

Exit Taxes

Manuel Pires¹

1. Aspectos introductorios y generales.

El sistema impositivo portugués comprende, además de un tributo sobre el patrimonio y sobre el consumo, un impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRS) y otro sobre las personas jurídicas (IRC).

En el ámbito de los impuestos sobre la renta se distingue, como es normal, entre sujetos pasivos residentes y no residentes. Los residentes son gravados por las rentas que obtengan en cualquier parte, incluidas, por tanto, aquellas generadas fuera del territorio portugués (“obrigação ilimitada” – artículos 15, núm. 1 del Código del IRS y 4, núm. 1 del Código del IRC). Por el contrario, los no residentes se someten a gravamen sólo por las rentas obtenidas en territorio portugués (“obrigação limitada” – artículos 15, núm. 2 del Código del IRS y 4, núm. 2 del Código del IRC).

A efectos del art. 16 núm. 1 del Código del IRS se consideran fiscalmente residentes las personas físicas que en el período impositivo en cuestión:

- hayan permanecido en territorio portugués durante más de 183 días, aunque no fuera de un modo continuado; o bien
- habiendo permanecido en territorio portugués menos de 183 días, posean a 31 de diciembre del período impositivo una vivienda cuyas características permitan deducir la intención de tenerla y ocuparla como vivienda habitual; o bien

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Economía por la Universidad de Lisboa y Profesor de la Universidad Lusíada de Lisboa.

Traducción a cargo de Daniel Casas Agudo. Doctor europeo en Derecho Tributario Europeo por la Universidad de Bolonia. Investigador del Programa “Juan de la Cierva” (Ministerio de Ciencia e Innovación de España). Universidad de Granada (España).

- se trate de sujetos que a 31 de diciembre del período impositivo considerado sean miembros de la tripulación de un buque o de un avión al servicio de sociedades residentes con sede legal o con dirección efectiva en territorio portugués;
- Se trate de un sujeto que desempeñe en el extranjero un trabajo o encargos aislados al servicio del Estado portugués.

Los criterios adoptados en orden a la determinación de las rentas producidas en el interior del territorio portugués son de tipo financiero – residencia del sujeto pasivo- y/o de tipo económico –localización del bien o ejercicio de la actividad de la que deriva el rendimiento en territorio portugués (artículo 18 del Código del IRS)-.

Por lo que se refiere al IRC, los sujetos pasivos –incluidos, además de las personas jurídicas, los entes sin personalidad jurídica como por ejemplo, las herencias yacentes, las personas jurídicas cuyos actos constitutivos hayan sido declarados nulos, las asociaciones y las sociedades civiles sin personalidad jurídica, las sociedades comerciales o civiles con forma mercantil antes del registro definitivo (artículo 2 núms. 1, letra b, y 2)- se consideran residentes cuando posean su sede o su dirección efectiva, entendida la primera como sede administrativa y la segunda como centro de dirección general de la actividad (artículo 2, núm. 3 del Código del IRC), en territorio portugués.

Los criterios de determinación de los rendimientos producidos en territorio portugués coinciden con los adoptados en relación al IRS: criterio financiero o/y económico (artículo 4 núm. 3 del Código del IRC).

2. IRS y cambio de residencia fuera del territorio nacional.

2.1. Por lo que se refiere al cambio de residencia al extranjero, el Código del IRS no prevé ninguna imposición para el caso de salida de Portugal; sólo se prevé una ficción que permite el mantenimiento del estatuto de residente en el territorio portugués.

Por tanto, “se consideran siempre residentes en territorio portugués las

personas que forman parte del núcleo familiar, a condición de que en territorio portugués habite una de las personas a las que pertenezca la dirección del núcleo familiar” (artículo 16, c. 2 del Código del IRS). Sin embargo, a la luz de las dificultades considerables que provoca esta disposición, -como sucede, por ejemplo, en el caso de los emigrantes– se ha introducido un paliativo (artículo 16, núm. 3 del Código del IRS), es decir, se ha admitido la no aplicación de dicha norma cuando se trate de personas que:

- no permaneciendo en territorio portugués más de 183 días, consecutivos o no, del año de referencia de las rentas
- demuestren la inexistencia de una relación entre la mayor parte de las propias actividades económicas y el territorio portugués.

En tal caso, los contribuyentes serán sujetos pasivos del impuesto como no residentes, en relación a sus respectivas rentas, que se considerarán producidas en territorio portugués según se prevé en el Código del IRS.

Constatada la concurrencia de los citados requisitos, en aplicación del art. 16 núm. 4 del Código del IRS, el cónyuge residente en territorio portugués presentará una declaración (única) de la renta en la que se deberán comprender sus rentas personales, su parte en las comunes así como las de las personas a su cargo, de modo análogo a cuanto se prevé para los cónyuges que viven en régimen de separación de hecho.

Debe destacarse, de igual forma, la ficción introducida por el art. 16 núm. 5 del Código del IRS en virtud de la cual se considerarán aún residentes en territorio portugués las personas de nacionalidad portuguesa que transfieran su residencia a un país, territorio o región con un régimen fiscal más beneficioso de los catalogados en la lista aprobada con “Portaria” del Ministro de las Finanzas, salvo que el interesado pruebe que el cambio de residencia tuvo lugar por razones válidas, determinadas por la norma a título ejemplificativo, en ejercicio en dicho territorio de un trabajo temporal a cuenta de un empresario portugués.

Nótese lo inadecuado de la exclusiva mención normativa a las hipótesis de trabajo temporal y concedido por contratantes portugueses. ¿Y si el cambio de residencia no fuese temporal o, en cualquier caso, bajo un empresario

portugués? Hubiera sido mejor si el legislador no hubiese hecho mención a ninguna hipótesis.

La lista arriba mencionada comprende países normalmente considerados paraísos fiscales o zonas de baja fiscalidad; entre estos, Andorra, las Antillas holandesas, Aruba, Bahamas, Islas Bermudas, Bolivia, Islas del Canal (Alderney, Guernsey, Jersey, Great Stark, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou e Lihou), Islas Caimán, Chipre, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gibraltar, Honduras, Hong Kong, Jamaica, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Islas Maldivas, Islas de Man, Nauru, Panamá, Polinesia Francesa, Puerto Rico, Santa-Lucía, Seychelles, Swazilandia, Togo, Trinidad y Tobago, etc. (Portaria 150/2004, de 13 de febrero).

3. IRC y el cambio de residencia al extranjero

3.1. La disciplina aplicable a las personas jurídicas

3.1.1. Desde el 1 de enero de 2006 se ha introducido una subsección del IRC –la V-A, titulada “Transmisión de residencia de una sociedad al extranjero y cesación de la actividad de sujetos no residentes”- a la que se ha añadido otra disposición, en vigor desde el 1 de enero de 2007 (art. 76-A del Código del IRC ²).

La norma que disciplina el cambio de residencia comprende:

- naturalmente, sujetos residentes que tengan su sede legal o el centro de dirección efectiva en territorio portugués;
- Sociedades Europeas y Sociedades Cooperativas Europeas.

Tiene relevancia el hecho de que

- la sede legal y la de dirección efectiva no se encuentren ya en territorio portugués, esto es, el hecho de que con la transferencia la sociedad cambie su estatus a no residente.

La norma prevé que:

² En adelante, cuando no se especifique el Código al que se haga referencia, deberá considerarse citado el Código del IRC.

Constituyen componentes positivos o negativos de renta societaria, en el ejercicio en el que haya cesado la actividad, la diferencia entre el valor de mercado y el contable, fiscalmente relevante, de los elementos patrimoniales el día del cese de la actividad.

Sin embargo, la norma prevé una excepción y una hipótesis de aplicación extensiva.

3.1.2 Excepción (art. 76-A núm. 2):

La regla no se aplica a los elementos patrimoniales objeto de transmisión que se hallen efectivamente afectos a un establecimiento permanente de la sociedad emigrante: que continúe operando en el interior del territorio portugués; y que contribuyan a producir renta imponible.

Ello a condición de que:

- los elementos patrimoniales figuren en la contabilidad del sujeto transferido con los mismos valores reconocidos antes de la transferencia de la residencia;
- dichos valores sean los resultantes de la aplicación de las disposiciones del Código del IRC o de las nuevas valoraciones hechas según la legislación fiscal [cfr. art. 68, núm. 3, letra *a*) y *b*)].

En este caso, según lo previsto en el art. 76-A, núm. 3, la determinación del impuesto que el establecimiento permanente (creado en el momento de la transferencia) deberá descontar, tendrá lugar conforme a los siguientes principios:

- la determinación de la renta derivada de los elementos patrimoniales se lleva a cabo como si la transferencia de la residencia no se hubiese realizado;
- las reintegraciones y las amortizaciones de los elementos inmovilizados transferidos tienen lugar según el régimen vigente aplicable a la sociedad antes de la transferencia;
- a las referidas transferencias se aplica, a efectos fiscales, el mismo régimen que se aplicaba antes de la transferencia;
- las pérdidas sufridas antes del cese de la actividad pueden ser deducidas de la base imponible del establecimiento permanente de la

sociedad no residente a condición de que se refieran a los elementos patrimoniales afectos al citado establecimiento permanente; lo anterior requiere autorización específica del “director-geral dos impostos”, previa solicitud por parte de los interesados cursada a lo largo del mes previo a aquel en el que tuvo lugar el cese de la actividad, demostrando la pertenencia de las pérdidas a la actividad desarrollada por el establecimiento permanente.

Sin embargo, tal excepción no podrá aplicarse -aplicándose en su lugar, por tanto, la regla general del art. 76-A, n. 5, en los casos en los que se considere que las operaciones antes referidas tengan como finalidad principal, al menos aquellas de mayor relevancia, la evasión fiscal, que se entiende que tiene lugar cuando:

- la totalidad de las rentas no se sujete al mismo régimen de imposición previsto en el IRC; y
- las operaciones se hayan realizado sin fines económicos válidos, como sucede, por ejemplo, en el caso de reestructuración o racionalización de las actividades de la sociedad,

procediéndose, consecuentemente, a la liquidación adicional del impuesto.

3.1.3. Más allá de la excepción a la regla -para la que tiene relevancia la diferencia positiva o negativa entre el valor de mercado y el contable (fiscalmente relevante) de los elementos patrimoniales vigentes al día de la cesación de la actividad- se prevé una extensión de la misma regla: esta se aplicará, con las necesarias adaptaciones, también en el caso de determinación de la renta imponible de un establecimiento permanente de una sociedad no residente situado en territorio portugués.

Los presupuestos de dicha aplicación extensiva son:

- el cese de la actividad en territorio portugués;
- la transmisión, en sentido material o jurídico, al extranjero de los elementos patrimoniales del establecimiento permanente.

Ello implica consentir el sometimiento al impuesto también en los casos de transmisiones sucesivas de los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente.

3.2. La disciplina aplicable a los socios.

La transmisión de la sede legal y de la dirección efectiva de una sociedad produce efectos fiscales, no solo en relación a las personas jurídicas, sino también en relación a los socios, excepción hecha de las hipótesis en las que la transmisión se refiera a la Sociedad Europea o a la Sociedad Cooperativa Europea, en cuyo caso los principios antes enunciados no serán de aplicación. Más allá de estas últimas excepciones, la transmisión de la sociedad determina el gravamen de los socios y de la eventual diferencia positiva entre el valor de mercado del patrimonio neto de la sociedad en el momento del cambio de residencia (artículo 76-C, n. 2) y el precio de adquisición de las participaciones sociales, según lo previsto por el art. 76-C, núm. 1. Existe, además, una disciplina especial para las sociedades sometidas al régimen de transparencia (art. 75, núm. 4, ex artículo 76-C, núm. 1), disciplina según la cual en el cómputo de la diferencia se aplican las siguientes reglas:

- la plusvalía imponible, calificable como renta de capital, resulta de la diferencia entre el valor histórico y el que, según lo que resulta de la contabilidad de la sociedad liquidada, corresponde a los ingresos efectivamente realizados (artículo 75-A, núm. 2) ex artículo 76-C núm. 1;
- la diferencia negativa se considera como minusvalía deducible sólo cuando la cuota de participación social permanezca en titularidad del sujeto pasivo durante los tres años inmediatamente antecedentes a la fecha de transferencia de la sociedad (artículo 75 - B, núm. 2), ex artículo 76-C, núm. 1).

En caso de tasación de la eventual plusvalía, considerada renta de capital a efectos del mencionado art. 75-A, núm. 2, se aplican, ex art. 75, núm. 3, las reglas que permiten la eliminación o la actuación de la doble imposición económica. En particular, será posible la deducción total de las rentas comprendidas en la base imponible correspondientes a los útiles distribuidos a condición de que la participación se refiera, entre otros, a los requisitos de porcentual previstos en la participación en el capital social o a los requisitos

de valor o de tiempo o, en otros casos, deducción sólo del 50% de las rentas computadas en la base imponible correspondiente a los útiles distribuidos.

4. El Derecho comunitario

4.1. La problemática de los "Exit Taxes"

La problemática de los "exit taxes" en Derecho tributario está íntimamente conectado a la libertad de circulación de los factores de producción: libertad de salida y libertad de entrada (arts. 43 y 48 del Tratado) ³. La libertad de establecimiento, sancionada en el art. 43 del Tratado CE ⁴, es uno de los principios fundamentales en los que se funda el sistema de derecho de la Unión Europea; esta implica "el derecho a acceder a las actividades no retribuidas y a su ejercicio, además de a la constitución y a la gestión de empresas en las mismas condiciones definidas por el Estado Miembro de establecimiento para sus ciudadanos" (cfr. Sentencia de 5 de noviembre de 2002, ÜBERSEERING, C-208/00, núm. 56 ⁵; cfr. sentencia de 13 de diciembre de 2005, SEVIC, C-411/03, núms. 17 y 18 ⁶); implica, de igual modo, el derecho a adquirir la totalidad de las participaciones en una sociedad. En otros casos, se aplica la libertad de circulación de capitales (ÜBERSEERING núm. 77 ⁷; más en general para las personas físicas, cfr. sentencia de 7 de septiembre de 2006, C-470/04, núm. 26 ⁸). Esto significa, por tanto, que el tratamiento en el Estado de destino debe ser el mismo para residentes y no residentes. Al mismo tiempo, no podrán crearse impedimentos u obstáculos a los ciudadanos residentes que deberán

³ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (28/C 115/01).

⁴ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (28/C 115/01).

⁵ Corte de Justicia, sentencia de 5 de noviembre 2002, caso C-208/00, *Überseering*.

⁶ La indicación de la jurisprudencia nunca es exhaustiva. En las sentencias citadas existen numerosas referencias a los precedentes jurisprudenciales.

⁷ Corte de Justicia, sentencia de 5 de noviembre 2002, caso C-208/00, *Überseering*.

⁸ Corte de Justicia, sentencia de 7 de septiembre de 2006, caso C-470/04, *N*.

transferirse fuera del Estado de origen. Los mismos principios se aplican también a las sociedades ya que estas, cuando se constituyen formalmente según la legislación de un Estado Miembro y tienen su sede social, sede de administración central o el propio establecimiento principal en territorio comunitario, se equiparán a la personas físicas ciudadanos de un Estado Miembro (sentencia ÜBERSEERING ⁹ núms. 56 y 75). En la sentencia Daily Mail General Trust, el juez comunitario afirmó en línea de principio –aunque no del todo y, en cualquier caso, bajo un perfil de Derecho mercantil- la imposibilidad, en función de las normas comunitarias, de que un Estado Miembro obstaculizase la transmisión de una sociedad a otro Estado Miembro (en este sentido, véase la sentencia de 14 de julio de 1994, MATTEO PERALTA, C-379/92, núm. 31). Por otro lado, en relación a la libertad de prestación de servicios debe señalarse que esta se obstaculiza por la aplicación de una legislación nacional que “tenga por efecto hacer la prestación de servicios entre Estados Miembros más difícil que la prestación de servicios puramente interna en un Estado Miembro” (sentencia de 5 octubre de 1994, COMMISSIONE FRANCIA, C-381/93, 17). Estas dos caras de la libertad son evidentes cuando, de un modo más claro se establece que: “Es importante precisar además que, aunque así formuladas, las normas relativas a la libertad de establecimiento aspiren de modo especial a asegurar el beneficio de la disciplina nacional del Estado Miembro de destino, estas impiden igualmente que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado Miembro de un de sus ciudadanos o de una sociedad constituida de acuerdo con la legislación propia y correspondiente a la definición del art. 58 del Tratado” (sentencia de 16 de julio de 1998, ICI, C-264/96 ¹⁰, núm. 21, en la que se cita también la sentencia DAILY MAIL GENERAL TRUST). Esta posición se confirma en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, X AB y Y AB en su punto núm. 26, donde se citan las sentencias DAILY MAIL e ICI, en las que se penalizaba a una sociedad respecto a sus filiales en el extranjero. Esta posición parece, además, clara

⁹ Corte de Justicia, sentencia de 5 de noviembre 2002, caso C-208/00, *Überseering*.

¹⁰ Corte de Justicia, sentencia de 16 de julio de 1998, caso C-264/96, *ICI*.

en la decisión de 13 de abril de 2000, BAARS, C-251/98 ¹¹, núm. 28, donde se reclaman las sentencias precedentes y también la sentencia de 14 de diciembre de 2000, AMID, C-141/99 ¹², núm. 21, que, a su vez, cita otra jurisprudencia (en particular, con referencia a la transferencia cfr. sentencia de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C-436/00 ¹³, núms. 37 y 38).

En el caso específico de imposición consecuencia del cambio de residencia, la sentencia HUGHES de LASTEYRIE DU SAILLANT ¹⁴, de 11 de marzo de 2004, C-9/02, núm. 42, afirma claramente que dicha forma impositiva es inaceptable para las personas físicas. Por otra parte, la prohibición de cargas tributarias mayores cuando tiene lugar un cambio de residencia se refiere también a las prestaciones relativas a las seguridad social, como se afirma en la decisión TERHOEVE, de 26 enero de 1999, C-18/95 ¹⁵, en la que se afirma: "Las disposiciones que impidan a un ciudadano de un Estado Miembro abandonar el país de origen para ejercer su derecho de libre circulación, o que lo disuadan de hacerlo, constituyen por lo tanto obstáculos interpuestos a tal libertad aunque se apliquen independientemente de la ciudadanía de los trabajadores interesados" (núm. 39, en el que se citan de nuevo las sentencias MASGIO y BOSMAN, respectivamente, C-10/90 y C-415/93).

4.2. Posibilidades de derogación

Es necesario preguntarse si el principio que sanciona la libertad de establecimiento puede ser derogado en virtud de disposiciones orientadas a la lucha contra la evasión fiscal que pueda cometerse con el cambio de residencia y si las cláusulas de salvaguarda contenidas en algunas Directivas pueden conducir a una respuesta afirmativa. La jurisprudencia de la Corte de Justicia, en relación al tema de la imposición consiguiente al

¹¹ Corte de Justicia, sentencia de 13 de abril de 2000, caso C-251/98, BAARS.

¹² Corte de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2000, caso C-141/99, AMID.

¹³ Corte de Justicia, sentencia de 21 de noviembre 2002, causa C-436/00, X e Y.

¹⁴ Corte de Justicia, sentencia de 11 de marzo de 2004, causa C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

¹⁵ Corte de Justicia, sentencia de 26 de enero de 1999, caso C-18/95, Terhoeve.

cambio de residencia y en conexión con la jurisprudencia existente en materia de abuso del derecho, conduce a una respuesta negativa (ICI ¹⁶, núm. 26 e X e Y ¹⁷, núm. 62; en la sentencia de 12 de septiembre de 2006, CADBURY SCHWEPPEES ¹⁸, C-196/04, núm. 36 se afirma claramente que la finalidad de obtener ventajas fiscales no puede, por sí sola, impedir la deslocalización). Es obvio que aquí se está refiriendo a una hipótesis en la que, en el estado de destino, la sociedad se sujeta al tributo según el régimen vigente para todas las personas jurídicas, no previéndose un régimen de *ring fencing* porque en esta última situación serían de aplicación las disposiciones del Código de Conducta, que integran los principios de *soft law*. Nos hallaríamos en el campo de las prácticas fiscales dañosas.

Así, en el supuesto objeto de nuestro análisis, no parece posible invocar ninguna limitación a la libertad de establecimiento no sólo según lo previsto en el art. 46 del Tratado de la UE ¹⁹ -motivos de orden público, de seguridad pública y de sanidad pública- sino también a causa de lo establecido por la Corte de Justicia.

Según el juez comunitario (sentencias HUGHES de LASTEYRIE DU SAILLANT²⁰, núm. 49, N²¹, núm. 40, INSPIRE ART²² núm. 133 y SEVIC²³, núms. 28 y 29) la libertad de establecimiento, prevista en los artículos 43 y 48 del Tratado de la UE, puede limitarse sólo cuando dicha restricción:

- se justifique por razones de imperativo interés general, con exclusión de la pérdida de ingresos tributarios (ICI núm. 28 ²⁴);
- persiga un objetivo legítimo y compatible con el Tratado;
- sea idónea a la consecución del objetivo perseguido;
- respete el principio de proporcionalidad;
- no se aplique de un modo indiscriminado;

¹⁶ Corte de Justicia, sentencia de 16 de julio de 1998, caso C-264/96, *ICI*.

¹⁷ Corte de Justicia, sentencia de 21 de noviembre 2002, causa C-436/00, *X e Y*.

¹⁸ Corte de Justicia, sentencia de 12 de septiembre de 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

¹⁹ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (28/C 115/01).

²⁰ Corte de Justicia, sentencia de 11 de marzo de 2004, causa C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*.

²¹ Corte de Justicia, sentencia de 7 de septiembre de 2006, caso C-470/04, *N*.

²² Corte de Justicia, sentencia de 30 de septiembre de 2003, caso C-167/01, *Inspire Art*.

²³ Corte de Justicia, sentencia de 13 de diciembre de 2005, caso C-411/03, *SEVIC*.

²⁴ Corte de Justicia, sentencia de 16 de julio de 1998, caso C-264/96, *ICI*.

- se imponga por razones de coherencia fiscal (sentencia de 28 de enero de 1992, BACHMAN, C-204/90, v.g., núms. 22, 23 y 27; Comisión/Bélgica, C-300/90, v.g., núms. 20 y 21. A favor de la exclusión de la aplicación, v.g., sentencia de 11 de agosto de 1995, WIELOCKX, C-80/94, núm. 24; sentencia de 18 de septiembre de 2003; BOSAL HOLDING, C-168/01 25, núms. 29 y 30; sentencia de 7 de septiembre de 2004, MANNINEN, C-319/02 26, núm. 42).

5. Comparación con el Derecho Tributario portugués

5.1. Contribuyentes personas físicas

Como ya se ha precisado antes, el IRS no contempla una imposición en salida propiamente dicha, aunque si son de aplicación dos disposiciones que determinan de todos modos un efecto restrictivo cuando las personas físicas se transfieren pero continúan siendo consideradas residentes a efectos fiscales, no obstante pueda evitarse la ficción (por ejemplo, la emigración estacional).

Estas disposiciones inciden sobre la situación fiscal global del contribuyente, no limitándose a una categoría particular de bienes. Por otro lado, una de estas disposiciones se aplican sólo a ciudadanos portugueses. Esto implica una discriminación frente a los extranjeros, sean estos nacionales de otros Estados Miembros o de países no pertenecientes a la Unión Europea.

En virtud de la orientación de la jurisprudencia comunitaria (casos DE LASTEYRIE DU SAILLANT²⁷ y N²⁸), parece claro que no subsiste ningún contraste entre el sistema portugués y las normas comunitarias relevantes en este contexto. Cabría, no obstante, preguntarse si la continuación del *estatus* de sujeto residente no representa, de cualquier modo, una medida

²⁵ Corte de Justicia, sentencia de 18 de septiembre de 2003, caso C-168/01, *Bosal Holding*.

²⁶ Corte de Justicia, sentencia de 7 de septiembre de 2004, caso C-319/02, *Manninen*.

²⁷ Corte de Justicia, sentencia de 11 de marzo de 2004, causa C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*.

²⁸ Corte de Justicia, sentencia de 7 de septiembre de 2006, caso C-470/04, *N*.

idónea a disuadir del cambio de residencia a los contribuyentes que pretendan establecerse de un modo efectivo en otro Estado Miembro. Estos, de hecho, en ausencia de un Convenio contra la doble imposición y a pesar de las normas individualmente establecidas por los Estados, se encuentran con que son considerados fiscalmente residentes tanto en Portugal como en el Estado de destino. Esto determina que los contribuyentes que se transfieran reciban un tratamiento más desventajoso que el de los que mantienen la residencia en Portugal y que son considerados residentes sólo en territorio portugués.

Evidentemente, no se conecta a la legislación portuguesa el problema de la necesidad de prestar garantías si bien, excepción hecha de algunas hipótesis específicas, es necesario nombrar un representante. Sin embargo, se verifica una limitación de las libertades de circulación también –repeto– por la dificultad de desaplicar todo lo previsto por la legislación portuguesa. Y no puede afirmarse que la finalidad de la disposición sea la de combatir la evasión fiscal, que no es el caso en cuestión. Por otro lado, en todo caso, en obsequio a la orientación de la Corte de justicia europea, no es posible introducir cláusulas generales sino que es preciso individualizar las características propias del caso concreto. Ello sucede cuando los mismos criterios se aplican a todos los casos del mismo tipo, independientemente de la finalidad, efectiva o aparente, según lo ha reconocido la misma jurisprudencia de la Corte de Justicia. En otros términos, el cambio de residencia no debe comportar un aumento real o potencial de la imposición global.

Distinta es la hipótesis de los socios de la sociedad que se transfiere. En este caso se prevé un tributo en salida según las modalidades indicadas, con todas las consecuencias a nivel comunitario.

5.2. Disciplina aplicable a las personas jurídicas

5.2.1. Antes de analizar la cuestión relativa a la confrontación entre la disciplina tributaria portuguesa y la orientación de la Unión Europea, nos

detendremos en algunos aspectos propios del Derecho mercantil portugués. Dado que el término "sede" se usa con el significado de "quartier generale" u "oficina principal" de una sociedad, el derecho portugués considera ley aplicable a las sociedades "la ley del Estado en el que se encuentra la principal y efectiva sede de la Administración" (art. 3, núm. 1, del "Código das Sociedades Comerciais" - (Código de la Sociedades Comerciales)-, en adelante CSC).

Si una sociedad transfiere la sede efectiva de un Estado extranjero a Portugal, el art. 3 núm. 2 del CSC prevé que la sociedad continuará existiendo si la ley del País de origen lo consiente. EL estatuto societario debe, no obstante, adaptarse a la ley portuguesa.

De igual modo, la legislación portuguesa consiente la transmisión al extranjero de la sede de una sociedad transferida a Portugal. De hecho, el art. 3, núm. 5, del CSC prevé que: "Una sociedad que tiene la sede efectiva en Portugal puede transferirse al extranjero, manteniendo la propia personalidad jurídica si la ley extranjera lo consiente" ²⁹.

Por tanto, por lo que se refiere a la legislación portuguesa, la transferencia al extranjero de la sede de una sociedad establecida en Portugal no determina la liquidación de la sociedad.

Las únicas condiciones de la transferencia de la sede de la sociedad al extranjero son las indicadas en el núm. 6 del citado art. 3 del CSC: "La deliberación que tenga por objeto la transmisión de la sede central en el sentido del número precedente, debe respetar los requisitos de modificación del estatuto de la sociedad y adoptarse al menos con el 75 % de los votos del capital accionario. Los socios que no han votado a favor de la deliberación pueden renunciar a la sociedad y a tal fin deberán notificar tal decisión dentro de los 60 días posteriores a la publicación de la deliberación". A la luz de esto, no existen problemas de acuerdo con la ley comunitaria.

El CSC portugués se modificó una vez publicado cuando Portugal se hizo Miembro de la Unión Europea, adecuándolo a las previsiones del tratado y a

²⁹ El autor ha usado la traducción en inglés de la ley, de la que, después, ha derivado la presente versión.

las Directivas, incluida la Directivas–fusiones (núm. 78/855/CEE de 9 octubre 1978, en JO L 295 de 20 octubre de 1978).

Dado que el CSC consiente ampliamente la transferencia de la sede societaria, esto resulta plenamente de acuerdo con los principios del Tratado UE y el Derecho comunitario derivado.

En el caso de transferencia a Portugal, se reconoce la capacidad jurídica y procesal de la sociedad que transfiere la sede legal o efectiva a Portugal. Lo mismo cabe decir también en el caso en el que la sociedad sea adquirida por sujetos residentes en el Estado al que se transfiere la sede.

Además, en Derecho portugués no tienen importancia los motivos de constitución de una sociedad en Portugal o en el extranjero y no produce ninguna consecuencia en relación con la libertad de establecimiento, a menos que no se trate de fraude (sentencia de 30 septiembre de 2003, INSPIRE ART LTD, C-167/01, núm. 95, 96 y 121 ³⁰).

En cualquier modo, Portugal puede actuar contra las llamadas *caixas de correio* (“cajas postales”), en el caso de que se verifique una “falta de conexión efectiva con el Estado en el que hayan sido creadas”, no pudiéndose no obstante calificar como abuso del derecho “por el simple hecho de que una sociedad no ejercite alguna actividad económica en el Estado de constitución” (núms. 95, 96 y 120 de la sentencia INSPIRE ART ³¹). Lo mismo puede decirse en el caso de que se quieran obtener ventajas de las medidas fiscales más favorables (núms. 121 y 138).

5.2.2. Se verifica, por tanto, que los principios establecidos por la jurisprudencia comunitaria –aunque relativos a la imposición de las personas físicas- deben ser aplicados también en relación a las personas jurídicas, habida cuenta de la amplitud de la libertad de circulación de los factores de producción. Según lo afirmado por la Comisión Europea (COM (2006) 825, última parte), la libertad de establecimiento implica también la no imposición en el caso de transferencia de bienes a un establecimiento

³⁰ Corte de Justicia, sentencia de 30 de septiembre de 2003, caso C-167/01, *Inspire Art*.

³¹ Corte de Justicia, sentencia de 30 de septiembre de 2003, caso C-167/01, *Inspire Art*.

permanente situado en otro Estado miembro, evitándose en cualquier caso un tratamiento diverso respecto al que se tendría en la situación de transmisión interna, admitiendo la Comisión no obstante, por vía alternativa, una imposición diferida o el pago.

6. Conclusiones

En la ley portuguesa, las situaciones de plurilocalización de las personas jurídicas se disciplinan así:

- la transmisión de residencia al extranjero, manteniendo o no una organización estable en el territorio del Estado;
- la transmisión, total o parcial, de Portugal a otro Estado, del establecimiento permanente de sociedades no residentes.

De estas dos hipótesis, solo la primera no genera alguna imposición de los bienes que no hayan sido objeto de transmisión en caso de transferencia de la residencia (sede y dirección efectiva) al extranjero y con el mantenimiento en Portugal de un establecimiento permanente. En este caso, no se gravarán los elementos patrimoniales de los que deriven las rentas en cuestión siempre que se observen algunas condiciones.

Por otro lado, no debe olvidarse que las consecuencias de la transmisión de la sede y de la dirección efectiva afectan también a los socios, incluso en el caso de que exista en territorio portugués un establecimiento permanente.

Las mismas reglas, salvo para las consecuencias derivadas a los socios, serán aplicables en el caso de que la transmisión se refiera a la sede de la Sociedad Europea o de la Sociedad Cooperativa Europea. Sin embargo, por lo que se refiere a las pérdidas, la aplicación de las reglas generales relativas a las sociedades cuyas sedes no se hayan transferido, no serán de aplicación automáticamente en cuanto sujetas a una autorización específica. Considerando, por tanto, que por las razones ya expuestas los principios enunciados en el caso HUGHES de LASTEYRIE du SAILLANT ³² son

³² Corte de Justicia, sentencia de 11 de marzo de 2004, causa C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

aplicables a los bienes transmitidos por las sociedades, hay, por tanto, una imposición en el momento "de la salida", no sólo en el caso de transmisión de residencia, sino también cuando cese la actividad del establecimiento permanente de un sujeto no residente, o bien se trate de la transmisión al extranjero de bienes afectos a este establecimiento permanente.

Ello implica una diferencia de tratamiento porque el "critério da realização" -que normalmente se utiliza en el gravamen de las plusvalías- en los casos de transferencia al extranjero se sustituye por un "critério do acrescido".

Ello determina un obstáculo a la libertad de establecimiento. A efectos de que esto se produzca, es necesario que -conforme a lo prescrito por la Comisión- la imposición no tenga lugar ni según el "critério da realização", ni en vía diferida, en el caso en el que la imposición se condicione a requisitos específicos, excepto la obligación de comunicar regularmente la situación patrimonial y siempre teniendo presente el principio de proporcionalidad. Se podrían prever obligaciones declarativas en ese sentido: una declaración en el momento de transmisión declarando que no hubo transmisión de bienes; una declaración anual sobre la situación en el momento de cada una de estas declaraciones y, finalmente, una última declaración a presentar en el momento de la cesión. Todas estas declaraciones podrían ser controladas a través de instrumentos propios de gestión tributaria y, si fuera necesario, activando mecanismos de recaudación, previstos a nivel europeo. Por tanto, volviendo a lo afirmado por la Comisión, sería posible prever un régimen impositivo basado en la libre elección entre imposición diferida y la simultánea a la transferencia.

Todo lo dicho induce a concluir que la legislación portuguesa, a la luz de las sentencias mencionadas y de la orientación de la Comisión, debe ser modificada con el fin de evitar que la imposición tenga lugar sobre valores latentes en caso de transferencia.

Parecen comprensibles las reservas a estas soluciones expresadas tanto por la Comisión en relación al EEA como por los otros Estados (no miembros), en consideración de la menor eficacia de los instrumentos de garantía de la recaudación en el momento de la realización efectiva de actos de disposición de los bienes.