

Análisis jurídico de la residencia fiscal digital de las sociedades y sus conflictos de residencia. ¿Ha llegado el momento de apostar por un cambio radical de paradigma?

Diana Ferrer Vidal

Facultad de Derecho de ESADE

Fecha de presentación: diciembre 2024

Fecha de aceptación: febrero 2025

Fecha de publicación: marzo 2025

Resumen

La irrupción de la residencia fiscal digital de las sociedades como posibilidad real de atracción de empresas en jurisdicciones como Estonia ha supuesto una novedad que ha captado la atención de nómadas emprendedores. Sin restarle mérito al ecosistema completamente digital que permite constituir y gestionar una sociedad de forma totalmente en línea sin necesidad de desplazarse al territorio, el punto de conexión de asignación de residencia no es en absoluto revolucionario, en la medida en que sigue siendo el criterio formal de constitución de una entidad según la normativa local. En el presente estudio, se analizan los actuales criterios de conexión de residencia, considerando la complejidad actual de la sede de dirección efectiva como anclaje de residencia de una empresa, así como también el atractivo de algunas jurisdicciones asentadas bajo el principio de territorialidad. Habida cuenta de las iniciativas que pretenden un reparto más equitativo de la potestad tributaria, como la propuesta de Directiva BEFIT, nos planteamos si no ha llegado la hora de apostar por un cambio radical de paradigma que deje atrás la tradicional clasificación entre Estado de residencia y Estado fuente, y adecue la residencia no únicamente a la jurisdicción de origen, sino también a la de mercado.

Palabras clave

residencia fiscal; residencia digital; conflictos de residencia; criterios de conexión

Legal analysis of the digital tax residence of companies and their conflicts of residence. Is it time to go for a radical paradigm shift?

Abstract

The emergence of digital tax residency for companies as a real possibility for attracting businesses in jurisdictions like Estonia has captured the attention of entrepreneurial nomads. Without undermining the merit of the completely digital ecosystem that allows the establishment and management of a company entirely online without the need to travel to the territory, the point of connection for assigning residency is not revolutionary at all, as it remains the formal criterion for the establishment of an entity according to local regulations. This study analyses the current points of connection for residency, considering the current complexity of the effective place of management for a company's residency, as well as the appeal of certain jurisdictions based on the principle of territoriality. Given the initiatives that advocate for a more equitable distribution of tax authority, such as the proposed BEFIT Directive, we wonder if it is time to advocate for a radical paradigm shift that moves beyond the traditional classification between the state of residence and the source state and adjusts residency not only to the jurisdiction of origin but also to the market jurisdiction.

Keywords

tax residence; digital residence; residence conflicts; residence connection points

1. Residencia fiscal digital (e-Residency): ¿un paraíso digital para las empresas o una vuelta encubierta al modelo tradicional?

El concepto de residencia fiscal y su aplicación práctica es extraordinariamente casuístico, de manera que, aun acumulando jurisprudencia reciente sobre la materia, el contribuyente está siempre navegando en la incómoda inseguridad jurídica.¹ Sin embargo, durante prácticamente todo el siglo xx nadie se cuestionaba la tradicional relación existente entre la residencia fiscal y el vínculo con el territorio. De hecho, la residencia fiscal es un elemento de una enorme trascendencia a nivel fiscal en la medida en que determina la sujeción a la soberanía fiscal de un país. Pero el

mundo avanza y la digitalización hace que nos planteemos cuestiones antaño impensables, como si es posible ser residente fiscal en un país sin ni siquiera haberlo pisado. ¿Es posible carecer de vínculo territorial y ser residente fiscal en un país? ¿Realmente estamos ante una propuesta tan novedosa? La era de la digitalización ha hecho posible la existencia de lo que se denomina residencia digital (e-Residency). De hecho, la primera, y hasta la fecha de las pocas, residencias digitales de la historia fue en Estonia, en 2014, y supuso un concepto tan novedoso que captó la atención de muchos nómadas emprendedores. Alguna otra jurisdicción se ha sumado al concepto de residencia digital ideado por el país báltico, como Georgia, que ofrece un sistema parecido llamado *Virtual zone* que permite también a los empresarios crear empresas por internet sin la necesidad de trasladarse en territorio georgiano.

1. Fernández Junquera (1991, págs. 766, 780 y 781) ya advirtió que la residencia fiscal es susceptible de erigirse en un elemento esencial de tributo cuando el territorio se inserta en el elemento objetivo del hecho imponible. El problema más grave, también advertido por la citada autora, se da cuando la normativa sea de difícil integración, llegando incluso «a crear conflictos innecesarios, regulaciones contradictorias y situaciones de hecho absurdas». En este marco, es inevitable que se vea afectado el principio de seguridad jurídica, el cual ha sido tradicionalmente considerado como uno de los principios fundamentales sobre los que debe asentarse el ordenamiento jurídico (Sainz Bujanda, 1963, pág. 133) hasta el punto que la jurisprudencia lo viene invocando para la delimitación del principio de buena administración, cualificado como auténtico macroprincipio general que abarca tanto la redacción de la norma como su aplicación e interpretación (Pagès i Galtés, 2023, pág. 162).

En efecto, la *e-Residency* supone recibir una tarjeta de identificación inteligente emitida por el gobierno de Estonia que ofrece identificación y autorización digitales, lo que permite a emprendedores y empresarios lanzar un negocio en línea desde cualquier lugar del mundo, constituir una sociedad de forma rápida y ágil sin necesidad de desplazamiento y gestionarlo de forma remota con la tarjeta de identificación *e-resident*. Su uso incluye acceso a servicios bancarios digitales, herramientas de gestión empresarial, firmar documentos oficiales, realizar transacciones seguras y pagar impuestos, lo cual disminuye enormemente el coste burocrático que supone la constitución presencial de una sociedad en cualquier otra soberanía fiscal.

Además, uno de los anzuelos publicitarios sobre los que se sigue sustentando el programa *e-Residency* es su calidad de miembro de la Unión Europea. Por tanto, su capacidad de atracción a emprendedores localizados fuera de la región europea, como bien pueda ser Asia o Latinoamérica, pasa por ofrecer una empresa que desde Estonia y de forma totalmente digital puede operar desde la Unión Europea para el mercado global. Indiscutiblemente estamos ante una historia de éxito, puesto que, según la [página oficial del Gobierno de Estonia](#), el país cuenta con más de 25.000 empresas registradas.

No hay duda alguna de que el concepto de residencia digital es interesante y puede despertar la curiosidad de muchos emprendedores e inversores, pero precisamente por ser un concepto novedoso, emergen diversas cuestiones que son necesarias de analizar, entre las cuales destaca la potencial equivalencia entre residencia digital y residencia fiscal. ¿Un residente digital es un residente fiscal? La respuesta es clara y no deja lugar a dudas, pero debemos distinguir entre la persona física y la jurídica, y es precisamente debido a esta distinción que nos planteamos hasta qué punto hay novedad en términos de residencia fiscal.

El hecho de tener una identificación digital no convierte a las personas físicas en residentes fiscales, ni tampoco tendrán acceso a los servicios públicos de Estonia, como bien pueden ser la sanidad o la educación, y mucho menos equivale a la obtención de la ciudadanía europea. Tampoco la residencia fiscal digital computa en modo alguno a nivel de *tie-break rules* ante un conflicto de residencia en el que se aplica el Convenio para evitar la doble imposición entre Estonia y el país que proceda. Sin embargo, a nivel de empresa sí que la residencia digital supone para la entidad la residencia fiscal y, por ende, la obligación de tributar en el país de residencia. Precisamente en este

aspecto es donde no parece que se trate de una novedad que pueda cambiar las reglas de juego internacionales sobre la residencia fiscal.

Como es bien sabido y Estonia no es una excepción una de las causas de residencia fiscal de una entidad, que no la única, es que esta haya sido constituida según la normativa del país en cuestión. Siendo así, la única diferencia entre la residencia digital de Estonia, que permite a una sociedad ser residente en el país, y una sociedad constituida según la normativa española, es justamente la facilidad y agilidad de los trámites que pueden realizarse en línea. No nos malinterprete la persona lectora; de hecho, cualquier acción encaminada a facilitar la burocracia de cualquier trámite es un salto cualitativo digno de alabanza, pero la residencia fiscal de la sociedad tiene su anclaje justamente en el mismo criterio que cualquier otra legislación de cualquier otro país no tan avanzado digitalmente: el simple hecho de constituir la sociedad según la normativa interna de un país ya sea vía digital o vía tradicional.

En consecuencia, la residencia fiscal digital no supone un nuevo punto de conexión. De hecho, la naturaleza del propio criterio de conexión en cuanto a la constitución de una sociedad ya ha permitido desde siempre una vinculación escasa con el territorio; interacción con el territorio que ante la posibilidad de operar totalmente en línea será todavía menor. Por tanto, y precisamente por tratarse de un punto de conexión tradicional, el debate emerge sobre la conveniencia de seguir apostando por nexos tradicionales o apostar por un cambio total de paradigma.

2. Ausencia de presencia física en el territorio. Análisis de otras jurisdicciones e impacto de la residencia digital

El modelo analizado en el apartado anterior nos lleva a una conclusión clara: una empresa puede estar operativa en un territorio sin necesidad de desplazarse en el mismo, cuya consecuencia directa es la ausencia de medios materiales y personales ubicados en el país en el que la sociedad es residente fiscal, ya sea residente fiscal a través la *e-Residency* o a través del modelo tradicional.

Es evidente que, ante un procedimiento de comprobación por parte de las autoridades españolas a una sociedad,

cuya residencia fiscal se defiende que está en otro territorio por haberse constituido según las leyes de ese país, pero sin medios materiales ni personales en esa soberanía y a la vez, residiendo el socio o administrador en territorio español, emergerá un conflicto de residencia.

Antes de entrar en el análisis de dicho conflicto, es interesante poner de relieve la tendencia mundial de un número de legislaciones no menor de ofrecer una tributación tan beneficiosa que únicamente se gravan las rentas generadas en el propio territorio, dejando exentas las rentas generadas en el extranjero. Hong Kong y Singapur son un buen ejemplo de ello. Ninguna de las dos soberanías fiscales ofrece una residencia digital a las empresas, de manera que, aun siendo posible delegar los trámites de constitución a una gestoría local, existen determinados trámites que no pueden realizarse de manera totalmente digital, de ahí la necesidad de contar con el apoyo local, lo cual no sucede en Estonia. Sin embargo, y a pesar de no contar con el concepto de residencia digital, muchos son los inversores que optan por Hong Kong o Singapur, siempre claro que la residencia en un país de la UE no sea un aspecto clave para el negocio.

Traslademos ahora el debate al tema que nos ocupa, es decir, la residencia fiscal de las empresas, que puede tener relación directa con el modelo de territorialidad o renta mundial por el que han optado los Estados; sin olvidar, tal y como nos recuerda Solsona Sales (2022, pág. 239), que:

«[E]n la práctica pueden existir sistemas mixtos, como por ejemplo, sistemas basados en la tributación por renta mundial con el reconocimiento de exenciones en determinados tipos de renta (por ejemplo, dividendos de fuente extranjera y rentas atribuibles a establecimientos permanentes, como en el caso de España)».

Volvamos al sistema tributario de Hong Kong, cuya piedra angular, según su normativa interna, es el principio de fuente territorial sobre las rentas. Es decir, únicamente los ingresos generados y obtenidos en Hong Kong están sujetos a tributación, cuyo tipo de gravamen nominal del Impuesto sobre Sociedades alcanza el 16,5 %, dejando

exentos los ingresos de origen extranjero. Pero para que esta exención sea efectiva, la sociedad debe carecer de sustancia económica en Hong Kong. Y ahí se produce la primera contradicción con el sistema español, puesto que a la práctica eso significa que no debería haber oficinas, ni empleados, ni personal directivo en Hong Kong. Precisamente esta falta de sustancia sería un problema para España, porque, de ser así, y suponiendo que el socio o administrador de la sociedad residiera en territorio español, la Agencia Estatal Tributaria entenderá que la sociedad es residente fiscal en España.

Por tanto, el entorno internacional que propicia la constitución de empresas en el extranjero² y permite que estas puedan ser gestionadas desde el territorio de residencia del inversor, ya sea por un sistema tributario beneficioso, o por un entorno digital potente o bien por ambos motivos, lo cierto es que los conflictos de residencia fiscal de las entidades no solo persisten, sino que difícilmente cesarán.

3. Conflictos de residencia y análisis de la sede de dirección efectiva como criterio de fijación de la residencia

3.1. ¿La sede de dirección efectiva sigue siendo un concepto ligado al vínculo territorial? La crisis del concepto

Especialmente acertada es la reflexión de la profesora Siota Álvarez (2013, pág. 200), quien alerta que parte de la doctrina considera la residencia fiscal como un «concepto jurídico indeterminado». A nuestro modo de ver, lo cierto es que los criterios que fijan la residencia están debidamente regulados en nuestra normativa interna; cosa distinta es que precisamente algunos de dichos criterios sean los que adolezcan de indeterminación, cuya consecuencia nos lleva de nuevo a una indeseada inseguridad jurídica que inevitablemente recae en el contribuyente. Sin ir más lejos, el controvertido concepto de «sede de

2. Del mismo modo, tal y como nos recuerda Lucas Durán (2018, pág. 24) «se ha evidenciado una competencia fiscal perniciosa entre distintos Estados de la comunidad internacional para atraer hacia sí las sedes centrales de determinadas empresas gracias al reconocimiento de regímenes fiscales muy beneficiosos».

dirección efectiva» es, sin lugar a duda, un «concepto jurídicamente indeterminado».³

Es de agradecer el matiz explicativo del art. 8 LIS que especifica que «se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades». Sin embargo, una cuestión tan conflictiva como los criterios de residencia fiscal no se resuelven únicamente con las normativas locales, las cuales pueden llegar a diferir hasta tal punto que lo que en una jurisdicción se entiende por sede de dirección efectiva, no lo es para otra. A título de ejemplo, en el Reino Unido el *place of central management and control* es aquel en el que se decide la política principal de la entidad, el cual puede no coincidir con la sede central, mientras que, según la doctrina alemana, Vogel, como su máximo exponente, equipara la sede central con el lugar donde se encuentra el nivel máximo de la administración. Los matices son importantes, puesto que el lugar donde se encuentra la administración (las oficinas centrales) no tiene por qué ser el lugar donde la entidad decide su política principal (Gonzalez Sánchez, 2004, págs. 2-5).

A la vista está la complejidad del asunto y es que, tal y como nos recuerda Solsona Sales «no existe a nivel internacional una única definición de sede de dirección efectiva. Habría que acudir, por consiguiente, a los Comentarios al MCOODE para lograr una primera aproximación a dicho concepto». De hecho, los comentarios del MCOODE han hecho lo propio, determinando que:

«[L]as autoridades pertinentes tendrán en cuenta diversos factores, tales como dónde se celebran habitualmente las reuniones de consejo de administración y órgano si-

milar de la persona, desde donde realizan habitualmente sus funciones el consejero delegado y los altos ejecutivos, desde donde se realiza la alta gestión cotidiana, donde está situada la oficina central, qué legislación nacional rige su situación jurídica, dónde se llevan sus documentos contables [...]».

No debe perderse de vista que en el siglo XX el marco mental de la época asumía que una empresa se constituía allí donde eran residentes sus socios, de manera que allí se domiciliaba y desde ese mismo territorio se tomaban las decisiones directivas de la empresa. No obstante, ese mundo nada tiene que ver con el actual, y no únicamente porque el accionariado puede estar en distintas partes del planeta, o porque inclusive el consejo de dirección puede reunirse en línea estando sus miembros residiendo en distintos territorios, sino porque incluso el concepto de «dirección» se ha disgregado, en la medida en que el país en el que se decide la dirección financiera puede diferir de aquél en el que se tomen las decisiones relativas a la política de marketing o dirección de estrategia (Zubimendi Cavia, 2018, pág. 214).

Y es que a pesar de la actualización de los comentarios al MCOODE del 2017,⁴ en el que se aboga por una resolución individualizada del conflicto mediante el procedimiento amistoso, lo cual no se incluía en la anterior versión del 2010, el concepto de sede de dirección efectiva ha sido y sigue siendo el factor determinante para la resolución de conflictos,⁵ y así lo ha manifestado España en sus reservas al Convenio Multilateral. Tomando en consideración la facilidad de creación de empresas en otros territorios así como la competitividad fiscal, es lógico que la Administración española priorice la sede de dirección efectiva, puesto que, a pesar de la complejidad de prueba que entraña el

3. Acertadas son las reflexiones de Benítez Pérez (2022, págs. 2-14 versión en línea) señalando que «los conceptos jurídicos indeterminados son útiles en la redacción de las normas en tanto que permiten a los intérpretes ajustar el precepto a la realidad del caso concreto, permitiendo soluciones flexibles ante múltiples situaciones que pueden encontrarse en la vida diaria. Dicho lo anterior, una sobreexposición de la norma a los conceptos jurídicos indeterminados nos lleva a un escenario de inseguridad jurídica y económica permanente, y a un consecuente aumento de la litigiosidad».
4. Art. 4.3 MCOODE «Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por determinar mediante acuerdo amistoso, el Estado contratante del que deba considerarse residente a dicha persona a los efectos del Convenio, teniendo en cuenta su sede de dirección efectiva, su lugar de constitución o de creación por otros procedimientos, así como cualquier otro factor pertinente. (...)».
5. Así nos lo recuerda acertadamente Solsona Sales (2022, pág. 244) señalando que «en el caso del Estado español se han introducido reservas al artículo 4.3 a) del Convenio Multilateral» (...) «El principal motivo para la reserva de este artículo sería que, a pesar de que el artículo 4.3 del MCOODE introduce el procedimiento amistoso para la resolución de conflictos de residencia, el factor determinante para la resolución del conflicto sigue siendo el concepto de sede de dirección efectiva, ya recogido en la mayoría de convenios suscritos por España».

concepto, al menos es una vía para plantearse la atracción de todas aquellas sociedades que se han constituido válidamente en otra jurisdicción pero que siguen teniendo un anclaje en el territorio vía socios o administradores dirigentes de esta.

3.2. Dificultad en la resolución de conflictos

Como bien se recordará, el redactado del art. 8 de la LIS no establece una jerarquía de criterios, basta con que concurra alguno de los requisitos, ya bien sean de naturaleza formal:

- a)** haber constituido la sociedad conforme a las leyes españolas,
- b)** tener su domicilio social en territorio español, o de naturaleza más bien fáctica,
- c)** que tenga su sede de dirección efectiva en territorio español.

De hecho, lo habitual en la mayoría de las soberanías fiscales es una combinación mixta de puntos de conexión formalistas y de carácter fáctico, salvo algunas jurisdicciones que han optado por un único criterio, como es el caso de Estados Unidos, cuyas empresas residentes en EE. UU. sí que han sido constituidas en dicho territorio; o Irlanda que hasta 2015 apostaba en exclusividad por la sede de dirección efectiva.

Precisamente por no existir un concepto uniforme en cuanto a criterios de residencia a nivel internacional, es evidente que la proliferación de conflictos de residencia está en auge, más todavía en un mundo globalizado como el actual.

La normativa de residencia, que nació bajo unos parámetros válidos en su época, nos cuesta encajarla en la actualidad. De hecho, su anclaje con el territorio hace de los criterios actuales unos flancos fácilmente manipulables, pues a nadie se le escapa que una entidad puede constituirse en un territorio con el que carece de vinculación territorial, por estar su dirección y negocio en otras jurisdicciones. Ello todavía se acelera si una determinada soberanía fiscal permite constituir empresas totalmente en línea.

Es por ello por lo que nos sumamos a la contundente afirmación de Zubimendi Cavia, quien señala que «la deslocalización del accionariado, sede social, dirección y actividad económica, ha puesto de manifiesto la obsolescencia de la noción de residencia». Es más, el citado autor

se cuestiona la existencia de una verdadera residencia «real» en un mundo en el que las multinacionales suelen deslocalizar sus actividades. ¿Ha llegado el momento de buscar otros puntos de conexión?

4. Necesidad de buscar nuevos puntos de conexión. Cambio de paradigma

A pesar de la controversia que genera apostar por un criterio más formal, como es la constitución o domicilio social de la entidad o bien, por un criterio más fáctico, como es la sede de dirección efectiva, el debate se cierra con una conclusión común: el contribuyente asume una innecesaria inseguridad jurídica. Y lo más triste es que esta conclusión es común en la gran mayoría de soberanías, salvo aquellas que apuestan por un único concepto cerrado, lo cual no las hace inmunes a la existencia de conflictos de residencia.

Se entiende perfectamente la necesidad de los Estados de atraer cuantos más residentes mejor en la medida en que supone contar con más recaudación, especialmente si el modelo sobre el que se sustenta, como sucede en numerosas soberanías, es el basado en la renta mundial. Por tanto, la equivalencia entre residencia e incremento de las arcas estatales es una obviedad indiscutible, y de hecho, tiene sentido que así sea. Al hilo de esta reflexión, nos preguntamos si podríamos vincular la residencia allí donde la sociedad genera más beneficio, ¿o estaremos mezclando dos conceptos distintos? Beneficio, que no tiene por qué coincidir ni con el lugar de constitución, ni con dónde tiene su domicilio social ni tampoco con dónde está su sede de dirección efectiva. La respuesta, aunque tentadora, dentro del marco normativo actual, debería ser negativa, pero ¿y si lo que toca ahora es un cambio radical de paradigma?

La tendencia global es apostar por una tributación más justa y equitativa, tributando allí donde se genere valor, allí donde haya consumo del bien o producto. Ciertamente es que no debe confundirse el reparto de potestad tributaria con la residencia fiscal pero ¿no estaremos anclados en un concepto de residencia territorial que ya no existe?

Rescatemos los criterios tanto de la base común consolidada (BICIS)⁶ que planteaba fórmulas de reparto entre los distintos Estados basados en la ponderación de tres elementos: ventas, costes salariales y activos; como del recientemente rebautizado proyecto BEFIT (Business in Europe: Framework for Income Taxation), que arbitra una fórmula de reparto basada en la contribución relativa al grupo de cada sociedad. De llegar a ser una realidad, el resultado pretende una mejor distribución tributaria entre los Estados en la medida en que cada Estado recaudaría su parte justa de participación en la generación del beneficio global. Y ahí volvemos al concepto de residencia, puesto que solo las sociedades que son residentes fiscales en un país de la UE que permite la consolidación podrían formar parte del grupo que aplica la BEFIT. Siendo más precisos, la propuesta BEFIT resultará de aplicación, en caso de ser algún día un texto vigente, a entidades residentes fiscales en la UE, incluyendo a los establecimientos permanentes en la UE, a aquellos con matriz europea, e inclusive a aquellos con matriz no europea, eso sí, bajo el cumplimiento de determinadas magnitudes numéricas.⁷

Como nos recuerda Sanz Gadea, «la residencia es un elemento básico del sistema de base común consolidada europea», términos que no deben confundirse; en la medida en que «la residencia o el establecimiento permanente vinculan la actividad económica a una determinada jurisdicción fiscal» (Sanz Gadea, 2018, págs. 39-41). De ahí la importancia de no confundir los términos, puesto que la competencia para gravar el beneficio seguirá siendo en

exclusiva del Estado de residencia, aunque la potestad tributaria podrá asignarse a las jurisdicciones de destino en función de determinados parámetros basados en fórmulas de reparto.⁸

Sin duda Sanz Gadea (2018, págs. 34-38) acierta en su análisis jurídico, también cuando concluye que el Plan BEPS no altera el concepto tradicional de residencia. En la misma línea se pronuncia Duardo Sánchez (2017, págs. 16-24), quien considera que el plan BEPS realiza cambios menores para contrarrestar determinadas prácticas de planificación fiscal agresiva, pero mantiene inalterados los elementos principales para las instituciones de residencia y establecimiento permanente y con ellos las fuentes de crisis y conflicto.

Pero, al fin y al cabo, más allá de las cuestiones formales, para cualquier entidad será siempre más relevante identificar los territorios en los que debe tributar y, por ende, su factura fiscal final, que su propia residencia fiscal a efectos formales. Y es que precisamente en este aspecto habrá un cambio de paradigma radical. Si la tendencia es ir hacia una base consolidada común, y por tanto las empresas ya no tributan en función de su renta mundial en su Estado de residencia sino en aquellos territorios en los que efectivamente generen un valor, la clasificación tradicional entre Estado fuente y residencia quedaría completamente obsoleta. Es más, si la tributación de las empresas multinacionales fuese en función de parámetros menos susceptibles de manipulación, la residencia de una

6. Vid. Mora Agudo, Navarro Heras y Prado Román (2012, págs. 89-109) y su interesante comparación entre la normativa CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*) del 2011 con nuestra normativa interna.

7. La Directiva será de aplicación obligatoria para los grupos de entidades que operen en la UE con ingresos anuales consolidados de, al menos, 750 millones de euros y cuya matriz última ostente de manera directa o indirecta al menos, el 75 % de participación (el grupo BEFIT). La participación debe mantenerse ininterrumpidamente durante todo el año fiscal.

No obstante, el texto prevé una excepción: en caso de que la matriz última del grupo se encuentre fuera de la UE, BEFIT solo resultará de aplicación si los ingresos del grupo BEFIT dentro de la UE superan el 5 % de los ingresos totales del grupo, o bien representan, al menos, 50 millones de euros en, al menos, dos de los últimos cuatro años. Curiosamente BEFIT también puede ser de aplicación voluntaria para grupos que no alcancen el umbral de 750 millones de euros, siempre que trabajen con estados financieros consolidados.

De aprobarse la Directiva en los términos propuestos actualmente, los países miembros de la UE deberán transponer la misma no más tarde del 1 de enero de 2028 de tal forma que las nuevas normas resulten de aplicación a partir del 1 de julio de 2028.

8. A estos efectos, es interesante traer a colación dos artículos doctrinales que analizan la propuesta de Directiva BEFIT. Por un lado, Serrano Antón (2023) quien resume muy gráficamente, apoyándose en un esquema de distribución porcentual de la cuantía a satisfacer en cada Estado, el cálculo en orden de las distintas magnitudes que son imprescindibles para la obtención de un resultado final: en primer lugar, el cálculo de los resultados individuales preliminares, seguidos de la base imponible agregada o base imponible BEFIT que, tras la aplicación de la fórmula de asignación, se obtiene la cuota a pagar en cada Estado (págs. 33-35). Por su parte, Pujalte Méndez-Leite (2023) analiza con detalle los ajustes a realizar y las partidas que afectan al cálculo, realizando a la vez un estudio exhaustivo de la «evolución en el tratamiento de los ingresos exentos, criterios de amortización, deducibilidad de determinados gastos y provisiones» partiendo de la propuesta inicial BICIS del 2011 hasta la propuesta actual de BEFIT.

sociedad dejaría de ser un elemento relevante a efectos impositivos, y pasaría a ser un elemento meramente formal de identificación con un territorio concreto. Piénsese que hay determinados productos autóctonos que, aunque la empresa productora o distribuidora tributase según su contribución en cada territorio, muy posiblemente a nivel de imagen le interesaría presentarse al mercado como una empresa vinculada a una determinada región o país. Es evidente que la competencia para gravar el beneficio seguiría siendo del Estado de residencia, pero quizás acabaría siendo una competencia vacía de contenido.⁹

No obstante, no debe olvidarse que este proyecto de base común consolidada, hasta ahora fallido, es únicamente a nivel de la UE y no afecta a los tipos de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, por lo que no desaparecería del todo la tentación elusiva de algunos contribuyentes. De hecho, prudentes y realistas son las reflexiones de Serrano Antón, quien se muestra escéptico ante una futura realidad de BEFIT en la medida en que «dado que la directiva BEFIT se refiere a la fiscalidad directa, es necesaria la unanimidad en el Consejo Europeo, ya que la fiscalidad sigue siendo un elemento de la soberanía de los Estados miembros. La experiencia de anteriores propuestas en el ámbito de la fiscalidad directa, especialmente las destinadas a armonizar las normas del Impuesto sobre Sociedades, es que las propuestas podrían estancarse en el Consejo durante muchos años a falta de un acuerdo unánime y de un impulso político». De nuevo, las estrategias en el tablero político tienen un peso más relevante que la técnica fiscal. No obstante, el mismo Serrano Antón (2023, págs. 36 y 38) reconoce que la valoración de la Comisión ha sido positiva, lo que podría suponer su aprobación final en la medida en que «la propuesta se basa en los logros del Marco Inclusivo de la OCDE/G20 en el desarrollo de la solución basada en los dos pilares», siendo ya el Pilar II una realidad. En este sentido también se suma Pujalte Méndez-Leite (2023, pág. 18), quien estudia la indiscutible ventaja que supondría para los grandes grupos multinacionales la compensación de pérdidas entre entidades del grupo, así como la simplificación administrativa a través del mecanismo de ventanilla única.

Quizás una forma de encajar residencia y tributación efectiva en cada Estado en función de la generación real de valor sería acuñando un concepto supranacional de residencia de la UE. Nadie discutirá que es un concepto romántico, aunque francamente inviable. Con la normativa internacional actualmente vigente, no se nos ocurre ningún Estado que pueda llegar a plantearse la cesión de una parte tan importante de su soberanía fiscal como es la determinación de la residencia.¹⁰ Cosa bien distinta es la necesidad de armonizar en el seno de la UE y de la OCDE los mecanismos de resolución de conflictos de residencia, sin renunciar cada Estado a su propia normativa nacional sobre los puntos de conexión. Pero precisamente por eso, ¿no es hora de rebajar los conflictos de residencia?

Merece la pena realizar una última e interesante reflexión al hilo de estas cuestiones, y es que la fiscalidad internacional cada vez más discurre en la senda de atribuir la base imponible a la jurisdicción de mercado, es decir, en el nexo de destino. De nuevo, ello afecta a la tradicional clasificación entre Estado fuente y residencia. Sabemos que los convenios para evitar la doble imposición hace tiempo que están gravando determinadas rentas allí donde se generan, no siendo éste un concepto revolucionario, pero se sigue partiendo de la residencia del sujeto pasivo desde un nexo en el origen, que supuestamente es en aquel territorio donde la sociedad se habrá constituido o domiciliado o tendrá su sede de dirección efectiva.

Ahora bien, si finalmente BEFIT fuera una realidad, la asignación de la potestad tributaria según mecanismos ajenos a las normas actuales de residencia supondría un increíble cambio de paradigma. En este sentido se ha pronunciado Zubimendi Cavia (2018, pág. 221), quien señala que «mirar hacia el futuro es establecer la sujeción tributaria incorporando otros elementos menos susceptibles de manipulación (*formulary apportionment approach*, el factor trabajo y ventas)».

Sea como fuere, a fecha de hoy, la residencia sigue siendo un concepto arraigado a un nexo de origen, alejado de la

9. En este sentido, se traen a colación las reflexiones de Botella García-Lastra (2018, págs. 83-99) quien pone de manifiesto el impacto de las iniciativas europeas sobre la tributación en el IS en el concepto tradicional de residencia, señalando que «las BICIS funcionarían como *alternativa* a las reglas para determinar la residencia, en cuanto punto de referencia para atribuir el derecho a gravar determinadas rentas».
10. A colación de la cesión de residencia, son interesantes las reflexiones de García-Torres Fernández (2017, págs. 1-15) cuando a raíz de su análisis sobre la propuesta de directiva de BICIS 2016 señala que «en todo este proceso subyace un avance más importante, que es haber superado por parte de los Estados miembros sus reticencias a ver la armonización del Impuesto sobre Sociedades como una limitación a su soberanía tributaria sobre la imposición directa».

jurisdicción de mercado, lo cual se ve compensado con iniciativas que afectan directamente al reparto de la potestad tributaria vinculando tributación con territorio de destino. Quizás debería repensarse si los parámetros de residencia fiscal también deberían evolucionar en esa dirección.¹¹

Conclusiones y reflexiones finales

Lo expuesto anteriormente puede resumirse en los siguientes puntos:

1) Contadas jurisdicciones, entre ellas Estonia como pionera, han acuñado el concepto de residencia digital (*e-Residency*), que permite obtener una identificación digital emitida por el gobierno que ofrece a los emprendedores constituir una sociedad sin necesidad de desplazarse, realizando todos los trámites de constitución en línea, autenticarse de forma segura, así como llevar a cabo toda la operativa diaria, que puede ser 100 % en línea. Es un concepto novedoso que captó la atención de múltiples nómadas digitales. No obstante, y sin restarle mérito al ecosistema digital, a efectos de residencia no constituye ningún punto de conexión revolucionario, en la medida en que una sociedad se considerará residente fiscal en un territorio al haber sido constituida bajo su normativa local, aunque sea de forma digital. Se trata de un criterio formal que adoptan muchos países, junto con otros más fácticos, como el de la sede de dirección efectiva.

2) Pero no únicamente la residencia digital puede atraer inversores. El hecho de que algunos países opten por un modelo de territorialidad, en contraposición al principio de renta mundial, puede ser un motivo de peso para decidir constituir una sociedad en determinado territorio. Hong Kong y Singapur dan buena cuenta de ello. Curiosamente, uno de los requisitos para que las rentas de fuente extranjera no tributen en Hong Kong es que se carezca de sustancia en el territorio, cuya consecuencia directa bien puede ser un conflicto claro de residencia, en la medida en que el socio o administrador residen en España.

A nuestro juicio, es de suponer que la facilidad de constitución de empresas en el extranjero lo que no supondrá es un descenso de los conflictos de residencia de las personas jurídicas. Únicamente un cambio de normativa armonizado sería la solución.

3) Los criterios de conexión con el territorio que eran útiles en el siglo xx cuesta encajarlos en un mundo globalizado y tecnológico. Apostar por un criterio formal como la constitución o domicilio de la sociedad es, sin lugar a duda, apostar por la seguridad jurídica, pero es asumir también que se trata de criterios de conexión fácilmente manipulables.

Tampoco el criterio fáctico de sede de dirección efectiva está siendo la solución por diversos motivos; cada soberanía acuña su propio concepto, pudiendo ser las reuniones del personal directivo en línea; y por si fuera poco complejo, la dirección de una empresa puede disgregarse en distintas direcciones en función de su contenido: dirección financiera, de marketing, de estrategia, etc.

A pesar de los esfuerzos realizados en los comentarios del MCOODE para definir los conceptos, el modelo actualmente vigente a nivel internacional tiene una triste conclusión común: el contribuyente asume una incómoda e innecesaria inseguridad jurídica.

4) La voluntad recaudatoria de todos los Estados hace que la capacidad de atracción de la residencia de las empresas sea algo tan valioso que merece la pena enfrentar un conflicto de residencia. Pero a la vista está que la globalización de los mercados así como el uso ineludible de las nuevas tecnologías, han superado los actuales criterios de residencia fiscal, hasta el punto de convertirlos en estériles a la vez que fácilmente manipulables. No obstante, y de manera simultánea, quizás a modo de compensación, existen iniciativas que propugnan una tributación más justa y equitativa, haciendo tributar a las empresas allí donde realmente generen valor.

Quizás ha llegado el momento de apostar por un cambio radical de paradigma, en virtud del cual los parámetros de

11. Interesante reflexión la proporcionada por de Wilde (2015, pág. 802), quien incorpora al debate un argumento nuevo: los factores de producción. «Another attractive thing about attributing the tax base to the market jurisdiction is that this will promote an efficient use of production factors. This is because, for profit tax purposes, it will then no longer matter which jurisdiction a business chooses to invest in as tax will no longer have the investment location as its point of reference [...] Attributing the tax base to the market jurisdiction will thus effectively result in a taxation that is inelastic and that at the same time promotes economic efficiency. It is therefore worth considering attributing the tax base to the location of the customer as a general principle, and not just for online profits.»

asignación de la residencia fiscal de las sociedades tomen en consideración elementos objetivos que correspondan también a la jurisdicción de mercado, como las ventas o la fuerza empleadora. No confundimos los conceptos, puesto que la competencia para gravar los beneficios los sigue teniendo el Estado de residencia pero admitimos que si la tributación puede asignarse a distintos territorios en función de su contribución real, el concepto de residencia tal y como lo conocemos ahora, podría vaciarse de contenido.

Cierto es que con ello la tradicional clasificación entre Estado fuente y residencia quedaría obsoleta, pero ¿no ha llegado la hora de hacer discurrir en un mismo sendero el justo reparto de la potestad tributaria entre los estados y los criterios de residencia? La respuesta es tan afirmativa como difícilmente viable teniendo en cuenta la complejidad de armonización de la cuestión a nivel internacional.

Referencias bibliográficas

- BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C. (2018). «Las reglas de localización de la base imponible como complemento o alternativa de las normas de residencia fiscal». En: Dir. Lucas Durán, M. y Del Blanco García, A. *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro. Documentos de Trabajo del 3/2018*, págs. 83-99. Instituto de Estudios Fiscales [en línea]. Disponible en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_03.pdf
- DE WILDE, M.F. (2015). «Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why Online Profits Are So Hard to Pin Down». *Intertax*, vol. 43, n.º 12, págs. 796-803. DOI: <https://doi.org/10.54648/TAXI2015072>
- DUARDO SÁNCHEZ, A. (2017). «Crisis de los puntos de conexión en la fiscalidad internacional. La residencia fiscal y el Establecimiento Permanente a la luz del Plan BEPS». *Quincena Fiscal*, n.º 12, págs. 1-25.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. (1991). «Residentes en el extranjero». En la obra colectiva *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, vol. I. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Fiscales.
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M.J. (2017). «Previsión del impacto armonizador de la propuesta de directiva de BICCIS 2016 a la luz de nuestro Impuesto sobre Sociedades». *Quincena Fiscal*, n.º 7, del 1 al 15 de abril 2017, págs. 1-15 de la versión online.
- GONZALEZ SÁNCHEZ, E. (2004, noviembre). «El concepto de residencia fiscal de las entidades en el ámbito de la Unión Europea: La necesidad de su reforma como punto de conexión entre las administraciones tributarias y los contribuyentes». *Nueva Fiscalidad*, n.º 10, págs. 1-13.
- LUCAS DURÁN, M. (2018). «Residencia y territorialidad: BEPS y la necesidad de revisar los principios tradicionales de la fiscalidad internacional». *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro. Documentos de Trabajo 3/2018*, págs. 14-38. DOI: Instituto de Estudios Fiscales.
- MORA AGUDO, L.; NAVARRO HERAS, E.; PRADO ROMÁN, M. (2012). «Base imponible común consolidada vs normativa fiscal española: una aproximación a su impacto fiscal». *Crónica Tributaria*, n.º 144, págs. 89-109.
- PAGÈS i GALTÉS, J. (2023). «La raíz iusnaturalista de la buena administración y su configuración jurisprudencial como principio jurídico». *Civitas - Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 200, págs. 155-196.
- PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H. (2024). «El cálculo de la base imponible armonizada del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea: de la propuesta BICCIS a la propuesta BEFIT». *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n.º 25, Primer cuatrimestre de 2024, págs. 1-18 de la versión online.
- SAINZ DE BUJANDA, F. (2015 [1963]). *Hacienda y Derecho*, vol. III. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1963. También puede verse en CAZORLA PRIETO, L. M. (2015). *Hacienda y Derecho (Fragmentos)*. Fernando Sainz de Bujanda. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SANZ GADEA, E. (2018). «Residencia de las personas jurídicas apuntes de futuro». En: Dir. Lucas Durán, M. y Del Blanco García, A. *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro. Documentos de Trabajo 3/2018*, págs. 209-223. Instituto de Estudios Fiscales.

- SERRANO ANTON, F. (2023, noviembre). «La determinación de la base imponible del Impuesto sobre sociedades en la UE: La Comisión Europea propone la Directiva "BEFIT"». *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 11, págs. 31-50.
- SIOTA ÁLVAREZ, M. (2013). «La residencia fiscal en el Impuesto sobre Sociedades». *Crónica Tributaria*, n.º 149, págs. 199-236.
- SOLSONA SALES, M. (2023). «La residencia fiscal de las personas físicas». *Cuadernos de Formación. Colaboración 14/23*, vol. 29/2023, págs. 239-246.
- ZUBIMENDI CAVIA, A. (2023). «La obsolescencia de la noción de residencia en la tributación de las empresas multinacionales». En: Dir. Lucas Durán, M. y Del Blanco García, A. *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro. Documentos de Trabajo 3/2018*, pp. 209-223. Instituto de Estudios Fiscales.

Cita recomendada

FERRER VIDAL, Diana (2025). «Análisis jurídico de la residencia fiscal digital de las sociedades y sus conflictos de residencia. ¿Ha llegado el momento de apostar por un cambio radical de paradigma?». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 42. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]. DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i42.432061>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autoría

Diana Ferrer Vidal

Facultad de Derecho de ESADE

diana.ferrer@esade.edu

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario en la Facultad de Derecho de ESADE. Su investigación doctoral predoctoral se centró en las operaciones vinculadas, concretamente en relación con el ajuste secundario (Premio extraordinario en 2016). Sus investigaciones se han centrado en diversas áreas clave: fiscalidad directa corporativa (medidas antielusión, *transfer pricing*, operaciones de reestructuración), fiscalidad patrimonial, cooperación administrativa y economía colaborativa (vivienda). Los resultados de sus estudios se han divulgado en diversas publicaciones, como monografías, capítulos de libro y artículos en revistas especializadas. También ha participado como ponente en varios congresos nacionales e internacionales y en diversos proyectos de investigación competitivos. Como indicadores de la calidad de su producción científica, ha obtenido un sexenio de investigación (AQU) y cuenta con la acreditación como profesora titular de universidad. Su pasión y vocación docente le ha valido la concesión por parte de la Generalitat de Catalunya de la distinción Jaume Vicens Vives 2018 a la calidad e innovación docente. Ha ocupado diversos cargos de gestión académica de programas, siendo actualmente la directora del Departamento de Derecho Público y Privado, y directora de los posgrados en Derecho Financiero y Tributario de ESADE Law School.