

La residencia fiscal de las entidades jurídicas: criterios de sujeción al Impuesto sobre Sociedades*

Antonio Vázquez del Rey Villanueva

Sumario: I. La residencia como criterio de sujeción al Impuesto sobre Sociedades. II. Residencia formal: Lugar de constitución y domicilio social. III. Residencia material. A. La sede de dirección efectiva. B. Atribución de residencia por localización de los activos o de la actividad principal en territorio español. 1. Cláusula anti-paíso. 2. Exclusión. IV. Bibliografía.

I. LA RESIDENCIA COMO CRITERIO DE SUJECCIÓN AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La sujeción al Impuesto sobre Sociedades se basa en una circunstancia personal de las entidades jurídicas, como es la residencia en territorio español. De esta manera se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando establece que «los tributos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la ley en cada caso (...)». A diferencia de lo que ocurre en el caso de las personas físicas, sin embargo, la residencia no se basa en la permanencia física en territorio nacional durante un período de tiempo, sino que es preciso recurrir a criterios que tengan sentido, bien desde la perspectiva de la realidad jurídica que nos ocupa —a fin de cuentas, las sociedades y demás entidades sujetas al IS son una creación del derecho—, bien de la realidad económica o material que subyace¹.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER1019-39342-C03-01, *La coordinación de los distintos niveles de imposición como herramienta para evitar la sobreimposición y elusión fiscal*.

¹ DE JUAN PEÑALOSA, J.L.: «La residencia y el domicilio en la Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, n.º 50, 1984, p. 169, hace referencia, en relación con las personas morales, al criterio jurídico del lugar de constitución y al criterio económico o fáctico que se inclina por el lugar donde radica la llevanza de la empresa. Más recientemente, la distinción entre criterio jurídico y criterio económico puede encontrarse en el «Estudio Introductorio» que este autor hace a la obra de CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reu-

El sistema español se alinea con otros ordenamientos jurídicos que combinan o alternan la utilización de criterios formales y criterios materiales de sujeción (Austria, Alemania, Canadá, Italia, Países Bajos, Sudáfrica, entre otros)². Según el artículo 8.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), se consideran residentes en territorio español las entidades en las que concurre 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.

De la lectura de este precepto resultan dos ideas fundamentales: primero, la norma no establece un orden de prelación entre los distintos puntos de conexión; y, segundo, basta con que concorra uno sólo de estos criterios para que la sociedad sea residente y, en consecuencia, su renta mundial se encuentre sujeta al IS³. Por lo demás, la norma incorpora una denominada presunción fiscal de residencia, que no es otra cosa que una cláusula anti-paraíso aplicable en determinadas circunstancias, con la que se cierra el sistema de sujeción personal⁴.

Residencia y domicilio fiscal son dos conceptos próximos que, sin embargo, no cabe confundir. La distinción resulta particularmente oportuna dentro del ámbito del IS, ya que el domicilio fiscal de las sociedades viene determinado, en principio, por su domicilio social, que es precisamente uno de los criterios de atribución de la residencia⁵. En cualquier caso, estamos ante conceptos que ejercen funciones diferentes. Así, dejando a un lado la problemática foral, el domicilio fiscal sirve para determinar el

ters Aranzadi, 2013, p. 19. Con carácter general, véase también CARMONA FERNÁNDEZ, N.: «Residencia fiscal de personas físicas y entidades; cambios de residencia y estatutos singulares», en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, 3.ª ed., 2007, CEF, pp. 119 ss. En relación con el carácter de creación del derecho que tienen las entidades, GARCÍA NOVOA, C.: *Aspectos fiscales de la interposición de sociedades y de la retribución de los socios*, monografías AEDAF, n.º 6, mayo 2013, pp. 13 ss.

² RIBES RIBES, A.: «La residencia de las personas jurídicas en el Derecho comparado (con especial referencia al ámbito de la Unión Europea)», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 161 ss.

³ La sujeción de la renta mundial se produce a menos que exista un conflicto de doble residencia con otro Estado, medie la aplicación de un Convenio de Doble Imposición (CDI) y, además, la sede de dirección efectiva de la entidad se encuentre situada en el otro Estado. Según el artículo 4.3 MCOCDE, el conflicto de doble residencia se resuelve a favor del Estado en el que se encuentra situada la sede de dirección efectiva.

⁴ Como ha señalado GARCÍA NOVOA, C.: «El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I)», *Quincena Fiscal*, n.º 9, 2005, p. 18, esta norma contiene un defecto de construcción jurídica en la medida en que la presunción a la que se refiere la ley hace referencia a un concepto jurídico y los conceptos jurídicos, en cuanto creaciones normativas, no son en sí mismos objeto de prueba. Dicho en otros términos, no se presume la residencia, sino los hechos constitutivos de la misma. En realidad, nos encontramos ante «una redefinición legal del concepto de residencia».

⁵ Siempre que la gestión administrativa y la dirección de los negocios se encuentre efectivamente centralizada en el domicilio social; en caso contrario prevalece el criterio funcional sobre el formal. Según

lugar en el que se centraliza la actividad jurídica de la entidad a efectos de sus relaciones con la Administración Tributaria y, en este sentido, actúa fundamentalmente en el ámbito procedimental —p. ej., como criterio de atribución de la competencia territorial al órgano administrativo con el que han de entenderse las actuaciones, como lugar de las notificaciones o de realización de las actuaciones administrativas, etc.—; en cambio, la residencia es el criterio que determina la sujeción al IS de las sociedades y otras entidades jurídicas⁶.

II. RESIDENCIA FORMAL: LUGAR DE CONSTITUCIÓN Y DOMICILIO SOCIAL

Las letras a) y b) del artículo 8.1 LIS establecen dos criterios de sujeción de carácter formal, basados en el derecho por el que se rige la persona jurídica o la entidad. El lugar de constitución de una entidad y donde tiene su domicilio social normalmente se corresponde con el lugar en el que realiza su actividad. Ambos criterios se encuentran estrechamente relacionados con la atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas⁷ y tienen la ventaja de que son criterios sencillos de verificar —en la generalidad

el párrafo segundo del artículo 8.2 LIS, en caso de que no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal conforme a los criterios anteriores, prevalece aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado.

⁶ El concepto de domicilio fiscal juega un papel destacado a la hora de articular los poderes tributarios del Estado y de los territorios forales en los regímenes de Convenio y de Concierto Económico. Tanto el artículo 19.1 de la Ley 28/1990, de 31 de julio de 1990, por la que se regula el Convenio Económico, como el artículo 15 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, del Concierto Económico, coinciden básicamente en la misma solución: i) corresponde a los territorios forales de Navarra y el País Vasco la exacción del IS correspondiente a las entidades cuyo domicilio social se encuentra en territorio foral siempre que el volumen total de operaciones en el ejercicio anterior haya sido inferior a 7 millones de euros; ii) por encima de esta cifra, el domicilio fiscal carece de relevancia a efectos de articular los poderes tributarios y, en este sentido, las empresas que operan exclusivamente en los territorios forales tributan a las Haciendas forales, con independencia de la referida circunstancia, mientras que las empresas que operan en ambos territorios tributan a las dos Administraciones según cifra relativa.

Al margen de ello, el domicilio fiscal en territorio foral sirve para determinar la aplicación de la normativa foral, tanto en los casos en los que el sujeto tributa exclusivamente a la Hacienda foral, como en los supuestos de tributación por cifra relativa, salvo que se trate de sujetos domiciliados en Navarra o el País Vasco que hubiesen realizado el 75 por 100 de sus operaciones en territorio común, en cuyo caso se aplica la normativa de régimen común (*vid.* artículo 14.1 del Concierto y artículo 18.1 del Convenio Económico).

⁷ A partir de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil («las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley —expresión que se equipara a constituidas conforme a la ley española— y domiciliadas en España, gozan de la nacionalidad española»), la doctrina tradicionalmente ha entendido que la atribución de la nacionalidad española se basaba en la tesis de la constitución-domicilio. Los autores que últimamente se han ocupado del tema, sin embargo, coinciden en señalar que, con carácter general, el sistema español se basa en el modelo de constitución o de incorporación, de manera que la nacionalidad española de la sociedad, a efectos de determinar la norma que rige su estatuto personal (art. 9.11 del Código Civil), viene determinada por la constitución conforme a la legislación española. En este sentido, PAZ-ARES, C.: «La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, 2.ª edición, Thomson Civitas, 2006, p. 579. También un sector destacado de la doctrina de derecho internacional pri-

de los casos, basta con acudir al Registro Mercantil— y que contribuyen a la seguridad jurídica; sin embargo, como contrapunto, la sujeción al IS se encuentra expuesta a posibles situaciones de abuso, en la medida en que no depende de la sede real de la empresa sino de la voluntad de las partes.

Según la letra a) del artículo 8.1 LIS, son residentes las entidades que se han constituido conforme a las leyes españolas⁸. Con carácter general, constitución y domicilio social se encuentran íntimamente ligados, de manera que para que una sociedad pueda constituirse conforme a derecho español es preciso que su domicilio social se encuentre situado en territorio español. El domicilio social es un requisito material de constitución, de manera que, salvo excepción, una entidad que pretende fijar su domicilio en el extranjero no puede constituirse conforme a derecho español. Desde esta perspectiva, la letra a) del artículo 8.1 LIS comporta la sujeción de las sociedades que tienen nacionalidad española y de las demás entidades constituidas conforme a derecho español⁹. Cabe señalar que la norma recurre a la constitución conforme a la legislación española, en lugar de referirse a la nacionalidad de la entidad. Es una solución que responde mejor a la realidad que pretende sujetar, dentro de la cual figuran una serie de patrimonios separados y entes sin personalidad —uniones temporales de empresas, fondos de inversión, fondos de capital-riesgo, fondos de pensiones, etc.— respecto de los cuales la nacionalidad carece de sentido¹⁰. Además, el criterio de la constitución permite obviar el tradicional debate de derecho privado relativo a la atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas.

La letra b) del artículo 8.1 LIS establece que son residentes las entidades que tienen su domicilio social en territorio español. A la vista de las consideraciones anterior-

vado se inclina por la teoría de la constitución (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «Derecho de Sociedades: problemas de ley aplicable», en FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI Mercantil, Vol. 1º Derecho de Sociedades Parte General*, Thomson Civitas, 2003, p. 36; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.): *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14.ª ed., Comares, 2014, pp. 668 ss. La solución favorable al modelo de constitución resulta avallada, entre otros aspectos, por una interpretación *sensu contrario* del artículo 15 del Código de Comercio: «los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad de contratar (...)». En cualquier caso, el tema no parece absolutamente pacífico, particularmente a la luz del régimen legal de las sociedades de capital (cfr. arts. 8 y 9 RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

⁸ Típicamente en el caso de las sociedades mercantiles la constitución requiere el otorgamiento de escritura pública —que, en el caso de las sociedades de capital, ha de incluir los estatutos sociales— y su inscripción en el Registro Mercantil.

⁹ GOTA LOSADA, A.: *Tratado del Impuesto sobre Sociedades, Tomo III Entidades sujetas y exentas*, Servicio de Estudios Económicos, Banco Exterior de España, Madrid, 1989, p. 91. Más recientemente, COLMENAR VALDÉS, S.: «El sujeto pasivo, residencia y domicilio fiscal», en SANFRUTOS GAMBÍN, E. (Dir.), *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 309 y ss.

¹⁰ A fin de cuentas, nacionalidad y domicilio social no son otra cosa que atributos de la personalidad jurídica (PAZ-ARES, «La sociedad mercantil...», *op. cit.*, pp. 576 ss.).

res, llama la atención que la norma adopte este criterio de sujeción. A fin de cuentas, no es sino otra forma de referirse a la misma realidad que ya se encuentra sujeta a través de la letra a) del artículo 8.1 LIS. Con todo, estamos ante un criterio que tiene un ámbito de aplicación más reducido, puesto que el domicilio social —al igual que la nacionalidad— es un atributo de la personalidad jurídica que, por tanto, carece de sentido cuando se trata de patrimonios separados y entes sin personalidad jurídica.

Algunos autores han encontrado sentido a la referencia al domicilio social a partir del criterio de atribución de la nacionalidad española que establece el artículo 8 del RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital («serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido»). Para COLMENAR VALDÉS, «en este caso adquiere plena virtualidad la consideración separada del domicilio social en territorio español como criterio atributivo de la residencia a los efectos del Impuesto (...)»¹¹. A nuestro juicio, sin embargo, conviene relativizar la singularidad del caso ya que en la generalidad de las ocasiones se tratará de sociedades constituidas con arreglo al TRLSC y, por tanto, ya sujetas a través de la letra a) del artículo 8.1 LIS¹².

Una interpretación sistemática del artículo 8.1 LIS lleva a considerar que la letra b) pretende fundamentalmente la sujeción de las sociedades constituidas conforme a derecho extranjero —o, más genéricamente, las sociedades no constituidas conforme a derecho español— cuyo domicilio social se encuentra en España, originariamente o fruto de un traslado de domicilio, con independencia de que esta circunstancia suponga o no una modificación de la *lex societatis*¹³. En este sentido, como pone relieve

¹¹ COLMENAR VALDÉS, «El sujeto pasivo, residencia...», *op. cit.*, pp. 309 ss.

¹² Para GARCIMARTÍN, «Derecho de Sociedades: problemas...», *op. cit.*, p. 44, «estos preceptos no alteran la regla general: en el Derecho positivo español, el modelo de constitución determina la *lex societatis* también en los tipos de estructura corporativos». En la misma línea, PAZ-ARES, «La sociedad mercantil...», *op. cit.*, p. 581. Por su parte, VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 74, entiende que «para ser española no basta el domicilio estatutario, sino también la constitución conforme a la Ley española (de forma que, en realidad, es un requisito doble)», lo que reconduce la cuestión a los términos de la tesis de constitución-domicilio. Tradicionalmente la doctrina mercantil ha defendido la teoría del domicilio real, en virtud de la cual la nacionalidad de la sociedad viene determinada por el lugar donde se encuentra la sede, con independencia de la legislación conforme a la que se ha constituido (SÁNCHEZ CALERO, F.: «La nacionalidad de la sociedad anónima», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1993, n.º 1, p. 46).

¹³ Desde la perspectiva del ordenamiento español, el traslado del domicilio social a territorio español de una sociedad mercantil no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad extranjera que, sin embargo, debe cumplir «con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España» (artículo 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Dejando a un lado la salvedad, actualmente vacía de contenido puesto que España no ha concluido ningún acuerdo de esta naturaleza, la sociedad extranjera debe transformarse en una sociedad española y cumplir con los requisitos materiales y registrales previstos por la normativa interna (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «Traslado del domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercan-*

la Res. DGT V1555/12, de 18 de julio, «...si la sociedad constituida en las Islas Vírgenes Británicas traslada a España su domicilio social, manteniendo su personalidad jurídica, pasará a tener la condición de entidad residente en territorio español y por tanto, de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades» (JT 2012\1015).

Asimismo, el criterio del domicilio social cobra sentido en el caso de la Sociedad Anónima Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, cuya constitución no se realiza conforme a legislación española sino comunitaria —respectivamente, el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre, por el que regula el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y el Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)—¹⁴. Conviene tener presente, en este sentido, que, según los artículos 458 y 459 TRLSC, la Sociedad Anónima Europea debe fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español. En este sentido, cuando una SE domiciliada en España deja de tener su administración central en España debe regularizar su situación en el plazo de un año, bien volviendo a implantar su administración central en España, bien trasladando su domicilio social al Estado miembro en el que tenga su administración central.

Desde una perspectiva más amplia, la letra b) del artículo 8.1 LIS permite la sujeción de las entidades que tienen su domicilio social en territorio español, con independencia de las circunstancias relativas a su constitución. Piénsese en el caso de las sociedades irregulares, respecto de cuya constitución cabe dudar que se haya producido conforme a la legislación española en los términos que establece la letra a) del artículo 8.1 LIS¹⁵.

Un aspecto que es preciso concretar a efectos de determinar el alcance del artículo 8.1 b) LIS es si el concepto de domicilio social se refiere al domicilio estatutario o al domicilio real. La doctrina tradicional mayoritariamente ha interpretado la referencia en el sentido de domicilio formal o estatutario¹⁶, no obstante, algunos autores en-

tiles, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, p. 46). Dentro del ámbito tributario, GOTA, *Tratado...*, op. cit., p. 91; LLANSÓ, M. y RAVENTÓS, A.: «El sujeto pasivo (arts. 7, 8 y 9 de la LIS)», en LAORDEN, J. y ARQUÉS, J. (Dir.), *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades, Tomo I Régimen general del impuesto*, Civitas, 1998, p. 54.

¹⁴ Acerca de la residencia de la Sociedad Anónima Europea, SOLER ROCH, M.ªT.: «Tax Residence of the SE», *European Taxation*, Vol. 44, 2004, pp. 11 a 15 y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E. y FRANCH FLUXÁ, J.: «La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea», *Quincena Fiscal*, n.º 17, 2005, pp. 41 ss.

¹⁵ Únicamente las sociedades de capital experimentan una alteración del tipo societario (una sociedad anónima o limitada irregular que no se inscribe en el plazo de un año se convierte por ministerio de la ley en una sociedad colectiva). En relación con estos aspectos, PAZ-ARES, «La sociedad mercantil...», op. cit., p. 561.

¹⁶ Por todos, GOTA, *Tratado...*, op. cit., p. 91 y MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. El régimen general*, Tomo I, Centro de Estudios Financieros, 1996, p. 37. Más recientemente, CARMONA FERNÁNDEZ, «Residencia fiscal...», op. cit., p. 121.

tienden, a partir de lo dispuesto en el artículo 9 TRLSC —anteriores artículos 5.2 y 6.1 del RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que regula el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y artículos 6.2 y 7.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada—, que una sociedad cuyo principal establecimiento o explotación se encuentra en territorio nacional está sujeta al IS, con independencia de lo que establezcan sus estatutos¹⁷. A nuestro juicio, varias razones permiten dudar del acierto de esta interpretación.

Ante todo, conviene aclarar que el artículo 9.1 TRLSC («Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español 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») no sirve para atribuir la nacionalidad a las entidades sino para determinar el lugar *dentro* del territorio nacional en el que una sociedad debe fijar su domicilio social. La mera existencia del artículo 9.2 TRLSC —antiguos artículos 5.2 TRLSA/1989 y 6.2 LSRL— («las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de territorio español deberán tener su domicilio en España») permite descartar que el artículo 9.1 TRLSC sirva para atraer la nacionalidad española sobre las sociedades extranjeras¹⁸. Pero además, por lo que se refiere al artículo 9.2 TRLSC, su dicción literal no establece que las referidas sociedades tengan, sino que *deberán tener* su domicilio social en territorio nacional. La finalidad de la norma es que, cuando el principal establecimiento o explotación de la empresa se encuentre situado en España, la sociedad se constituya con arreglo a derecho español¹⁹. No obstante, si las partes no cumplen con lo dispuesto en la norma, se producirán las consecuencias previstas en el derecho privado —típicamente estaremos ante una sociedad irregular—,

¹⁷ SANZ GADEA, E.: *Impuesto sobre Sociedades (Comentarios y casos prácticos)*, Tomo I, 4.ª ed., Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 394. Más recientemente, VIANA BARRAL, V. y MONTOYA ESTEBAN, D.: «La residencia de las personas jurídicas en la legislación interna», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 138. Asimismo, aunque en un sentido más matizado, ALMUDÍ CID, J.M.: «Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades», en RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson Civitas, 2006, p. 77 y COLMENAR, «El sujeto pasivo, residencia...», *op. cit.*, p. 411.

¹⁸ En este sentido, ya en relación con el anterior TRLSA/1989, OLIVENCIA RUIZ, M. y NÚÑEZ LOZANO, P.: «Capital mínimo, nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. Y OLIVENCIA, M. (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo III, Vol. 1.º a), Thomson Civitas, 2007, pp. 398 ss. A fin de cuentas, el domicilio social es el lugar elegido contractualmente por las partes para localizar la actividad jurídica de la sociedad. La finalidad del precepto no es determinar cuándo una entidad está sujeta al IS, sino establecer el lugar en el que debe centralizarse su actividad jurídica, de cara al cumplimiento de las obligaciones contraídas, la atribución de la competencia registral y judicial, la realización de notificaciones, el ejercicio de derechos, etc., de manera similar a lo que ocurre en el artículo 8.2 LIS cuando establece el concepto de domicilio fiscal.

¹⁹ La doctrina coincide en señalar que la razón para justificar este límite a la voluntad de las partes se encuentra en la prevención del fraude: si la sociedad tiene su centro de actividad principal en España es razonable que se le imponga la sujeción a la ley española, pues ello evita que mediante la elección de una ley extranjera se eludan las normas españolas de tutela de terceros-acreedores o incluso de tutela de los propios accionistas (GARCIMARTÍN, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 360).

pero sin que ello signifique que la entidad *tenga* su domicilio social en territorio español a efectos de sujeción al IS²⁰.

En segundo lugar, relacionado con lo anterior, si el sentido de la norma tributaria viniese determinado por los artículos 9.1 y 9.2 TRLSC, resultarían superfluos tanto el criterio de la sede de dirección efectiva [artículo 8.1 c) LIS] como la presunción de residencia basada, entre otros aspectos, en el ejercicio de la actividad principal en territorio español. Dicho en otras palabras, la norma tributaria cuenta con sus propios criterios materiales de sujeción, cuya existencia resulta difícilmente compatible con un domicilio real en el sentido expuesto.

En último término, aun de aceptar que el sentido del criterio de sujeción al IS responde a lo dispuesto en el artículo 9.2 TRLSC, no cabe ignorar las importantes limitaciones que se desprenden de la jurisprudencia comunitaria dictada en los asuntos *Centros*, *Uberseering* e *Inspire Art*²¹. Según estos pronunciamientos, el Estado de destino ha de reconocer a una sociedad válidamente constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, incluso cuando el centro principal de actividad se encuentra en el Estado de destino, sin que pueda obligarle a constituirse con arreglo al derecho propio. Este criterio jurisprudencial ha conducido a los autores que han abordado el tema a defender una interpretación restrictiva del artículo 9.2 TRLSC, que reduce su aplicación a los supuestos de fraude (falsas sociedades extranjeras o *pseudo-foreign corporations*)²². Dicho en otras palabras, la virtualidad del precepto mercantil se encuentra notablemente cercenada dentro de su ámbito de aplicación, lo que hace más patente lo innecesario de este recurso a efectos de la sujeción al IS. En efecto, si la sociedad es objetivamente española y ha sido constituida en el extranjero para eludir la aplicación de la norma mercantil española, su sede de dirección efectiva estará situada en territorio español y, por ende, ya está sujeta a través del artículo 8.1 c) LIS.

²⁰ Desde el punto de vista mercantil, la consecuencia que se desprende es que si las referidas entidades no se constituyen conforme al TRLSC, el régimen que les resultará aplicable será el de las sociedades irregulares, sometidas al régimen de las sociedades civiles o al de las sociedades colectivas (artículo 39 TRLSC).

²¹ STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, STJUE de 5 de noviembre de 2002, *Uberseering*, C-208/00 y STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/01. Dentro de nuestra disciplina, véase GONZÁLEZ SÁNCHEZ y FRANCH FLUXÁ, «La transferencia de residencia fiscal...», *op. cit.*, pp. 37 ss.

²² Si la sociedad presenta conexiones objetivas con otros Estados no cabe negar la validez de su constitución conforme a una ley extranjera y, correlativamente, defender su obligación de constituirse conforme a derecho español, pese a que su principal establecimiento o explotación radique en España. Para un mayor desarrollo, GARCIMARTÍN, «Derecho de Sociedades: problemas...», *op. cit.*, pp. 40 ss.; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 668 ss.; PAZ-ARES, «La sociedad mercantil...», *op. cit.*, p. 583. Por su parte, MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: «Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española», *Crónica Tributaria*, n.º 125, 2007, p. 66, nota 30, parecen adoptar una postura aún más restrictiva.

III. RESIDENCIA MATERIAL

A. La sede de dirección efectiva

Según la letra c) del artículo 8.1 LIS, también son residentes las entidades que tienen su sede de dirección efectiva en territorio español. A diferencia de los puntos de conexión anteriores, la sujeción al IS no se basa en el derecho por el que se rige la entidad sino en un concepto propio de carácter material que apunta a la realización efectiva de la actividad en territorio español.

La sede de dirección efectiva es uno de los criterios más extendidos entre los sistemas tributarios²³. Fue introducido por primera vez como punto de conexión con la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del IS, si bien ya existía como *tie-breaker rule* en los primeros Convenios de Doble Imposición suscritos por España a la luz del Proyecto de Convenio de la OCDE de 1963 (CDI con Suiza de 26 de abril de 1966, Alemania de 5 de diciembre de 1966, y Austria de 20 de diciembre de 1966, entre otros)²⁴. Inicialmente, el artículo 16.2 del RD 2631/1982, de 15 de octubre, estableció que la sede de dirección efectiva era el lugar donde estaba centralizada de hecho la gestión administrativa y la dirección de los negocios, lo que venía a coincidir con la definición legal de domicilio fiscal²⁵. Sin embargo, a partir de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, ambos conceptos se separan y la sede de dirección efectiva pasa a ser el lugar en el que radica la dirección y el control del conjunto de las actividades de la entidad, tal y como hoy aparece recogido en el artículo 8.1 LIS.

La principal dificultad que comporta este criterio estriba en que la sujeción se basa en un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación depende del conjunto de circunstancias que rodean cada caso [Res. DGT núm. V128/04, de 23 de septiembre (JT 2004\1331)]. Paradójicamente, sin embargo, hasta la fecha el número de pronunciamientos ha sido bastante reducido lo que, además de sugerir una escasa conflictividad de la materia²⁶, no ayuda a la hora de determinar el sentido de los términos.

Para la Administración, una sociedad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español «siempre que en él se tomen de forma efectiva las decisiones de la em-

²³ FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, 2013, p. 62.

²⁴ Según el artículo 4.3 del MCOCDE, «cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1 una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se la considerará residente exclusivamente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva». De acuerdo con los Comentarios al MCOCDE, la sede de dirección efectiva es el lugar donde se toman las decisiones estratégicas y comerciales que afectan al negocio en su conjunto, a cuyos efectos es preciso tener en cuenta todas las circunstancias del caso.

²⁵ Según el artículo 21 del RD 2631/1982, de 15 de octubre, «...el domicilio fiscal de los sujetos pasivos residentes en España será el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión y dirección». La misma definición se encuentra hoy en día en el artículo 8.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre.

²⁶ SANZ GADEA, *Impuesto sobre Sociedades...*, *op. cit.*, p. 396.

presa que permiten su normal desarrollo» —Res. DGT núm. 43/01, de 6 de junio²⁷, Res. DGT núm. 2069/03, de 4 de diciembre de 2003 y núm. V128/04, de 23 de septiembre, entre otras—. Desde esta perspectiva prima la idea de dirección efectiva sobre la vertiente de control del conjunto de las actividades. En cualquier caso, la Administración también ha considerado que la sede de dirección efectiva se encuentra en territorio español cuando la actividad única o principal se realiza en España. En este sentido, según la Res. DGT núm. 1555-98, de 24 de septiembre de 1998:

«(...) en el escrito de consulta se especifica que la sociedad de personas constituida en Alemania tiene como objeto el «realizar una serie de inversiones que le permitan el ejercicio de actividades empresariales en España. Dichas actividades consistirían en el desarrollo de un proyecto inmobiliario para construir un complejo de apartamentos en una zona turística». Por lo que se deduce del escrito de consulta, esta sería la única, o al menos la principal, actividad de la sociedad de personas, por lo que habrá que concluir que, si tal actividad se realiza en España, la sede de dirección efectiva de la sociedad se encontrará localizada en España».

Por el contrario, cuando la entidad no ejerce actividad alguna, se entiende que la sede de dirección efectiva no se encuentra en España. Así, en el caso de una sociedad constituida conforme a la legislación panameña y con domicilio social en la ciudad de Panamá, cuyo único activo estaba constituido por unos bienes inmuebles situados en territorio español, la Res. DGT núm. 1011/98, de 9 de junio (JUR 2001\231711) entiende que:

«(...) no radica en España la dirección y control del conjunto de sus actividades pues es una entidad que en España no realiza actividad alguna, limitándose a la mera tenencia de unos bienes inmuebles»²⁸.

La interpretación que acabamos de referir hay que entenderla superada —al menos en determinados supuestos— a raíz de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Dicha disposición introdujo una cláusula

²⁷ La consulta se refiere a una sociedad constituida en el Reino Unido, donde también se encontraba su domicilio social, que traslada su sede de dirección efectiva a España. Según la descripción de los hechos, el Consejo de Administración estaba compuesto, en su mayoría, por personas residentes en España y celebraba sus reuniones en territorio español, en el que cuenta con oficinas, empleados cualificados y demás medios materiales y técnicos. La sociedad no cuenta con presencia activa en el Reino Unido.

²⁸ Cabe precisar que en el momento de la consulta, la República de Panamá tenía la consideración de paraíso fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1080/1991, de 5 de julio. Con la aplicación del CDI entre España y Panamá de 7 de octubre de 2010 (BOE de 4 de julio de 2011), Panamá dejó de tener la condición de paraíso fiscal desde el punto de vista español.

de atribución de residencia a las sociedades radicadas en un paraíso fiscal o en un país o territorio de nula tributación cuyos activos principales, directa o indirectamente, se encontrasen en España o cuya actividad principal se ejerciese en territorio español.

No cabe encontrar criterios más precisos que los que acabamos de referir dentro de la doctrina administrativa, ni siquiera en casos en los que el interesado ha planteado abiertamente a la Administración si existía un traslado al extranjero de la sede de dirección efectiva, con la consiguiente pérdida de sujeción al IS²⁹. A nuestro entender, ello obedece a varias razones.

En primer lugar, a pesar de que la norma no establezca un orden de prelación entre los distintos criterios, la sujeción al IS viene normalmente determinada por los criterios formales, relativamente sencillos de verificar por parte de la Administración³⁰. Frente a ello, la prueba de que la dirección y el control del conjunto de las actividades de la entidad se encuentra en territorio español —teniendo en cuenta las circunstancias del caso, dentro y fuera de España— es una tarea que puede resultar complicada de acreditar para la Administración³¹. Cabe traer a colación en este sentido la Res. DGT V128/04, de 23 de septiembre de 2004, donde, a pesar de las numerosas referencias que ofrece el interesado, la Administración entiende que carece de datos suficientes para pronunciarse acerca de la localización de la sede de dirección efectiva en territorio español³². El criterio de la sede de dirección efectiva es una especie de último recurso que permite sujetar al IS a aquellas sociedades extranjeras que carecen de un vínculo formal con el ordenamiento español. Como pone de relieve la referida resolución, «... aun cuando la consultante se haya constituido conforme a las Leyes portuguesas y su

²⁹ Así, en la Res. DGT V3215-14, de 1 de diciembre de 2014, la interesada plantea si, a la vista de las circunstancias expuestas, existía un cambio de la sede de dirección efectiva al Reino Unido. El centro directivo se limita a exponer las consecuencias derivadas del cambio de residencia al extranjero, sin ofrecer indicación alguna acerca de la existencia o no de dicho traslado.

³⁰ Desde esta perspectiva no consideramos necesario que la norma establezca la prelación de un punto de conexión sobre los demás, como defienden VIANA BARRAL y MONTOYA ESTEBAN, «La residencia de las personas jurídicas...», *op. cit.*, p. 155. Por su propia dinámica, la Administración normalmente acudirá en primer término a los criterios formales y en caso de que la residencia no pueda determinarse por esta vía recurrirá a la sede de dirección efectiva.

³¹ No obstante, en ocasiones interesa al contribuyente acreditar que la sede de dirección efectiva se encuentra en territorio español, lo que genera situaciones de conflicto [SAN de 21 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), JUR 2005\208202 y la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 27 de febrero de 2014, JUR 2014\69575].

³² El pronunciamiento se refiere a una sociedad constituida conforme a las leyes portuguesas cuyo domicilio social se encuentra en Madeira, en un despacho de abogados que ofrece servicios para la domiciliación de sociedades. Las circunstancias que expone el interesado son las siguientes: a) la empresa tiene como única actividad la gestión de un patrimonio mobiliario, sin que para ello cuente con ninguna organización de medios materiales o humanos; no dispone de establecimiento permanente en otro país; b) los administradores son tres personas físicas de nacionalidad portuguesa pertenecientes a un despacho de abogados de Lisboa, que se encargan exclusivamente de la cumplimentación de las obligaciones formales exigidas por la normativa portuguesa; c) los accionistas son dos cónyuges residentes en España que tributan por IRPF; d) el marido es quien lleva a cabo todas las decisiones y actos dispositivos y de gestión de la sociedad.

domicilio social se encuentra fuera de España, será residente en territorio español solamente cuando en él se tomen las decisiones de la empresa que permiten su normal desarrollo, dado que ello supondría que en dicho territorio tuviera su sede de dirección efectiva...» (JT 2004\1331).

En segundo lugar, cuando una sociedad extranjera se declara sujeta al IS porque su sede de dirección efectiva se halla en territorio español, no cabe esperar que la Administración española cuestione el criterio de sujeción, a menos que de él se derive un tratamiento fiscal favorable³³. Un buen ejemplo de esto se encuentra en la Resolución de la DGT núm. 43/01, de 6 de junio de 2001, donde una sociedad constituida en el Reino Unido —donde también se encontraba su domicilio social— afirmaba haber trasladado su sede de dirección efectiva a territorio español. La Administración no cuestiona la concurrencia del punto de conexión ni ofrece referencia alguna que permita concretar cuándo la sede de dirección efectiva se encuentra situada en territorio español, sino que se limita a exponer las consecuencias fiscales derivadas de la condición de residente³⁴. En cualquier caso, como decimos, declararse sujeto al IS puede cobrar sentido para el contribuyente a efectos de beneficiarse de algún aspecto concreto o régimen especial del impuesto, de eludir un tratamiento más gravoso dentro del sistema tributario español —p. ej., el IRNR— o, incluso, de evitar la sujeción de la renta mundial en otro Estado.

La sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 27 de febrero de 2014, resulta ilustrativa de las circunstancias relevantes para la determinación del lugar en el que se encuentra la sede de dirección efectiva, sobre todo, a efectos de comprobar cómo en ocasiones interesa al contribuyente acreditar que su sede de dirección se encuentra en territorio español a efectos de evitar la aplicación de regímenes menos favorables (JUR 2014\69575).

El litigio se planteó al hilo de una solicitud de devolución de las retenciones del IRNR soportadas por unos dividendos de fuente española. Para justificar la sujeción al IS, donde las rentas eran objeto de un tratamiento más favorable, la recurrente sostuvo que la sede de dirección efectiva se encontraba en España, habida cuenta de que el presidente del Consejo de Administración tenía su residencia habitual en territorio español³⁵. Dejando a un lado el hecho de que la sociedad había sido constituida conforme a las leyes de Liechtenstein, donde también tenía su domicilio social, existía una serie de circunstancias que jugaban en contra de su pretensión: no constaba dada de alta en el IAE, no poseía oficinas ni empleados en España, ni había declarado en

³³ Aunque, como ya hemos señalado en la nota 25, existen excepciones.

³⁴ Según la descripción de los hechos, el Consejo de Administración está compuesto, en su mayoría, por personas residentes en España y celebra sus reuniones en territorio español, donde cuenta con oficinas, empleados cualificados y demás medios materiales y técnicos. Por el contrario, la sociedad no cuenta con presencia activa en el Reino Unido.

³⁵ Para ser más precisos, el sujeto tenía doble residencia ya que el TS había declarado mediante sentencia de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\7069) que su núcleo principal de intereses económicos se encontraba en España y, por ende, era residente a efectos del IRPF y del IP.

España operaciones con terceros. De la información fiscal que constaba era una entidad no residente sin establecimiento permanente y, además, poseía una cuenta corriente de no residente en una caja de ahorros española. Según los estatutos sociales, el órgano supremo que decidía y gestionaba la marcha de la entidad era el Consejo de Administración —y no su presidente—, integrado por tres personas, dos de las cuales eran no residentes, y cuyo lugar de reunión se encontraba en Liechtenstein.

A la vista de las circunstancias anteriores, la Audiencia Nacional llegó a la conclusión de que, «conforme al contenido de los Estatutos de la entidad, de la localización de su domicilio social y su constitución así como de las demás razones que se han expuesto, cabe deducir que la recurrente, que no está domiciliada en España, ni se ha constituido de acuerdo con la legislación española, ni tiene actividad en España»³⁶. No concurre, por tanto, ninguno de los criterios de sujeción al IS, sin que la condición de residente del presidente del Consejo de Administración —quien, en realidad, tenía doble residencia— implique necesariamente que la sede de dirección efectiva de la entidad se encuentre en España.

En la misma línea se sitúa la STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 1ª), núm. 133/2013, de 15 de marzo (JT\2013\639). La cuestión se planteó en relación con una sociedad constituida en Gibraltar, donde figuraba inscrita y tenía su domicilio social, que era titular de un bien inmueble situado en Canarias cuya explotación se encontraba cedida a otra sociedad. La Administración le reclamó el Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes, frente a lo que la empresa alegó que su sede de dirección efectiva se encontraba en territorio español. El TSJ rechazó la pretensión del recurrente en la medida en que su única actividad era la tenencia de un inmueble en territorio español cuya explotación estaba cedida a un tercero. Para el órgano jurisdiccional, carece de relevancia que la empresa hubiese presentado las declaraciones del IS correspondientes a los ejercicios afectados, así como el hecho de que el apoderado de la empresa fuese residente en España.

Por último, cabe señalar que la sede de dirección efectiva juega un papel destacado en los Convenios de Doble Imposición (CDI), no como punto de conexión sino como criterio que permite resolver los conflictos de doble residencia. En este sentido, según el artículo 4.3 MCOCDE, «cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1 (remisión a las legislaciones internas de los Estados contratantes para la determina-

³⁶ La SAN de 21 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), JUR 2005\208202, rechaza que una empresa tenga su sede de dirección efectiva en territorio español por razón de los «poderes otorgados a favor de residentes en España para que dichos apoderados gestionen —con gran amplitud de facultades— la sociedad, circunstancia lógica si se tiene en cuenta que la casi totalidad de su activo está situado en España». Conviene tener presente, sin embargo, que el marco normativo al que se refiere este pronunciamiento es muy diferente del actual. En efecto, el artículo 16 del RD 2631/1982, de 15 de octubre, RIS, entendía por sede de dirección efectiva «el lugar en el que está centralizada la gestión y dirección de los negocios». Por su parte, el artículo 22 RIS definía «dirección de negocios» en unos términos que no permitían albergar la situación que alegaba el contribuyente.

ción de la condición de residente), una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva». A pesar de que los CDI no definen el concepto de sede de dirección efectiva, los comentarios al MCOCDE sí ofrecen algunas pautas que permitan determinar el país en el que se encuentra la sede de dirección efectiva. Así, según el párrafo 24 de los comentarios al artículo 4, es «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. Para determinar la sede de dirección efectiva deben considerarse todos los hechos y circunstancias pertinentes». A estos efectos han de tenerse en cuenta diversos factores, «tales como dónde se celebran habitualmente las reuniones de su consejo de administración u órgano similar, desde donde realizan habitualmente sus funciones el consejero delegado y los altos ejecutivos, desde donde se realiza la alta gestión cotidiana, donde está situada su oficina central, qué legislación nacional rige su situación jurídica, donde están archivados sus documentos contables y si la determinación de que la persona jurídica es residente de uno de los Estados contratantes pero no del otro, a los efectos del Convenio, pudiera implicar el riesgo de una utilización indebida de sus disposiciones, etc.». No cabe ignorar que, con los avances tecnológicos y de la sociedad de la información, es posible que algunas de las funciones referidas no se desarrollen en un lugar determinado —piénsese, por ejemplo, en una contabilidad en la nube llevada desde distintos lugares o en el ya clásico ejemplo de las reuniones del consejo de administración celebradas por videoconferencia—, complicando la determinación del lugar donde se encuentra la sede de dirección efectiva. Tratándose de un concepto jurídico indeterminado: i) no cabe confiar la decisión a un solo criterio sino que es preciso tener en cuenta el conjunto de circunstancias que concurren en cada caso; y ii) su indefinición permite que nuevos criterios puedan irse incorporando, sin perjuicio de que sería deseable que los Comentarios al MCOCDE se fueran haciendo eco de ellos a efectos de proporcionar una guía a los Estados miembros. En último término, aunque no resulte estrictamente necesaria, hubiera sido deseable una referencia al procedimiento amistoso del artículo 25 MCOCDE como forma de resolver este tipo de conflictos, como sí se prevé en caso de doble residencia de las personas físicas.

B. Atribución de residencia por localización de los activos o de la actividad principal en territorio español

1. CLÁUSULA ANTI-PARAÍSO

Una entidad que no ha sido constituida conforme a derecho español y que no tiene su domicilio social ni su sede de dirección efectiva dentro de nuestras fronteras, aún puede ser considerada residente a efectos de sujeción al IS. Según el último párrafo del artículo 8.1 LIS, la Administración puede presumir que una entidad radicada en un país o territorio de nula tributación o en un paraíso fiscal tiene su residencia en territo-

rio español cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias: i) que los activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplen o ejercitan en territorio español; o ii) que la actividad principal se desarrolle en territorio español. Basta con que se produzca una de ellas para que la entidad sea residente a efectos del IS.

La norma fue introducida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Según la Exposición de Motivos, a través de esta disposición «se formula una presunción de residencia de entidades teóricamente domiciliadas en territorios de nula tributación o paraísos fiscales cuando la mayor parte de sus activos se encuentren en territorio español»³⁷. En realidad, pese a las apariencias y a las propias palabras de la E. de M., no estamos ante una verdadera presunción sino ante un nuevo criterio material de sujeción al IS —en realidad, dos criterios— aplicables a las entidades que radican en paraísos fiscales o en territorios de nula tributación³⁸. Basta con que la mayor parte de los activos de una sociedad domiciliada en estas jurisdicciones, poseídos directamente o a través de sociedades interpuestas, residentes o no, estén situados en territorio español o que la actividad principal se ejerza en España para que la entidad adquiera la condición de residente, sin que la Administración tenga que acreditar que la sede de dirección efectiva se encuentra situada en territorio español.

La solución presenta ciertas similitudes con el criterio de sujeción al IRPF basado en el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos [artículo 9.1 b) LIRPF]³⁹. Tal y como se desprende de la doctrina administrativa y de la jurisprudencia dictada hasta la fecha, en ambos casos la residencia se atribuye a partir de la

³⁷ En esta línea se expresan también las RR DGT V1704-08, de 18 de septiembre, y V0026-09, de 12 de enero, que coinciden en señalar que este apartado «(...) establece una presunción de residencia fiscal en España como medida antielusión, de manera que una entidad que no cumple los requisitos o condiciones establecidos por dicho artículo para ser residente fiscal en territorio español, sin embargo, pueda tener tal consideración por parte de la Administración tributaria (...)».

³⁸ Para GARCÍA NOVOA, «El Proyecto de Ley...», *op. cit.*, p. 18, estamos ante «una redefinición legal del concepto de residencia sobre la base de un ensanchamiento de la idea de «residencia efectiva»». Asimismo, SIOTA ÁLVAREZ, M.: «La residencia fiscal en el Impuesto sobre Sociedades», *Crónica Tributaria*, n.º 149, 2013, pp. 199 a 236.

³⁹ Según la Exposición de Motivos de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, este criterio fue introducido en un «intento de regular una noción de «residencia habitual» que permita atraer hacia tal forma de tributación que, con la formulación que se deroga, escapan al ámbito del Impuesto a pesar de ser auténticos residentes». La anterior Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, establecía como único criterio de residencia habitual la permanencia en territorio español durante más de 183 días en el año natural. Sobre este criterio de sujeción al IRPF, últimamente, DE JUAN PEÑALOSA, «Estudio introductorio», *op. cit.*, p. 24; GARCÍA CARRETERO, B.: «La residencia de las personas físicas en la legislación interna», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 59 ss., y LANASPA SANJUÁN, S.: «Residencia habitual y puntos de conexión: la necesaria integración del concepto «centro de intereses económicos» del artículo 9.1.b) de la Ley del IRPF a través del elemento subjetivo del domicilio», en SIMÓN ACOSTA, E. (Dir.), *Problemas actuales de coordinación tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 392 ss.

existencia de bienes, derechos, fuentes de renta o actividades en territorio español, lo que permite evitar las dificultades que comporta la acreditación de la condición de residente a través de otros criterios materiales —la permanencia física durante 183 días en el caso del IRPF o la sede de dirección efectiva en el IS—. En condiciones normales, dichas situaciones deberían conducir a la sujeción al IRNR de las rentas obtenidas en territorio español, sin embargo, sobre la base de la realidad económica apuntada, la norma establece sendos conceptos jurídicos indeterminados a modo de cláusulas de cierre del régimen de sujeción personal que permiten atraer determinados supuestos al ámbito del IRPF y del IS.

Para que se produzca la sujeción al IS no basta con que exista cualquier bien, derecho o actividad en territorio español sino que es necesario, como ha señalado la Dirección General de Tributos, que exista «una conexión significativa con este territorio en base a sus activos o a su actividad» (RR DGT V1704-08, de 18 de septiembre, y V0026-09, de 12 de enero). No es preciso que la Administración conozca toda la actividad empresarial ni la composición del activo total pero sí, a nuestro juicio, que acredite que tienen una entidad suficiente como para entender de una manera razonable que una sociedad domiciliada en el paraíso fiscal se encuentra integrada personalmente en la vida económica española, a expensas de que el contribuyente acredite otra cosa. Por otra parte, teniendo en cuenta el carácter antielusorio que tiene la cláusula, si las rentas obtenidas se encuentran sometidas a una imposición similar en España —p.ej., si la actividad económica se realiza a través de un establecimiento permanente situado en territorio español— o menos favorable, no parece justificado que la Administración atribuya la condición de residente, a menos que existan indicios en otro sentido⁴⁰.

Al atribuir la condición de residente al titular de los bienes, derechos y actividades situados en territorio español, el sujeto se ve obligado a justificar que la mayor parte de sus activos o sus actividades principales se encuentran en el extranjero. Se encuentra ante la necesidad de desplegar una actividad probatoria que le permita evitar la sujeción de su renta mundial al IS con lo que, de alguna manera, la dinámica del criterio de sujeción se aproxima a la de una presunción *iuris tantum*. Desde esta perspectiva resultan inquietantes las deficiencias que la doctrina ha puesto de relieve en relación con la cláusula antiparaíso⁴¹.

⁴⁰ La propia DGT abre esta posibilidad en las RR DGT V1704-08, de 18 de septiembre, y V0026-09, de 12 de enero, «(...) en definitiva, como tal medida (antielusoria), uno de los aspectos que deberá valorarse es si la entidad radicada en un paraíso fiscal elude tributación en comparación con la que resultaría de ser residente en territorio español».

⁴¹ GARCÍA CARRETERO, B.: «La presunción de residencia fiscal introducida por la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal con relación a las entidades radicadas en países o territorios de nula tributación o considerados como paraísos fiscales», *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2008, pp. 13 a 33; MARTOS, J.J.: «Paraísos fiscales, territorios de nula tributación y territorios con los que no existe efectivo intercambio de información», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 290, 2007, p. 93; SIOTA ÁLVAREZ, «La residencia fiscal...», *op. cit.*, p. 224.

El problema principal se encuentra ligado a la falta de definición de qué se entiende por «actividad principal» —atendiendo al objeto social... según el volumen de negocio...— y por «activos principales» —los relacionados con la actividad principal... los de mayor valor...—. El contribuyente se enfrenta al problema de acreditar una realidad sin disponer de referencias suficientes acerca de los criterios jurídicamente relevantes. Dicha indefinición obedece al deseo de preservar la máxima eficacia de la cláusula anti-paraíso, también desde un punto de vista disuasorio; no obstante, genera un problema de falta de seguridad jurídica. De esta manera, frente a opacidad y frente a situaciones de competencia fiscal gravemente lesivas desde el punto de vista de la localización de las empresas, la norma opone una grave falta de definición del régimen de sujeción.

Al hilo de esta problemática, es de agradecer que la Dirección General de Tributos se haya pronunciado acerca de la aplicación de esta cláusula a las sociedades *holding* puras constituidas en España (ETVE) cuyo activo está constituido por participaciones en el capital de sociedades residentes en el extranjero. Según las resoluciones V1704-08, de 18 de septiembre, y V0026-09, de 12 de enero:

«Cuando la entidad residente en territorio español no desarrolla actividad económica como en el caso consultado, la presunción establecida en el TRLIS (...) exige analizar no sólo bienes o derechos poseídos de manera directa sino también indirecta, es decir, a través de entidades participadas o interpuestas que posean bienes o derechos ubicados en territorio español. Precisamente este análisis aplicado al caso consultado determinaría una situación contraria a la pretendida por la norma, ya que la sociedad consultante no tiene sus activos principales, directa o indirectamente situados en territorio español, sino situados en el extranjero a través de las participaciones que constituyen su activo. Por lo que no procederá la aplicación de la presunción establecida en el artículo 8 del TRLIS al caso concreto planteado en el escrito de consulta»⁴².

⁴² La consulta que dio lugar a la Res. DGT V1704-08, de 18 de septiembre, se pronuncia acerca de la atribución de residencia a entidades residentes en paraísos fiscales que participan en un grupo de empresas sudamericano a través de una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE). Más concretamente, el principal activo de la ETVE estaba constituido por las participaciones en la práctica totalidad de las participaciones de un grupo de empresas operativas cuya actividad principal es la prestación en Sudamérica de servicios a compañías petrolíferas y de producción de gas natural. El negocio se concentra en Argentina, Venezuela y Colombia y el grupo no posee activos, filiales ni sucursales en España ni realiza actividades empresariales en territorio español. La ETVE cuenta en España de medios financieros necesarios para llevar a cabo los pagos derivados de su actividad (facturas a proveedores, aranceles notariales y registrales, impuestos, etc.). Asimismo, dispone de cuentas corrientes en el extranjero para canalizar los potenciales distribuidos a su socio procedentes del grupo sudamericano. El pasivo de la ETVE está constituido por fondos propios y las deudas pendientes de pago de la sociedad (proveedores de servicios, otros acreedores, etc.), mientras que la financiación necesaria para la compra del grupo se captará a través del apalancamiento de la sociedad holandesa.

Retomando la idea que antes apuntábamos, cabe trasladar a este ámbito algunas de las críticas que se han vertido contra el criterio del núcleo de intereses económicos que rige en el IRPF⁴³. Ante todo, es un criterio inestable, que puede variar en función de la composición y valoración del patrimonio del sujeto en un momento determinado y que, añadimos nosotros, puede generar situaciones de desinversión en España. A diferencia de lo que ocurre en el IRPF, sin embargo, es una cláusula que sólo se aplica a las entidades que radican en paraísos fiscales o en territorios o países de nula tributación⁴⁴.

Dentro del ordenamiento español no existe una definición legal de paraíso fiscal pero sí una relación de países y territorios que merecen esta consideración («lista negra»). Por otra parte, la creación de los países o territorios de nula tributación —en este caso a través, sí, de un concepto normativo— con la Ley 36/2006, de 28 de noviembre, amplió el panorama de las categorías susceptibles de ser utilizadas por el legislador a la hora de establecer medidas o regímenes fiscales dirigidos a combatir la acción lesiva de determinadas jurisdicciones⁴⁵. Como pone de relieve la Exposición de Motivos de esta norma, la propia presunción de residencia fiscal del IS responde a dicho planteamiento.

La lista de paraísos fiscales —cuarenta y ocho jurisdicciones— aprobada por el RD 1080/1991, de 5 de julio, inicialmente tenía un carácter cerrado. No obstante, el régimen se abrió con el RD 116/2003, de 31 de enero, a través de la incorporación de un mecanismo de exclusión automática basado en la existencia de un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un CDI con cláusula de intercambio de información entre dicho territorio y España⁴⁶. Fruto de este mecanismo, un buen número de jurisdic-

La consulta que motiva la Res. DGT V0026-09, de 12 de enero, se refiere a una sociedad constituida en Bermuda que desarrolla su actividad en varios países de Sudamérica (Argentina, Brasil, Bolivia y Uruguay), a través de una serie de filiales constituidas en estos países. La participación en las filiales operativas se realiza a través de una ETVE cuyo activo principal está constituido por las participaciones en las filiales y que no obtiene renta de fuente española.

⁴³ DE JUAN PEÑALOSA, «Estudio introductorio», *op. cit.*, p. 24.

⁴⁴ La asimilación de tratamiento entre los paraísos fiscales y los países y territorios de nula tributación también se encuentra en la reducción en la base imponible de las rentas procedentes de determinados intangibles [art. 23.1 c) LIS], excluida cuando el cesionario reside en alguno de estos países y territorios, así a efectos del régimen de transparencia fiscal internacional (art. 91.13 LIRPF y art. 100.14 LIS).

⁴⁵ Según la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, «se proporciona al legislador la flexibilidad que requiere una realidad tan cambiante como es la fiscalidad internacional; en tal sentido se permite que la norma interna de cada tributo se remita en el futuro a uno o varios de los conceptos definidos para combatir así, de manera más eficaz y eficiente, las operaciones que se realizan con los países o territorios elegidos por el contribuyente por su nula tributación o por sus limitaciones a la hora de intercambiar información».

⁴⁶ La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, además de elevar a rango legal el régimen del mecanismo de salida de la lista, introdujo una serie de modificaciones relevantes: i) un país o territorio deja de tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento, no de la entrada en vigor como se establecía originalmente, sino de la aplicación del acuerdo y convenio; correlativamente, vuelve a adquirir la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que estas disposiciones dejan de aplicarse; y ii) para que los acuerdos de intercambio de información comporten la salida de la lista es preciso que se establezca expresamente que el país o territorio deja de tener la consideración de paraíso fiscal. Menor relevancia tiene la alteración del orden de referencia a los acuerdos de intercambio de información tributaria y a los CDI con cláusula de intercambio de información. Por lo demás, la disposición transito-

ciones dejaron de tener la consideración de paraíso fiscal, como ha puesto de relieve el Informe de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 2014⁴⁷.

Últimamente, la disposición adicional segunda de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, ha suprimido la posibilidad de que la lista pueda continuar actualizándose por esta vía. A partir de 1 de enero de 2015, sólo cabe una actualización expresa por parte del Gobierno, a cuyos efectos la nueva disposición adicional primera de la Ley 36/2006 establece una serie de criterios normativos que el Ejecutivo deberá seguir para la elaboración de la lista⁴⁸. Mientras tanto, tal y como reconoce el referido informe de la DGT, el RD 1080/1991 continúa vigente, con las exclusiones producidas por el mecanismo de salida, como es evidente, siempre y cuando los respectivos acuerdos y CDI continúen aplicándose.

El concepto de países o territorios de nula tributación fue introducido por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre —actual apartado 3 de su disposición adicional primera, tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre—. Existe nula tributación cuando en el país o territorio no se aplica un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, según corresponda⁴⁹. Mientras la condición de paraíso fiscal depende fundamentalmente de la opacidad o falta de información fiscal, sobre todo en la medida en que afecta a la imposición sobre los residentes en territorio español, la consideración como país de nula tributación obedece a la inexistencia en dicha jurisdicción de unos impuestos

ria segunda de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, ratificaba la vigencia del RD 1080/1991 al establecer que «en tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (...)». En la doctrina, sobre este aspecto, véase GARCÍA CARRETERO, «La presunción de residencia fiscal...», *op. cit.*, pp. 13 a 33 y SIOTA ÁLVAREZ, «La residencia fiscal...», *op. cit.*, pp. 213 ss.

⁴⁷ Es el caso del Principado de Andorra, Antillas Neerlandesas (actuales Curaçao y San Martín), Aruba, República de Chipre, Emiratos Árabes Unidos, Hong-Kong, Las Bahamas, Barbados, Jamaica, República de Malta, República de Trinidad y Tobago, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Panamá, República de San Marino y República de Singapur.

⁴⁸ Como novedad, para la exclusión de la consideración como paraíso fiscal se añade la aplicación del Convenio de Asistencia Administrativa en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa, enmendado por el Protocolo 2010. Asimismo, puede determinar la inclusión en la lista la inexistencia de un efectivo intercambio de información tributaria en los términos que establece la norma, mientras que pueden determinar la inclusión o la exclusión los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales. Sobre estos aspectos, últimamente, SÁNCHEZ HUETE, M.A.: «La nueva definición de paraísos fiscales ¿el fin de los listados reglamentarios?», *Quincena Fiscal*, n.º 13, 2015, pp. 85 a 108.

⁴⁹ Según apunta la propia disposición adicional primera de la Ley 36/2006, tienen la consideración de impuesto análogo o idéntico «los tributos que tengan como finalidad la imposición de la renta, siquiera parcialmente, con independencia de que el objeto del mismo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de esta. En el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, también tendrán dicha consideración las cotizaciones a la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen».

sobre la renta que puedan resultar equiparables a los que se aplican en España. A los efectos que aquí interesan, si el país o territorio donde la sociedad está domiciliada no grava la renta a través de un impuesto análogo al IS, España se convierte en el Estado de residencia de la entidad, en virtud de los vínculos económicos que mantiene con el territorio español. De esta manera, la norma trata de combatir la localización artificial de empresas en determinadas jurisdicciones por razones puramente fiscales, lo que apunta la existencia, no tanto de una situación de opacidad informativa, como de competencia fiscal lesiva⁵⁰.

La norma considera que se aplica un impuesto idéntico o análogo y, por tanto, que no existe nula tributación cuando el país o territorio tiene suscrito con España un CDI que resulte de aplicación, con las especialidades previstas en el mismo. De donde resulta que si España concluye un CDI con cláusula de intercambio de información tributaria con un país o territorio, queda excluido, en principio, de su consideración como paraíso fiscal y como país o territorio de nula tributación —y, por ende, del ámbito de aplicación de la cláusula de atribución de residencia—, con independencia de que realmente existan o no impuestos sobre la renta. En cambio, si se firma un acuerdo de intercambio de información tributaria, la situación dependerá de las circunstancias: es posible que continúe siendo considerado paraíso fiscal, que pase a adquirir la condición de país o territorio de nula tributación o, quizás, que quede excluido de ambas categorías, según los casos.

2. EXCLUSIÓN

Cabe la posibilidad de que la domiciliación de la entidad en un paraíso fiscal o en un país o territorio de nula tributación obedezca a razones distintas de la evasión o el ahorro fiscal. Desde esta perspectiva merece una valoración positiva el hecho de que el artículo 8.1 LIS haya establecido un cauce —a diferencia de lo que ocurre con la norma anti-paraíso del artículo 8.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF⁵¹— que permite evitar la sujeción de la renta mundial al IS cuando la entidad acredita que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos. De la redacción del precepto no queda claro si basta con acreditar uno solo de los términos o si es preciso justificar ambos aspectos⁵².

⁵⁰ En el caso de que un tercer país utilice una cláusula similar a la española, la entidad normalmente se verá abocada a un conflicto de doble residencia por aplicación de las cláusulas anti-paraíso.

⁵¹ Según se desprende del artículo 8.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, en ningún caso pierden la condición de residentes del IRPF las personas físicas de nacionalidad española que acreditan su nueva residencia fiscal en un paraíso fiscal, en el período impositivo del cambio de residencia y en los cuatro siguientes.

⁵² Para CHECA GONZÁLEZ, C.: *La Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre*, Thomson Aranzadi, 2007, p. 81, basta con acreditar uno de los dos aspectos que establece la norma.

A nuestro juicio, cabría defender inicialmente que estamos ante criterios alternativos, de manera que la norma vendría a excluir la atribución de residencia, primero, a las entidades que acreditan tener su dirección y efectiva gestión en un paraíso fiscal, un concepto jurídico indeterminado próximo al habitual criterio material de atribución de residencia, y, segundo, a las entidades que, aun no habiendo acreditado la circunstancia anterior, han sido constituidas no por razones de ahorro fiscal sino para desempeñar una actividad económica sustantiva. No obstante, a la vista de la utilización que se hace dentro de la LIS de cláusulas similares, finalmente nos inclinamos por considerar que se trata de circunstancias acumulativas, en línea con la doctrina mayoritaria⁵³. Así, el artículo 21.7 LIS excluye de la exención a los dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones en entidades residentes en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, «(...) excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas». De igual manera, el artículo 23.1 c) LIS excluye de la reducción aplicable a las rentas procedentes de la cesión de intangibles cuando el cesionario reside en un país o territorio de nula tributación o calificado como paraíso fiscal «...salvo que esté situado en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que la operativa responde a motivos económicos válidos y que realice actividades económicas». En último término, en sentido similar, el artículo 22.7 LIS, relativo a la exención aplicable a las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente situado en el extranjero, excluye a los situados en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, «excepto que se trate de un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas». En todos estos supuestos no basta con acreditar que la constitución y operativa de la entidad obedece a razones empresariales sino que, además, es preciso justificar su lugar de residencia o establecimiento. En este sentido, no hay razones para entender que la cláusula que permite evitar la atribución de la residencia en territorio español tiene un carácter más benigno.

La solución se basa en una serie de conceptos jurídicos indeterminados —«dirección y efectiva gestión», «motivos económicos válidos», «razones empresariales sustantivas distintas de la gestión»—, cuya concurrencia sólo puede apreciarse caso por caso, a la vista de las circunstancias que acredite el sujeto. Llama la atención, en este sentido, que la norma no utilice el concepto «sede de dirección efectiva» y, en su lugar, recurra a la expresión «dirección y efectiva gestión», claramente emparentada, igualmente indeterminada, pero intencionadamente distinta —si tenemos en cuenta lo arraigado, a pesar de su inconcreción, que se encuentra el concepto «sede de dirección efectiva»—. Con ello entendemos que la norma trata de evitar una identifica-

⁵³ GARCÍA CARRETERO, «La presunción de residencia fiscal...», *op. cit.*, p. 30; MARTOS, «Paraísos fiscales...», *op. cit.*, p. 94; SIOTA ÁLVAREZ, «La residencia fiscal...», *op. cit.*, p. 227 y VIANA BARRAL y MONTOYA ESTEBAN, «La residencia de las personas jurídicas...», *op. cit.*, p. 154.

ción automática entre ambos términos que pueda reducir la eficacia de la cláusula anti-paraíso. Dicho en otras palabras, el hecho de que la sede de dirección efectiva se encuentre situada en un paraíso fiscal o en un territorio de nula tributación, con toda la indefinición que comporta, no es suficiente para excluir la atribución de la residencia en España⁵⁴. En cualquier caso, es precisa la existencia de una infraestructura y una organización de medios que no tenga carácter ficticio ni artificial.

Por otra parte, la entidad ha de acreditar que su constitución y operativa en el paraíso fiscal o en el territorio de nula tributación responde a motivos económicos válidos y razones empresariales distintas de la gestión de valores u otros activos. La finalidad del inciso final del artículo 8.1 a) LIS es evitar la atribución de la residencia en territorio español a entidades domiciliadas en un paraíso fiscal cuya razón de ser obedece a la realización de una actividad empresarial sustantiva, contando para ello con una infraestructura de medios y una organización adecuada.

La cláusula de los motivos económicos válidos es sobradamente conocida dentro del sistema tributario español y, particularmente, en el ámbito del régimen especial del IS que se aplica a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y otras operaciones societarias, actualmente recogido en el Capítulo VII del Título VII LIS⁵⁵. En la actualidad básicamente se entiende que el sujeto está obligado a acreditar la existencia de razones económicas distintas del ahorro fiscal para poderse acoger al régimen de diferimiento. Desde esta perspectiva, un sector de la doctrina considera que los criterios establecidos por la DGT a través de las contestaciones a consultas relacionadas con el régimen de reestructuraciones deberían resultar aplicables en el ámbito de la cláusula anti-paraíso⁵⁶. A nuestro juicio, sin embargo, es posible que en buena parte de las ocasiones estas referencias no sirvan para justificar las razones por las que la entidad se encuentra domiciliada en un paraíso fiscal. Así, por citar uno de los últimos pronunciamientos, la Res. DGT V289-15, de 7 de septiembre, admite la existencia de motivo económico válido en una operación de fusión por absorción que se realiza:

«(...) con la finalidad de integrar y aglutinar en una única sociedad los activos e inversiones poseídos por el grupo familiar; simplificar y racionalizar la estructura societaria de las inversiones del grupo familiar, consiguiendo

⁵⁴ Para MARTOS, «Paraísos fiscales...», *op. cit.*, p. 94, no basta con acreditar que los consejos de administración o la junta de accionistas se reúnen regularmente en dichos territorios, sino que además es preciso acreditar la efectiva gestión desde la referida jurisdicción.

⁵⁵ Según el artículo 89.2 LIS, «no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». En relación con la cláusula de los motivos económicos válidos, véase el detenido trabajo de DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, 2007, pp. 117 ss.

⁵⁶ VIANA BARRAL y MONTOYA ESTEBAN, «La residencia de las personas jurídicas...», *op. cit.*, p. 155. Asimismo, GARCÍA CARRETERO, «La presunción de residencia fiscal...», *op. cit.*, p. 30.

una disminución de los costes operativos, reducción de las cargas administrativas, mercantiles y fiscales; facilitar la dirección centralizada de las inversiones y de las funciones comunes del patrimonio del grupo familiar; y, por último, eliminar la relación acreedor-deudor que existe entre las sociedades que van a fusionarse. Los motivos señalados se consideran económicamente válidos a los efectos de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LIS».

Además del motivo económico válido, es preciso que la constitución y operativa de la entidad responda a razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos. Corresponde, por tanto, determinar cuándo estamos ante una verdadera actividad empresarial y cuándo ante una actividad de gestión de cartera u otros activos, lo que tradicionalmente ha constituido una dificultad⁵⁷. A diferencia de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, el artículo 8.1 b) de la Ley 27/2014 ha suprimido el término «simple» a la hora de referirse a la gestión de valores y activos. No obstante, a nuestro juicio, la distinta redacción carece de relevancia a efectos de la aplicación de la norma.

La Ley 27/2014 ha introducido el concepto de actividad económica dentro del ámbito del IS. Básicamente se trata de la misma definición que ya existía en impuestos como el IRPF o el IVA, de donde se desprende la necesaria existencia de medios materiales y/o recursos humanos y, en último término, la asunción del riesgo de la actividad por el sujeto que ordena los factores de producción. Desde esta perspectiva, existe gestión cuando la entidad domiciliada en el paraíso fiscal carece de medios materiales y humanos para la explotación de los activos (*shell companies*). Más allá de estos casos no resulta fácil deslindar ambos conceptos.

A nuestro juicio, resulta útil recurrir al concepto de «entidad patrimonial», introducido por el artículo 5 de la Ley 27/2014, que, según la Exposición de Motivos, «(...) toma como punto de partida a las sociedades cuya actividad principal consiste en la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (...)»⁵⁸. De acuerdo con el artículo 5.2 LIS, una entidad es patrimonial «y, por tanto, no realiza una actividad económica», cuando más de la mitad de su activo está constituido por valores o no está afecto a una actividad económica. De donde se desprende que sociedades de cartera, fondos de inversión y similares, con más del 50 por ciento de su activo en valores, automáticamente tienen la condición de entidades patrimoniales, aunque su patrimonio sea objeto de una gestión especializada y profesionalizada, por parte de la propia entidad o de un tercero. La única precisión relevante en este punto se refiere a la exclusión

⁵⁷ La necesidad de deslindar ambas esferas es una cuestión problemática, como ya puso de relieve la doctrina, sobre todo en relación con los activos inmobiliarios. Así, para GARCÍA NOVOA, «El Proyecto de Ley...», *op. cit.*, p. 5, no es fácil distinguir cuándo un bien inmueble es objeto de explotación empresarial y cuándo es meramente gestionado.

⁵⁸ Dentro de la LIS, la finalidad fundamental del concepto de entidad patrimonial es excluir a las sociedades residentes de la aplicación de determinadas normas favorables —exención de las plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones, compensación de bases imponibles negativas, tipo de gravamen reducido aplicable a las entidades de nueva creación, entre otras—.

del cómputo del activo de determinados valores, como es el caso de los que incorporan derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas, los poseídos por sociedades de valores como consecuencia de la actividad constitutiva de su objeto y, en fin, los que otorgan, al menos, el 5 por ciento del capital de una entidad y se poseen 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, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado.

Más allá de estas precisiones, el concepto de entidad patrimonial que establece el artículo 5.2 LIS no resuelve la cuestión fundamental de cuándo la explotación de los activos es mera gestión y cuándo constituye una actividad empresarial, salvo en el caso del arrendamiento de bienes inmuebles. En este supuesto, sin embargo, el criterio es claro: existe actividad económica cuando para la ordenación de la actividad se utiliza, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa. En cualquier caso, el requisito puede cumplirse a través de la gestión profesionalizada de un tercero, trayendo a esta sede la reciente doctrina de la Dirección General de Tributos en relación con la subcontratación de sociedades especializadas para la gestión de los activos inmobiliarios. Según la Res. DGT V3744-15, de 26 de noviembre⁵⁹:

«(...) la realidad económica pone de manifiesto situaciones empresariales en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas.

Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión y, en este caso concreto, tal y como se señala en el escrito de consulta, la gestión de la actividad de arrendamiento de inmuebles requiere, dada la dimensión de la actividad a desarrollar por la consultante y el volumen e importancia de sus ingresos, de la disposición de una organización empresarial propia o a través de terceros. Asimismo, la gestión de bienes inmuebles de cierta importancia resulta más eficiente a través de la contratación de profesionales dedicados a la gestión de activos que la contratación de un empleado⁶⁰.

⁵⁹ En la misma línea, V3379-15, V3380-15, V3381-15, V3383-15 y V3385-15, de 3 de noviembre; V3393-15 y V3394-15, de 4 de noviembre; V3515-15 y V3549-15, de 17 de noviembre; V3706-15, de 25 de noviembre; V3915-15, de 9 de diciembre; V0133-16, de 19 de enero, y, últimamente, V0660-16, de 17 de febrero.

⁶⁰ Según las RR DGT V3383-15, de 3 de noviembre, V3393-15, de 4 de noviembre, y V0133-16, de 19 de enero, «(...) lo relevante a estos efectos no es el personal que el gestor tenga en nómina sino qué parte de ese personal se destina y qué tiempo emplean a la gestión de la entidad consultante».

En conclusión, de los datos señalados en la consulta planteada, parece desprenderse que la entidad consultante realiza una actividad económica, se encuadre en el párrafo primero o segundo del artículo 5.1 de la LIS. En el caso concreto del segundo párrafo referido, se deben entender cumplidos los requisitos señalados en el artículo 5.1 de la LIS a los efectos de determinar que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una entidad ajena al grupo mercantil».

A falta de mayores referencias, entendemos que las precisiones anteriores resultan aplicables en el marco de la cláusula anti-paraíso.

Finalmente, no cabe ignorar que, en el caso de que la entidad consiga eludir la condición de residente, aún se encuentra expuesta al régimen del IS en el caso de que la actividad desarrollada en territorio español comporte la existencia de un establecimiento permanente, en relación con las rentas atribuibles⁶¹. En caso de que no exista establecimiento permanente, la entidad extranjera se encontrará sujeta al referido IRNR por las rentas que generen los bienes, derechos y actividades situados en territorio español, a través del régimen aplicable a las rentas obtenidas sin mediación de EP, siempre que no exista un CDI aplicable que lo impida.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALMUDÍ CID, J.M.: «Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades», en RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson Civitas, 2006, pp. 63 a 84.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.): *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14.ª ed., Comares, 2014.
- COLMENAR VALDÉS, S.: «Capítulo 4. El sujeto pasivo, residencia y domicilio fiscal», en SANFRUTOS GAMBÍN, E. (Dir.), *Impuesto sobre Sociedades, Régimen general*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 375 a 420.
- CHECA GONZÁLEZ, C.: *La Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre*, Thomson Aranzadi, 2007.
- DE JUAN PEÑALOSA, J.L.: «La residencia y el domicilio en la Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, n.º 50, 1984, pp. 165 a 172.
- «Estudio Introductorio», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 19 a 27.
- DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de voluntad y causa en los negocios*, Aranzadi, 2007.

⁶¹ La diferencia entre la sujeción al IS y al IRNR estriba fundamentalmente en que en este último caso sólo se encuentran sujetas a gravamen las rentas atribuibles al establecimiento permanente situado en territorio español.

- FALCÓN Y TELLA, R.: «Los incumplimientos en materia de fiscalidad directa (II): otros problemas pendientes», *Quincena Fiscal*, n.º 19, 2006.
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, 2013.
- GARCÍA CARRETERO, B.: «La presunción de residencia fiscal introducida por la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal con relación a las entidades radicadas en países o territorios de nula tributación o considerados como paraísos fiscales», *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2008, pp. 13 a 33.
- «La residencia de las personas físicas en la legislación interna», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 29 a 74.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho de sociedades y conflictos de leyes*, EDESA, Madrid, 2002.
- «Derecho de Sociedades: problemas de ley aplicable», en FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI Mercantil, Vol. 1º Derecho de Sociedades Parte General*, Thomson Civitas, 2003.
- «Traslado del domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pp. 25 a 49.
- *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, 2.ª ed., 2014.
- GARCÍA NOVOA, C.: «El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I)», *Quincena Fiscal*, n.º 9, 2005, pp. 11 a 28.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E. y FRANCH FLUXÁ, J.: «La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea», *Quincena Fiscal*, n.º 17, 2005, pp. 35 a 47.
- GOTA LOSADA, A.: *Tratado del Impuesto sobre Sociedades, Tomo III Entidades sujetas y exentas*, Servicio de Estudios Económicos, Banco Exterior de España, Madrid, 1989.
- LANASPA SANJUÁN, S.: «Residencia habitual y puntos de conexión: la necesaria integración del concepto «centro de intereses económicos» del artículo 9.1.b) de la Ley del IRPF a través del elemento subjetivo del domicilio», en SIMÓN ACOSTA, E. (Dir.), *Problemas actuales de coordinación tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 387 a 394.
- LLANSÓ, M. y RAVENTÓS, A.: «El sujeto pasivo (arts. 7, 8 y 9 de la LIS)», en LAORDEN J. y ARQUÉS, J. (Dirs.), *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades, Tomo I Régimen general del impuesto*, Civitas, 1998, pp. 41 a 77.
- MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. El régimen general*, Tomo I, Centro de Estudios Financieros, 1996.
- MARTOS, J.J.: «Paraísos fiscales, territorios de nula tributación y territorios con los que no existe efectivo intercambio de información», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 290, 2007, pp. 63 a 106.
- OLIVENCIA RUIZ, M. y NÚÑEZ LOZANO, P.: «Capital mínimo, nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo III, Vol. 1º a), Thomson Civitas, 2007, pp. 241-507.
- PAZ-ARES, C.: «La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, 2.ª ed., Thomson Civitas, 2006, pp. 567 a 612.

- RIBES RIBES, A.: «La residencia de las personas jurídicas en el Derecho comparado (con especial referencia al ámbito de la Unión Europea)», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 159 a 200.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «La nacionalidad de la sociedad anónima», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1993, n.º 1, pp. 45 a 60.
- SÁNCHEZ HUETE, M.A.: «La nueva definición de paraísos fiscales ¿el fin de los listados reglamentarios?», *Quincena Fiscal*, n.º 13, 2015, pp. 85 a 108.
- SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, J.: «Residencia fiscal y domicilio fiscal: similitudes y diferencias entre ambos conceptos y sus respectivos regímenes jurídicos», *Anuario jurídico y económico escurialense*, n.º 36, 2003, pp. 91 a 114.
- SANZ GADEA, E.: *Impuesto sobre Sociedades (Comentarios y casos prácticos)*, Tomo I, 4.ª ed., Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.
- SIOTA ÁLVAREZ, M.: «La residencia fiscal en el Impuesto sobre Sociedades», *Crónica Tributaria*, n.º 149, 2013, pp. 199 a 236.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2013.
- VIANA BARRAL, V. y MONTOYA ESTEBAN, D.: «La residencia de las personas jurídicas en la legislación interna», en CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.), *Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos. La Armonización de la Imposición Directa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 131 a 157.