

Los impuestos de salida sobre personas jurídicas en Portugal

João Félix Pinto Nogueira¹

1. Introducción

"Should I stay or should I go..."? La implantación del Mercado interior europeo, definido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como "un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada"², junto a la existencia aún de importantes divergencias en las condiciones fácticas y jurídicas a las que han de hacer frente las empresas en los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea, hace que la anterior cuestión se convierta en el estribillo de una conocida canción que resuena, de forma insistente, en las mentes de los directores ejecutivos y financieros de las sociedades en toda Europa.

Desde una perspectiva europea, el traslado de una actividad económica no se considera un efecto negativo del Mercado interior. Desde el principio, los Tratados han reconocido la necesidad de garantizar la libertad de establecimiento, que comprende un "derecho a acceder a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, especialmente, de sociedades"³.

¹ Doctor en Derecho. Investigador Postdoctoral en la Universidad de Lusíada de Lisboa. Dirección email de contacto: joaofelixpintonogueira@gmail.com
Traducción a cargo de la Dra. Antonia Jabalera Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Granada.

² Véase el art. 26 (2) TFUE.

³ Véase el § 2 del art. 49º TFUE. El objetivo es muy amplio, y en palabras del propio Tribunal de Justicia, implica la posibilidad de que "un nacional comunitario participe, de forma estable y continuada, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración

Con el fin de lograr un Mercado interior eficaz, deben suprimirse los obstáculos a esta libertad de establecimiento, lo que exige cambios en el ámbito de la fiscalidad directa. En esta materia, los impuestos de salida son⁴, sin duda, una de las cuestiones más controvertidas. Las normas que incorporan este tipo de tributos tienen un impacto evidente en el Mercado interior y en toda Europa se está debatiendo acerca de la compatibilidad de estas normas con el Derecho Europeo.

Esta discusión también se está llevando a cabo en Portugal. En noviembre de 2008 la Comisión europea ha enviado un informe motivado a dicho país en relación a su normativa sobre impuestos de salida exigidos a las sociedades (referencia n.º 2007/2365). Dado que Portugal no ha modificado dicha normativa, ni tampoco la ha justificado suficientemente ante la Comisión, el caso ha sido remitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con el número de asunto 38/10. Otros tantos Estados miembros tienen causas pendientes ante dicho Tribunal por cuestiones similares⁵.

El objetivo de este trabajo es examinar la compatibilidad con el Derecho europeo de la normativa portuguesa por la que se exigen impuestos de salida a las sociedades que trasladan su residencia a otro Estado miembro. Para ello, comenzaremos con una concisa descripción de los documentos elaborados en este ámbito por la Comisión y que actualmente están siendo examinados por el Tribunal de Justicia. A continuación, analizaremos si es posible la aplicación de la jurisprudencia del TJUE relativa a los impuestos de salida que se exigen a las personas físicas, a las sociedades y demás

económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia". Véase STJCE de 30 de noviembre de 1995, C-55/94 Gebhard, ap. 25.

⁴ Considerando como tales aquellos tributos exigidos por una disposición nacional, que se fundamentan en el presupuesto de que el traslado de residencia de una sociedad de un país a otro debería ser tratado fiscalmente de igual forma que la disolución de dicha entidad o la enajenación de sus activos (con el gravamen de las plusvalías latentes acumuladas hasta dicha fecha). Nosotros vamos a utilizar el concepto de impuestos de salida en un sentido amplio, haciendo referencia tanto a las sociedades como a otras entidades que, junto a las personas físicas, son considerados como "sujetos pasivos" a los efectos de los anteriores impuestos.

⁵ Puede obtenerse una lista actualizada de estos asuntos buscando la expresión "exit tax" en el siguiente enlace lista de asuntos del TJCE. La Autoridad de la Vigilancia de la AELC también ha iniciado un procedimiento contra Noruega (Decisión 70-10-COL, de 10 de marzo de 2010, por la que se "emplaza a Noruega en relación con su normativa sobre impuestos de salida que recaen sobre las empresas que trasladan su residencia a otros Estados del EEE").

entidades. Finalmente, volveremos a centrar nuestra atención en el sistema portugués, con el objeto de determinar si éste es conforme o no con las exigencias que, en relación a esta temática, se derivan desde el Derecho europeo.

2. El marco normativo portugués

2.1 Las normas aprobadas

En el procedimiento mencionado anteriormente, se cuestiona si los arts. 83 a 85 (anteriormente los arts. 76-A, 76-B y 76-C) del Código Portugués del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, CPIS)⁶ pueden considerarse incompatibles con el ordenamiento jurídico comunitario. Todos estos preceptos se agrupan en la misma sección del Código, titulada "traslado de la sede de una sociedad al extranjero y cese de actividades por los no residentes".

Las citadas normas, que contemplan formas de imposición de salida sobre las sociedades y sus socios o partícipes, fueron aprobadas con la Ley de Presupuestos para 2006⁷. Hasta dicho momento, el traslado de la sede por parte de una entidad no se consideraba como un supuesto sujeto a gravamen⁸. Hubo, no obstante, algunos intentos previos con los que se perseguía introducir disposiciones de contenido similar. La Ley de Presupuestos para el año 2004⁹ autorizó al Gobierno a aprobar un "impuesto de salida sobre las personas jurídicas", si bien esta "autorización legislativa" expiró antes de que se hiciese uso de la misma¹⁰. Por lo tanto,

⁶ En Portugués "Código do Imposto sobre as Pessoas Colectivas", Decreto Ley n.º 442-B/88, de 30 de Noviembre.

⁷ Ley n.º 60-A/2005, de 30 de Diciembre (Ley de Presupuestos para el año 2006).

⁸ Véase Câmara, F. S., "A Dupla Residência à luz das Convenções de Dupla Tributação", *Ciência e Técnica Fiscal*, 403/2001, pp. 80 *et seq.*, Rodrigues, N. C., "A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC", *Fiscalidade* 15/2003, pp. 27 *et seq.*.

⁹ Ley n.º 107-B/2003, de 31 de diciembre.

¹⁰ Su contenido era el siguiente (nuestra traducción): "a) en la determinación de la base imponible del período en el que ha cesado la actividad, debido al traslado del domicilio o de la sede de dirección efectiva de una sociedad a otro país, se considerará como una

hasta finales de 2005, si una entidad trasladaba su residencia sin su previa disolución y liquidación, no se exigía ningún tipo de gravamen específico por dicha circunstancia.

Es, en cierto modo, desconcertante llegar a comprender cuál es la verdadera motivación que hay detrás de este conjunto de disposiciones. Estas normas formaban parte de un “paquete de medidas” orientado a implementar la Directiva 2005/19/CE¹¹, por la que se modifica la Directiva de fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial¹². Ahora bien, no se puede fundamentar en dicha disposición comunitaria la aprobación de un nuevo gravamen como el que es objeto de nuestra atención en este artículo. En la citada Directiva sólo se establece, en relación a la *Societas Europaea*¹³ (SE) o la *Societas cooperativa Europaea*¹⁴ (SCE), que un cambio de residencia no dará lugar a la aplicación de impuesto alguno sobre las plusvalías en el Estado miembro del que haya sido trasladado el domicilio social (Portugal, en este caso), cuando los elementos de activo y pasivo de dichas sociedades i) queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente situado en Portugal y; ii) que contribuyan a la obtención de los resultados integrados en la base imponible de los impuestos que recaen sobre dicho establecimiento permanente¹⁵. De

ganancia, o en su defecto, como una pérdida (a efectos fiscales), la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos de dicha sociedad, excepto cuando dichos activos sigan afectos a un establecimiento permanente de la mencionada sociedad localizado en territorio portugués (...); b) la disposición anterior resulta igualmente aplicable, con las necesarias adaptaciones, para la determinación de la base imponible de un establecimiento permanente de una entidad no residente en el período en el que dicho establecimiento cesa por completo su actividad, o bien, cuando sus activos son transferidos al extranjero; c) las ganancias y pérdidas registradas por una entidad en sus títulos o participaciones en el momento en el que traslada su sede de dirección efectiva a otro país se considerarán como ganancias de capital”.

¹¹ Directiva (CE) N° 2005/19 del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva (CE) N° 90/434 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

¹² Directiva (CE) N° 90/434, de 23 de Julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, transferencias de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros.

¹³ Reglamento (CE) No 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

¹⁴ Reglamento (CE) No 1435/2003 del Consejo, de 22 de Julio de 2003, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).

¹⁵ Véase, en la actualidad, el art. 12 de la Directiva (CE) No 2009/133, de 19 de Octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de

este modo, una interpretación *a contrario* del régimen previsto en esta disposición comunitaria, extendida a otros tipos de sociedades y entidades, parece ser el origen de las disposiciones normativas portuguesas que exigen impuestos de salida a las sociedades.

El que podríamos denominar régimen portugués de imposición de salida sobre personas jurídicas se compone de tres grupos de normas. Los apartados siguientes han sido divididos precisamente atendiendo a cada uno de ellos¹⁶.

2.2 Norma 1: Impuestos de salida sobre sociedades

Conforme al art. 83 (1) del CPIS, “en el período impositivo en el que las actividades cesan, en virtud del traslado de su domicilio social o de la sede de dirección efectiva a otro país, se considerarán como elementos positivos o negativos (de la renta imponible) la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos de dicha sociedad en el momento de dicho traslado”.

La razón es fácil de entender y resulta común a la mayoría de los regímenes de imposición de salida que se exigen en otros países europeos: la necesidad de salvaguardar los derechos de imposición del Estado sobre las reservas ocultas en el valor del activo de la sociedad hasta el momento en el que dicha sociedad cambia su residencia. Esto se hace así porque, de acuerdo con los “Convenios internacionales para evitar la doble imposición”, un Estado contratante sólo puede gravar las ganancias de un no residente si dichas ganancias se han originado en dicho Estado. Si una sociedad cambia su residencia, aunque los beneficios se hayan ido acumulando mientras era residente, dichos beneficios no podrán ser ya gravados en el futuro por el Estado del que era residente. Por otra parte, cuando tiene lugar dicho

diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

¹⁶ Para una descripción más detallada de los impuestos de salida sobre las personas físicas y jurídicas en el ordenamiento portugués, véase Pires, M., *Exit Taxes*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009.

traslado del domicilio de una sociedad, las autoridades fiscales ya no podrán comprobar e investigar directamente su actividad.

En cualquier caso, la normativa portuguesa ha sido redactada de una manera muy amplia. En efecto, cualquier entidad que sea considerada sujeto pasivo (conforme al CPIS), incluyendo, por tanto, a las Sociedades Europeas y a las Sociedades Cooperativas Europeas, que traslade su domicilio social o su sede de dirección efectiva a otro país, se verá afectada por este régimen. El mantenimiento de uno de estos puntos de conexión en el territorio nacional será suficiente para considerar a una entidad como residente y, en dicho supuesto, no se exigirá el denominado impuesto de salida¹⁷.

A pesar de la prolijidad de la fórmula para la determinación de la deuda tributaria en estos supuestos, su contenido es fácil de explicar. La renta imponible de una sociedad que deja Portugal incluirá, en el año en el que cambie su residencia (por ejemplo, el año en el que traslada su domicilio social o la sede de dirección efectiva al extranjero) las ganancias "ocultas" o no realizadas. Dichas ganancias se calculan restando: i) al valor de mercado de los activos de la sociedad; ii) el valor contable de dichos activos. En términos simples, las plusvalías latentes hasta que se produce dicho cambio de residencia.

¹⁷ Una situación curiosa se puede producir si solo se traslada a otro país la "sede de dirección efectiva". Como han reconocido acertadamente Martín Jiménez y Calderón Carrero si una sociedad traslada sólo su sede de dirección efectiva, pudiendo llegar a ser considerada como doblemente residente, y existe entre los Estados implicados un Convenio para la eliminación de la doble imposición que siga el Modelo de Convenio de la OCDE (lo que es probable que suceda en el interior de la UE), se seguirá lo dispuesto en el art. 4.3 de dicho Modelo de Convenio para solucionar el conflicto de doble residencia. En tal caso, la entidad puede ser considerada residente en el nuevo Estado (de acogida) donde tiene su sede de dirección efectiva. En este supuesto, su condición de entidad doblemente residente no desencadenará la aplicación de las disposiciones relativas a los impuestos de salida, escapándose así la sociedad afectada de la jurisdicción del Estado de origen. Véase Martín Jiménez, A. - Calderón Carrero, J. M., "Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española", Documentos de Instituto de Estudios Fiscales, 17/2007, p. 19.

2.3 Excepción: la continuidad en el territorio de un establecimiento permanente.

Si se comprende la lógica que subyace en la regla anteriormente mencionada, no sorprende encontrar una excepción referida precisamente a aquellos casos en los que la sociedad cuenta con un establecimiento permanente en territorio portugués (EP) – art. 83 (2) (3) y (4). Es preciso que, en tal supuesto, concurren dos condiciones: i) que los activos “queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente de esa misma sociedad” situado en Portugal; ii) dichos activos deben contribuir a la obtención del beneficio imponible de dicho establecimiento permanente”. En este supuesto, concurriendo dichas circunstancias, no se exigirá impuesto de salida alguno a la sociedad, pese a que cambie su residencia al extranjero.

Se reconoce esta excepción porque, en virtud de lo dispuesto en los Convenios para evitar la doble imposición internacional, las ganancias derivadas de dichos activos (tanto las acumuladas hasta el momento de la transferencia, como las obtenidas posteriormente) quedarán sujetas a la jurisdicción fiscal portuguesa.

Para estos supuestos existe, además, una regla adicional: el establecimiento permanente podrá deducir de sus ingresos las pérdidas que tenía la sociedad a la que pertenece (y que ha dejado de ser residente) en el momento de su traslado al extranjero¹⁸. Con esta medida se persigue fomentar la continuidad de la actividad en territorio nacional, cuando la misma es absorbida por un establecimiento permanente.

Esta excepción también incorpora una medida antiabuso, el art. 83 (4). En la práctica este último precepto funciona como una “excepción a la excepción” y tiene por objeto impedir la aplicación de este “beneficio” en aquellos casos en los que se aprecia un comportamiento abusivo. La técnica legislativa ha sido bastante curiosa: en vez de redactar una disposición antiabuso específica para estos supuestos, el legislador ha optado por

¹⁸ Véase el art. 83 (4) del CPIS.

efectuar una remisión al art. 73 (10), en el que se traspone la cláusula antiabuso de la Directiva de fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial¹⁹. Su texto es una copia del de la Directiva²⁰. Sorprende en cierto modo comprobar cómo esta cláusula antiabuso puede llegar a aplicarse en los casos de “establecimientos permanentes que continúan estando ubicados en el territorio nacional”, si bien ha sido concebida para otros supuestos distintos. Creemos que el objetivo ha sido negar los beneficios descritos anteriormente en aquellos supuestos en los que la vinculación de los activos de la sociedad que traslada su residencia a un establecimiento permanente situado en territorio nacional obedece exclusivamente a motivos fiscales, es artificial, o bien no tiene conexión alguna con su actividad.

2.4 Norma 2: Impuestos de salida exigidos a los establecimientos permanentes

Otra situación que provoca la aplicación de la normativa referente a los impuestos de salida es aquella en la que un establecimiento permanente cesa en su actividad. En efecto, el art. 84º del CPIS extiende la aplicación de las disposiciones reguladoras de este tipo de gravamen a dos situaciones relacionadas con establecimientos permanentes: a) cuando un establecimiento permanente cesa su actividad en territorio nacional; b) cuando trasfiere a otro país, por cualquier acto jurídico o material, los activos afectos a dicho establecimiento permanente.

Con esta disposición se pretende evitar que las plusvalías derivadas de algunos activos queden exoneradas de toda tributación cuando el

¹⁹ Actualmente, el art. 15 (1) (a) de la Directiva de fusiones (Directiva CE No 2009/133).

²⁰ Se refiere, por lo tanto, a los casos en los que “el objetivo primordial, o uno de los objetivos principales, es prevenir la evasión fiscal [evasão fiscal], lo que puede verificarse en concreto en los supuestos en los que las sociedades participantes no tienen la totalidad de sus ingresos sujetos a un mismo régimen de los distintos previstos en el Código, o si las operaciones no se han llevado a cabo por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en las operaciones; supuestos en los que podría exigirse un gravamen fiscal adicional” Art. 73 (10) CPIS. Traducción no oficial.

establecimiento permanente cesa su actividad en territorio nacional. Este podría ser el caso en el que se reduce la mayor parte de los activos de un establecimiento permanente tras una operación de reestructuración empresarial con el traslado del domicilio de la casa central a otro Estado miembro.

2.5 Disposiciones aplicables a los socios o partícipes.

Conforme al art. 85º, el traslado de residencia por parte de una sociedad tiene también consecuencias fiscales a nivel de los socios o partícipes de la misma (ya se trate de personas físicas, o no). En relación a éstos últimos, el impuesto se exige por la diferencia entre los activos netos de la sociedad (valorados, en el momento en el que se efectúa el traslado de residencia, a precios de mercado) y los costes de adquisición de la participación. Para efectuar esta valoración, y en relación a otras cuestiones relacionadas con este supuesto, la normativa efectúa una remisión al régimen jurídico en vigor para los casos de liquidación de sociedades (lo cual es ilustrativo de la verdadera finalidad que subyace en este supuesto)²¹. Existen, además, una serie de disposiciones específicas aplicables a aquellos supuestos en los que la sociedad que traslada su residencia se considera una sociedad transparente²².

Este artículo incluye una "cláusula de salvaguarda" con el objetivo de establecer una disposición específica para los casos en los que la sociedad que traslada su domicilio es una SE o una SCE. El texto normativo en este sentido es básicamente una copia del actual art. 14º de la Directiva de fusiones y dispone que el traslado de alguna de estas sociedades "no implica, como tal, la aplicación" del régimen descrito (de tributación

²¹ Art. 81 (2-4), en conexión con el art. 85 (1) *in fine*.

²² Art. 75 (4), en conexión con el art. 85 (1) *in fine*. Para una descripción más detallada de este conjunto de disposiciones, véase Pires, M., *Exit Taxes*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009, p. 16.

inmediata a nivel de los accionistas)²³. Dado que no se proporciona criterio orientativo alguno, no cabe duda de que surgirán problemas hermenéuticos.

3. Los impuestos de salida sobre personas físicas y el Derecho europeo.

Resulta claro que cualquier clase de gravamen que se exija por el traslado de un sujeto (con independencia de que se trate de persona física o jurídica) de un Estado miembro a otro crea un obstáculo para el mercado interior.

El Tribunal de Justicia ya ha examinado algunas disposiciones fiscales con este perfil, en los asuntos *Lasteyrie du Saillant y N* (aunque cierto es que algunos criterios orientativos sobre esta cuestión podían inferirse ya del asunto *Biehl*²⁴).

En el primer pronunciamiento citado se consideró inadmisibles la exigencia de un impuesto sobre las plusvalías latentes, cuyo hecho imponible venía constituido por el simple traslado de residencia de una persona física a otro Estado miembro, aun cuando la recaudación efectiva de dicho impuesto se aplazase al momento de la efectiva realización de la plusvalía, fundamentalmente porque dicho aplazamiento venía condicionado a la presentación de determinadas garantías onerosas. En *N*, el Tribunal de Justicia declaró que el impuesto de salida no se convierte en admisible por la mera liberación de la garantía onerosa exigida en un principio sin que se acompañe de otras medidas. Por otra parte, en este pronunciamiento se señaló que se debe tomar en consideración la disminución del valor de los

²³ Véase el art. 14 de la Directiva (CE) No 2009/133, ya mencionado.

²⁴ STJCE de 8 de Mayo de 1990, C-175/88 *Biehl*. En este caso, el Tribunal de Justicia ya consideró incompatible con el Derecho de la UE el que se rechace la devolución del impuesto recaudado en exceso sobre la renta percibida por un trabajador por cuenta ajena sujeto a un Impuesto sobre la Renta progresivo, cuando el contribuyente haya trasladado su residencia al extranjero antes de la conclusión del período impositivo.

activos que pueda producirse con posterioridad al traslado del domicilio del interesado²⁵.

Ésta fue, en definitiva, la solución propuesta por el Tribunal de Justicia en estos casos. Ahora bien, estos pronunciamientos no nos proporcionan criterios que puedan orientarnos a la hora de abordar otras cuestiones conexas. El TJUE sólo ha reconocido que la tributación de las plusvalías latentes en el momento del cambio de residencia debía ser considerada como una restricción²⁶, si bien, en algunos casos, dicha restricción podría estar justificada, en concreto, por la necesidad de luchar contra el fraude y evasión fiscales, o bien, por la necesidad de mantener un equilibrio en el reparto del poder tributario entre los Estados miembros, de acuerdo con el principio de territorialidad, vinculado con un elemento temporal²⁷.

Por lo tanto, no existe *a priori* una prohibición absoluta de la existencia de un "impuesto de salida" como tal²⁸, o del requerimiento de determinadas formalidades administrativas en el momento preciso del traslado de residencia²⁹. Dichas exigencias pueden ser consideradas admisibles siempre y cuando tengan una justificación válida y resulten proporcionadas al objetivo perseguido³⁰. En los dos casos mencionados previamente, las

²⁵ En relación a estos casos véase De Pietro, C., *Exit Tax: Territorialidad y movilidad societaria*, en Estudios Tributarios Europeos no. 1/2009, p. 3 *et seq.*

²⁶ El Tribunal de Justicia pudo haber analizado también esta medida desde la perspectiva de la "discriminación" en el sentido de que una persona física que trasladaba su residencia a otro país (en el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas en el ámbito comunitario) se situaba en una posición menos favorable que una persona física que (incluso cambiando su residencia) no había salido de dicho Estado miembro.

²⁷ STJCE de 7 de Septiembre de 2006, C-470/04, N, aps. 45-46.

²⁸ STJCE, C-470/04, N, aps. 45-46. Como ha puesto de manifiesto acertadamente Di Pietro, lo que se produjo fue una "disociación, previamente desconocida en la lógica puramente interna de los sistemas tributarios nacionales" entre el "poder de imposición" y el "ejercicio de dicho poder". Véase Di Pietro, A., *Pasado y futuro de los impuestos de salida*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009, p. 3.

²⁹ STJUE, C-470/04, N, ap. 49.

³⁰ Su fundamento ha sido explicado con claridad por De Pietro, "la solución del Tribunal de Justicia, en relación al principio de proporcionalidad, tiene por objeto preservar la potestad tributaria del Estado de origen, garantizando la tributación de las plusvalías acumuladas durante todo el periodo de residencia. Sin embargo, el impuesto solo puede ser exigido en el momento en el que las ganancias de capital se obtienen, por lo que los contribuyentes que emigran se encuentran en la misma posición que los contribuyentes que permanecen dentro del país". Véase De Pietro, C., *Exit Tax: Territorialidad y movilidad societaria*, en Estudios Tributarios Europeos no. 1/2009, p. 20

medidas adoptadas fueron más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos pretendidos³¹.

En conclusión, un Estado miembro puede exigir un impuesto sobre las plusvalías latentes obtenidas por un contribuyente hasta el momento en el que traslada su residencia siempre que: i) se tome igualmente en consideración una posterior disminución en el valor de los títulos; ii) el gravamen efectivo se aplaze hasta el momento en el que las plusvalías se obtienen efectivamente (hasta la enajenación de los activos); iii) dicho aplazamiento no se condicione al cumplimiento de determinadas exigencias administrativas o financieras desproporcionadas. A conclusiones similares se ha llegado también en la Comunicación de la Comisión sobre Impuestos de salida³² y en la Resolución del Consejo de la Unión Europea sobre "coordinación de la imposición de salida"³³.

³¹ En palabras del Tribunal de Justicia, "La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro". "El objetivo previsto, que es evitar que el deudor del impuesto traslade temporalmente su domicilio fiscal antes de transmitir títulos mobiliarios con el único fin de eludir el pago del impuesto de las plusvalías devengado en Francia puede alcanzarse con medidas menos coercitivas o menos restrictivas de la libertad de establecimiento". Por otra parte, "la obligación de presentar garantías, necesarias para el reconocimiento de un aplazamiento en el pago del impuesto, si bien facilita que se logre la efectiva recaudación de dicho impuesto que recae sobre un residente en el extranjero, va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia del sistema tributario" STJUE de 11 de Marzo de 2004, C-9/02 de Lasteyrie du Saillant, ap. 51 y 54.

³² Comunicación COM(2006) 825 final de 19 de Diciembre de 2006, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, titulada "Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros".

³³ Aprobada por el Consejo de la Unión Europea, 2911th asuntos económicos y financieros en Bruselas de 2 de Diciembre de 2008. Esta resolución no es más que un compromiso político, sin efectos jurídicos vinculantes. En cualquier caso, reconoce que las personas físicas y las sociedades no deberían recibir un trato fiscal menos favorable (como la doble imposición derivada de la concurrencia de los impuestos de salida exigidos por el Estado de origen con el gravamen de las plusvalías obtenidas por parte del Estado de acogida) cuando trasladan su residencia de un Estado miembro a otro.

4. Los impuestos de salida exigidos a sociedades

La admisibilidad de cualquier forma de imposición de salida sobre las sociedades es, aún hoy, una discusión abierta³⁴. Aunque el Tribunal de Justicia utiliza sistemáticamente el término “sujeto pasivo contribuyente” en las sentencias a las que hemos hecho referencia anteriormente, no resulta del todo claro si las conclusiones que alcanza en las mismas pueden aplicarse de forma automática a las sociedades. Pueden encontrarse dos objeciones en relación a: i) la cuestión de la personalidad jurídica, y, ii) el enfoque del fondo sobre la forma.

Vamos a comenzar con la primera de las objeciones mencionadas: a diferencia de las personas físicas, cuya personalidad jurídica viene determinada por situaciones pre-normativas y naturales (tales como el nacimiento y la muerte)³⁵, las sociedades se crean y extinguen en virtud de un acto jurídico³⁶. En consecuencia, una de las primeras cuestiones que se ha de resolver es si el ordenamiento jurídico permite a una sociedad mantener su personalidad jurídica cuando dicha sociedad se traslada a otro país. En la UE esta cuestión no ha recibido aún una respuesta armonizada y, por tanto, los Estados miembros son libres de crear sus propias soluciones jurídicas, que están siendo modeladas siguiendo dos arquetipos (si bien, en la práctica, la mayoría de los países combinan ambas soluciones): la teoría

³⁴ Véase Gregg, M., *Reflexiones fiscales sobre la movilidad en el interior de la UE: por un nuevo Nomos europeo*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009, p. 9-10. Aunque la mayoría de los autores consideran dichos impuestos incompatibles con Derecho comunitario, Boers señala cómo en los Países Bajos el legislador ha repetido en varias ocasiones que estos impuestos de salida son compatibles con el Derecho de la UE. Véase Boers, S. *El impacto del Derecho Comunitario sobre la normativa holandesa en materia de Exit Tax*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009.

³⁵ Aunque, como se aprecia en la STJUE 2.03.2010, C-135/08 Rottmann, es incluso posible para un Estado miembro retirar la nacionalidad, adquirida por naturalización, a un ciudadano de la Unión, cuando dicha nacionalidad fue obtenida mediante engaño, siempre que dicha decisión de pérdida de la nacionalidad respete el principio de proporcionalidad.

³⁶ Su existencia no es un *a priori*, impuesta por el sistema jurídico; sino una *constructo*, la consecuencia de las normas de un sistema jurídico concreto. En otros términos, corresponde al Derecho civil y mercantil determinar cuáles son las condiciones que han de concurrir para que pueda crearse una sociedad y cuáles los requisitos para que la misma deje de existir (con las excepciones conocidas de la SE y la SCE). Al respecto, véase González Sánchez, Elena, y Franch Fluxa, Juan, “La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea”, *Quincena Fiscal*, 17/2005, pp. 35-47.

de la constitución y la teoría de la sede real³⁷. Únicamente en el primer caso se admite el traslado.

En *Cartesio*³⁸ se reconoció un cierto paralelismo entre la nacionalidad y la constitución de una sociedad³⁹, así como, se admitió la competencia de los Estados miembros para definir los criterios que permiten a una sociedad conservar su personalidad jurídica⁴⁰. Si el ordenamiento jurídico exige que una sociedad tiene que mantener su sede real en el interior del país en el que se ha constituido, la consecuencia inmediata que se deriva de su traslado a otro país –aceptada por el Derecho de la UE⁴¹- es la pérdida de su personalidad jurídica. En la práctica, la sociedad se ve obligada a su disolución y liquidación antes de su traslado a otro Estado miembro, lo que conlleva: i) la realización de las ganancias obtenidas, y, ii) la tributación de dichas ganancias. Sólo cuando la sociedad logra trasladarse al extranjero

³⁷ Para un análisis detallado de estos dos sistemas, más allá del alcance de este trabajo, véase Panayi, C., "Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes", *Bulletin for International Taxation* 10/2009, pp. 459-473 (en particular, Sección 2 – Conflict of Laws Theories and Companies) así como, del mismo autor, "Corporate Mobility under Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths", *Yearbook of European Law*, 2009, pp. 124-176.

³⁸ Véase la STJCE de 16 December 2008, C-210/06 *Cartesio*, (que, en este ámbito, incorpora un razonamiento ya presente en la STJCE de 27 de Septiembre de 1988, C-81/87 *Daily Mail*).

³⁹ Como ha señalado acertadamente el Grupo de Trabajo de la Confederación Fiscal Europea en relación al asunto *Cartesio*, el Tribunal de Justicia ha dibujado "un paralelismo entre la constitución de una sociedad y la nacionalidad de las personas físicas. Una persona física debe tener la nacionalidad de un Estado miembro para disfrutar de las libertades fundamentales, entre la que se encuentra la libertad de establecimiento; corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro determinar qué personas gozan de su nacionalidad. Del mismo modo, una sociedad constituida en un Estado miembro goza de las libertades fundamentales; corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro delimitar qué condiciones han de cumplirse para que una sociedad pueda constituirse, así como los requisitos que han de concurrir para que una sociedad pase a cumplir algunas de dichas condiciones en otro Estado miembro y sin embargo siga siendo considerada una sociedad constituida conforme a la legislación del primer Estado". Véase "Opinion Statement of the CFE Task Force in the Judgement in the Case of *Cartesio Oktató é Szolgáltató* bt (Case C-210/06), Judgment of 16.12.2008", § 9.

⁴⁰ En términos del Tribunal de Justicia "un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición. La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución" - Véase *Cartesio*, ap. 110.

⁴¹ A la luz de la STJCE 19.10.2004, C-200/02 *Zhu and Chen* y también *Cartesio*, ya mencionada.

sin perder su personalidad jurídica como consecuencia de dicho traslado, podemos seguir avanzando en el análisis jurídico.

Se debe tener en cuenta, no obstante, que en el contexto actual, los Estados miembros pueden eludir lo dispuesto por el TJUE en relación a los impuestos de salida: para ello, sólo tienen que introducir algunos cambios en su legislación civil y mercantil con el objeto de impedir que una sociedad pueda conservar su personalidad jurídica cuando se traslada al extranjero⁴². Cuando la discusión se lleva a la dimensión fiscal, se puede añadir una objeción adicional: argumentar que el impuesto de salida no es más que una recalificación, a efectos fiscales, del traslado de residencia. Aplicando el criterio de prevalencia del "fondo sobre la forma" se puede sostener que el traslado al extranjero equivale a la liquidación de una sociedad. Esto requiere la aplicación de la consecuencia fiscal normal que se deriva de la liquidación de una sociedad, esto es, la exigencia de un impuesto sobre las plusvalías (acumuladas) obtenidas hasta el momento de dicho traslado. Ahora bien, esta solución da lugar a un tratamiento discriminatorio e inaceptable, ya que, en este caso no se producen realmente dichas plusvalías y los accionistas no reciben ningún flujo real de ingresos⁴³.

Si se superan estas dos cuestiones controvertidas, es posible comenzar a cuestionar la compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho

⁴² Esta es una consecuencia inevitable de la falta de armonización en esta materia. Siempre que es posible el traslado de domicilio, el debate cambia necesariamente de enfoque, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, al ámbito de la imposición directa. En este último ámbito, el marco en el que se desarrolla el análisis es diferente y resultará similar al que se sigue para las personas físicas. Según jurisprudencia ya consolidada, corresponde a cada Estado miembro, teniendo en cuenta lo dispuesto desde el Derecho europeo, establecer las condiciones que han de concurrir para la adquisición, o en su caso, pérdida, de la nacionalidad. Véase STJCE 11.11.1999, C-179/98, Micheletti and Zhu and Chen, ya mencionada. Y, según se ha declarado por el Grupo de Trabajo CFE "la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en Cartesio no ofrece apoyo a quienes sostienen que la exigencia de impuestos de salida a las sociedades es compatible con el Derecho comunitario. Más bien, en dicho pronunciamiento se aprecian algunos indicios de que, en esta temática, el Tribunal de Justicia va a seguir su jurisprudencia en relación a las personas físicas, de tal forma que se alcanzará la conclusión de que los impuestos de salida exigidos a las personas jurídicas son incompatibles con Derecho comunitario" – Véase el ya citado "Opinion Statement", ap. 13.

⁴³ Como ha puesto de manifiesto acertadamente Dourado "la tributación no se produce exactamente en las mismas condiciones que en el caso de los beneficios referentes al periodo impositivo / periodo de liquidación, ya que en este caso las plusvalías se determinan y se someten a gravamen cuando los títulos se distribuyen a los accionistas y esta distribución equivale jurídicamente a una enajenación en el mercado; el valor imponible es el valor de mercado de los activos" – Véase Dourado, A. P., "Portugal: Pending Cases" en: Lang, M., Pistone, P., Such, J. and Staringer, C. (eds.), ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2009, Linde, 2009, p. 228.

Comunitario. Y en el ámbito de la imposición directa, la posición reiterada del Tribunal de Justicia es que una medida nacional no puede incorporar una vulneración injustificada y desproporcionada de las libertades fundamentales⁴⁴.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia también sugiere que una sociedad que se traslada a otro Estado miembro de la UE (o del EEE⁴⁵) no puede ser sometida a una carga fiscal mayor o anticipada, en comparación con la carga fiscal que soportaría un contribuyente que realiza un traslado similar de residencia dentro del territorio nacional⁴⁶. Por supuesto, las situaciones nacionales y transfronterizas no son totalmente comparables, y pueden aprobarse algunas normas específicas para los supuestos transfronterizos⁴⁷.

El análisis tiene que centrarse en los efectos que se derivan en el plano tributario. En este sentido, parece irrelevante determinar si el impuesto se exige cuando las plusvalías se realizan (tomando en consideración únicamente aquellas plusvalías acumuladas cuando la sociedad era residente) o, en cambio, si el impuesto se exige en el momento en el que se produce el traslado de residencia, sobre las plusvalías latentes (e, inmediatamente, se concede un aplazamiento hasta el momento en el que dichas plusvalías se realicen)⁴⁸.

Quizá más importante aún que la discusión acerca de la compatibilidad de estos impuestos con el Derecho comunitario es la cuestión de la coordinación de las políticas de los Estados miembros en este ámbito. En nuestra opinión, tanto los Estados miembros como la Comisión pueden tomar medidas activas para coordinar los sistemas tributarios de los Estados miembros con el fin de evitar los casos de doble imposición. Ahora

⁴⁴ En este mismo sentido, ha puesto de manifiesto Schneeweiss, H., "Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, Intertax, 6-7/2009, p. 363, que: "a primera vista, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referente al asunto Cartesio parece una victoria de los Estados miembros que exigen impuestos de salida a las sociedades que emigran. Una mirada más cercana revela, sin embargo, que lo dispuesto en Cartesio resulta aplicable solo a una pequeña parte de escenarios de emigración posibles".

⁴⁵ Islandia, Liechtenstein y Noruega.

⁴⁶ Véase la Comunicación de la Comisión COM(2006) 825 final, § 3.

⁴⁷ Como la exigencia de la presentación de una declaración en el momento en el que se cambia su residencia, con una valoración de las plusvalías latentes.

⁴⁸ Para una visión crítica del mecanismo del aplazamiento, véase Douma, S., "National Grid Indus. Request for preliminary ruling on exit tax on companies. Court of Appeals of Amsterdam", Insights and Highlights on European Taxation, 12/2010.

bien, en la medida en que aumentan estas situaciones de superposición de normas, se producen disparidades que quedan fuera del alcance de este estudio. No vamos a tratar la cuestión, analizada por algunos autores, de las diferentes alternativas que pueden seguirse para lograr la efectiva recaudación de estos impuestos, ni la referente a si estos impuestos de salida pueden llegar a constituir un incumplimiento de los convenios y acuerdos internacionales⁴⁹.

5. Impuestos de salida sobre sociedades en Portugal

5.1 Introducción

En relación a la tributación de las sociedades, existen fundamentalmente dos situaciones en las que las medidas portuguesas podrían ser cuestionadas en cuanto a su compatibilidad con el Derecho de la UE. Se trata de los casos en los que se somete a gravamen las plusvalías latentes: i) cuando una sociedad traslada su domicilio o sede de dirección efectiva al extranjero; ii) cuando un establecimiento permanente se traslada a otro Estado miembro, o bien, traslada algunos de sus activos al extranjero. También pueden surgir problemas a raíz de la tributación inmediata que sufren los accionistas de las sociedades que se transfieren al extranjero. En este trabajo sólo nos vamos a ocupar de estas formas específicas de impuestos de salida.

En concreto, en este apartado vamos a determinar: i) si es posible, conforme al Derecho portugués, transferir una sociedad a otro Estado miembro, y; ii) verificar si las medidas actualmente en vigor se ajustan, o

⁴⁹ Véase Hurk, H. - Korving, J., "The ECJ's Judgment in *N* Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union", *Bulletin for International Taxation*, 4/2007, p. 154. Como señalan estos autores: "si se reconoce en un Convenio bilateral la potestad impositiva de uno de los Estados contratantes, esta disposición convencional no debería ser mermada ni eludida por la potestad de imposición prevista en la legislación interna del otro Estado contratante". Por tanto, "aunque los impuestos de salida parecen ser compatibles con el Derecho Comunitario, pueden llegar a infringir el Derecho Tributario Internacional y el Derecho Internacional en general".

no, al Derecho Europeo. En el último apartado examinaremos el régimen tributario aplicable a los socios o partícipes en el capital de las sociedades que cambian su residencia al extranjero.

5.1 El traslado del domicilio social y de la sede de dirección efectiva de una sociedad residente en Portugal

A partir de Cartesio, la cuestión referente a si una sociedad conserva su personalidad jurídica cuando se traslada al extranjero se convierte en un antecedente lógico del análisis. En este sentido, son dos las cuestiones a analizar: i) Si la legislación del Estado miembro en el que se sitúa la sociedad permite a ésta cambiar su residencia al extranjero y continuar existiendo como tal; y ii) si la legislación del Estado miembro de acogida permite que la sociedad continúe existiendo.

En este artículo sólo nos vamos a centrar en la primera parte de la discusión. No obstante, debemos tener en cuenta que, aunque lleguemos a la conclusión de que Portugal permite a la sociedad trasladarse al extranjero, es aún necesario verificar si la legislación del Estado miembro de acogida (y esto depende de cada uno de los Estados miembros) permite que la sociedad siga existiendo como tal⁵⁰. Este análisis a dos frentes no será necesario, por las razones ya señaladas, respecto de las SE y las SCE⁵¹.

La respuesta parece ser relativamente sencilla: “una sociedad con su sede en Portugal puede transferirla a otro país, conservando su personalidad jurídica, si así se permite por la legislación del Estado de acogida” –

⁵⁰ El sistema está, por lo tanto, en línea con los “requisitos de Cartesio”.

⁵¹ Como sostiene Szudoczky “La SE es una forma de sociedad supranacional que, a diferencia de las sociedades constituidas conforme a la legislación de los Estados miembros, se crea y se encuentra regulada por normas comunes de Derecho comunitario. Este tipo de sociedades pueden trasladar libremente su domicilio social en virtud de lo dispuesto en la normativa comunitaria. Los posibles obstáculos que puedan interponerse a dicho traslado desde la normativa interna de los Estados miembros no resultan admisibles”– Szudoczky, R., “Comments – Letter of formal notice – Norwegian rules on exit tax. EFTA Surveillance Authority”, *Insights and Highlights in European Taxation*, 7/2010, p. 99.

conforme al art. 3 (4) del Código de Sociedades Mercantiles (CSM)⁵². De igual forma, Portugal admite el traslado a su territorio de una sociedad constituida conforme a la legislación de otro país, a condición de reciprocidad (esto es, que la legislación de dicho país acepte el traslado de una sociedad portuguesa). Ahora bien, dicha sociedad ha de adaptar sus estatutos a la legislación nacional.

Por tanto, la legislación societaria nacional no establece barreras al traslado de una sociedad portuguesa al extranjero⁵³. Es posible el traslado de la sede real, de la sede efectiva, o de ambas. Si la legislación del Estado miembro de acogida también acepta la continuidad de dicha sociedad (reconociendo su personalidad jurídica) podemos avanzar⁵⁴ con nuestro estudio y analizar la compatibilidad con el Derecho comunitario⁵⁵. De este modo, en los siguientes apartados continuaremos nuestro análisis partiendo del supuesto de que, ante el traslado de una sociedad portuguesa, el Estado de acogida le reconoce personalidad jurídica.

⁵² "Código das Sociedades Comerciais" en Portugués. La decisión de trasladar el domicilio social debe cumplir los requisitos para la modificación de los estatutos, y deberá ser adoptada por, al menos, el 75 % de los votos. Se reconoce el derecho a aquellos socios o partícipes que no han votado a favor, de retirarse de la sociedad, debiendo en tal supuesto notificar su decisión en el plazo de los 60 días posteriores a la publicación del acuerdo de la sociedad – véase art. 3 (5) del CSC.

⁵³ El sistema es similar al español, aunque menos discutido. Para conocer el sistema español, véase Sanz Clavijo, A., "The European Commission's Infringement Cases about Spanish Taxes Provisions for Individuals and Companies", *Intertax*, 6-7/2010, pp. 375-376, Herrera Molina, P., "Spain: Pending Cases": en: Lang, M., Pistone, P., Such, J. and Staringer, C. (eds.), *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2009*, Linde, 2009, Martín Jiménez, A., Calderón Carrero, J. M., "Los impuestos de salida y el Derecho Comunitario europeo a la luz de la legislación española", *Crónica Tributaria*, 125/2007, pp. 49-76, y Calderón Carrero, J. M., "La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas para el reembolso de garantías exigidas con infracción del Derecho Comunitario: el caso N", *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación*, 286/2007, pp. 103-126.

⁵⁴ Realiza una excelente presentación de los diferentes sistemas vigentes en Europa, Frada de Sousa, A., "Company's Cross-Border Transfer of Seat in the EU after Cartesio", *Jean Monnet Working Paper*, 07/09, 2009.

⁵⁵ De acuerdo con Szudoczky, "las disposiciones que establecen impuestos de salida no se ocupan de la cuestión de si una sociedad puede seguir siendo nacional de su Estado de origen después de trasladar su administración central. Por tanto, no deberían quedar fuera del alcance de la libertad de establecimiento, sino ser sometidas al examen de otras restricciones del Estado de origen" – véase Szudoczky, R., "How Does the European Court of Justice Treat Precedents in its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I", *Intertax*, 6-7/2009, p. 356.

5.2 Compatibilidad con el Derecho Europeo de los impuestos de salida exigidos a las sociedades

En primer lugar se ha de poner de manifiesto que, a pesar de las posibles similitudes, el régimen portugués de impuestos de salida no es una implementación de la Directiva de fusiones⁵⁶. Esta última se refiere a los beneficios que pueden derivarse de algunas operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial, mientras que los impuestos de salida suponen la exigencia de un gravamen por el traslado de la residencia fiscal de una sociedad al extranjero.

En segundo lugar, una vez expuestos todos los aspectos del régimen portugués de impuestos de salida, estamos en condiciones de valorar con precisión su compatibilidad con el Derecho primario europeo. La respuesta, una vez más, parece sencilla: la normativa portuguesa, cuando resulta aplicable, constituye una vulneración inaceptable de la libertad de establecimiento. En otras palabras, las sociedades que deciden abandonar Portugal, o bien transferir parte de sus activos al extranjero, están sujetas a un gravamen inmediato, mientras que las sociedades que permanecen en Portugal o transfieren parte de su activos dentro del territorio nacional no son gravadas.

Prima facie, esta transferencia parece estar bajo la protección de la libertad de establecimiento (art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE y art. 31 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo – AEEE⁵⁷). Siempre que se supere la cuestión de la personalidad jurídica, el traslado de una sociedad se corresponde directamente con el ejercicio de la libertad de establecimiento. Además, las normas en juego constituyen una vulneración de dicha libertad, que puede ser calificada como una restricción⁵⁸ o como una discriminación⁵⁹. Lo decisivo en este sentido es el

⁵⁶ O, siendo más precisos, desde que se ha modificado la Directiva de Fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial, ya citada.

⁵⁷ Publicado en el Diario Oficial No L 1, 3.1.1994, p. 3 *et seq.* y en los Boletines Oficiales de los Países integrantes de la AELC.

⁵⁸ Que se desencadena cuando una sociedad “cruza la frontera”, ejercitando su libertad de establecimiento.

hecho de que esta diferencia de tratamiento disuade a las sociedades de ejercer alguno de los aspectos de su libertad de establecimiento, como es el de trasladar su residencia fuera del territorio portugués⁶⁰. El *obiter dicta* del asunto *Lasteyrie du Saillant* parece aplicarse perfectamente a estos casos⁶¹. Obviamente, las libertades fundamentales no son absolutas y podemos preguntarnos si estas medidas pueden ser admisibles, es decir, si tienen un fundamento razonable y resultan proporcionadas al objetivo perseguido. En este sentido, estas medidas podrían encontrar una justificación tan diversa como la lucha contra el fraude y evasión fiscales, la necesidad de garantizar un control más eficaz, o la necesidad de asegurar un reparto equilibrado de las potestades tributarias. No obstante, independientemente de la justificación que se quiera dar a las medidas adoptadas, podemos concluir que el régimen portugués resulta desproporcionado.

En efecto, este régimen es aún más estricto que el examinado en el asunto *Lasteyrie du Saillant*. En este sentido, conforme a la normativa portuguesa: i) no existe la posibilidad de un aplazamiento; ii) no es posible tomar en consideración las posibles minusvalías que afloran tras el cambio de residencia. Por tanto, la valoración del régimen en este caso se mueve contracorriente: no vamos a entrar a valorar si la declaración o las garantías exigidas en el momento en el que se produce el traslado de residencia son proporcionadas o no, sino que nos preguntamos acerca de si la tributación inmediata, como tal, es admisible, o no. Y la respuesta a este interrogante es claramente negativa.

Todos los objetivos anteriormente mencionados podrían ser garantizados con medidas menos restrictivas, posponiendo el gravamen de las plusvalías

⁵⁹ Cuando una sociedad recibe un tratamiento menos favorable en comparación al que se otorga a las sociedades que residen en Portugal o que trasladan sus activos dentro del territorio portugués.

⁶⁰ Como se indica en N, ap. 35.

⁶¹ En este caso, el Tribunal de Justicia declaró que “un contribuyente que quiere trasladar su domicilio fuera [de su Estado de origen] en el ejercicio de [una de las libertades fundamentales], está sometido a un trato desfavorable en comparación con la persona que mantiene su residencia en [dicho Estado]. Por el mero hecho de llevar a cabo dicho traslado, este contribuyente se convierte en deudor de un impuesto sobre un beneficio que aún no ha obtenido y del que, por tanto, todavía no dispone, mientras que si hubiera permanecido en [el Estado de origen], las plusvalías sólo serán imponibles en la medida en que hubieran sido efectivamente realizadas. Esta diferencia de trato (...) puede disuadir a los contribuyentes de realizar dicho traslado” – Véase TJCE, de *Lasteyrie du Saillant*, ap. 46.

al momento de su efectiva realización⁶² (o, de forma equivalente, permitiendo el gravamen de las plusvalías latentes en el momento del cambio de residencia y reconociendo en ese mismo instante un aplazamiento inmediato del pago del impuesto adeudado hasta el momento en el que materialicen dichas plusvalías mediante la enajenación de los activos, sin imponer para ello cargas administrativas desproporcionadas). De este modo el objetivo perseguido de lograr un reparto equilibrado del poder tributario se vería alcanzado ya que Portugal podría gravar las plusvalías acumuladas durante el período de tiempo en el que el contribuyente fue residente (es decir, antes de su traslado); de igual forma, la lucha contra el fraude y evasión fiscales y el control tributario se verían garantizados mediante el establecimiento de algunas cargas administrativas al contribuyente (como la presentación de declaraciones)⁶³, sin olvidar la posibilidad de acudir a los mecanismos previstos en las Directivas de asistencia mutua para el intercambio de información y para el cobro de créditos (tributarios).

En definitiva, un impuesto de salida como el previsto en el sistema portugués, que se exige de forma inmediata, sin posibilidad de aplazamiento, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos anteriormente mencionados y, en consecuencia, no resulta acorde con el Derecho europeo.

⁶² Sólo en este momento existe una verdadera capacidad de pago y un flujo de ingresos que facilitan la recaudación del impuesto. Además, como Carinci ha puesto de manifiesto acertadamente éste sería el único modo de permitir una imposición efectiva del fondo de comercio – véase Carinci, A., *El Derecho Comunitario sometido al test de los impuestos de salida, entre límites, perspectivas y contradicciones*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009, p. 8-9, “ste.seast.org/es”.

⁶³ Por ejemplo: i) presentando una declaración en el momento del traslado de domicilio y otra en el momento de obtención de las plusvalías, como se recomienda, por otra parte, en el documento de *soft law* elaborado por la Comisión en esta materia. Propone asimismo esta solución Pires, M., *Exit Taxes*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009, p. 16, “ste.seast.org/es”.

5.3 Compatibilidad con el Derecho europeo de la tributación exigida a los accionistas.

Los problemas de compatibilidad con el Derecho de la UE se presentan también a nivel de la tributación exigida a los accionistas. Las razones que hemos expuesto en el apartado anterior son aquí, con pequeñas adaptaciones, plenamente aplicables.

No resulta admisible que se discrimine (indirectamente) a los accionistas (otorgándoles un tratamiento menos favorable) por el hecho de que la sociedad en cuyo capital participan haya decidido hacer uso de la libertad de establecimiento y trasladar su domicilio al extranjero. Se debería tomar en consideración que la situación que da lugar al incumplimiento es la transferencia de la residencia por parte de la sociedad –y, por tanto, el ejercicio de la libertad de establecimiento. De lo que se deduce que carece de relevancia conocer la influencia decisiva⁶⁴ del titular de la participación en la *sub judicio* sociedad.

Por otra parte, y en términos de política fiscal, resulta difícil justificar dicho régimen. Si el contribuyente sigue siendo residente, resulta irrelevante si la sociedad en la que participa traslada al extranjero sus activos o no: Portugal sigue siendo competente para gravar las ganancias obtenidas por dicho contribuyente en el momento de su efectiva realización, tal y como sucede en las situaciones puramente internas⁶⁵. El traslado de la residencia y los cambios eventuales en el régimen tributario de la sociedad que puedan producirse resultan irrelevantes a nivel de los accionistas; lo que verdaderamente debe importar es su capacidad económica real, medida en base a las ganancias que obtengan en el momento en el que enajenen los títulos o participaciones de las que son titulares.

⁶⁴ Lo que, conforme a la doctrina sentada en el asunto *Baars*, nos permitiría distinguir entre libertad de establecimiento y libre circulación de capitales – Véase STJCE 13.04.2000, C-251/98 *Baars*.

⁶⁵ Alcanza esta misma conclusión, si bien en relación a los supuestos referentes a los países integrantes del EEE, Szudoczky, R., "Comments..." *cit.*, p. 100.

6. Conclusiones

La tributación de las plusvalías latentes derivadas de los activos de una sociedad que traslada su domicilio o su sede de dirección efectiva a otro país es muy reciente en Portugal, ya que fue introducida por la Ley de Presupuestos para el año 2006. El régimen de los impuestos de salida en este país se encuentra actualmente en los arts. 83º a 85º del CPIS (anteriormente los arts. 76º-A, 76º-B y 76º-C). Estas disposiciones constituyen una implementación de la Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero, por la que se introducen algunas modificaciones en la Directiva de fusiones. En este sentido, las medidas portuguesas han sido redactadas siguiendo el tenor de la disposición comunitaria citada (como resulta más que evidente en la remisión a la cláusula antiabuso prevista en dicha Directiva en relación a las operaciones de reestructuración empresarial).

Dado que el régimen portugués, como decimos, adopta cláusulas, conceptos y otros términos que se extraen claramente del Derecho derivado de la UE, resulta evidente que las autoridades tributarias nacionales y los tribunales nacionales deberán interpretar estas disposiciones jurídicas internas conforme a los postulados del TJUE en esta materia. La interpretación *ad contrario* de la Directiva (en la que el régimen parece encontrar fundamentos para su legitimidad) no resulta admisible en tanto que: i) la Directiva sólo persigue una armonización parcial y, por tanto, no puede ser considerada como un instrumento normativo general; ii) aquellos aspectos no armonizados se encuentran bajo la tutela de las libertades fundamentales, de modo que, tal y como ha reconocido en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que infrinjan dichas libertades, y que resultan aplicables por el mero hecho de hacer uso de las mismas, serán probablemente consideradas incompatibles con el Derecho de la UE.

En términos generales, lo que el legislador nacional aprobó en los actualmente vigentes arts. 83º a 85º del CPIS fue un nuevo impuesto que incorpora una medida restrictiva o discriminatoria en términos de Derecho europeo. Este tratamiento menos favorable podría ser justificado

atendiendo a diversas razones objetivas de interés general (como la lucha contra el fraude y evasión fiscales, la necesidad de garantizar los controles fiscales, o de asegurar un reparto equilibrado del poder tributario). Ahora bien, el no reconocimiento de un posible aplazamiento en el pago de este impuesto, lo convierte en una medida desproporcionada para alcanzar cualesquiera de los objetivos citados.

En conclusión, las disposiciones normativas portuguesas por las que se exige que las plusvalías latentes derivadas de los activos de las sociedades que trasladan su domicilio social o su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro, o en el caso de los establecimientos permanentes de entidades no residentes que cesan su actividad en Portugal o que transfieren parte de sus activos al extranjero, sean incluidas en la base imponible del período impositivo en el que se efectúa dicho traslado, mientras que no se somete a tributación las plusvalías latentes derivadas de operaciones similares realizadas en el ámbito puramente nacional – resulta incompatible con el Derecho de la UE.

A pesar de todas las advertencias y propuestas (en concreto, de la Comisión y del Consejo, a través de la Comunicación y de la Resolución ya citadas), Portugal no ha incorporado aún modificación alguna en el régimen de impuestos de salida y mantiene en vigor las disposiciones analizadas que resultan, además de difíciles de comprender, inadecuadas. Sería conveniente, no sólo que Portugal adoptase las modificaciones mencionadas en este artículo, sino también que la Comisión, en vez de seguir esperando una respuesta coordinada por parte de los Estados miembros⁶⁶, diese un paso hacia delante (siguiendo el principio de subsidiariedad) y propusiese un instrumento jurídico vinculante, con el objeto de impedir las situaciones indeseadas de doble imposición que todavía, y de forma inevitable, persisten, en tanto no se adopte un sistema armonizado en esta materia.

⁶⁶ Ésta es la opinión del ex comisario europeo de Fiscalidad Kovacs, puesta de manifiesto en Kovács, L., *La Política de la Comisión Europea en materia de impuestos de salida*, en Estudios Tributarios Europeos, no. 1/2009, p. 9 et seq.