CARRERO, J. M., CARMONA FERNÁNDEZ, N., MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., & TRAPÉ VILADOMAT, M. (2017). *TODO. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea* (1a ed.). Madrid, España: Wolters Kluwer.
- CASADEVALL, J. J. (2010). El exit tax en el Derecho español: una perspectiva comunitaria. Recuperado de https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/el_exit_tax_en_el_derecho_espanol_una_perspectiva_comunitaria_145.pdf
- CASADEVALLI, J. J. (2018). La transparencia fiscal internacional en la Unión Europea. *Quincena fiscal*, (15), 15-40.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C. (2019). Aspectos jurídicos de las criptomonedas. Recuperado 10 de mayo de 2021, de https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal_Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepción-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf
- DÍEZ PICAZO, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español. *Anuario de derecho civil*, 19(3), 555-574. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2048999.pdf>
- GEIREGAT, S. (2018). Cryptocurrencies are (smart) contracts. *Computer law & security review*, 34(5), 1144-1149. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364918302279?via%3Dihub>
- GIL GARCÍA, E. (2018). La residencia como criterio de aplicación de los CDI: la cláusula del centro de intereses vitales y otros criterios para resolver la doble residencia. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, (7), 13. Recuperado de https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_07.pdf
- Lefebvre-El Derecho. (2019). *Memento práctico. Impuesto sobre sociedades 2019* (1a ed.). Madrid, España: Francis Lefebvre.
- Lefebvre-El Derecho. (2021). *Memento práctico. IRPF 2021* (1a ed.). Madrid, España: Francis Lefebvre.
- Lefebvre-El Derecho. (2018). *Reorganización empresarial (fusiones): 2019–2020*. (1a ed.). Madrid, España: Francis Lefebvre.
- NAKAMOTO, S. (2008). Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System. Recuperado 12 de mayo de 2021, de <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- OCDE. (2015). Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. *Informes Finales 2015*. Recuperado de <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>
- PARLAMENTO EUROPEO. (2018). Cryptocurrencies and blockchain. Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion. Recuperado 12 de mayo de 2021, de <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>
- PUNTAS DOMÍNGUEZ, A. (2013). Nacionalidad, domicilio social y residencia fiscal de las sociedades mercantiles (I). *Crónica tributaria*, (146), 119-152. Recuperado de https://economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/146/146_DominguezPuntas.pdf
- STANFORD LAW SCHOOL. (2021). *New Crypto Rules in the European Union: Gateway for Mass Adoption, or Excessive Regulation?* Recuperado de <https://law.stanford.edu/2021/01/12/new-crypto-rules-in-the-eu-gateway-for-mass-adoption-or-excessive-regulation/>
- TÖNNISSEN, S., BEINKE, J. H., & TEUTEBERG, F. (2020). Understanding token-based ecosystems—a taxonomy of blockchain-based business models of start-ups. *Electronic Markets*, 30(2), 307-323. Recuperado de <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12525-020-00396-6.pdf>
- VEGA BORREGO, F. A. (2005). *El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición*. Instituto de Estudios Fiscales.