

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda) de 29 de marzo de 2007

- **Asunto:** C-347/04, Rewe
- **Partes:** Rewe Zentralfinanz eG, sucesora universal de ITS Reisen GMBH y Finanzamt Köln-Mitte
- **Síntesis:** Libertad de establecimiento – Impuesto sobre sociedades – Compensación inmediata de las pérdidas sufridas por las sociedades matrices – Pérdidas resultantes de la amortización del valor de participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros

I. Antecedentes y cuestiones planteadas

La normativa tributaria nacional alemana objeto de análisis dispone lo siguiente:

Con arreglo al artículo 6, apartado 1, número 2, segunda frase, de la EStG 1990, las amortizaciones del valor parcial inferior de las participaciones constituyen gastos de explotación deducibles para la determinación del beneficio. A tenor de ese mismo artículo 6, se considerará valor parcial el importe que el comprador de la totalidad de la explotación impute al bien económico de que se trate dentro del precio de adquisición global. Mientras que, en principio, los bienes económicos amortizables del inmovilizado se consignan en el balance, a efectos de la determinación del beneficio, por su valor de adquisición o de fabricación, disminuido por la depreciación por uso, el sujeto pasivo tiene asimismo la facultad de declarar el valor parcial inferior (amortización parcial) cuando, por ejemplo, el valor efectivo del bien económico haya caído por debajo del valor de adquisición o de fabricación disminuido por la depreciación por uso.

Según el artículo 2, apartado 3, de la EStG 1990, la suma de los rendimientos obtenidos por un contribuyente durante un año está constituida por el saldo de los rendimientos positivos y negativos. Si subsisten pérdidas al final de esta operación, se podrán deducir en otros años, al determinar el rendimiento fiscal, en el marco de la anticipación o de la imputación posterior de las pérdidas, conforme al artículo 10 d de la EStG 1990.

Con arreglo a las disposiciones de la EStG 1990, en su versión modificada por la Ley de reforma fiscal de 1992 (Steueränderungsgesetz 1992), de 25 de febrero de 1992 (BGBl. 1992 I, p. 297), la compensación fiscal de las pérdidas en caso de amortizaciones parciales del valor de las participaciones en una sociedad de capital en la fecha de los hechos del litigio son objeto de un trato diferente según correspondan a una sociedad de capital establecida en Alemania o fuera de dicho Estado.

Cuando se tenía una participación en una sociedad de capital establecida en Alemania, con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la EStG 1990, los rendimientos negativos –incluidas las pérdidas procedentes de amortizaciones parciales– imputables a un período impositivo podían compensarse con todos los rendimientos positivos obtenidos por el contribuyente.

Con arreglo al artículo 2 a, apartados 1 y 2, de la EStG 1990, titulado «Rendimientos negativos que tengan una conexión con el extranjero», ciertos rendimientos negativos de origen extranjero sólo podían tenerse en cuenta fiscalmente de forma limitada:

«(1) Los rendimientos negativos

[...]

2. procedentes de un establecimiento industrial o comercial situado en un país extranjero,
3. a) procedentes de la imputación del valor parcial inferior de una participación, que forme parte de los activos de explotación, en una sociedad que no tenga su domicilio ni su dirección en el interior del país (persona jurídica extranjera), [...]

[...]

sólo pueden ser objeto de compensación con rendimientos positivos del mismo tipo y procedentes del mismo Estado [...]; por lo tanto, tampoco pueden ser objeto de deducción con arreglo al artículo 10 d. Las reducciones de beneficios se equiparan a los rendimientos negativos. Cuando los rendimientos negativos no puedan ser objeto de compensación en virtud de la primera frase, reducirán los rendimientos positivos del mismo tipo que obtenga el sujeto pasivo en los siguientes ejercicios impositivos en el mismo Estado. [...]

- (2) El apartado 1, primera frase, número 2, no se aplicará cuando el sujeto pasivo demuestre que los rendimientos negativos proceden de un establecimiento industrial o comercial situado en el extranjero que se dedica exclusiva o casi exclusivamente [...] a la prestación de servicios de carácter comercial siempre que éstos no consistan en la construcción o explotación de instalaciones destinadas al turismo, o en el arrendamiento de bienes económicos, [...] la tenencia directa de una participación de, al menos, el 25 % del capital nominal de una sociedad de capital que tenga por objeto exclusivo o casi exclusivo las actividades antes descritas, así como la financiación relacionada con la tenencia de dicha participación, se considerarán como realización de prestaciones de carácter comercial cuando la sociedad de capital no tenga ni su dirección ni su sede en el territorio del país. El apartado 1, párrafo primero, números 3 y 4, no será de aplicación cuando el sujeto pasivo demuestre que la sociedad cumplía las condiciones enumeradas en el párrafo primero en el momento de su creación o bien durante los cinco años anteriores al ejercicio en el que obtuvo rendimientos negativos.

[...]»

Del artículo 2 de la EStG 1990 resulta que la compensación de los rendimientos negativos procedentes de una amortización parcial sólo es posible si la sociedad obtiene en el extranjero rendimientos en el sentido de dicho artículo 2 a, apartado 2 (denominados

rendimientos «activos»), o si ella misma tiene una participación de al menos el 25 % en otra sociedad de capital extranjera que obtenga, por su parte, rendimientos activos en el sentido del referido artículo 2 a, apartado 2. El ejercicio de actividades relacionadas con el turismo en el extranjero excluye de entrada la compensación de las pérdidas.

Con arreglo al artículo 8 b, apartado 2, de la KStG 1991, en su versión modificada por la Ley sobre la garantía del lugar de establecimiento (Standortsicherungsgesetz), de 13 de septiembre de 1993 (BGBl. 1993 I, p. 1569), las plusvalías obtenidas por la venta de una participación estaban exentas por primera vez del impuesto correspondiente al ejercicio fiscal 1994.

Por último, la Ley de reducción de impuestos (Steuersenkungsgesetz), de 23 de octubre de 2000 (BGBl. 2000 I, p. 1433), modificó el artículo 8 b, apartado 3, de la KStG 1991. Esta disposición establece, en su versión modificada, que las disminuciones de ganancias derivadas de la toma en consideración del valor parcial inferior de una participación no se tienen en cuenta, con independencia de si esta participación es de una sociedad de capital establecida fuera de Alemania o en el territorio de dicho Estado.

En el supuesto de autos, mediante contrato celebrado el 6 de marzo de 1995, ITS, una sociedad del grupo Kaufhof Holding AG que tiene por objeto social actividades ligadas al turismo, fue vendida por este grupo a Rewe. A través de un contrato de fusión de 3 de noviembre de 1995, Rewe se convirtió en sucesora universal de ITS.

En 1989 ITS había constituido una filial en los Países Bajos, Kaufhof Tourism Holdings BV (en lo sucesivo, «KTH»), siendo propietaria de la totalidad de su capital social. KTH había constituido a su vez, en ese mismo Estado miembro, una sociedad de cartera, International Tourism Investment Holding BV, de la cual tenía el 100 % del capital. Además, esta última sociedad había adquirido el 100 % de las participaciones en la sociedad German Tourist Facilities Ltd, establecida en el Reino Unido, así como el 36 % de las participaciones de la sociedad Travelplan, S.A., establecida en España.

En sus cuentas anuales de 1993 y 1994, ITS procedió a realizar amortizaciones parciales del valor de su participación en su filial neerlandesa KTH y a ajustes de valor sobre créditos relativos a las dos filiales de su subfilial, establecidas en el Reino Unido y en España. El conjunto de estos gastos excepcionales ascendía, para los ejercicios fiscales 1993 y 1994, a más de 46 millones de DEM.

Sin embargo, el Finanzamt Köln-Mitte, basándose en que el artículo 2 a de la EStG 1990 era contrario al cómputo de los gastos derivados de la participación en KTH, se negó a considerar dichos gastos como gastos de explotación a efectos fiscales y a considerarlos como rendimientos negativos para la determinación del beneficio imponible de Rewe correspondiente a los ejercicios fiscales 1993 y 1994. Por consiguiente, emitió una serie de liquidaciones paralelas en relación con el impuesto sobre sociedades adeudado por Rewe correspondiente a los referidos ejercicios.

Por estimar que podía aspirar a que se computasen fiscalmente la totalidad de los gastos derivados de las sociedades de cartera establecidas en los Países Bajos, en el Reino Unido y en España, Rewe interpuso un recurso con este objeto ante el Finanzgericht Köln, ale-

gando que la aplicación del artículo 2 a de la EStG 1990 constituye una discriminación contraria al Derecho comunitario.

Según dicho órgano jurisdiccional, del Derecho aplicable en la fecha de los hechos del litigio principal resulta que, si bien las amortizaciones del valor de las participaciones en una filial establecida en Alemania podían, en principio, ser tenidas fiscalmente en cuenta sin restricciones como gastos de explotación de la sociedad matriz al determinar el beneficio imponible de ésta, las amortizaciones del valor de participaciones en una filial establecida en otro Estado miembro sólo podían tomarse en consideración fiscalmente en casos determinados, ya sea cuando los rendimientos negativos derivados de las referidas amortizaciones se compensasen con rendimientos positivos procedentes de este otro Estado miembro, ya sea cuando se cumpliesen los requisitos de la exención previstos en el artículo 2 a, apartado 2, de la EStG 1990. Por ello, el órgano jurisdiccional estima probable que tal diferencia de trato, que se deriva del artículo 2 a, apartados 1, número 3, letra a), y 2 de la EStG 1990, es contraria al Derecho comunitario y considera que no puede observar que existan razones que justifiquen esta diferencia.

En estas circunstancias, el Finanzgericht Köln decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 52 [...], en relación con el artículo 58 [...] y los artículos 67 a 73 así como el artículo 73 B y siguientes [del Tratado] en el sentido de que se opone a una norma que —como el artículo 2 a, apartados 1, número 3, letra a), y 2, de la EStG [...], controvertida en el litigio principal— limita la compensación fiscal inmediata de las pérdidas resultantes de la amortización del valor de las participaciones en empresas filiales establecidas en otros países de la Comunidad cuando éstas ejercen actividades pasivas en el sentido de la disposición nacional, o cuando dichas filiales sólo ejercen actividades activas en el sentido de la disposición nacional a través de sus propias filiales, mientras que es posible llevar a cabo sin dichas limitaciones la amortización del valor de las participaciones en filiales situadas en el interior del país?».

2. Comentario.

El fallo analiza la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de la deducción de pérdidas derivadas de la amortización del valor de las participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros, teniendo en cuenta que la legislación nacional deniega la misma si las filiales están en el extranjero y ejercen actividades pasivas o activas en el sentido de las disposiciones nacionales a través de subfiliales, mientras que es posible practicar la amortización sin limitación respecto de filiales nacionales.

El Tribunal de Justicia considera que dicha disposición (o el diferente trato derivado de la aplicación del conjunto de disposiciones relevantes) afecta a la libertad de establecimiento comunitaria, al suponer un obstáculo por parte del Estado de origen (p. 26), en aplicación de la doctrina consolidada por la sentencia *Marks & Spencer*:

El Tribunal evita la comparabilidad de las filiales extranjeras y nacionales (no comparables) comparando, en cambio, las matrices nacionales con filiales extranjeras y las matrices nacio-

nales con filiales nacionales (p. 33), permitiendo de este modo la conclusión de que la normativa fiscal alemana genera un resultado discriminatorio contrario, en principio, a la libertad de establecimiento.

“En lo que se refiere a las pérdidas sufridas por tales sociedades matrices residentes por amortizaciones realizadas sobre el valor de sus participaciones en filiales, dichas sociedades se encuentran en una situación comparable, ya sean participaciones en filiales establecidas en Alemania o en otros Estados miembros. En efecto, en ambos casos, por un lado, las pérdidas cuya deducción se solicita las soportan las sociedades matrices y, por otro, los beneficios de dichas filiales, ya procedan de filiales que tributan en Alemania o de aquellas que tributan en otros Estados miembros, no están sometidas a tributación en concepto de rendimientos de las sociedades matrices.

Por ello, la limitación de la deducibilidad de tales pérdidas por una sociedad matriz residente, que afecte únicamente a las pérdidas sufridas por la amortización del valor de participaciones en el extranjero, no refleja una diferencia de situación objetiva de las sociedades matrices según que sus filiales tengan su domicilio social en Alemania o en otros Estados miembros” (p. 34 y 35).

En relación con las posibles causas que justifiquen el trato discriminatorio que soportan las matrices alemanas con filiales en el extranjero, el Tribunal se refiere al ‘principio del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros’ y la exigencia de simetría entre el derecho a gravamen de los beneficios de una sociedad y el deber de tener en cuenta las pérdidas sufridas por la referida sociedad, considerando que sólo cabe aceptarlo como criterio de justificación admisible cuando concurre con otras justificaciones, como sucedía en el caso Marks & Spencer; en concreto cuando se verificaba la existencia de riesgos en la doble imputación de las pérdidas y el riesgo de evasión fiscal.

El análisis conjunto de dichas causas de justificación impide considerar como justificada una disposición fiscal que niega de forma sistemática y automática la deducción/amortización de las filiales participadas en el extranjero. “una diferencia de trato fiscal entre las sociedades matrices residentes según que dispongan o no de filiales en el extranjero no está justificada por el mero hecho de que hayan decidido ejercer actividades económicas en otro Estado miembro, en el que el Estado interesado no puede ejercer su competencia fiscal. Como tal, una alegación basada en el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros no puede, por tanto, justificar que un Estado miembro se niegue sistemáticamente a conceder un beneficio fiscal a una sociedad matriz residente porque ésta haya desarrollado una actividad económica transnacional que no genere inmediatamente ingresos fiscales en beneficio de dicho Estado.” (p. 43).

En relación a la posible justificación de la medida para evitar la evasión fiscal, el Tribunal señala que para apreciar la existencia de montajes puramente artificiales no basta con que en un determinado sector económico, como el turismo las autoridades fiscales de un Estado miembro observen casos de pérdidas considerables y persistentes sufridas por filiales extranjeras de sociedades matrices residentes en dicho Estado (p. 51), consolidando de

este modo la doctrina formulada en las sentencias ICI, Marks & Spencer, o Cadbury Schwepes. De este modo, no puede aceptarse la restricción con la alegación de que la medida fiscal prevé evitar el riesgo de evasión fiscal.

el artículo 2 a, apartado 2, de la EStG 1990, al excluir de las actividades denominadas «activas» que enumera, en particular las consistentes en la creación o explotación de instalaciones relacionadas con el turismo, va más allá de lo que es necesario para luchar contra los montajes abusivos. La lucha contra la evasión fiscal no justifica que los rendimientos negativos procedentes de un establecimiento industrial o comercial establecido en el extranjero, que tenga por objeto la realización de prestaciones de naturaleza comercial, puedan, por regla general, compensarse sin restricción con rendimientos positivos mientras que cuando se trate de establecimientos que ejerzan una actividad en el sector turístico, la compensación con rendimientos positivos esté supeditada a diversos requisitos (p. 53).

Tampoco resulta posible alegar la necesidad de facilitar la eficacia de los controles fiscales sobre las operaciones que se desarrollan en el extranjero, ni la coherencia del régimen fiscal, puesto que a nivel interno se exime y se permite la deducción de la amortización (p. 64), desmontando la alegación del gobierno alemán. Tampoco cabe justificarlo por la exención de las plusvalías derivadas de dichas participaciones ni por la aplicación del principio de territorialidad.

Al respecto señala que es cierto, “que conforme al citado principio el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz puede disponer que las sociedades residentes tributen por la totalidad de sus beneficios mundiales y las filiales no residentes sólo por los beneficios que procedan de su actividad en su territorio (véase, en este sentido, la sentencia Marks & Spencer, antes citada, apartado 39). Sin embargo, tal principio no justifica por sí mismo que el Estado de residencia de la sociedad matriz deniegue una ventaja a ésta basándose en que dicho Estado no grava los beneficios de sus filiales no residentes (véase, en este sentido, la sentencia Marks & Spencer, antes citada, apartado 40). Como ha señalado el Abogado General en el punto 49 de sus conclusiones, este principio tiene por función introducir, en la aplicación del Derecho comunitario, la necesidad de tener en cuenta los límites de las competencias fiscales de los Estados miembros. Ahora bien, en el asunto principal, la concesión de la ventaja solicitada por Rewe no afecta al ejercicio de una competencia fiscal concurrente. Afecta a las sociedades matrices residentes en Alemania que están sometidas, a este respecto, a una obligación fiscal ilimitada en ese Estado. Por consiguiente, la norma controvertida en el litigio principal no puede considerarse una aplicación del principio de territorialidad” (p. 69).

3. Fallo.

En circunstancias como las del asunto principal, en las que una sociedad matriz tiene en una filial no residente una participación que le concede una influencia real en las decisiones de dicha filial extranjera y le permite determinar sus actividades, los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen a una norma de un Estado miembro que restringe, para la sociedad matriz residente en dicho Estado, la posibilidad de deducir las pérdidas sufridas por la referida sociedad en concepto de amortizaciones realizadas sobre el valor de sus participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros.