

LA ARMONIZACIÓN DE LA RESIDENCIA SOCIETARIA EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD EMPRESARIAL COMUNITARIA

JUAN FRANCH FLUXÁ

*Profesor Contratado Doctor.
Universidad de las Islas Baleares*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don FRANCISCO GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Extracto:

EL presente artículo analiza los criterios previstos en el Impuesto sobre Sociedades para determinar la residencia societaria y, por lo tanto, justificar la potestad de gravamen sobre el beneficio empresarial. Lejos de lo que sería deseable, su regulación e interpretación no es uniforme en los Estados miembros y ello está generando importantes obstáculos fiscales para las sociedades que desarrollan su actividad en distintos Estados miembros. Por lo tanto, su trascendencia en la reforma de la fiscalidad europea exige la armonización de este concepto. Especialmente para eliminar obstáculos a aquellos grupos y empresas de ámbito comunitario y facilitar la movilidad transfronteriza de las entidades. Mientras tanto, las estructuras que no sean netamente nacionales deberán enfrentarse a problemas de doble residencia y doble imposición que impiden el funcionamiento del mercado interior. Finalmente cabe recordar que algunas de las propuestas que pretende implantar la Comisión requieren replantearse la función y configuración de este concepto para convertirlo en el eje vertebrador de algunas medidas de naturaleza comunitaria que aún se pretenden implantar tras varios años de discusión y debate.

Palabras clave: residencia societaria, Impuesto sobre Sociedades, fiscalidad directa europea, armonización fiscal y empresas europeas.

CORPORATE RESIDENCE HARMONIZATION IN THE EUROPEAN UNION

JUAN FRANCH FLUXÁ

*Profesor Contratado Doctor.
Universidad de las Islas Baleares*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don FRANCISCO GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

Abstract:

THIS article analyzes the criteria set out in Corporation Tax for determining corporate residence and therefore justifying the power of tax on corporate benefits. Far from what would be desirable, its regulation and interpretation is not uniform across the Member States and it is generating significant tax obstacles for companies that operate in different Member States. Consequently, its importance in the EU corporate taxation reform is intended to require the harmonization of this concept, especially for removing barriers to groups and companies at EU level and facilitate cross-border mobility of entities. Meanwhile, the structures that are not purely national will face problems of dual residence and double taxation and preventing the efficiency of the internal market. Finally, we should remember that some of the proposals intended to implement the Commission require rethinking the function and configuration of this concept to become the backbone of some European proposals that still seek to implement after several years of discussion and debate.

Keywords: corporate residence, Corporate Tax, european direct taxation, tax harmonization and european companies.

Sumario

1. Introducción.
2. La trascendencia del concepto de residencia (un concepto necesario para la imposición de los beneficios empresariales).
3. Criterios para determinar la residencia fiscal de las sociedades.
 - A. Lugar de constitución.
 - B. Sede social.
 - C. Dirección efectiva.
4. La residencia de las sociedades en el ámbito de la Unión Europea: interpretación y aplicación ante la diversidad de criterios vigentes.
5. Problemas derivados de la falta de armonización de criterios o imposición de criterios de alcance europeo.
 - A. La vulneración de las libertades fundamentales manifestada en el reconocimiento y fiscalidad de las entidades extranjeras.
 - B. El problema de la doble residencia.
 - C. La trascendencia de la residencia en la efectiva implantación de las propuestas de reforma de la fiscalidad empresarial.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los puntos de conexión tradicionalmente utilizados para determinar la soberanía tributaria no dejan de plantear problemas en el contexto de una economía global y multinacional. Por otro lado, la residencia o nacionalidad se convierte en un condicionante que imposibilita o desnaturaliza la expansión empresarial o la presencia en diferentes Estados miembros. Así se explicita en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 12 de febrero de 1974, asunto *Sotgiu* (C-152/73), que proscribía la aplicación de criterios de diferenciación distintos de la nacionalidad que produzcan de hecho discriminación encubierta. De esta forma, el citado fallo se pronuncia sobre el efecto discriminatorio o restrictivo de criterios tales como el lugar de origen, la procedencia de la mercancía, la residencia del sujeto, el lugar de la inversión, o el domicilio de la sociedad. Por todo ello, abogamos por superar una concepción nacional de la residencia que, además, facilitaría la implantación de algunas de las reformas que la Comisión ha planteado para la fiscalidad empresarial (*Home state taxation*). En este sentido consideramos que su eficacia depende de la superación de los distintos obstáculos legales que plantea, siendo la perspectiva territorialista de los impuestos y los criterios de residencia vigentes algunos de los más importantes.

2. LA TRASCENDENCIA DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA (UN CONCEPTO NECESARIO PARA LA IMPOSICIÓN DE LOS BENEFICIOS EMPRESARIALES)

La residencia es un elemento esencial para la comprensión y configuración de la imposición personal y directa en la mayoría de Estados de nuestro entorno. Como es sabido, tanto el Derecho interno como el Derecho tributario internacional utilizan la residencia como criterio de sujeción fiscal, o sea, a la hora de determinar qué entidades se sujetarán a los distintos impuestos de un sistema tributario¹. Como punto de partida de este trabajo aceptamos la aproximación de HINNEKENS que la describe como una mera etiqueta cuyo significado o función es determinar cuándo una renta puede ser gravada o no por un determinado Estado². Esta «etiqueta» está explícitamente admitida por la mayoría de los ordenamientos, pero no recibe un tratamiento ni una interpretación uniforme. Aquí encontramos el origen de los problemas que destacaremos, y que apenas se producen cuando las circunstancias personales y económicas vinculan a una entidad con un determinado y único país³.

¹ Como indica COUZIN la palabra residencia no puede tener el mismo significado cuando se aplica a personas físicas o sociedades y su significado depende de la categoría de contribuyentes a los que se refiere y los criterios que se utilizan para determinarla. COUZIN, R.: *Corporate residence and international taxation*, IBFD, Amsterdam, 2002, págs. 2 y ss.

² Idea que hace extensible a conceptos como fuente u origen (*source*), nacional (*domestic*) o extranjero (*foreign*). HINNEKENS, L.: «Territoriality-based taxation in an increasingly common market and globalizing economy: nightmare and challenge of international taxation in this new age». *EC Tax review*, núm. 3, 1993, pág. 157.

³ Este sería el caso de las sociedades nacionales que se caracterizarían por las siguientes notas: han sido constituidas en un Estado cuyo ordenamiento jurídico, tras el pertinente registro o inscripción, les otorga personalidad jurídica; en segundo lugar, su vida administrativa y económica (toma de decisiones, intereses empresariales...) radica en su territorio y que, finalmente, está controlada por accionistas residentes en el mismo país.

La residencia permite identificar el estatuto personal de las personas jurídicas y para definirla los ordenamientos acuden, como veremos, a distintos nexos. En este sentido cabe indicar que la residencia, junto a la nacionalidad⁴, se configuran como criterios comúnmente previstos por los ordenamientos jurídicos para definir el estatuto jurídico de una sociedad y fijar qué sujetos o entidades deben entenderse sometidos a la legislación de un determinado Estado.

La definición de residencia puede diferir dependiendo de la voluntad del legislador o las finalidades que persigan los distintos sectores del Derecho. Aunque respecto de las personas jurídicas –con independencia de la rama jurídica en que nos situemos– suele determinarse a partir de tres tipos de índices que determinan el arraigo de una entidad con el medio en el que se desenvuelve: de carácter temporal, de carácter económico (centro de intereses económicos, posesión de la mayoría de activos en un territorio)⁵ y de carácter jurídico (constitución o registro conforme a las leyes de un determinado país).

Los efectos que se derivan de la residencia o la nacionalidad pueden diferenciarse con más claridad: con carácter general, la nacionalidad determina el vínculo político entre un Estado y una persona física o jurídica, mientras que la residencia, especialmente en el ámbito del Derecho tributario, justifica el poder tributario de un determinado Estado debido al vínculo económico que se genera por la circunstancia de desarrollar su existencia en él⁶. De este modo, ambos criterios se presentan como *expedientes técnicos de Derecho positivo* para identificar la ley aplicable, siendo, en el caso de las personas jurídicas, un vínculo entre un ordenamiento y un contrato de organización como es el contrato de sociedad⁷. Su función consiste en atribuir un régimen jurídico único o ley personal, a través de un punto de conexión adecuado al estatuto personal de las sociedades (capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción)⁸. Atribuir residencia o nacionalidad a las sociedades responde a la pretensión del legislador de igualar a personas jurídicas y físicas con el objetivo de simplificar sus relaciones jurídicas con terceros, entre los que se incluye la Hacienda Pública⁹. Podemos concluir este apartado preliminar recordando que los cri-

⁴ Conceptos que pueden presentar un cierto solapamiento, pero cuyos efectos son diversos. Sobre las diferencias entra la residencia (manifestada a través del domicilio) y la nacionalidad como puntos de conexión, *vid.* COUZIN, R.: *Corporate residence and...* ob. cit., pág. 20. La lectura del artículo 22 del Código Civil pone de manifiesto que este precepto emplea el concepto de residencia para la adquisición de la nacionalidad.

⁵ Como nos recuerda la Audiencia Nacional en Sentencia de 20 de septiembre de 2009, en el ámbito de la residencia de las personas físicas la vinculación económica puede depender de una posición puramente economicista que atienda exclusivamente a los intereses económicos o del concepto «centro de intereses vitales» en base al centro de las relaciones económicas y personales más estrechas. En el ámbito de las personas jurídicas puede traducirse en el lugar donde radique el patrimonio empresarial o donde se obtenga la mayor parte de las ganancias.

⁶ Según indica MARINO, la residencia se refiere a la relación entre una persona y un determinado territorio, la ciudadanía y la nacionalidad, en cambio, son los *status* que expresan una relación de pertenencia a un determinado grupo social, en virtud de la cual «surgen un conjunto de derechos y deberes en cabeza del sujeto». MARINO, G.: «La residencia», en AA.VV. (coord. V. UCKMAR). *Curso de Derecho tributario internacional*. Tecnis, Bogotá, 2003, pág. 218.

⁷ Predicable de la nacionalidad, aunque pensamos que, por sus efectos, también es extensible a la residencia. Utilizando esta expresión GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*. Edersa, Madrid, 2002, págs. 92 y ss.

⁸ Artículo 9.11 del Código Civil (con el mismo contenido el art. 9.1 CC para las personas físicas). Consideramos conveniente que el legislador precise cuáles son los criterios atributivos de la nacionalidad de las sociedades, y la necesidad de que aclare si el planteamiento, que tradicionalmente se ha implantado para las sociedades de capital, puede ser válido para otras formas de organización empresarial como serían los grupos de sociedades.

⁹ En el ámbito de los pronunciamientos del TJCE el apartado 36 de la Sentencia *Saint Gobain*, de 21 de septiembre de 1999 (C-307/97), indica que «respecto a las sociedades, procede señalar, en este contexto, que su domicilio, en el sentido antes

terios para fijar la residencia son básicos a la hora de establecer la tributación de las rentas obtenidas en un determinado país. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que su regulación –contenida en normativa interna e internacional– origina un escenario en el que las disparidades de criterios, terminológicas o interpretativas, pueden generar problemas de alcance y significado diverso (especialmente respecto a la determinación de la soberanía o doble tributación) ¹⁰.

3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESIDENCIA FISCAL DE LAS SOCIEDADES

Procederemos a examinar aquellos criterios que mayoritariamente han sido adoptados por los Estados miembros para determinar la residencia societaria, tomando como referente nuestra legislación fiscal vigente. No obstante, existe una notable convergencia en el uso de criterios de carácter fáctico y legal para precisarla (identificados en el ámbito del derecho internacional tributario mediante las denominaciones *factual test* o *legal test*). Debe criticarse que la determinación de la residencia dependa de expresiones imprecisas o que pueden plantear importantes dificultades de prueba. Los criterios de residencia y territorialidad se vinculan a conceptos generalistas, a veces indeterminados, que imposibilitan la precisión objetiva que el sistema tributario necesita para evitar prácticas que fundamentadas en criterios de interpretación interesados pueden provocar distorsiones al sistema tributario. La divergencia entre los conceptos fiscales y administrativos, por una parte, y la dificultad de concretar los distintos criterios establecidos en las normas tributarias, por otra, incrementa la complejidad señalada.

Ante la indeterminación de dichos criterios es imprescindible remitirse a otros conceptos ya acuñados en otros sectores (Derecho mercantil) para poder precisarlos y delimitarlos. Así, nuestro Derecho tributario ha acogido los criterios tradicionalmente usados para calificar a una entidad como nacional española ¹¹. No procede detenernos en las diferencias entre residencia y nacionalidad, que tradicionalmente han sido utilizadas por el legislador para gravar el beneficio de las personas jurídicas ¹².

La existencia de diferentes nexos –entendidos como *test* en la doctrina de tradición anglosajona– lleva a plantearnos si es realmente necesario un concepto de residencia para las sociedades. La facilidad con que pueden ser manipulados por las sociedades a la hora de establecer su planificación

mencionado, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado (véase la Sentencia *ICI*, antes citada, apartado 20, y la jurisprudencia allí indicada). La Sentencia *ICI* se dictó el 16 de julio de 1988 (C-264/96).

¹⁰ Planteando la eliminación del concepto de residencia societaria, COUZIN, R.: *Corporate residence and...* ob. cit., pág. 266.

¹¹ Ese criterio se introdujo en la Ley 41/1964, de 11 de junio, respecto al Impuesto sobre Sociedades (Impuesto general sobre la renta de las sociedades). Como indica ALBIÑANA era «una novedad en la ordenación de este impuesto, ya que antes se exigía la nacionalidad española y esta dependía, concurrentemente, de que la sociedad se hubiera constituido conforme a las leyes españolas y de que tuviera su domicilio en territorio nacional». Sin embargo, observamos que la distinción puede ser nominal ya que estas características se mantienen actualmente para determinar la residencia. *Vid.* ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, C.: «El impuesto general sobre la renta de sociedades y demás entidades jurídica». *RDFHP*. Edersa, núms. 65 y 66, septiembre-diciembre, 1966, pág. 1.666.

¹² Buena prueba de ello es el artículo 4 del Decreto-Ley de 17 de julio de 1947 que disponía que «a todos los efectos, se podrá considerar como unidad económica la agrupación de entidades, cualquiera que sea su nacionalidad que dependa directa o indirectamente de una entidad española a quien corresponda la administración superior de la agrupación, por disponer del control de la misma a través de la posesión mayoritaria de acciones».

fiscal hace que esta cuestión no deje de estar presente entre algunos autores¹³. Opinamos que no ha sido debidamente cuestionado que los criterios tradicionalmente implantados en la mayoría de ordenamientos –constitución y sede efectiva de dirección, ya sea de manera cumulativa o individualmente– permitan determinar con certeza cuál es la *residencia real* de una sociedad y dan sentido a este concepto. A diferencia de la nacionalidad, la intención del legislador es que los vínculos que incorpora con tal finalidad en su normativa interna tengan la entidad suficiente para justificar la imposición de las rentas obtenidas tanto en el país como también las de fuente extranjera.

Los criterios adoptados en los diferentes Derechos nacionales son numerosos y diversos. Nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la pauta de otros Estados, enumera varios y los tipifica con carácter alternativo. De un examen comparado de las distintas legislaciones pueden citarse los siguientes: la constitución o incorporación, la sede social, la dirección de la sociedad y la dirección efectiva, la dirección central y el poder de control, la oficina principal de dirección, la actividad principal, el control, el domicilio y, finalmente, «otras circunstancias»¹⁴. La Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) acoge los tres primeros que –con carácter único, o conjuntamente con otros– son los más extendidos en nuestro entorno legislativo. Así lo hace en su artículo 8.1, modificado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre. Aunque la modificación no altera la esencia de estos criterios, ya consolidados en las últimas redacciones de la ley reguladora del impuesto¹⁵.

Antes de su examen, debemos recordar que la aplicación de estos criterios se realiza de manera individualizada, es decir, siempre respecto de una concreta sociedad con total independencia de las relaciones de vinculación que esta pueda presentar o de su pertenencia a un grupo de sociedades.

A. Lugar de constitución

Iniciaremos este apartado recordando que algunos ordenamientos prevén este criterio con carácter único o bien acumulativo. En nuestro TRLIS se manifiesta expresamente que el *lugar de constitución de la sociedad* es un criterio determinante de la residencia de las sociedades. Estamos ante un criterio formal y los Estados que siguen el denominado *modelo de constitución o incorporación* –propio de países anglosajones¹⁶– consideran que el ordenamiento aplicable es aquel conforme

¹³ Sobre esta cuestión, ARNOLD, B.J.: «A tax policy perspective on corporate residence». *Canadian Tax Journal*, vol. 51, núm. 4, 2003, págs. 1.559 y ss.

¹⁴ Criterios recopilados por la ponencia general en *vid. AA.VV. (Cahiers de droit fiscal international)*. «The fiscal residence of companies». (Belgium Congress of IFA), vol. 72 a, Kluwer law international, 1987, págs. 118 y ss.

¹⁵ Según este precepto se consideran residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) que se hayan constituido conforme a las leyes españolas. Esta condición hace indiferente la situación de su domicilio y su dirección efectiva; b) que tengan su domicilio social en territorio español. En estos casos dichas entidades se regulan por la normativa española según establece la normativa mercantil; c) que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. En este caso estas entidades deben tener su domicilio en territorio español en cumplimiento de la normativa mercantil, si radica en dicho territorio el principal establecimiento o explotación. A estos efectos, la sede de dirección efectiva es aquel lugar donde se lleve la dirección y control del conjunto de las actividades.

¹⁶ El término *incorporation* debería traducirse en nuestra tradición legislativa como constitución o registro. Se adscriben a este modelo los ordenamientos inglés, norteamericano, suizo u holandés o el sueco. Tomando por ejemplo este último ordenamiento el IS sueco (capítulo 6, sección 3IL) impone la obligación de contribuir por la totalidad de las rentas a las

a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. Ello significa, a efectos prácticos, que el criterio determinante es la voluntad de los socios al poder elegir el estatuto social (*lex societatis*) de la entidad que crean. Sin embargo, la nacionalidad de la sociedad no depende de la autonomía de los socios, que únicamente constituirán la sociedad conforme a un concreto ordenamiento. Pues, si bien es cierto que este modelo se apoya en la autonomía de la voluntad, tan solo el ordenamiento de cada país puede dotar de personalidad a la sociedad y reconocerla como nacional suya¹⁷. A diferencia del *modelo de sede real*, de corte germánico, es totalmente irrelevante el lugar en el que la sociedad tenga su administración o desarrolle sus actividades principales. Para destacar la atracción de la constitución/inscripción como punto de conexión quizás baste acudir a la legislación holandesa que considera, a efectos de la aplicación de los tratados frente a un tercer país, que una sociedad constituida en Holanda con sede en otro país es residente en Holanda¹⁸.

La aplicación del lugar de constitución de las entidades con el objetivo de determinar cuáles son residentes (en muchas ocasiones el legislador también exige que se proceda a la inscripción registral en ese mismo Estado)¹⁹ ofrece ventajas e inconvenientes que han sido debidamente sistematizadas por la doctrina²⁰. Por ello nos limitamos a valorar positivamente que simultáneamente a la constitución de una entidad se produzca una expresa asignación de la ley aplicable, ya que esto supone una mayor seguridad jurídica y una mejor protección de terceros. Aunque la aplicación de este criterio puede llevarnos a la búsqueda de residencias de conveniencia mediante la constitución de una sociedad en el extranjero con el objetivo de eludir las disposiciones del Derecho de sociedades del Estado en el que se encuentra el domicilio social efectivo relativas a la protección de determinados intereses primordiales. Ante esta crítica o recelo por parte de los legisladores y las Administraciones tributarias estamos de acuerdo con JACOBS que lo ciertamente *manipulable* es el propio principio de residencia, por las consecuencias que conlleva, la tributación mundial del sujeto pasivo residente²¹. Esta afirmación nos resulta obvia desde el momento en que el modelo de sede real también admite manipulaciones con el único propósito de conseguir una carga tributaria menor. A pesar de las observaciones realizadas también presenta importantes ventajas como son su simplicidad y menor disparidad interpretativa. Tal vez por ello este criterio ha sido respaldado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (TJCE) en los casos *Überseering* e *Inspire Art* cuyos fallos lo confirman como método para evitar obstáculos al libre establecimiento de las empresas dentro de la Unión Europea.

sociedades constituidas en su territorio. En este sentido son residentes las sociedades constituidas y registradas en Suecia con independencia del Estado desde donde se realice la dirección efectiva o del país donde residan los accionistas.

¹⁷ Estamos de acuerdo con PRETEL en que la voluntad de los socios puede, a lo sumo, elegir los factores que de modo mediano determinarán la nacionalidad de una sociedad (fijación del domicilio, inscripción en un determinado registro...). Vid. PRETEL SERRANO, J.J.: «Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXX, vol. I, 1991. Incidiendo en el problema planteado BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *La transferencia internacional de sede social*. Aranzadi, Derecho de sociedades, Pamplona, 1997, págs. 50 y ss.

¹⁸ Vid. VAN GENNEP, C.: «Dual-resident companies: The second sentence of article 4(1) of the OECD Model convention of 1977». *European taxation*, IBFD, mayo, 1991, págs. 141 y ss. Sobre el problema de la residencia dual en Derecho tributario, VAN RAAD, K.: «Dual residence». *European taxation*, IBFD, agosto, 1998.

¹⁹ De este modo el legislador exige que la sociedad se haya constituido en el Estado donde tenga su sede estatutaria (incorporación).

²⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho de sociedades...* ob. cit., págs. 52 y ss.

²¹ Vid. JACOBS, O., SPENGLER, C. y SCHÄFER, A.: «ICT and international corporate taxation: tax attributes and scope of taxation». *Intertax*, núms. 6-7, 2003, pág. 226.

B. Sede social

Como punto de partida y debido al enfoque de este artículo conviene recordar que el TJCE ha considerado que la sede social de las sociedades «sirve como punto de conexión con el sistema legal de un Estado en particular, del mismo modo que la nacionalidad en cuanto a las personas físicas»²². La sede social puede configurarse como un requisito más a la hora de determinar la residencia de las sociedades o, en ocasiones, como la condición que el legislador contempla para determinar qué sociedades son residentes. Ambas posibilidades han sido recogidas en nuestro ordenamiento como ponen de manifiesto tanto el vigente TRLIS como la derogada Ley 40/1979, de 10 de diciembre, que en su artículo 4 consideraba residentes en España a las personas físicas domiciliadas en territorio español o que residan principalmente en España y a las personas jurídicas con el domicilio social en España²³.

Ante la ausencia de precisión en las normas tributarias, debemos acudir al Derecho privado (arts. 9.11 y 28.1 CC, 5 y 6 LSA y, finalmente, 7 LSL²⁴) para entender qué se entiende por sede social²⁵. De la lectura de estos preceptos podemos realizar los siguientes comentarios: nuestra legislación no acepta la exclusividad de la conexión por constitución y, en segundo lugar, la nacionalidad²⁶ se determina conforme a la sede social de la entidad que, en cualquier caso y como requisito indispensable, debe radicar en territorio español. El legislador impone la necesidad de que la sede radique en nuestro territorio y que las sociedades deban constituirse conforme a la legislación española. Por norma general, las entidades tienen su domicilio social en el país de constitución.

Por lo tanto, el concepto de sede social enlaza con la idea de vínculo que recoge el TJCE cuando indica que esta es un vínculo que sirve para conectar a la sociedad con el sistema legal de un determinado Estado, como ocurre con la nacionalidad en el caso de las personas físicas²⁷. Esta exigencia queda

²² Línea jurisprudencial que se confirma en la Sentencia *Hoesch v. Inland Revenue* de 8 de marzo de 2001 (C-410/98).

²³ Norma que regulaba el régimen jurídico de control de cambios, modificada por Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, que elevó el rango de la norma por exigencias constitucionales y derogada por Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales con excepción del capítulo II.

²⁴ Preceptos que presentan el mismo contenido. Nos remitimos al tenor de la LSL que fue aprobada con posterioridad: «Domicilio. 1. La sociedad de responsabilidad limitada fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en el que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el lugar en que radique su principal establecimiento o explotación. 2. En caso de discordancia entre el domicilio que conste en el Registro y el que correspondería conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos».

²⁵ A diferencia del Derecho tributario alemán que en el parágrafo 11 de la Ordenanza Tributaria define el concepto de sede (*Sitz*) haciendo referencia a la sede social (lugar determinado por la ley, el contrato social, los estatutos, el negocio fundacional u otra disposición semejante). Como veremos más adelante, el precepto no hace referencia a la dirección de los negocios porque el ordenamiento privado alemán no permite la discordancia entre la sede social y la sede de dirección efectiva. En nuestra lengua puede consultarse la magnífica adaptación realizada por PALAO TABOADA, C.: *Ordenanza tributaria alemana*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, pág. 61. Algunos autores entienden que la sede de las personas jurídicas regulada en el parágrafo 11 de la Ordenanza tributaria alemana (*Sitz*) se corresponde con el de residencia habitual de las personas físicas (*Wohnsitz*) regulado en el parágrafo 8 de la citada norma. La sede social en Alemania implica la responsabilidad tributaria ilimitada según impone el parágrafo 1.1 de la KStG. Vid. DJANANI, C. y BRÄHLER, G.: *Internationales Steuerrecht*. Gabler, Wiesbaden, 2004, pág. 12.

²⁶ El Código Civil sigue el criterio de la nacionalidad para determinar la *lex societatis* (en su art. 9.11.1.º establece que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es determinada por su nacionalidad).

²⁷ Vid. la resolución al asunto *Comisión vs. Francia* (C-270/83) DOCE 273, 1986, párrafo 18.

claramente patente en la excepción prevista en la regulación de las sociedades anónimas y las sociedades limitadas²⁸. Son varios los preceptos del ordenamiento privado que determinan qué sociedades tienen nacionalidad española, pero ninguno determina cuál será la nacionalidad de las que no lo sean. De este modo utiliza una técnica unilateral que complementa con el reconocimiento automático de las sociedades que han sido válidamente constituidas conforme a su *lex societatis*. Los preceptos arriba reseñados dejan claro que se considerará como sociedad extranjera aquella que debe su existencia a otro ordenamiento jurídico o la que se constituya en España pero fije su sede de dirección efectiva en el extranjero²⁹.

Aunque nuestro sistema no se decante de manera expresa por el criterio de sede real³⁰ y lo haga por el de «constitución-domicilio»³¹, no podemos obviar que se produce un cierto paralelismo o convivencia entre la sede de dirección y la constitución o registro. Nuestro ordenamiento exige dos elementos para determinar que una sociedad es española: la constitución conforme al Derecho español y que, además, tenga su domicilio en España. Nos encontramos pues, por un lado, ante la necesidad de precisar el domicilio social, dato que, debido a su importancia, se salvaguarda legalmente con la pretensión de que el domicilio registral coincida con el real o efectivo³² y, por otro lado, la constitución conforme al Derecho español exige que el domicilio esté en nuestro territorio³³. Lo que acabamos de afirmar no implica que una sociedad constituida bajo otro ordenamiento, pero que tenga su sede social en España, no posea la nacionalidad española puesto que esta sería otorgada por razón de su domicilio en nuestro territorio. Esta concesión se realiza independientemente de que dicha situación pueda suscitar un conflicto entre dos Estados que utilicen modelos contrapuestos, como analizaremos al referirnos a la transferencia internacional de sede. Por lo tanto, que las sociedades españolas deban fijar su domicilio en España es un requisito material que se utiliza para determinar si ha sido válidamente constituida. Para resolver esta cuestión es necesario conocer con carácter previo si la sociedad debe someterse o no al Derecho español, circunstancia que depende de que se cumplan las condiciones

²⁸ Según los artículos 5.2 de la LSA y 6.1 de la LSRL, una entidad acogida a uno de estos tipos societarios se considerará de nacionalidad española cuando tenga su domicilio en territorio español «cualquiera que sea el lugar en que se hayan constituido».

²⁹ Conclusiones que podemos extraer de los artículos 28 del Código Civil y 15 del Código de Comercio.

³⁰ Para GARCIMARTÍN la lectura precipitada de ciertos artículos, especialmente el 5.2 de la LSA y 6.2 de la LSRL, puede llevar a entender que el legislador ha preferido un modelo de sede real. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho de sociedades...* ob. cit., pág. 299.

³¹ Véase por todos SÁNCHEZ CALERO, F.: «La nacionalidad de la sociedad anónima». *Revista Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 1, 1996, pág. 46. Este autor acoge la doctrina establecida por GARRIGUES que GARCIMARTÍN considera superada cuando entiende que el Derecho positivo español responde a un modelo de constitución donde la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. En la defensa de este modelo hace referencia a los autores que tradicionalmente han defendido que el Derecho español no responde a este criterio. *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho de sociedades...* ob. cit., págs. 292 y ss.

³² Completando el contenido del artículo 28 del Código Civil, el artículo 40 del Código Civil impone a los socios la obligación de ubicar el domicilio en el lugar donde se halle establecida la representación legal o donde se ejerzan las principales funciones de la sociedad. La necesidad de que los socios no designen libremente el domicilio y este responda al principio de veracidad viene corroborada por los artículos 6.2 de la LSA y 7.2 de la LSL que asumen la jurisprudencia anterior a la aprobación de estas normas donde se establecía la presunción *iuris tantum* de identidad entre el domicilio registral y real, la inoponibilidad a terceros en caso de inexactitud y el derecho de elección de los terceros en casos de discordancia entre domicilio real y registral (entre otras, SSTs de 7 de enero de 1954, de 10 de junio de 1958, de 30 de marzo de 1963 y de 19 de diciembre de 1983).

³³ Estamos de acuerdo que tanto para la Administración tributaria como para los obligados tributarios resulta especialmente difícil probar que el lugar de dirección de la empresa no se corresponde al de su sede social. Situación que sería en todo caso obvia para aquellos supuestos en que la empresa no disponga de personal en el lugar asignado como sede social. *Vid.* SCHUHMAN, H.: *Die Organshaft: Köperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Einzelne Steuern*. Erich Schmidt Verlag, Bielefeld, 2001, pág. 24.

intrínsecas exigibles por el modelo adoptado, en nuestro caso, el de sede real. Resulta evidente que en el momento de determinar el estatuto personal de la sociedad, el legislador exige que la dirección del conjunto de las actividades que desarrolla la sociedad radique en España³⁴. Por ello, valorando conjuntamente el desarrollo normativo de la constitución y la sede social debemos prestar atención a la paradoja de que no sean españolas aquellas sociedades constituidas conforme a Derecho extranjero con la sede real en España ni tampoco aquellas que constituidas conforme al ordenamiento español tengan su domicilio en el extranjero. Estas hipotéticas situaciones pueden llevar, según el parecer de FERNÁNDEZ DEL POZO, a resultados contrarios a las intenciones de las normas³⁵.

Por lo tanto, hay que determinar dónde se adoptan los acuerdos o las decisiones cotidianas de administración por parte de los órganos sociales o dónde se lleva la contabilidad o la contratación ordinaria, circunstancia que nos sitúa ante el criterio que a continuación analizaremos. Cuando la sede social no se corresponda con el lugar donde se realiza la efectiva dirección se atenderá a los hechos que permitan concretar el lugar en que se realice dicha gestión o dirección y, si esta presunción fallase, se entenderá que la entidad tiene el domicilio fiscal donde radique el mayor valor del inmovilizado. Con estos parámetros se pretende evitar cualquier manipulación de este criterio que se traduciría en la práctica de establecer un centro directivo que no se corresponda con la realidad, situación que quedaría confirmada cuando este difiera notoriamente del lugar donde se realizan los negocios o donde está el inmovilizado de la empresa. En todo caso, entendemos que al tener carácter presuntivo, será la prueba de la realidad fehaciente de la empresa y su actividad empresarial la que deberá determinar cuál es el Estado o lugar donde la sociedad tiene su residencia.

Entendemos que el domicilio social en el territorio de un determinado Estado es un requisito para fijar la residencia de un sujeto y que, en el caso de nuestras leyes, exige una conexión entre la sede social y el territorio. De este modo, el domicilio social será aquel que se contemple en los estatutos sociales que, además, debe ser el lugar desde donde se realice la verdadera actividad de la sociedad respecto a terceros³⁶. En el supuesto de que no coincidan deberá prevalecer la sede real o de hecho, desde donde se ejerce el control y adoptan las decisiones con independencia de que esa no sea la sede estatutaria³⁷.

C. Dirección efectiva

El tenor literal de nuestro artículo 8.1 es un buen punto de partida para ilustrar el escenario de indeterminación que queremos analizar. Este dispone que «una entidad tiene su sede de dirección

³⁴ La utilización del domicilio fiscal como punto de conexión en los tributos cedidos sigue planteando importantes problemas que afectan al reparto del poder tributario entre las comunidades autónomas. La derogada Ley 21/2001, de 27 de diciembre, imponía que en el domicilio social estuviese efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios (art. 21).

³⁵ Sobre los distintos tipos de interpretaciones que pueden realizarse al artículo 5 de la LSA basadas en el Derecho comparado, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El traslado internacional de domicilio de la sociedad europea». *Revista de derecho mercantil*, núm. 250, octubre-diciembre, 2003, págs. 1.500 y ss.

³⁶ Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1957.

³⁷ Opinión vertida por MALHERBE, J.: *Droit fiscal international*. Maison Larcier, Bruselas, 1994, pág. 56. En el Derecho tributario alemán el lugar desde el que se ejerce la dirección es determinante en aquellos supuestos en los que estatutariamente falte o no se determine una sede. *Vid.* BIRK, D. Comentario al parágrafo 11, en HÜBSCHMANN, HEPP y SPITALER. *AGO(FGO) Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung Kommentar*. Otto Schmidt, Köln, 1995 (número marginal 18).

efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades». Por otro lado, este factor requiere una mayor atención por su implantación en el derecho internacional y las complejidades interpretativas que presenta. En la práctica las administraciones tributarias recurren únicamente a su derecho nacional para fijar la sede de dirección efectiva³⁸. Tal vez por este motivo este nexo ha sido rebatido por la doctrina internacional más cualificada³⁹. La falta de armonización o unificación de criterios para interpretar o aplicar el criterio de sede de dirección efectiva es mayor que los dos anteriores. Ello se debe a su carácter eminentemente fáctico, originando una amplia y problemática casuística a la hora de delimitar o determinar el territorio donde se encuentra la administración y gestión de la entidad o el lugar en el que se decide su política principal⁴⁰. En cualquier caso nos referimos a una sede real que, como apunta AVERY JONES, nos sitúa ante la posibilidad de que más de un Estado miembro considere que la sociedad tiene su dirección efectiva o su dirección central y de control en su territorio. Como ya ha quedado claro, la determinación de estos criterios es, en muchas ocasiones, circunstancial⁴¹.

Según disponen nuestras normas tributarias, la dirección efectiva permite determinar la residencia de las sociedades, pero también el domicilio tributario, que con carácter prioritario será el lugar del domicilio social siempre que desde este se centralice la gestión administrativa y la dirección de las actividades de la sociedad⁴². La inclusión de este criterio se correspondería con el *modelo de la sede real*, que ilustra la pretensión del legislador de aplicar el ordenamiento jurídico del Estado donde la sociedad despliega mayoritariamente su actividad⁴³. Por lo tanto, la *lex societatis* será el ordenamiento del Estado en cuyo territorio se localiza la sede real, independientemente de que se haya constituido conforme a la ley de dicho Estado. La vía para conseguir este resultado no es única ni uniforme, ya que los ordenamientos han adoptado criterios diversos en la concreción de los ele-

³⁸ El Derecho comparado nos ofrece diversas denominaciones. Por ejemplo, en las legislaciones de influencia anglosajona se utiliza el término «place of central management and control» y en Alemania se ha optado por el concepto de «Ort der Geschäftsführung».

³⁹ HINNEKENS, L.: «Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule», *Intertax*, volumen 31, 2003, pág. 314.

⁴⁰ RAMALLO afirma acertadamente que entre los distintos criterios para determinar la residencia tributaria puede resultar especialmente conflictivo el relativo a la sede de dirección efectiva, puesto que nos encontramos ante un concepto o realidad compleja con un alto grado de subjetivismo a la hora de concretarlo. Este autor apunta como posible efecto el hecho de que varias Administraciones tributarias consideren que una entidad tiene su sede de dirección en su territorio. RAMALLO MASSANET, J.: «La directiva relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales. La experiencia española». *Revista de información fiscal*, núm. 43, 2001, pág. 43.

⁴¹ Vid. AVERY JONES, J.: «Place of effective management as a residence tie-breaker». *Bulletin for fiscal documentation*, IBFD, vol. 59, núm. 1, enero, 2005, pág. 20.

⁴² Nos parece correcta la opinión del *Inland Revenue* cuando considera que la sede, entendida como el lugar de control y dirección, no puede asociarse al lugar de reunión de los consejeros, si esta tiene un carácter meramente formal. En este caso primaría la residencia individual de los distintos consejeros (*individual directors*). Vid. DAVIES, D.: *Booth: Residence, domicile and UK taxation*. Tolley-Lexis Nexis, 2002, págs. 120 y ss.

⁴³ Opinando como GARCIMARTÍN, no se puede plantear ni pretender la generalización del modelo de sede real como medida para proteger a los acreedores sociales. Pues si bien es cierto que la proximidad puede ser un elemento a tener en cuenta la protección de los acreedores sociales, este no puede ser suficiente para pretender instaurar el modelo de sede real. De la lectura de la Sentencia *Centros* y respecto a un posible interés general, este autor indica que la protección del interés de los terceros no es una razón apropiada para establecer el modelo de sede real (*Sitztheorie*), admitiendo que, a lo sumo, podría justificar ciertas restricciones al modelo de constitución/incorporación. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «La sitztheorie es incompatible con el Tratado CE (algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)». *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, abril-junio, 1999, pág. 673.

mentos fácticos que implican la existencia de sede real. El propio Derecho mercantil demuestra que no es indiferente el lugar donde se establece o radica la sede de la sociedad, ya que se exige que exista una correlación entre el centro principal de intereses o actividad y la sede social⁴⁴. En la esfera del Derecho tributario los artículos 48 de la Ley General Tributaria (LGT) y 8.1 del TRLIS apuntan como dato decisivo para determinar la residencia y el domicilio fiscal de las personas jurídicas el lugar donde efectivamente radiquen la gestión administrativa y la dirección de sus negocios en España. Estos dos criterios, gestión y dirección, pueden diferenciarse y son autónomos, aunque a lo largo de nuestra exposición los utilizaremos de manera conjunta haciendo referencia a la sede de dirección efectiva, pues entendemos que son complementarios para el desarrollo de la actividad empresarial⁴⁵.

De los tres criterios que establece el artículo 8.1 del TRLIS con el objetivo de determinar la residencia entendemos que es el último, el de la sede de dirección efectiva, el que tiene una relevancia superior. Los dos primeros, constitución y sede social, atienden a motivos de carácter formal y quedan subordinados a la voluntad de los socios de la empresa. Mediante la inclusión de este último criterio el legislador pretende vincular la residencia a la sede real, que suele identificarse con la administración central o lugar donde se toman las decisiones sociales y se desarrolla la dirección y administración de la empresa (*place of central administration, der effektiver Verwaltungssitz*). Como alternativa a considerar, también se identifica la sede real con el lugar donde la sociedad tiene su centro principal de actividades (*lieu d'exploitation*). Entre estos dos elementos, de carácter fáctico, GARCIMARTÍN –defensor de la doctrina alemana de la sede– destaca la preferencia de *lege ferenda* del primer nexo⁴⁶.

El manejo de estos conceptos (sede social, domicilio fiscal, sede de dirección...) debería someterse a una mayor precisión, pues no siempre podrán utilizarse indistintamente cuando se quiera delimitar la residencia. Un claro ejemplo lo encontramos en la distinción conceptual que puede establecerse al utilizar con rigor los criterios de sede social y sede real o de dirección efectiva. Estos pueden no coincidir y estar ubicados en países diferentes hasta el punto de que la sede social no tiene por qué coincidir con el territorio del Estado cuya legislación ha sido utilizada para constituir a la sociedad.

Frente a esta aparente diversidad conceptual, procederemos a explicar cuáles de estas circunstancias o criterios son relevantes en el ordenamiento tributario y, específicamente, cómo se resuelve la cuestión respecto a las entidades sujetas al IS español⁴⁷. La ley española, aceptando ambas soluciones en los distintos supuestos que establece, otorga prioridad al aspecto institucional y dinámico

⁴⁴ Esta influencia tiene por efecto que si el principal establecimiento o explotación se localiza en España, el domicilio social *deberá* estar en nuestro país (arts. 5.2 LSA y 6.2 LSL). Esta exigencia permite cuestionar la compatibilidad de tales preceptos con la normativa comunitaria.

⁴⁵ Así lo considera NAVARRO FAURE para quien la finalidad de la gestión administrativa, entendida como burocracia, es aplicar las decisiones emanadas del ejercicio de la dirección. De este modo la gestión puede entenderse como una mera consecuencia de la dirección o como una actividad necesaria para completarla y hacerla efectiva. NAVARRO FAURE, A.: *El domicilio tributario*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, pág. 100. Contrario a esta opinión BAENA considera que estos conceptos no deben identificarse ya que la gestión administrativa supone el ejercicio de la alta dirección y la dirección es el control administrativo ejercido por el consejo de administración. BAENA AGUILAR, A.: *El domicilio tributario en derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 110 y ss.

⁴⁶ Recogiendo tal sentir como mayoritario entre la doctrina y, especialmente, la alemana. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *Derecho de sociedades...* ob. cit., pág. 67.

⁴⁷ Sobre la naturaleza jurídica del domicilio fiscal y los requisitos que debe reunir según el ordenamiento positivo (necesario, único, general y real o efectivo), nos remitimos a BAENA AGUILAR, A.: *El domicilio tributario...* ob. cit., pág. 119 y ss.

(lugar efectivo de la actividad de los órganos de dirección y gobierno) frente a los criterios estáticos o contractuales. De las distintas circunstancias previstas en el TRLIS, se configura como eje central el gobierno de la sociedad, por lo tanto, el lugar desde donde se realiza la administración y gestión. El criterio de la sede de dirección efectiva en nuestro país, opción que supone la dirección y el control de sus actividades radica en nuestro territorio ⁴⁸, pone de manifiesto las deficiencias que plantean este extendido criterio que al ser tan extensivo e indeterminado puede plantear problemas de interpretación y una frecuente superposición de ordenamientos, sobre todo en presencia de operadores que presenten una estructura organizativa compleja o intereses internacionales ⁴⁹.

El problema hipotético que se puede plantear es una situación en la que existan distintos centros de explotación y dirección (especialmente tras las facilidades de descentralización que permiten los nuevos medios tecnológicos). Ante este escenario cabe profundizar en la verificación de ese dato, o plantear soluciones alternativas, para establecer la residencia societaria y, por ende, el domicilio de una sociedad en un determinado Estado. En estos supuestos, y cuando la pluralidad de centros de actividad y explotación dificulte la localización del *hecho directivo* ⁵⁰, intervendrán criterios reales o de carácter patrimonial. En último extremo será el lugar donde radique la mayor parte del inmovilizado donde se considerará que la sociedad tiene su domicilio social y, por consiguiente, su residencia, salvo que se acuda con tal intención al lugar de constitución de la sociedad. Esta posibilidad nos recuerda que no existe ningún tipo de exclusión o prelación entre los criterios anteriormente comentados.

No resulta nada desdeñable el problema de valorar el *hecho directivo* ⁵¹. Sobre este aspecto parece claro que una reunión anual de accionistas pueda ser tenida en cuenta a la hora de determinar

⁴⁸ Atendiendo al *case law* del Reino Unido, SQUIRES entiende que el control no exige unos mínimos de actividad (*active involvement*) pudiendo ser ejercido incluso «de manera tácita a través de una supervisión pasiva». SQUIRES, M.B.: *Tax planning for groups of companies*. Butterworths, London, 1990, pág. 291.

⁴⁹ Insistiremos posteriormente en esta cuestión. Resulta interesante el caso de la autoridad tributaria francesa que establece un tratamiento tributario especial para la calificación de las sedes de dirección de multinacionales en Francia (*headquarters*). Vid. ANDERSON, J.: «French headquarters and investment incentives: a comparative analysis». *Bulletin for international fiscal documentation*, IBFD, septiembre, 1995, pág. 417; LONG, Y.: «Corporate headquarters in France». *Intertax*, núm.8-9, 1991, págs. 421 y ss.

⁵⁰ Los artículos 22 y 23 del derogado RIS (Decreto 2631/1982) combinaban una serie de factores que permitían dilucidar cuando existía un efectivo centro de dirección. Criterios que podríamos criticar por ser excesivamente indeterminados, ya que se acudía a conceptos como contratación general de la empresa, mayor cifra relativa de negocios, contabilidad principal, número adecuado de gerentes. El artículo 22 del RIS precisaba que «se entenderá como lugar en el que está centralizada la gestión administrativa y la dirección de los negocios aquel en que concurren las siguientes circunstancias: a) Que exista en él una oficina o dependencia donde se verifique normalmente la contratación general de la entidad, sin perjuicio de la propia y característica de las sucursales y de la que pueda desarrollarse en otros lugares, dada la naturaleza de las actividades ejercidas. b) Que en él, o en oficinas habilitadas al efecto en el territorio a que se extienda la competencia de la misma delegación de Hacienda, se lleve de modo permanente la contabilidad principal, con el desarrollo, justificantes y antecedentes precisos para poder verificar y apreciar en debida forma todas las operaciones sociales. c) Que dentro del repetido territorio estén domiciliados fiscalmente administradores o gerentes de la entidad en número adecuado para que sea fiscalmente ejercida la dirección de los negocios sociales». Paradójicamente, restando seguridad jurídica, el Reglamento que lo sustituyó, aprobado por Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, no contenía ningún precepto de similares características.

⁵¹ Al respecto puede resultar interesante destacar la normativa del IS austriaco (secc. 6 KStR) indica explícitamente que el lugar de dirección efectiva se encuentra en el lugar donde se realiza la dirección estratégica (por ejemplo donde se toman los acuerdos decisivos) y no en el lugar donde se realiza la gestión ordinaria de la empresa (*day-to-day management*). Vid. ZÖCHLING, H., HASENAUER, C., WIESNER, W. y UNGER, C.: «Taxation of companies in Austria». *Bulletin for international fiscal documentation*, IBFD, vol. 58, agosto-septiembre, 2004, pág. 400.

el Estado en el que se lleva a cabo esa dirección real y de carácter efectivo, sin embargo, la posible dualidad entre decisiones comerciales y decisiones empresariales o una estructura compleja pueden dificultar notoriamente la apreciación de este hecho⁵². Y utilizamos este término en singular porque entendemos –al igual que el art. 4.3 del MCOCDE– que dicho criterio está pensado para determinar un único lugar como centro desde el que se realiza la más alta dirección. Es por ello que debe ponerse en duda su efectiva aplicabilidad cuando la dirección de la empresa se desarrolle de manera descentralizada⁵³.

Los criterios que las distintas legislaciones puedan establecer carecen de toda virtualidad si no informan de la verdadera relación entre una sociedad y un determinado Estado, mostrándose ineficaces cuando los operadores jurídicos puedan deslocalizar con facilidad su presencia o actividades. La sede de dirección efectiva puede ser primordial para determinar el Estado donde se encuentra la residencia real de la sociedad. Especialmente llegaremos a esta conclusión cuando el lugar de constitución deba ser el mismo que el del domicilio social que, a su vez, deberá radicar en el lugar donde se ejecuta la dirección y el control del conjunto de sus actividades.

Es precisamente esta situación la que determina cuál es la sede de dirección efectiva que, para VOGEL, es el lugar en el que las decisiones más importantes y de más alto nivel son dadas o adoptadas frente al posible lugar en el que las decisiones son ejecutadas o tienen efecto⁵⁴, porque en definitiva puede existir una dirección fragmentada y distribuida en distintas funciones y ubicaciones, sin embargo, solamente puede existir un único lugar de dirección efectiva⁵⁵.

⁵² Estamos de acuerdo con BIRK que es imprescindible determinar cuáles de las distintas decisiones conjuntas contienen la voluntad decisiva (*massgebende Wille*) de la empresa o sociedad. Este autor entiende que dicha voluntad se encuentra en aquellas decisiones que constituyen el desarrollo normal y corriente de los negocios. *Vid.* BIRK, D.: «Comentario al párrafo 10», en AA.VV. HÜBSCHMANN, HEPP y SPITALER. AGO (FGO) *Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung Kommentar*. Otto Schmidt, Köln, 1995. (número marginal 15).

⁵³ Según los comentarios al MCOCDE, sería el lugar donde se realiza la dirección clave o principal (*key management*) y se toman las decisiones comerciales más relevante y necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial. Este lugar se entiende que radica donde se reúne el consejo de administración, o desde donde se toman las decisiones de actuación global de la empresa. Este comentario es consciente del análisis caso por caso e incluso se ha planteado suprimir las pautas propuestas («Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention». Discussion Draft de 27 de mayo de 2003). Es interesante poner de manifiesto la observación que hace el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE cuando al analizar los problemas surgidos de la aplicación del artículo 5 del MCOCDE indica que el lugar previsto para determinar la existencia de un establecimiento permanente debe distinguirse del lugar o sede de dirección efectiva ya que este es siempre único mientras que una sociedad puede tener distintas sedes de dirección (*place of management*). OCDE. «Issues arising under article 5 (permanent establishment) of the model tax convention». *2002 Reports related to the OECD model tax convention*. OCDE, París, 2003, punto 36, pág. 86.

⁵⁴ En el texto original el propio profesor VOGEL lo destaca de la siguiente manera: «Entscheidend ist dabei nicht der Ort, an dem geschäftsleitende Anordnungen wirksam, sondern der, an dem sie gegeben werden». Generalmente este lugar se corresponde con el lugar donde el Presidente o Director (*Geschäftsführer/ top manager*) tiene sus oficinas. VOGEL y LEHNER.: *DBA. Doppelbesteuerungsabkommen*. C.H.Beck, München, 2003, págs. 464 y ss. (art. 4; com. 113).

⁵⁵ En un caso de yuxtaposición de criterios y de residencia dual la función del apartado 4.3 es determinar que solo exista una única residencia bajo el amparo de las leyes de uno de los Estados contratantes. VOGEL pone de manifiesto que frente al término *place of management* del artículo 4.1 del MCOCDE, que se refiere a la legislación doméstica, el término *place of effective management* (en la versión oficial francesa *siège de direction effective*) usado en el apartado tercero debe interpretarse de manera autónoma. Considera este autor que ante las dificultades para su determinación no debe identificarse con la sede social (*Satzungsmässigen Sitz*). En el supuesto de que no pueda determinarse el centro de dirección se atenderá a las circunstancias fácticas. El autor pone de manifiesto que el término usado en la Ordenanza Tributaria

Los criterios que van a determinar cuándo una sociedad tiene la sede de dirección efectiva en un determinado país suelen tener un carácter fáctico⁵⁶. En este sentido la ley no suele determinar qué se entiende por tal, como ocurre en la legislación Suiza que ha tenido que esperar una resolución basada en los concretos hechos que caracterizan el caso para determinar que el factor relevante es la dirección diaria (*common management*) frente a la ejecución de los actos administrativos. En este fallo el Tribunal presta atención a todos aquellos hechos que considera predominantes en la dirección efectiva cuando se realiza en distintos lugares⁵⁷.

La tarea de determinar la sede de dirección efectiva cobra especial importancia en el ámbito de los tratados de doble imposición. En el ámbito de la Unión Europea, el TJCE ha manifestado que, ante la ausencia de armonización y normas comunes, los Estados miembros, que tienen competencia para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de suprimir, llegado el caso mediante acuerdos, la doble imposición. Ante este problema el TJCE es consciente de que las diferencias existentes en torno a la residencia son fruto de «la competencia atribuida a las partes contratantes para fijar los criterios de reparto entre ellas de su poder tributario»⁵⁸.

Como veremos más adelante, el resultado de esta casuística son los casos de residencia dual que se resuelven, según el artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE), considerando a la sociedad residente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva.

También tiene especial trascendencia para los grupos europeos, especialmente cuando se pretende vincular a la sociedad dominante con una determinada soberanía fiscal. En este sentido cabe distinguir la sede del grupo del lugar en el que cada una de las sociedades que lo integran tiene su propia dirección de los negocios⁵⁹. Ante la posible confluencia de diferentes Estados, entendemos acertado que todas las sociedades del grupo se sometan a los mismos criterios para determinar su residencia⁶⁰. Este contexto y este tipo de estructuras empresariales son las que especialmente requieran soluciones en soluciones comunes, o de alcance comunitario, para evitar los posibles problemas que genera la superposición de ordenamientos.

ria (*Ort der Geschäftsleistung* en el parágrafo 10) es muy similar al del Convenio (*Ort der tatsächlichen Geschäftsleistung*) y que el primero ha sido tradicionalmente definido conforme a condiciones fácticas de quien ejerce esa dirección (como indica la Corte fiscal federal: «Ort an dem die grundlegenden Leitungs- und kaufmännischen Entscheidungen... im Wesentlichen getroffen werden»). VÖGEL y LEHNER: *DBA. Doppelbesteuerungsabkommen...* ob. cit., págs. 464 y ss. (art. 4; coms. 107, 112 y 113). Sobre la equiparación conceptual entre el concepto de la Ordenanza tributaria, el MCOCDE y el Derecho Societario (*effektiven Verwaltungssitzes*), SCHEUNEMANN, M.P. *Grenzüberschreitende konsolidierte Konzernbesteuerung*. Otto Schmidt, Köln, 2005, pág. 76.

⁵⁶ Sobre las distintas funciones que se realizan desde la sede principal de las empresas multinacionales, BUHL, H.P. *Europäische Konzernverwaltungsstellen (European Headquarters)*. Nomos, Baden-Baden, 1993, págs. 19 y ss.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Federal Supremo de 4 de diciembre de 2003 comentada en STORCKMEIJER, A.: «Effective place of management of foreign companies in Switzerland: Judgement Rendered». *Tax Planning International Review*, núm. 8, 2004, págs. 13 y ss.

⁵⁸ Así en la Sentencias del TJCE *Gilly* de 12 de mayo de 1998 (C-336/96, ap. 24 y 30) y *Saint Gobain* de 21 de septiembre de 1999 (C-307/97, ap. 56 y 57).

⁵⁹ Desde cuya sede no solo controla y vigila a las dependientes, sino que además emite las decisiones necesarias para la política diaria de las empresas. BIRK, D.: *Comentario al parágrafo 10*, en HÜBSCHMANN, HEPP y SPITALER. *AGO (FGO) Abgabenordnung...* ob. cit. (número marginal 19).

⁶⁰ En defensa de esta uniformidad, MCINTYRE, M.J.: «Determining the residence of members of a corporate group». *Canadian Tax Journal*, vol. 51, núm. 4, 2003, pág. 1.571.

4. LA RESIDENCIA DE LAS SOCIEDADES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN ANTE LA DIVERSIDAD DE CRITERIOS VIGENTES

La cuestión de la residencia es uno de los aspectos más significativos a la hora de demostrar que las normas tributarias aparecen claramente impregnadas por la territorialidad. Ese aspecto espacial se convierte en un elemento del hecho objeto de gravamen regulado por las disposiciones de un concreto ordenamiento jurídico. En el plano internacional y comunitario, los puntos de conexión determinan el poder tributario de un Estado y, a su vez, lo delimitan respecto al que puedan ostentar los restantes⁶¹. La resolución del caso *Amid* recoge con claridad la fricción y los problemas en el reparto de poder tributario que actualmente existen en el contexto político y legislativo de la Unión Europea. En su fallo el TJCE manifiesta, tras el análisis en otros casos de los problemas que supone la aplicación de criterios distintos a la hora de determinar la residencia⁶², que la residencia fiscal es un punto de conexión entre el contribuyente y un Estado.

Las complicaciones que presenta determinar y definir la residencia ha generado debate sobre su posible supresión, frente a esta posibilidad estamos de acuerdo con la opinión de ARNOLD que justifica su existencia en la circunstancia de que la residencia de las sociedades es la pieza que permite sustentar los acuerdos internacionales sobre la atribución de la potestad tributaria que tradicionalmente han suscrito los distintos Estados⁶³. En este sentido, si el argumento para defender la ineficacia de este concepto es su fácil manipulación por parte de los operadores jurídicos, cabe pensar que es el propio ordenamiento el que debe delimitar con precisión su alcance y significado, además de establecer medidas complementarias que puedan dejar sin efectos cualquier acción de localización ficticia⁶⁴.

⁶¹ Obviamente en el plano interno determinarían a qué ente público territorial le corresponde el gravamen de un determinado impuesto.

⁶² Nos referimos a los casos *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* o *Inspire Art*. En este último, confirmando el giro jurisprudencial que se produjo en *Centros*, interpreta que los artículos 43 y 48 del TCE se oponen a que se le deniegue la capacidad jurídica a una sociedad que constituida conforme a la legislación de un Estado miembro, en cuyo territorio se encuentra su domicilio estatutario, traslade su domicilio social efectivo a otro Estado que no la reconocería. La libertad de establecimiento obliga al Estado donde se traslada la sede a aceptar la capacidad que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado de constitución. Esta línea jurisprudencial queda ratificada por el TJCE en el caso *Inspire Art* (C-167/01, de 30 de septiembre de 2003) siendo esta sucesión de fallos «una revolución en el Derecho de sociedades cuyos efectos no pueden reconocerse y, menos aún, investigarse». EBKE, W.F.: «Going international von kleinen...» ob. cit., pág. 247.

⁶³ Según este autor, que defiende la tributación mundial de las sociedades residentes frente a sistemas de tributación territorial, si el concepto de residencia societaria no existiese «deberíamos inventar uno». ARNOLD, B.J.: «A tax policy perspective...» ob. cit., pág. 1566.

⁶⁴ En este sentido se puede citar el régimen de transparencia fiscal internacional (*controlled foreign corporation/companies*) como medida tendente a evitar que los residentes de un determinado Estado establezcan sus sociedades en paraísos fiscales y países de baja tributación. Además de ser un instrumento para evitar la evasión fiscal, la existencia de estas normas se ha justificado en la protección de los ingresos de un Estado, la eficiencia del control tributario, de la coherencia del sistema tributario o del Código de Conducta europea. Vid. SERRANO ANTÓN, F.: «La transparencia fiscal internacional en los ordenamientos americano y español». En AA.VV. *Presente y futuro de la imposición directa de España*. AEDAF, Lex Nova, Valladolid, 1997. La legislación alemana en ENDRES D. y THIES, A.: «Controlled foreign companies: the german rules in theory and practice». *Intertax*, núm. 10, 1998, págs. 293 y ss. Un estudio comparativo de la configuración de estas normas en distintos Estados del mundo puede verse en el interesante trabajo de ARNOLD, B.J.: «Controlled foreign corporation rules, harmful tax competition, and international taxation» en AA.VV. *2000 World tax conference report*. Canadian tax foundation, 2000, págs. 17:1 a 17:26. Desde el punto de vista del Derecho comunitario puede consultarse el trabajo de SCHÖN que sostiene que este régimen no se justifica en una finalidad de combatir el fraude o el abuso de Derecho, así como su compatibilidad con la normativa comunitaria siempre que se respeten las libertades fundamentales. SCHÖN, W.: «CFC legislation and European Community Law». *British Tax Review*, núm. 4, 2001, págs. 250 y ss.

Acudiendo al Derecho comparado puede decirse que la ausencia de uniformidad y la variedad normativa en la definición de la residencia es ciertamente notable⁶⁵. Hemos comprobado cómo incluso los Estados miembros enumeran de manera alternativa (en ocasiones con carácter jerárquico) factores de carácter formal y material. Esta heterogeneidad afecta al propio Derecho comunitario donde no ha existido un concepto propio de nacionalidad comunitaria ni unos criterios armonizados para determinar la residencia de las entidades. Hasta la aprobación de la Constitución Europea, esta condición ha sido sustituida por la de ciudadanía de la Unión Europea⁶⁶ (ex art. 8 TCE) que no se presenta como una nacionalidad comunitaria, sino como un conjunto de derechos que gozan los nacionales de los países comunitarios⁶⁷.

La reacción por parte de las instituciones comunitarias, especialmente el TJCE ha sido clara: en primer lugar, ha puesto de manifiesto que las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente tanto en lo que atañe al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad, como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo de conexión⁶⁸. En segundo lugar, ha afirmado que las amplias diferencias que existen en lo que atañe tanto al vínculo en el ámbito de la Unión Europea no puede otorgarse un trato diferente sobre la base de la residencia fiscal de los obligados tributarios, ya que esta situación constituiría una forma de discriminación prohibida en el Tratado⁶⁹. Por lo tanto, puede observarse cómo el Tribunal de Luxemburgo, ampliando el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales, ampara no solo las discriminaciones directas, que utilizan el criterio de la nacionalidad, sino también las indirectas o encubiertas, donde las diferencias se conectan a otro tipo de circunstancias o factores relativos al ámbito territorial, como

⁶⁵ Analizando estos criterios MARINO, G.: «La residencia», en AA.VV. (coord. V. UCKMAR). *Curso de Diritto tributario internazionale*. Cedam, Milán, 1999, págs. 220 y ss. Particularizando en distintos países puede consultarse: COMELLO, W.A.: «Place of residence». *European taxation*, IBFD, marzo, 1988, págs. 93 y ss. CUNNINGHAM, W.T.: «The concept of corporate residence in tax law and in practice». *European taxation*, IBFD, vol. 35, marzo, 1995, págs. 85 y ss. FROMMEL, S.N. y LESSU, B.: «France: nationality and residence of companies and non discrimination clause of swiss tax treaty». *Tax planning international review*, núm. 1, enero, 1991, págs. 3 y ss. LEHÉRISSEL, H.: «France: The tax residence of companies». *European taxation*, IBFD, vol. 39, abril-mayo, 1999, págs. 157 y ss. GAMMIE, M.: «UK company residence: the new rules». *Intertax*, núm. 12, 1988, págs. 416 y ss. OLIVER, J.B.D.: «Company residence: four cases». *British tax review*, núm. 5, 1996, págs. 505 y ss. PARKER, R.: «Company residence». *Taxation*, 27 noviembre, 1987. PENTELOW, L.: «Company residence». *Taxation practitioner*, abril, 1997.

⁶⁶ Se esperaban de la Constitución europea importantes efectos sobre la tributación que, por su fracaso, aún no han sido extensamente analizados: la delimitación de poderes entre la Unión Europea y los Estados miembros, la relevancia de las libertades fundamentales en el texto constitucional, la simplificación de los Tratados y normas primarias y el papel de los Parlamentos nacionales en el nuevo marco legal europeo. Enunciando estos problemas, y las futuras líneas de actuación a partir de la Declaración de Laeken, *vid.* ANDERSSON, K.: «On the way to or away from a european tax union (ETU)?». *Diritto e pratica tributaria internazionale*, núm. 2, 2003, págs. 378 y ss. Sobre el significado de la emergente ciudadanía comunitaria y sus relaciones respecto a la de carácter nacional, pueden consultarse las opiniones y conclusiones vertidas por MEEHAN, E.: *Citizenship and the European Community*. Sage, London, 1993, especialmente, págs. 1 a 35.

⁶⁷ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA consideran a la nacionalidad comunitaria como un *tertium status civitatis* y aceptan que la ciudadanía comunitaria no es más que una cualidad personal que se superpone a la de nacional de un Estado miembro. *Vid.* AA.VV. (editores Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Pilar BLANCO-MORALES LIMONES). *Derecho europeo de la competencia*. Colex, Madrid, 2000, pág. 57.

⁶⁸ Véase el apartado 20 del fallo al caso *Daily Mail* (STJCE de 27 de septiembre de 1988, C-81/87).

⁶⁹ Existen diversas clases de discriminación: abierta y encubierta o indirecta (en función de que esta se ampare en la nacionalidad u otro criterio), formal y sustantiva y, finalmente, inversa cuando el Estado coloca a sus nacionales en situación de desventaja. *Vid.* HORTALÀ VALLVÉ, J.: «Discriminación en la fiscalidad directa internacional a la luz de los casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *RCyT*. CEF, núm. 253, abril, 2004, págs. 51 y ss.

puede ser la residencia⁷⁰. La prohibición de no discriminación (art. 12 TCE) supone un mandato para el legislador nacional cuyas normas deben contemplar un trato igualitario a todos los nacionales comunitarios que se hallen en una situación jurídica comparable con los propios nacionales.

Pero aparte de esta aseveración, apenas se han producido nuevos avances. La residencia ha sido y es una cuestión de Derecho interno. Para ratificar esta idea nos basta con acudir a las Directivas 90/434/CEE y 90/435/CEE cuando afirman que una sociedad será residente en un Estado cuando «con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición, celebrado con un Estado tercero, no se considera que tiene su domicilio fiscal fuera de la Comunidad»⁷¹. Esa remisión nos obliga a la lectura de las normas internas, tanto en materia tributaria como mercantil, que regulan la residencia y la nacionalidad.

Si comparamos la regulación que realizan el Derecho privado y el Derecho tributario, podemos decir que apenas existen diferencias entre las opciones elegidas por uno y otro sector del ordenamiento para determinar la residencia (concepto extendido en materia tributaria) y la nacionalidad (acogida por el legislador mercantil). Hecho que valoramos positivamente ya que consideramos necesaria la coordinación de criterios entre los distintos sectores de un ordenamiento jurídico para evitar situaciones en las que la aplicación del Derecho interno suponga que una sociedad pueda considerarse nacional a efectos mercantiles y, por el contrario, no residente (extranjera) a efectos fiscales.

Sin embargo, en el plano comunitario o internacional no podemos decir que los Estados acojan los mismos criterios a la hora de determinar la residencia o nacionalidad de una entidad⁷². Como

⁷⁰ Sobre el principio de no discriminación (art. 12 TCE), debemos indicar que este no significa que en cualquier circunstancia residentes y no residentes deban ser equiparados. La interpretación jurisprudencial del TJCE acepta distinto trato y carga fiscal para residentes y no residentes siempre que pueda justificarse. También cabría trato diferente como consecuencia de las diferencias relevantes que existan en las facultades de imposición sobre unos y otros. Por otro lado, el Tratado se refiere a la nacionalidad cuando proscribiera cualquier trato fiscal que sea injustificado y que presente diversas soluciones normativas en función de que el destinatario sea o no un nacional. Consecuentemente, opinamos que el trato fiscal diferenciado que se base en la condición o no de residente también representa una vulneración encubierta del principio de no discriminación por motivos de nacionalidad. Sobre este principio puede verse el clásico estudio de VAN RAAD, K.: *Non discrimination in international tax law*. Kluwer, Deventer, 1986. Posteriormente revisado desde una perspectiva del MCOODE y el Derecho comunitario, VAN RAAD, K.: «Nondiscrimination in taxation of cross-border income under the OECD Model and EC Treaty rules - a concise comparison and assessment», en AA.VV. *A tax globalist (Essays in honour of Maarten J. Ellis)*. IBFD, Ámsterdam, 2005, págs. 129 y ss. En nuestra doctrina puede consultarse el interesante trabajo respecto a la influencia de este principio sobre la legislación de los distintos territorios del Estado español realizado por NÚÑEZ GRANÓN, M.: «Discriminaciones tributarias por razón de la residencia: el problema en los territorios forales. (Comentario a la STS de 7 de febrero de 1998)». *Palau 14*, núm. 31, enero-abril 1998, págs. 180 y ss.

⁷¹ La Directiva del Consejo 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros, define a las sociedades residentes en sus artículos 1 y 3; la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes haría referencia a las cuestiones de residencia en sus artículos 1 y 2. Ambas directivas se aplican a «sociedades de un Estado miembro» [arts. 1(1) y 2], para ello deben ser residentes en la Unión, revestir una de las formas enumeradas en el anexo y, finalmente, estar sujeta, sin posibilidad de opción ni estar exenta, a uno de los distintos impuestos sobre el beneficio empresarial que se enumeran para cada país. Con idéntica redacción, pueden consultarse el artículo 2 (Directiva 90/435/CEE) y el artículo 3 (Directiva 90/434/CEE). Para un análisis de la libertad de establecimiento respecto a las fusiones de carácter transfronterizo debe consultarse la Sentencia *SEVIC systems* de 13 de diciembre de 2005 (C-411/03).

⁷² Sobre la adscripción de los distintos Estados al modelo de sede real o al de incorporación puede verse LOMBARDO, S.: *Regulatory competition in Company Law in the European Community*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, pág. 27. Tras un estudio de las diversas legislaciones europeas PRETEL considera que Italia puede ser citado como paradigmático ejemplo

apuntábamos, dos son los modelos que rigen esta importante operación en los ordenamientos de nuestro entorno: el modelo de sede real ⁷³, que se sustenta sobre nexos de carácter fáctico. En los ordenamientos adscritos a este modelo la ley aplicable se determina por la localización del centro principal de intereses y actividad de la sociedad. Como sistema alternativo, denominado de incorporación o constitución, tiene por resultado que la ley aplicable y la nacionalidad de las sociedades se corresponde con la del territorio en el que se ha constituido o registrado la sociedad ⁷⁴. Los inconvenientes que plantean estas opciones han llevado a crear sistemas híbridos (sistemas impuros) donde confluyen o se mezclan matices propios de ambos modelos. La elección por parte de los ordenamientos de una de estas dos posibilidades no es una cuestión de técnica o de tradición jurídica, sino que depende de consideraciones de política legislativa.

No podemos dejar de apuntar que existen otras opciones, que en su momento fueron planteadas bien por la doctrina o por el legislador y que actualmente el Derecho comparado demuestra que han sido abandonadas. Teorías tan dispares como la nacionalidad en función de la voluntad de los socios, la nacionalidad derivada de la nacionalidad de los socios o bien, la teoría del control ⁷⁵. Todas ellas no están exentas de dificultades en su aplicación y, esencialmente, pueden ser reconducidas a alguno de los dos modelos vigentes ⁷⁶. Así la nacionalidad de las sociedades dependerá de situaciones completamente diferentes y que pasamos a analizar a raíz de los criterios previstos en nuestro IS ⁷⁷.

Los dos modelos presentan algunos problemas que no queremos dejar de mencionar. El principal problema del modelo de sede real, sobre el que insistiremos nuevamente, es concretar qué se entiende por sede, que además debe revestir la condición de ser real o efectiva ⁷⁸. Los criterios que

de modelo combinado o intermedio, ya que rige el modelo de sede real para las sociedades con sede real en Italia y el modelo de constitución para las demás. *Vid.* PRETEL SERRANO, J.J.: «Nacionalidad y domicilio...», ob. cit., págs. 207 y ss.

⁷³ Seguido en países como Alemania, Francia, España, Portugal, Italia, Irlanda.

⁷⁴ Modelo propio de los siguientes Estados miembros: Reino Unido, Dinamarca, Holanda, Grecia o Finlandia.

⁷⁵ Sobre este particular puede consultarse GONZÁLEZ DEL VALLE, F.J.: «El traslado del domicilio social y del extranjero». *Poder Judicial*, núm. 57, 2000, págs. 390 y ss.

⁷⁶ Podemos hacer una serie de observaciones a estos modelos alternativos: en cuanto a la voluntad de los socios, a pesar de ser ellos quienes crean una persona jurídica y eligen los factores que determinarán su nacionalidad (domicilio, inscripción) es el ordenamiento de cada país el que acaba reconociendo a la sociedad como nacional o extranjera. La nacionalidad de los socios, además de los problemas prácticos que puede originar, no debería tenerse en cuenta para establecer la de un ente con personalidad, patrimonio y domicilio propio e independiente. La teoría del control, surgida con la aplicación del «levantamiento del velo», plantea la dificultad de determinar qué ordenamiento y qué criterios definen lo que se entiende por control y, además, es fácilmente conciliable con el modelo de sede efectiva. Esta teoría, de creación jurisprudencial (entre otras, SSTs de 28 de mayo de 1984, 28 de marzo de 1985, 27 de noviembre de 1985, 9 de julio de 1986), exige que exista un abuso de la personalidad de la sociedad y que se haya producido un daño o perjuicio a un tercero o ejercicio antisocial del Derecho (según los arts. 6.4 y 7.2 CC).

⁷⁷ La elección de un concreto modelo o criterio para determinar la *lex societatis* nos permite delimitar qué sociedades se consideran nacionales, pero también resuelve el problema del reconocimiento de las sociedades extranjeras. En el modelo de constitución esta cuestión se soluciona sin ningún tipo de impedimento cuando la sociedad extranjera se ha constituido cumpliendo todos los requisitos exigidos por el ordenamiento ajeno que han elegido los socios. En aquellos ordenamientos donde impere el modelo de sede real, el reconocimiento depende del Estado de constitución o incorporación. Si en ambos coinciden los requisitos de constitución y esta se ha realizado debidamente, se produce el reconocimiento. Si no se da esa identidad, aunque la sociedad se haya constituido válidamente en el país extranjero, esta no se reconocerá en el Estado donde se siga el modelo de sede real.

⁷⁸ La aplicación de este modelo puede ser objeto de objeciones como las que realiza GARCIMARTÍN al poner de manifiesto que además de limitar el juego de la autonomía de la voluntad de los socios, también dificulta los desplazamientos trans-

utiliza el legislador para determinarla se traducen en algunas ocasiones en importantes dificultades para verificar el punto de conexión, que en el ámbito tributario determina la posibilidad de acogerse a un determinado régimen, o la posibilidad de caer en la doble imposición cuando trata de aclararse si la entidad debe sujetarse a la fiscalidad de uno u otro Estado⁷⁹. En segundo lugar, no menos importantes, debemos tener presentes los inconvenientes derivados del no reconocimiento de las sociedades con sede real en un Estado distinto al de su constitución.

El modelo de constitución también presenta relevantes problemas y se puede someter a una objeción de notable trascendencia. Bajo el imperio de este modelo, la constitución de las sociedades puede ser contraria a intereses generales o de determinados terceros ya que su aplicación puede dar validez a la elección fraudulenta de países de conveniencia que ofrezcan regímenes jurídicos más favorables, aunque la sociedad no mantenga ningún tipo de vínculo aparte de la nacionalidad⁸⁰.

De nuevo reafirmamos que el gran problema que se presenta en el entorno europeo es la falta de armonización en los puntos de conexión utilizados para justificar la potestad tributaria. Ello queda especialmente patente en el concepto de residencia, que actualmente es fijado e interpretado de manera autónoma por cada Estado miembro⁸¹. Las carencias del legislador comunitario están siendo atemperadas por la labor jurisprudencial del TJCE que, aplicando las libertades fundamentales y el principio de no discriminación, trata de evitar las restricciones que pueden sufrir los operadores jurídicos en el seno de la Unión Europea⁸². Aunque esa es tan solo una medida que puede entenderse como temporal y de carácter particular ya que, en el campo de la imposición directa, es necesaria la intervención del legislador comunitario con el objetivo de alcanzar un resultado similar al del IVA

fronterizos de la actividad social puesto que implica un cambio de *lex societatis*. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «La sitz-theorie es...» ob. cit., pág. 651.

⁷⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho de sociedades...* ob. cit., págs. 68 y ss.

⁸⁰ Estos mismos reparos también pueden realizarse respecto al modelo de sede real donde BLANCO critica el empleo de sociedades extranjeras (podríamos citar las sociedades con sede de dirección o administración en otro Estado, distinto de donde usualmente opera) que ha podido «dar lugar a abusos en el tráfico jurídico inmobiliario, fiscal (...) para cuya solución se han empleado a su vez medidas que afectan a la personalidad jurídica (fundamentalmente la negación de su reconocimiento)». BLANCO FERNÁNDEZ, J.M.: «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas», *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 203-204, 1992, págs. 250 y 251. Como pone de manifiesto el apartado 98 de la Sentencia *Inspire Art* (STJCE de 30 de septiembre de 2003, C-167/01), es necesario que se cumplan unos requisitos mínimos para constituir la sociedad aunque sean menos restrictivos que los de otro Estado («el hecho de que Inspire Art haya sido constituida en el Reino Unido con el fin de eludir la legislación neerlandesa en materia de Derecho de sociedades, que impone requisitos más estrictos en lo que atañe, en especial, al capital mínimo y al desembolso de las acciones, no excluye que la constitución de una sucursal por dicha sociedad en los Países Bajos se acoja a la libertad de establecimiento, tal y como está definida en los artículos 43 y 48 de la CE. Como declaró el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Centros*, antes citada, apartado 18, la cuestión de la aplicación de dichos artículos es distinta de la de determinar si un Estado miembro puede adoptar medidas para impedir que, recurriendo a las posibilidades que ofrece el Tratado, algunos de sus nacionales intenten eludir de modo abusivo la aplicación de su legislación nacional.»).

⁸¹ La Comisión ya se ha hecho eco de este problema y en su comunicación COM (2001)582 final, *Hacia un Mercado interior sin obstáculos tributarios: una estrategia para proporcionar a las empresas una base consolidada del Impuesto sobre Sociedades para sus actividades a escala comunitaria*. Este documento otorga especial importancia a la consecución de unos criterios de carácter general y unas líneas de actuación comunes (*guidelines*) sobre la residencia de las sociedades que los Estados deberían incorporar a sus convenios o a sus leyes internas (pág. 360).

⁸² El Tribunal ha sustituido su línea argumental basada en la discriminación por una interpretación basada en la elusión de restricciones donde no solo se prohíbe cualquier trato discriminatorio, sino también restricción al ejercicio de estas libertades de circulación y establecimiento (Sentencia *Daily Mail* en su ap. 14).

donde el punto de conexión está armonizado (lugar de entrega) evitando la doble imposición o el trato discriminatorio entre importaciones y exportaciones.

Como colofón debemos referirnos a la interpretación del TJCE sobre el principio de libre establecimiento⁸³. El artículo 48 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) –precepto de Derecho comunitario originario– vincula la nacionalidad de una sociedad al lugar donde se encuentra la dirección efectiva o sede central⁸⁴. El Tratado reconoce y menciona la constitución conforme a la legislación de los Estados miembros, pero nos parece un requisito suplementario al de la sede o dirección en un Estado de la Unión, que sería la exigencia que realmente determina la residencia⁸⁵. Por lo tanto, se prescinde del punto de conexión basado en el lugar de constitución de la sociedad que utilizan frecuentemente las legislaciones mercantil y tributaria de determinados ordenamientos nacionales, bien con carácter único o como complementario del de sede real⁸⁶. En este sentido, siguiendo la opinión de KNOBBE-KEUK⁸⁷, que aboga por el equilibrio entre las libertades fundamentales y el ejercicio de las potestades tributarias de los Estados miembros. Por todo ello, entendemos que lo trascendente no es establecer si las diferentes doctrinas de determinación de la residencia fiscal de las desiguales legislaciones nacionales son o no compatibles con el artículo 58 del TCE (ahora art. 48). En nuestra opinión, es relevante determinar bajo qué condiciones las entidades pueden trasladar su sede social de un Estado miembro a otro y modificar su residencia fiscal como resultado del ejercicio del derecho de libre establecimiento.

⁸³ En su apartado primero indica que «las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros». La interpretación jurisprudencial de este precepto la encontramos en la Sentencia de 28 de enero de 1986 Comisión/Francia (C- 270/83, ap. 13).

⁸⁴ El Tribunal ha pasado de una interpretación restrictiva de la libertad de establecimiento (*Daily Mail*) a una interpretación expansiva (*Centros, Überseering*). Respecto a los principios que basan esta nueva línea jurisprudencial del TJCE, KINDLER opina que, en principio, la doctrina *Überseering* no tiene ningún significado para las sociedades ficticias extranjeras (*Scheinauslandsgesellschaft*), que serían aquellas sociedades constituidas en un Estado miembro distinto del que tienen su efectiva sede social («das heißt eine Gesellschaft, die von vornherein in einem anderen EG-Mitgliedsstaat»). Este autor entiende que en estos casos faltan los elementos de movilidad. Ya que la libertad de establecimiento no supone ninguna garantía jurídico-virtual de movilidad (que denomina «Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit»), sino solo la libertad de elegir el efectivo lugar de su establecimiento. Vid. KINDLER, P.: «Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? - Die, Überseering-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht». *NJW*, núm. 15, 2003, pág. 1.078.

⁸⁵ El apartado número 20 de la Sentencia del TJCE *ICI v. Colmer* (C-264/96) afirma que «Procede señalar a continuación que, según jurisprudencia reiterada, la libertad de establecimiento, que el artículo 52 reconoce a los nacionales de otros Estados miembros y que implica para ellos el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, conforme al artículo 58 del Tratado, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad, el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una sucursal o agencia. Respecto a las sociedades, procede señalar en este contexto que su domicilio, en el sentido antes citado, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado (Sentencias de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, 270/83, Rec. p. 273, apartado 18, y de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, C-330/91, Rec. p. I-4017, ap. 13)».

⁸⁶ Véanse la legislación fiscal de Grecia, Finlandia como ejemplos de Estados con criterio único o, combinando esos dos factores, la de Holanda, España, Luxemburgo, Bélgica o Francia. Vid. AA.VV. (*Cahiers de droit fiscal international*). «The fiscal residence of...», ob. cit.

⁸⁷ Opinión ampliamente aceptada, KNOBBE-KEUK, B.: «Restrictions on the fundamental freedoms enshrined in the EC treaty by discriminatory tax provisions-ban and justification». *EC Tax review*, núm. 3, 1994, págs. 74 y ss.

Sobre estas premisas, el TJCE, en Sentencia al asunto *Avoir fiscal*, concluyó que la sede de la sociedad es el criterio que sirve como punto de conexión con el ordenamiento jurídico de un determinado Estado. Este es el criterio, como el de la nacionalidad para las personas físicas, que deberá tenerse en cuenta a la hora de decidir si una sociedad puede invocar los derechos fundamentales previstos en el TCE. Sin embargo, es en la Sentencia *Daily Mail* donde el Tribunal empieza a ser consciente de las barreras fiscales que pueden surgir de la reacción de los legisladores nacionales a la operación de traslado de sede social y, por ello, decide iniciar una interpretación que intenta disuadir conductas empresariales elusorias postulando que, en el caso en el que no existan intereses económicos en el ámbito de la Unión, el lugar de dirección debe radicar en el territorio del Estado conforme al que se constituyó la sociedad⁸⁸. Más recientemente, en su Sentencia de 16 de diciembre de 2008, el TJCE ha indicado que «con arreglo al artículo 48 de la CE, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad»⁸⁹.

La problemática a considerar en esta operación es el contenido de una libertad fundamental y las prácticas de *law shopping* (búsqueda de ordenamientos menos tuitivos)⁹⁰. Sin embargo, el recelo de los Estados a la pérdida de sus operadores jurídicos –en constante búsqueda de regímenes más ventajosos⁹¹– no puede motivar la proliferación de restricciones que basándose en el «interés público» podrían vaciar de contenido a la libertad de establecimiento⁹².

La conclusión a la lectura del Tratado y a la interpretación que hace el TJCE es que toda sociedad residente en un Estado miembro podrá beneficiarse del Tratado. A pesar de ello, una sociedad constituida conforme a las leyes de un Estado con sede social o administración central en un país tercero difícilmente podrá beneficiarse de una libertad de establecimiento que permite que las sociedades puedan tener agencias, sucursales o filiales en otros Estados miembros en igualdad de condiciones que las sociedades residentes.

⁸⁸ Este fallo elude la cuestión tributaria planteada por el Tribunal inglés y simplemente intenta, desde la óptica del Derecho Societario, no sentar un precedente que suponga un aumento de las migraciones societarias que se produciría de reconocer el derecho a transferir la sede social. Al respecto indican MARTÍN y CALDERÓN que ni el Tribunal inglés estaba pre-ocupado por los aspectos mercantiles del caso, ni *Daily Mail* estaba interesada por los aspectos de Derecho societario por lo que el TJCE hubiera hecho bien en mantener, como hizo el Abogado General, la congruencia necesaria entre la cuestión planteada y la solución que debía dar. *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Imposición directa y no discriminación comunitaria*. Edersa, Madrid, 2000, pág. 133.

⁸⁹ Apartado 109 de la Sentencia al caso *Cartesio* (C-210/06).

⁹⁰ Que vienen respaldadas por el efecto *Delaware* donde la competencia entre los distintos ordenamientos pretende atraer la constitución de sociedades que, en definitiva, pueden considerarse como ficticias (*briefkatenfirmen/pseudo foreign corporations*). Sobre el efecto *Delaware* en el Derecho de sociedades en Europa, así como el origen y significado de los conceptos «race to the bottom» y «race for laxity» puede consultarse KERN, K.: *Überseering: Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung*. Duncker&Humblot, Berlín, 2004, págs. 44 y ss. y 423 y ss.

⁹¹ Con su característico lenguaje metafórico el profesor LUTTER se refiere a aquellos países donde existe un derecho más liberal, sencillo y de menores cargas como «Billigländer» (países baratos). LUTTER, M.: *Europa und das Unternehmensrecht*. Europa Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1988, pág. 18.

⁹² VANISTANDAEL reflexiona sobre la interpretación de las libertades fundamentales distinguiendo entre los casos en los que el TJCE ha utilizado el principio de no discriminación de aquellos casos en los que se ha resuelto basándose en la aplicación de la prohibición de restricciones. Sobre dicha metodología y su significado VANISTANDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member states». *EC Tax review*, 2003/3, págs. 137 y ss.

5. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FALTA DE ARMONIZACIÓN DE CRITERIOS O IMPOSICIÓN DE CRITERIOS DE ALCANCE EUROPEO

A. La vulneración de las libertades fundamentales manifestada en el reconocimiento y fiscalidad de las entidades extranjeras

En el contexto de las operaciones y reestructuraciones empresariales el traslado de la residencia (o sede) puede entrar en conflicto con las libertades fundamentales del Tratado. Este asunto ha sido regulado con notable recelo por parte de los legisladores internos, que en muchas ocasiones han dificultado o impedido su realización. En un contexto de mera economía de opción, el cambio de residencia fiscal por parte de una entidad es perfectamente legítimo. Aunque es cierto que, en ocasiones, puede calificarse como un acto fraudulento según el lugar de destino, o también como un acto que suponga una modificación de la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria⁹³. Al margen de supuestos muy concretos debe entenderse como una manifestación más de la libertad de establecimiento.

Su trascendencia en la configuración del Mercado único ha motivado no solo diversos pronunciamientos por parte del Tribunal de Luxemburgo, sino también el análisis por parte de las instituciones comunitarias cuyo último documento ha sido la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa [2008/2196(INI)]⁹⁴.

Esta cuestión ha sido largamente debatida como demuestra que la Comisión ya analizase en 1993 hasta qué punto las normas del Derecho societario y del Derecho internacional privado permiten la transferencia de un Estado a otro sin provocar la disolución de la sociedad que ejerce este derecho⁹⁵. Actualmente el debate discurre sobre la propuesta de la *Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades sobre la transferencia de la sede social de una sociedad* la directriz que pretende impedir la disolución ni a la creación de una nueva personalidad jurídica cuando una sociedad realice esta operación internacional⁹⁶. Sin embargo, a los efectos de nuestro trabajo, conviene recordar que esta norma no pretende unificar las reglas conflictuales, pues permite que cada Estado decida qué criterio de conexión (sede real o constitución) va a determinar la *lex societatis* y, por consiguiente, bajo qué condiciones (traslado de la sede real o del domicilio estatutario) se modificaría esta sin que la sociedad pierda su personalidad jurídica.

En cualquier caso esta operación debe realizarse dentro del contexto expuesto por el abogado general DARMON en las Conclusiones al caso *Daily Mail*. Acertadamente expone que la transferencia de sede no puede responder a una finalidad elusiva de un determinado régimen legal y que debe producirse de manera efectiva manifestándose en la genuina integración en la vida económica del Esta-

⁹³ Operaciones prohibidas por las distintas normas que regulan los paraísos fiscales y la evasión fiscal, así como por el artículo 17.4 de la LGT 58/2003.

⁹⁴ Publicado el 1 de abril de 2010 (2010/C 87 E/02).

⁹⁵ «Ettude sur le transfert de siège d'une société d'un Etat Membre à un autre» (Luxemburgo, EC Comisión, 1993).

⁹⁶ Apartada en 2007, por Resolución de 25 de octubre de 2007.

do donde se ubique. Por su parte el TJCE ha recordado en el asunto *Cartesio* que «los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida»⁹⁷.

Junto al problema del reconocimiento debemos destacar las cargas fiscales que se imponen a esta operación con el fin de evitarla y que, naturalmente, se convierten en un obstáculo para su realización. Antes de referenciar brevemente nuestras normas tributarias, nos parece claro que un marco normativo completo de carácter comunitario permitiría solucionar muchos de los problemas (tributarios y de otro tipo) que aún pueden plantearse ante una decisión de traslado de sede⁹⁸.

En el ámbito del Derecho tributario interno, las consecuencias del cambio de residencia por la alteración en las circunstancias personales, por cualquiera de las tres condiciones citadas, producen básicamente dos consecuencias que se regulan en los artículos 26 y 17 del TRLIS. El primer precepto dispone que el periodo impositivo coincida con el ejercicio económico de la entidad finalizando, en todo caso, cuando tenga lugar un cambio de residencia de la entidad residente en territorio español en el extranjero. Aparentemente puede parecer que la legislación tributaria es menos reticente a los cambios de domicilio, que resuelve despojando a la sociedad de su condición de residente siempre que no se haya producido en fraude de ley o que la residencia radique en un paraíso fiscal⁹⁹. Aunque conectando este precepto con el Derecho de sociedades vigente puede entenderse que este artículo solo afecta a las entidades constituidas en el extranjero y que trasladan su domicilio social o su sede de dirección efectiva de España al extranjero. Es por ello que de haberse constituido a las leyes españolas conservaría, pese al traslado, su residencia en territorio español.

El artículo 26 del TRLIS se presenta como un claro ejemplo de indefinición legal ya que no se determinan qué criterios deben resolver este problema que la ley solo plantea. Quedan totalmente obviados aquellos traslados fruto de una intención fraudulenta y distantes de entenderse dentro de una posible economía de opción. Esta disposición debía ser más precisa y prever una serie de cautelas ante este tipo de actuaciones. A nuestro modo de ver, la ley no debería limitarse al hecho de establecerse, máxime cuando este precepto puede generar importantes problemas de doble imposición y desde luego interpretativos. Pensamos que la aplicación de este precepto debería producirse cuando exista una cierta integración en la economía del país de destino que se ponga de manifiesto mediante el desarrollo de una actividad económica.

En cuanto al segundo precepto, el artículo 17 del TRLIS, establece el gravamen de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en el momento de la realización de dicha operación

⁹⁷ Ap. 123, Sentencia de 16 de diciembre de 2008.

⁹⁸ Protección de accionariado y terceros interesados, tratamiento de acreedores con o sin garantías, certeza legal de que la transferencia ha sido efectiva.

⁹⁹ En otras palabras, y siguiendo el criterio generalizado de la OCDE, una jurisdicción que se configura activamente a sí misma con el fin primordial de evadir impuestos. Regulados con carácter general por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, también existen numerosas disposiciones que tratan de evitar su utilización con la mera intención de eludir la tributación en territorio nacional.

de traslado. Este gravamen complementario y por unas plusvalías que pueden no materializarse puede contravenir la libertad de establecimiento prevista en el Tratado ¹⁰⁰.

Junto a los gravámenes que se pueda imponer a la salida de las sociedades (*exit taxes*) ¹⁰¹ deben tenerse en cuenta las cuestiones relativas al reconocimiento de la capacidad y personalidad de la sociedad que altera su domicilio. Este nos sitúa ante dos importantes cuestiones: por un lado, el reconocimiento de personalidad jurídica a una sociedad cuando se cumplan los requisitos previstos en el ordenamiento y, en segundo lugar, la fijación del estatuto personal o social, es decir, la determinación de la ley aplicable ¹⁰². El reconocimiento de la sociedad (especialmente de las sociedades extranjeras) es una operación posterior a la de determinar su estatuto jurídico o nacionalidad. El reconocimiento se produce una vez que se ha calificado a la sociedad de nacional o extranjera. También implica determinar en un segundo momento si se cumplen los requisitos previstos por ese ordenamiento para dotarla de personalidad jurídica y de capacidad de obrar con las que pueda ejercitar actividades de comercio en ese país.

En el ámbito del Derecho de sociedades y del Derecho internacional privado, la nacionalidad no deja de ser más que un simple expediente técnico del Derecho positivo para determinar la *lex societatis* ¹⁰³. Ese efecto de vincular una persona jurídica a la aplicación de un determinado ordenamiento genera importantes consecuencias que debemos tener presentes a la hora de determinar la sujeción de una sociedad a un concreto sistema tributario. En primer lugar, es posible que una sociedad nula o irregular tenga nacionalidad o *lex societatis*, lo que demuestra que la nacionalidad no es un atributo de la personalidad ¹⁰⁴.

Otra particularidad que queremos destacar es el hecho de que una sociedad pueda tener varias nacionalidades cuando en ella concurren distintos puntos de conexión que, por consiguiente, la vinculen a diferentes jurisdicciones en función de la materia o aspecto a regular. Finalmente, cabe afir-

¹⁰⁰ Excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. Se tributará por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de sus elementos patrimoniales.

¹⁰¹ Cabe recordar que en el comentado fallo *Daily Mail* (C-81/87), el TJCE considera que la imposición de este tipo de tributos a la «emigración de sociedades» no es incompatible con la libertad de establecimiento. Posteriormente, en el pronunciamiento *Lasteyrie du Saillant* (C-9/2002, de 11 de marzo de 2004) el TJCE considera que el impuesto exigido en el artículo 167 del Code general des impôts (CGI) es contrario a la libertad de establecimiento prevista en el Tratado. *Vid.* DE BROE, L.: «Hard times for emigration taxes in the EC», en AA.VV. *A tax globalist (Essays in honour of Maarten J. Ellis)*. IBFD, Ámsterdam, 2005, págs. 210 y ss.

¹⁰² La participación de las sociedades en el tráfico internacional plantea problemas por la propia confluencia de distintos ordenamientos. Para GARCIMARTÍN el principal problema del derecho internacional de sociedades es determinar la *lex societatis*, es decir, el ordenamiento que regirá la sociedad y que va a establecer «los requisitos de constitución de la sociedad, su régimen interno y sus relaciones con terceros». La nacionalidad como cualidad de un sujeto, este autor considera que acudiendo a ella se trata de precisar «bajo qué ley la sociedad nace, vive y actúa». *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «La sitztheorie es...» ob. cit., pág. 647.

¹⁰³ Entendemos, como indica AGUAS, que debe distinguirse entre la finalidad de las normas de Derecho internacional privado, que son ante todo normas de conflicto, y las normas de Derecho internacional tributario, los Convenios de doble imposición, que son normas de reparto de la potestad tributaria. Recogiendo la doctrina más autorizada, AGUAS ALCALDE, E.: «Tipología normativa de los convenios para evitar la doble imposición: un desarrollo de las normas de reparto». *RCyT*. CEF, núm. 253, abril 2004, págs. 68 y ss.

¹⁰⁴ El régimen de las sociedades de capital en formación e irregulares se regula en los artículos 15 y 16 de la LSA. La sociedad irregular es aquella situación societaria caracterizada porque los socios deciden o consienten la iniciación de las operaciones sociales, sin ánimo de inscribir la escritura de constitución en el Registro Mercantil.

mar que existe la posibilidad de que un Estado pueda atribuir la nacionalidad de otro Estado, del mismo modo que un Estado puede determinar qué derecho extranjero se aplica a un contrato. Los mismos criterios que sirven para determinar unilateralmente qué sociedades son nacionales también deben ser adecuados para precisar la nacionalidad de una sociedad extranjera¹⁰⁵. En este sentido el reconocimiento y aceptación de las sociedades extranjeras se realiza de distinto modo en función de que el ordenamiento implicado acoja la teoría de la incorporación o de la sede real.

En los países que aplican el primer sistema la sociedad es reconocida a condición de que se constituya conforme a la ley del lugar en donde se realizan las formalidades de constitución. Para aquellos países que siguen la teoría de la sede, la sociedad extranjera deberá constituirse conforme al derecho del Estado donde se halla su administración central, lo cual obliga —como exige nuestra legislación societaria— a que la sociedad se constituya conforme a las reglas establecidas por el ordenamiento del país donde radica su administración.

En esta cuestión tampoco puede prescindirse de la regulación contenida en el Derecho comunitario. En este sentido, cuando el Tratado limita sus exigencias a que la sede radique en territorio de uno de los Estados miembros, con independencia del ordenamiento jurídico según el que se ha constituido, está instaurando un principio de reconocimiento mutuo o recíproco por el que todas las sociedades que cumplan estas condiciones deben ser reconocidas por los demás Estados miembros con el objeto de garantizar el efectivo cumplimiento de este principio o libertad.

Esta situación entra en total colisión con el modelo de sede real que, en primer lugar, impide la posibilidad de constituirse conforme al ordenamiento de un Estado distinto al de donde tiene situada su sede y, además, dificulta el ejercicio del libre establecimiento cuando obliga a modificar la *lex societatis*, con o sin pérdida de la personalidad jurídica, cada vez que se produzca el traslado de la sede. En este sentido es claro el pronunciamiento del fallo al caso *Centros* (C-212/97) que analiza los requisitos y exigencias para impedir o proceder al reconocimiento de una sociedad extranjera como la existencia de razones imperiosas de interés general o que las medidas sean adecuadas y no excedan el objetivo que persiguen. En el exhaustivo examen que debe confirmar la existencia de interés general, el Tribunal desestima su existencia en la actuación que es objeto del litigio. Como justificantes se alegan: que los acreedores conocen previamente que se trata de una sociedad inglesa; que nada impide que el derecho inglés también pueda establecer medidas de protección de los acreedores o, finalmente, que la posición de los acreedores daneses quedaría igualmente debilitada en el supuesto de que esta sociedad hubiese sido reconocida por realizar simultáneamente actividades en el Reino Unido¹⁰⁶.

B. El problema de la doble residencia

La doble residencia se produce generalmente cuando una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado tiene su sede social o el lugar de dirección en el territorio de otro Estado¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Observaciones que realiza GARCIMARTÍN en la distinción o contraposición de los aspectos materiales y conflictuales derivados de la nacionalidad. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: «La sitztheorie es...» ob. cit., págs. 655 y ss.

¹⁰⁶ Apartado 34 de la comentada Sentencia *Centros*.

¹⁰⁷ En este sentido y recogiendo ampliamente la doctrina alemana SCHEUNEMANN, M.P.: «Grenzüberschreitende konsolidierte Konzernbesteuerung...» ob. cit., págs. 173 y ss. Aceptando estas mismas premisas GÖTTSCHE entiende que tras la sentencia

La confluencia de Estados hace que la residencia sea también un tema crucial en el campo del Derecho internacional tributario. Concretamente ha sido el Derecho convencional –suscrito entre ellos– el que tradicionalmente resuelve este fenómeno. El concepto de residencia fiscal en el ámbito internacional se regula en el artículo 4 del Modelo de Convenio para eliminar la doble imposición sobre la renta y el patrimonio de la OCDE (MCOODE). Su vigente texto, como también ocurría en sus versiones anteriores, limita su aplicación a las personas residentes¹⁰⁸ en alguno de los Estados contratantes y además justifica, con carácter general, la potestad tributaria sobre un criterio personal de sujeción como es la residencia del obligado tributario¹⁰⁹. Esta es la técnica jurídica presentada por la mayoría de tratados, que otorgan la primacía al Estado de residencia¹¹⁰, aunque de manera excepcional permiten que el Estado de la fuente pueda gravar la renta en cuestión¹¹¹.

Como se ha puesto de manifiesto, la fijación de la residencia societaria es una operación de carácter interno, regulada por las legislaciones nacionales que, con frecuencia, puede generar problemas de carácter internacional. Por lo tanto, es necesario analizar esta cuestión desde la perspectiva del Derecho internacional tributario¹¹². Esta circunstancia implica que el marco legal para

del caso *Centros* se aligerarán notablemente los casos de doble residencia en sociedades de capital europeas («*Mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Centros ist die Herbeiführung einer Doppelansässigkeit für EU-Kapitalgesellschaften wesentlich erleichtert worden*»). GÖTTSCHE, R.: «Das Centros-Urteil des EuGH und seine Auswirkungen-Eine Bestandsaufnahme aus gesellschafts-, handels- und steuerrechtlicher Sicht». *DSiR*, núm. 34, 1999, pág. 1.408.

- ¹⁰⁸ En una concepción subjetiva amplía el artículo 3.1 a) y b) del Modelo de Convenio entiendo como «persona» a las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas, reservando el de «sociedad» para cualquier persona física jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos.
- ¹⁰⁹ Esa denominación genérica de residencia es interpretada de manera distinta por los distintos ordenamientos internos. Es más, los criterios para determinarla pueden no coincidir, incluso hasta el punto de que puede apelarse a la nacionalidad. Esa heterogeneidad se recoge en el MCOODE cuando utiliza el término residente como referencia a «domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga» (art. 4.1).
- ¹¹⁰ Opción que permite a los Estados exportadores de capital y tecnología mantener su potestad de gravamen, frente a otras decisiones que mantenían la necesidad de imponer la tributación en el Estado de la fuente, con la intención de proteger los ingresos tributarios de los países en vías de desarrollo. Posición contenida en la Resolución de Naciones Unidas número 1430 de 6 de junio de 1969, que recogía a su vez la recomendación prevista en la Resolución 486.B), de 9 de julio de 1953, del Consejo económico y social de la ONU, y también en la Decisión número 40, de 16 de noviembre, adoptada por los Estados integrantes del Grupo Andino. En el plano doctrinal abogan por la territorialidad las autorizadas opiniones de autores como HINNEKENS o VOGEL. Estas referencias pueden consultarse en SOLER ROCH, M.T.: «Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado», en AA.VV. *Presente y futuro de la imposición directa en España. XXX Aniversario de la AEDAF*, Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 67 y ss. Dicha autora considera que el criterio de sujeción real es el criterio lógico de acuerdo con la configuración del poder tributario estatal entendido como manifestación de soberanía. A favor de esta opción en el ámbito comunitario, MARINO propone un sistema de tributación territorial o bien incorporar la exención de las rentas obtenidas en un territorio por residentes en otro Estado miembro. MARINO, G.: «Tax residency, fundamental freedoms and national anti-avoidance laws». *Rivista di diritto tributario internazionale*, núm. 2, mayo-agosto, 2001, pág. 220.
- ¹¹¹ Siguiendo las teorías de GRIZIOTTI y otros autores, OTERO destaca como ventajas del criterio de la fuente o territorialidad absoluta las siguientes cualidades: mayor claridad en la tributación, un mayor control fiscal y una mayor racionalidad del sistema fiscal internacional puesto que en la imposición directa el criterio orientador «debe fijarse alrededor del gravamen en origen –imposición en la fuente y exclusión en el país de llegada». *Vid.* OTERO, J.: *Fiscalidad internacional española*. Editorial de Derecho financiero, Madrid, 1973, págs. 10 y ss. Se reconoce la primacía del Estado de la fuente para las rentas derivadas de inversión directa mientras la tributación en la residencia se aplica preferentemente con relación a las rentas de capital pasivo. LUCAS DURÁN, M.: *La tributación de los dividendos internacionales*. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 321.
- ¹¹² Un análisis de los criterios de sujeción y su articulación en los convenios de doble imposición puede consultarse en AGUAS ALCALDE, E.: «Tipología normativa de...» *ob. cit.*, págs. 82 y ss.

determinar la residencia de las personas jurídicas debe completarse con las normas convencionales de naturaleza internacional¹¹³, con independencia de que estas se remitan al Derecho interno.

Esta remisión a los ordenamientos nacionales queda patente en el mismo artículo 4.1 del MCOCDE cuando indica que «a los efectos de este convenio, la expresión residente de un Estado Contratante significa toda persona que en virtud de la legislación de este Estado esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (...)»¹¹⁴. La experiencia práctica nos demuestra que esta opción –la aplicación de la legislación nacional– puede resultar totalmente ineficaz. Especialmente cuando los dos criterios que utilizan gran parte de las legislaciones para determinar la residencia de las entidades (lugar de constitución y sede de dirección efectiva) puedan concurrir simultáneamente en una entidad y esta sea a la vez residente en los dos países contratantes. Para resolver este conflicto el MCOCDE establece una serie de reglas de desempate (*tie breaker rules*), aunque, en nuestra opinión, esta medida es la manifestación más clara de que la superposición de los criterios utilizados en las legislaciones nacionales para determinar la residencia deviene un problema esencial. Es más, entendemos que mientras todos los convenios para evitar la doble imposición se remitan, por lo general, a la legislación propia de cada Estado abordaremos un problema insuficientemente resuelto.

Por otra parte, junto a la tipificación de los criterios utilizados por los Estados, también cabe que su interpretación sea la causa de que más de un Estado reivindique la residencia de una sociedad¹¹⁵. En este sentido nos parece sumamente llamativo que el criterio de la sede de dirección efectiva y lugar de control, de gran calado en la legislación anglosajona (*place of central management and control*)¹¹⁶, se ha convertido en una cuestión probatoria, sobre todo cuando el control y la dirección pueden situarse en países distintos¹¹⁷. El legislador inglés utiliza este concepto para determinar la residencia y lo iden-

¹¹³ Haciendo una aproximación muy crítica a los criterios para determinar la residencia y abogando por el esquema estadounidense de la nacionalidad, MEDINA opina que nuestra normativa interna presenta una desconcertante descoordinación con los convenios de doble imposición que, además, se agrava respecto a los criterios de residencia. *Vid.* MEDINA CEPERO, J.M.: «Los criterios para fijar la residencia fiscal en la legislación interna española y en los convenios de doble imposición». *Quincena fiscal*, núm. 10, mayo, 2002, pág. 53.

¹¹⁴ Podemos comprobar cómo en esta definición subyace un concepto similar al que recogía la desaparecida expresión «sujeto pasivo por obligación personal de contribuir» de la derogada LIS. El artículo 4 del Modelo de Convenio se configura como la solución a posibles problemas de competencia tributaria internacional. Sin embargo, no podemos olvidar que si bien el Modelo establece una serie de conexiones para determinar cuándo existe una obligación tributaria de contribuir por la renta mundial y el reparto de la potestad de gravamen, son las leyes internas de los Estados contratantes las que en última instancia determinarán la residencia. TOVILLAS MORÁN, J.M.: *Estudio del modelo de convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992*. Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 42 y ss.

¹¹⁵ Como causas de la doble residencia fiscal pueden citarse las siguientes: la elección de un criterio cuya aplicación puede conducir a la admisión de una doble residencia; en segundo lugar, el hecho de que dos países den una interpretación distinta al mismo criterio y, finalmente, el hecho de que dos países apliquen un criterio diferente para determinar la residencia. Véase la ponencia general en AA.VV. (*Cahiers de droit fiscal international*). «The fiscal residence of...», *ob. cit.*, pág. 128.

¹¹⁶ Determinar el lugar físico en el que se cumple este punto de conexión implica resolver tres cuestiones: ¿qué constituye la dirección central y control?, ¿quién lo ejercita? y, finalmente, ¿dónde se ejercita? Estas cuestiones y otros aspectos centrales sobre la residencia y las sociedades residentes en el Reino Unido pueden consultarse en AA.VV. *Taxation of companies and company reconstructions*. Sweet & Maxwell, London, 1999, págs. 401 y ss.

¹¹⁷ Así en el Derecho anglosajón la sociedad que pretenda demostrar que no es residente en el Reino Unido deberá probarlo acudiendo a alguna de las siguientes realidades empresariales: domicilio, lugar de dirección, lugar donde se ejecute el control administrativo, localización del patrimonio. Pueden consultarse fallos clásicos como *De Beers Consolidated Mines Ltd v. Howe* (1906), *Bullock v. Unit Construction Co Ltd*. (1959), *Swedish central railway Co Ltd v. Thompson* (1925).

tifica con el lugar en el que se desarrolla la gestión estratégica de toda la empresa, desde el que se realiza la dirección de mayor rango en la sociedad¹¹⁸. Sobre este concepto, más «fáctico-casuístico» que teórico, OWENS entiende que no debe distinguirse entre la dirección efectiva (*effective management*) y la dirección central o del control (*central management and control*), a pesar de que esta última pueda ubicarse en diferentes sitios y la primera solo pueda existir en un único lugar¹¹⁹.

Todo lo indicado nos demuestra que la teoría de la sede real nos sitúa ante cuestiones de hecho que pueden crear problemas en la determinación de la residencia. Tal vez por este motivo—como reacción a la producción de *case law*, propio del Reino Unido— se yuxtapone la teoría de la constitución que, basada en la ley y situaciones jurídicas, permite dotar de seguridad y garantizar un resultado fiable en la mayoría de las operaciones de determinación de la residencia tributaria de las sociedades.

En el ámbito de la aplicación de los Tratados la condición de residente es un requisito indispensable para su aplicación. Es muy probable que determinados sujetos puedan ser declarados residentes en ambos Estados, nos encontramos ante uno de los supuestos que ilustran los problemas que se derivan de la circunstancia de que sean las legislaciones nacionales las encargadas de determinar cuándo una sociedad es residente. Con notable frecuencia se presentan casos en los que dos países han optado por criterios diferentes y cada uno de estos criterios puede verificarse en ambos países (una sociedad que se ha constituido en un país distinto de aquel donde radica su sede o centro de dirección). La residencia tanto a efectos del Derecho internacional como interno debe ser única y, por lo tanto, el propio Modelo de Convenio prevé la solución que deben acoger los Tratados en aquellos supuestos en que para la aplicación de las normas de un Tratado exista un conflicto o laguna a la hora de precisar cuál es el Estado de residencia del sujeto en cuestión.

Por lo tanto, ante la ausencia de medidas comunitarias, podemos afirmar que es el propio Derecho internacional tributario el que mayoritariamente resuelve aquellas situaciones de doble residencia fiscal (*dual residence*). De esta cuestión se ocupa el artículo 4.3 del MCOCDE que siguen la mayoría de convenios¹²⁰, salvo los suscritos por los Estados Unidos. En este sentido, y con trascendencia para las legislaciones nacionales, que también acogen este criterio, los Tratados de doble imposición que siguen los dictados del Modelo otorgan prioridad al lugar o sede de dirección efectiva¹²¹. Resulta significativo que este criterio de resolución de conflicto o desempate (*tie-breaker*

¹¹⁸ La Autoridad Tributaria del Reino Unido interpreta el *central management and control* como el lugar donde se decide la política principal de toda la entidad («the central policy core of the whole enterprise»). Para solucionar cuestiones de Derecho interno este criterio también ha sido adoptado por la jurisprudencia canadiense y por la legislación australiana. Para METZLER y STIEGLITZ tanto el concepto de *central management and control* como el de *place of effective management* son insuficientes como reglas de desempate a la hora de solucionar los problemas de doble residencia. METZLER, V. y STIEGLITZ, A.: «Consequences of the De Beers-Decision». *SWI*, núm. 9, 2004, págs. 461 y ss. También crítico con la fórmula del artículo 4.3 del MCOCDE, COUZIN, R.: *Corporate residence and...*, ob. cit., pág. 180.

¹¹⁹ También es probable que el *central management and control* y el *effective place of management* se encuentren en países diferentes, cuando el control y las decisiones son adoptadas en un país diferente a aquel donde se encuentran las oficinas o sede social desde la que se desarrolla la dirección efectiva. *Vid.* OWEN, P.: «Can effective management be distinguished from central management and control?». *British tax review*, núm. 4, 2003, págs. 296 y ss.

¹²⁰ En ocasiones los negociadores de convenios de doble imposición renuncian voluntariamente a introducir reglas que traten de eliminar dicho fenómeno.

¹²¹ Precepto especialmente debatido desde la propuesta del grupo técnico fiscal de la OCDE de elaboración de un informe para su reforma (2001). En su redacción actual dispone: «Cuando en virtud de las disposiciones del párrafo 1 una

rules) no ha sido seguido en la red de Tratados firmados por los Estados Unidos, que adoptan un procedimiento de resolución mutua ¹²², o sea, un acuerdo amistoso entre los Estados firmantes ¹²³. El motivo puede deberse a la dificultad de definir lo que se entiende por sede de dirección efectiva o real, ya que la dirección puede contener actos de gestión o administración, de decisión o de supervisión por parte del consejo de administración ¹²⁴. Como alternativa cabe la implantación de algunos de los tres nexos siguientes cuando sea imposible determinar el lugar de dirección efectiva. Para cubrir tal laguna se acudiría primero al lugar donde la empresa tenga sus relaciones económicas, en segundo lugar al sitio, al sitio donde se realice la mayoría de sus actividades o, finalmente, donde se adopten las decisiones por el consejo de administración. Sin embargo, es preocupante que estos tests o criterios, que buscan clarificar el concepto de dirección efectiva, puedan dar lugar a resultados diferentes y, por lo tanto, tampoco cumplen con la deseada finalidad de precisar dónde tiene la residencia una sociedad ¹²⁵. ROSEMBUJ entiende que el propio Modelo establece una jerarquía a la hora de resolver los problemas de residencia dual y cuando la sede de dirección y control efectivo no pueda determinarse se atenderá, en primer lugar, al lugar de constitución para ciertas personas jurídicas de naturaleza civil y, en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, a un nexo de carácter económico como es el lugar del domicilio de la principal explotación. Estas conclusiones no pueden extraerse del texto o los comentarios de la última versión del Modelo, pero sí que nos parece

persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados Contratantes, se considerará residente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva». De no poder determinarse el Estado en que esta se encuentra se atribuye la residencia al Estado donde se constituyó la sociedad. Vemos que, por lo tanto, las reglas de desempate (*tie breaker rules*) previstas en los tratados se asemejan, por los criterios que acogen, a las contenidas en los ordenamientos internos.

- ¹²² Respecto al tratado entre Bélgica y Estados Unidos, KELLEY apunta que los Estados Unidos tienden a resolver la cuestión conforme al lugar de incorporación en el caso de las sociedades (*companies*) y por acuerdo mutuo en el caso de otras entidades legales. Si bien es cierto que en los últimos tratados extiende el acuerdo mutuo a todo tipo de sociedades (Convenio entre Estados Unidos y Dinamarca). Vid. KELLEY, P.: «Revision of the US-Belgian tax treaty», en AA.VV. *Melanges John Kirkpatrick*. Bruylant, Bruselas, 2004, pág. 441. Además del acuerdo mutuo, existen en la red de los Tratados suscritos por los Estados miembros de la Unión Europea otras cinco reglas de desempate alternativas para determinar la residencia de las sociedades: sede (*seat*), sede legal (*legal seat*), dirección y control (*managed and controlled*), lugar de constitución (*place of incorporation*) y, finalmente, lugar de establecimiento (*place of establishment*). Interesante dato que destaca SOLER ROCH tras el análisis de la red de los tratados suscritos por los Estados miembros de la Unión Europea. Vid. SOLER ROCH, M.T.: «Tax residence of the SE». *European Taxation*, núm. 1, 2004, pág. 11.
- ¹²³ El gran problema que plantea este método es que los Estados no alcancen un acuerdo. Esta circunstancia tendría como consecuencia que una sociedad pueda no ser considerada residente de ninguno de los dos Estados contratantes. Esta posibilidad queda expresamente manifestada en el convenio entre España y Estados Unidos cuando indica que si «las autoridades competentes no pudieran alcanzar un acuerdo, dicha persona no se considerará residente de ninguno de los Estados contratantes, excepto respecto de los pagos a que se refieren los apartados 1 a 4 del artículo 10 (dividendos), el artículo 11 (intereses) y el artículo 12 (cánones) efectuados a esa persona». Reflexiones respecto al Convenio entre España y Estados Unidos puede verse DE LA VILLA GIL, J.M.: «Residencia y ciudadanía: su tratamiento y repercusiones jurídicas», en AA.VV (dir. A. MARTÍNEZ LAFUENTE). *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*. Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, pág. 157.
- ¹²⁴ AVERY JONES considera que la aplicación del concepto de sede de dirección efectiva presenta muchos problemas en su aplicación práctica, justificando los informes del grupo de trabajo de la OCDE en este tema. Ante la posibilidad de que incluso ni tan siquiera pueda determinarse, este autor se plantea si este debe ser el primer criterio para resolver las cuestiones de residencia, concluyendo que es necesaria una revisión profunda de este concepto. AVERY JONES, J.: «Place of effective management...», ob. cit., pág. 24. A pesar de estas consideraciones, la solución basada en el acuerdo ha sido entendida como poco satisfactoria por la doctrina DEBATIN, H. y ENDRES, D.: *Das neue Doppelbesteuerungsabkommen USA/Bundesrepublik Deutschland (The new US/Germany Double tax treaty)*. Beck, Muenchen, 1990, pág. 208.
- ¹²⁵ Así se pone de manifiesto en la propuesta de modificación de los comentarios al artículo 4 del MCODE. «Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention» (Discussion Draft de 27 de mayo de 2003).

acertado atender a criterios de carácter formal cuando fallan los de carácter material o no nos permitan adoptar una solución ¹²⁶.

Nos adscribimos a las críticas y observaciones que se realizan en torno a las dificultades que puede plantear la resolución de la doble residencia de una sociedad a la luz del MCOCDE ¹²⁷, sin embargo, nos parece aún más cuestionable la solución que adoptan los Tratados firmados por los Estados Unidos que prefieren un procedimiento que implica subjetivizar una circunstancia que debe ser objetivamente valorada. El concepto de residencia en el Modelo de Convenio de los Estados Unidos se basa en los criterios que la ley interna establece para determinar la obligación personal de contribuir por la renta mundial (domicilio, residencia, nacionalidad sede de dirección, lugar de constitución o inscripción o cualquier otro criterio de naturaleza similar) ¹²⁸. En este sentido vemos que el Modelo americano no aporta excesivas novedades salvo las referencias a la nacionalidad y al lugar de constitución. Como observa la doctrina americana se ha producido un acercamiento entre ambos modelos y el modelo norteamericano ha ido adoptando gradualmente la definición del MCOCDE. En definitiva, esa similitud entre los criterios de los dos modelos más extendidos es perfectamente comprensible. La función de la residencia en cualquiera de los tratados de doble imposición es idéntica con independencia del Modelo que los sustente: garantizar que los beneficios y la aplicación de los convenios se realiza respecto de quien tiene la condición de residente, que será gravado por la renta mundial, y, en segundo lugar, el importante papel de la residencia en la eliminación de la doble imposición ¹²⁹.

La doble residencia es un fenómeno negativo pues da lugar a la doble imposición de las sociedades ¹³⁰, aunque ocasionalmente pueda utilizarse para obtener ventajas de carácter fiscal o financiar la compra de otras sociedades ¹³¹. Por ejemplo cuando se constituye una sociedad de doble residencia en el seno de aquellos grupos que están presentes en ambos países. Una vez constituida, esta contrae un préstamo para financiar el grupo. La doble residencia de esta sociedad permite que forme parte de dos subgrupos situados en países distintos. Las ventajas se obtienen cuando la sociedad prestataria no tiene ingresos para pagar los intereses, circunstancia que le permite deducir la pérdida en cada

¹²⁶ Vid. ROSEMBUJ, T.: *Derecho fiscal internacional*. El Fisco, Barcelona, 2001, pág. 47.

¹²⁷ Considerando que el concepto de «effective management» debe reelaborarse WESTBERG pone de manifiesto las dificultades para la aplicación del concepto sede de dirección efectiva tras la generalización de las nuevas tecnologías. WESTBERG, B.: *Cross border taxation of E-commerce*. IBFD, Ámsterdam, 2002, págs. 96 y ss. También puede consultarse el Informe de la OCDE «The impact of the communication revolution on the application of place of effective management as tie breaker rule». París, 2001 (parágrafo 46).

¹²⁸ A diferencia del MCODE se hace referencia expresa al lugar de constitución. En este sentido puede consultarse la opinión de SHANNON, H.A.: «The general definition of residence under United States income tax treaties». *Intertax*, vol. 1988, núms. 8-9, pág. 208.

¹²⁹ Vid. SHANNON, H.A.: «The general definition...», ob. cit., págs. 204 y ss.

¹³⁰ Doble imposición que debe entenderse en sentido estricto (internacional) y, por consiguiente, distinguirse de otras situaciones similares, como el doble gravamen (*Doppelbelastung*), donde, entre otras diferencias, puede no existir identidad del sujeto o tal identidad no es jurídica sino meramente económica. Vid. RUIZ GARCÍA, J.M. *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*. Civitas, Madrid, 1991, págs. 37 y ss.

¹³¹ La posibilidad de que el grupo tenga una dominante con residencia dual y la reacción de los ordenamientos francés y alemán es expuesta por SCHEUNEMANN, M.P.: *Grenzüberschreitende konsolidierte Konzernbesteuerung...* ob. cit., págs. 150 y ss. Estamos de acuerdo con CARMONA en que los convenios deben resolver los problemas de doble residencia, no solo para evitar el fenómeno de la doble imposición, sino también para impedir el uso interesado de una doble residencia en ambos Estados. Vid. AA.VV. (coord. F. SERRANO ANTÓN). *Fiscalidad internacional...* ob. cit., pág. 163.

Estado donde tiene su residencia fiscal, siempre que estos países adopten una imposición refundida de cada uno de los subgrupos ¹³².

C. La trascendencia de la residencia en la efectiva implantación de las propuestas de reforma de la fiscalidad empresarial

El panorama expuesto, caracterizado por la ambigüedad y los problemas prácticos de los nexos previstos para fijar la residencia, entorpece la implantación de una serie de medidas previstas a medio y largo plazo. El vencimiento de estos términos sería más o menos inminente (2011) y el retraso en la implantación de estas actuaciones demuestra que dificultades técnicas como las abordadas impiden un avance en la armonización de la fiscalidad empresarial.

Medidas como *Home State Taxation* o un IS europeos requieren un escenario donde el concepto de residencia esté armonizado o se implante un concepto de residencia europea ¹³³. Este último objetivo es excesivamente ambicioso y únicamente tiene sentido si se consolidan las medidas tributarias que trasciendan el plano nacional ¹³⁴.

No es nuestro objetivo analizar las diferentes propuestas que se anunciaron en un plan de modernización de la fiscalidad empresarial europea en el documento COM (2001)582 finales, *Hacia un Mercado interior sin obstáculos tributarios: una estrategia para proporcionar a las empresas una base consolidada del Impuesto sobre Sociedades para sus actividades a escala comunitaria*.

Simplemente pretendemos ejemplificar la importancia de las reflexiones expuestas y la necesidad de superar las deficiencias en la aplicación del concepto de residencia (que generalmente afectan a la soberanía fiscal de los Estados). Tanto en la imposición según el Estado de residencia (*Home State Taxation*) como en el IS europeo, la residencia juega un papel esencial. En la primera, la base imponible de un grupo de sociedades europeo se calcularía aplicando la legislación tributaria de un único Estado miembro, aquel en el que resida la sociedad matriz del grupo o se encuentre su sede principal. Queda patente la trascendencia de los conceptos de residencia o sede que no pueden conducir a equívocos y cuya aplicación selecciona una normativa nacional frente a un conjunto de Estados que pueden estar implicados en la obtención de las rentas a cuantificar. En su esencia, el sistema de HST es un sistema de remisión que supone el reconocimiento mutuo de unas legislaciones nacionales que pueden presentar criterios contradictorios a la hora de determinar su potestad tributaria. Este mecanismo supone un paso adelante en la búsqueda de un sistema impositivo común que regule la tributación de las sociedades en el ámbito europeo. Su aplicación solo puede entenderse en el ámbito de las actividades transfronterizas dentro de la Unión donde tendría cabida el IS europeo (*European corporate tax*). Este logro se nos plantea prácticamente imposible puesto que exige una integración de los distintos IS y eliminar una soberanía nacional que dejaría sin ningún tipo de trascendencia el concep-

¹³² Esta técnica denominada «double dipping» es comentada en el informe general publicado en AA.VV. (*Cahiers de droit fiscal international*). «The fiscal residence of...», ob. cit., pág. 130.

¹³³ Sobre estas medidas, TERRA, B. y WATTEL, P.: *European tax law*, Kluwer law international, 2008, págs. 117 y ss.

¹³⁴ Resultado que también puede calificarse como ambicioso según las propias afirmaciones de la Comisión [Documento COM (2001) 260 final, de 23 de mayo, en su párrafo 3.2.2, pág. 17].

to de residencia y la necesidad de vincular una sociedad con una determinada jurisdicción nacional. La sociedad se entendería como residente europea y ello requeriría implantar este concepto, bien partiendo de los factores ya examinados o superando la concepción tradicional de residencia.

6. CONCLUSIONES

En un contexto de economía global el uso generalizado de la residencia como nexo para justificar la soberanía tributaria exige un replanteamiento. Por ello consideramos que en el seno de la Unión Europea es conveniente avanzar en la armonización del concepto «residencia fiscal de las entidades» con el fin de evitar que su configuración pueda suponer un obstáculo a la libertad de establecimiento.

La residencia societaria ha sido un elemento fundamental para la aprobación de medidas claramente disuasorias u obstaculizadoras de la libertad de establecimiento. De este modo pueden darse restricciones de entrada, respecto del Estado de destino (*host country*), y restricciones de salida respecto del Estado de origen (*home country*). Por este motivo podemos afirmar que las fórmulas tradicionalmente usadas para determinar la residencia y la nacionalidad pueden vulnerar las libertades fundamentales. Es importante recordar que el hecho de no haber conseguido el deseado nivel de armonización de la imposición directa tampoco justifica que la discrecionalidad estatal pueda lesionar los principios y libertades comunitarias. Ello no obsta, como ha reconocido en la Sentencia *Avoir fiscal*, que la competencia estatal sobre la fiscalidad directa no excluye su sometimiento a las exigencias derivadas de los Tratados.

La acción del Derecho comunitario puede colaborar en la erradicación de la residencia dual y los problemas de doble imposición, tradicionalmente abordados por el derecho convencional. Opinamos que la armonización de criterios o la implantación de una residencia europea evitarían problemas derivados de su aplicación, además de dar seguridad y facilitar las decisiones de establecimiento y movilidad empresarial dentro de la Unión. Esta tarea armonizadora debe procurar una distribución equitativa de las rentas fiscales entre los Estados miembros y, sobre todo, combatir la evasión fiscal mediante la utilización de residencias ficticias o de conveniencia. Sin embargo, las dificultades para avanzar en este punto no se encuentran en este tipo de prácticas empresariales, sino en la disparidad de criterios legalmente establecidos para fijarla, además de su función legitimadora de una soberanía fiscal que los Estados no están dispuestos a ceder o perder.

A la luz de los pronunciamientos del TJCE y en el marco de una única jurisdicción fiscal comunitaria, podemos concluir que la residencia origina importantes discriminaciones o restricciones, siempre y cuando, con independencia de la nacionalidad en cualquiera de los Estados miembros, exista una situación de comparabilidad objetiva entre residentes y no residentes. En este sentido, debe recordarse que superada la doctrina sentada en el caso *Schumacher* (C-270/93), la jurisprudencia más actual defiende la plena equiparación entre ambos. Aprovechando este tipo de pronunciamientos y la necesidad de superar las carencias analizadas podemos concluir que tal vez sea el momento de superar una distinción que carece de sentido en un Mercado Único donde las sociedades, además de nacionales, son también europeas.