

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005

■ **Asunto:** C-446/03

■ **Partes:** Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

■ **Síntesis:** «Artículos 43 CE y 48 CE – Impuesto sobre sociedades – Grupos de sociedades – Consolidación fiscal – Beneficios de las sociedades matrices – Deducción de las pérdidas sufridas por una filial residente – Autorización – Deducción de las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial no residente – Exclusión»

I. Comentario

Nos encontramos, sin lugar a dudas, ante la sentencia que mayor volumen de literatura científica ha generado en los últimos tiempos en materia tributaria comunitaria. La trascendencia del asunto, así como las importantes implicaciones económicas, jurídicas e incluso políticas del tema han llevado a un desarrollo importante de comentarios, opiniones, análisis y críticas tanto al planteamiento como a las Conclusiones del Abogado General y a la propia Sentencia.

La sentencia aborda el tema de la posible discriminación y consiguiente vulneración del ordenamiento comunitario –en particular, de la libertad de establecimiento– de la denegación en sede de la sociedad matriz de un grupo empresarial de la compensación de pérdidas obtenidas por filiales residentes en otros Estados miembros, siendo que el régimen de tributación consolidada o de grupo acepta la compensación de las pérdidas de las filiales residentes en el Estado de residencia de la sociedad matriz –así como de las obtenidas por establecimientos permanentes allí ubicados– con el resto de beneficios consolidados.

El Tribunal reconoce que dicho trato diferente constituye una restricción generada por el Estado de la matriz (outbound restriction).

En una decisión ponderada, frente a las anteriores decisiones en las que el valor quasi-absoluto de las libertades fundamentales cerraba prácticamente cualquier posibilidad de las medidas tributarias discriminatorias o restrictivas, el Tribunal reconoce la validez de otorgar un trato distinto, a pesar de ser restrictivo, a las pérdidas de las filiales residentes y a las pérdidas de las filiales no residentes por parte del Estado de la sede de la entidad matriz. La necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la necesidad de evitar la doble imputación de las pérdidas, y la necesidad de evitar el riesgo de evasión fiscal permiten justificar un trato distinto a pesar de resultar restrictivo al ejercicio de la libertad de establecimiento.

Sin embargo, a pesar de constituir razones imperativas de interés público válidas, el Tribunal va más allá y exige, en atención a las circunstancias del caso, el análisis de la norma bajo el prisma del principio de necesidad, según el cual, si se pone de manifiesto que

- se han agotado las posibilidades de tomar en cuenta las pérdidas incurridas en su Estado de residencia (por parte de la filial); y
- no existe la posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en su Estado de residencia ni directamente ni por parte de terceros.

En este caso, la medida restrictiva, no resulta ajustada al principio de necesidad y en consecuencia, no puede considerarse justificada ni conforme al ordenamiento comunitario. En este caso, parece que el Tribunal no se encuentra preocupado por la posible quiebra del reparto de potestades tributarias que dicha exigencia supondría. Tampoco repara en las dificultades de implementar dichas exigencias en la normativa tributaria de los Estados miembros así como en la dificultad en proceder a una verificación y control adecuado de la misma.

A consecuencia, de dicho pronunciamiento muchos ordenamientos tributarios de los Estados miembros deberán modificar sus presupuestos de no admisibilidad de compensación de pérdidas procedentes de las filiales residentes en el extranjero. España, aún no admitiendo formalmente la compensación de dichas pérdidas, si admite en determinados supuestos su consideración indirecta, mediante la toma en consideración de la depreciación de sus valores representativos, aunque dicha norma no elimine con todos los supuestos de restricción que pueden plantearse.

2. Antecedentes

La petición planteó en el marco de un litigio entre Marks & Spencer plc (en lo sucesivo, «Marks & Spencers») y la Administración tributaria británica, relativo a la denegación por ésta de una solicitud de consolidación fiscal presentada por Marks & Spencer con el fin de deducir de su beneficio imponible en el Reino Unido las pérdidas sufridas por sus filiales establecidas en Bélgica, Alemania y Francia.

Marks & Spencer es una sociedad constituida y registrada en Inglaterra y Gales. Es la sociedad matriz de sociedades establecidas en el Reino Unido y en otros Estados. Es uno de los minoristas más importantes del Reino Unido en el ámbito de la confección, la alimentación, los artículos del hogar y los servicios financieros. Tras un proceso de implantación en otros Estados europeos, a mediados de los años noventa comenzó a producirse una tendencia al aumento de las pérdidas. En marzo de 2001, Marks & Spencer anunció el final de sus actividades en el continente europeo. A 31 de diciembre de 2001, la filial establecida en Francia había sido cedida a terceros, mientras que las demás filiales, incluidas las establecidas en Bélgica y Alemania habían cesado por completo en su actividad comercial.

A consecuencia de dicha situación, Marks & Spencer solicitó en el Reino Unido, con arreglo al artículo 6 del anexo 17 A de la ICTA, la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por sus filiales establecidas en Bélgica, en Alemania y en Francia durante cuatro ejercicios: los cerrados el 31 de marzo de 1998, el 31 de marzo de 1999, el 31 de marzo de 2000 y el 31 de marzo de 2001. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que las partes en el procedimiento principal convinieron en que las pérdidas debían determinarse con arreglo a la normativa fiscal del Reino Unido. Por lo tanto, Marks & Spencer recalculó las pérdidas sobre esta base a petición de la Administración tributaria. Dichas filiales habían ejercido sus actividades económicas en los Estados miembros en los que estaban domiciliadas, sin disponer de establecimiento permanente en el Reino Unido ni haber ejercido actividades económicas en él.

Las solicitudes de consolidación fiscal fueron denegadas ya que ésta sólo podía concederse por pérdidas registradas en el Reino Unido. Conforme a la normativa británica de consolidación, se permite a las sociedades residentes de un grupo compensar entre ellas los beneficios fiscales y las pérdidas, así como, tras la modificación legislativa a consecuencia de la sentencia ICI, a los beneficios y las pérdidas comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho tributario del Reino Unido (pérdidas de sucursales establecidas en el Reino

Unido y pérdidas de sociedades del grupo establecidas pueden compensarse con ganancias de la sucursal establecida).

Dicha denegación fue impugnada ante los Special Commissioners of Income y posteriormente ante la High Court of Justice of England & Wales, que resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial.

3. Cuestiones planteadas

«1) ¿Existe una restricción con arreglo al artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, y, de ser así, está justificada con arreglo al Derecho comunitario, cuando:

- las disposiciones de un Estado miembro, tales como las disposiciones aplicables en el Reino Unido en relación con la consolidación fiscal, impiden que una sociedad matriz residente a efectos fiscales en dicho Estado reduzca sus beneficios imponibles en el mismo imputándose las pérdidas registradas en otros Estados miembros por sociedades filiales residentes a efectos fiscales en dichos Estados, mientras que dicha imputación sí sería posible si las pérdidas hubieran sido registradas por sociedades filiales residentes en el Estado de la sociedad matriz, y
- el Estado miembro de la sociedad matriz:
- somete a las sociedades residentes en su territorio al impuesto sobre sociedades por la totalidad de sus beneficios, incluidos los beneficios obtenidos por sus sucursales en otros Estados miembros, contemplando mecanismos para evitar la doble imposición en relación con los impuestos soportados en otro Estado miembro y para tener en cuenta las pérdidas de las sucursales al determinar dichos beneficios imponibles;
- no somete al impuesto sobre sociedades los beneficios no distribuidos de las filiales residentes en otros Estados miembros;
- somete a la sociedad matriz al impuesto sobre sociedades por todas las cantidades que reciba en concepto de reparto de dividendos de las filiales residentes en otros Estados miembros, mientras que no somete a la sociedad matriz al impuesto sobre sociedades por las cantidades que reciba en concepto de reparto de dividendos de las filiales residentes en el Estado de la sociedad matriz, y
- permite que la sociedad matriz evite la doble imposición reconociéndole un crédito fiscal por la retención en la fuente del impuesto sobre los dividendos y por los impuestos extranjeros que hayan gravado los beneficios con cargo a los cuales las sociedades filiales residentes en otros Estados miembros repartieron dividendos?

2) a) ¿Cómo afecta, en su caso, a la respuesta a la primera cuestión el hecho de que, dependiendo de la legislación del Estado miembro de la filial, sea posible, o pueda serlo en determinadas circunstancias, deducir parcial o totalmente las pérdidas registradas por la filial de los beneficios imponibles obtenidos en el Estado de la filial?

- b) En caso de que la respuesta a la primera cuestión se vea afectada por dicha circunstancia, ¿qué trascendencia debe atribuirse, en su caso, al hecho de que:
- una filial residente en otro Estado miembro haya dejado de operar y, aunque dicho Estado permita la deducción de las pérdidas bajo determinadas condiciones, no se haya acreditado que en las circunstancias de que se trata pueda efectuarse dicha deducción;
 - una filial residente en otro Estado miembro haya sido vendida a un tercero y, aunque la legislación de dicho Estado permita que el tercero comprador deduzca las pérdidas en determinadas condiciones, no esté claro que haya ocurrido así en las circunstancias del presente asunto;
 - los mecanismos en virtud de los cuales el Estado miembro de la sociedad matriz tiene en cuenta las pérdidas registradas por sociedades residentes en el Reino Unido se apliquen con independencia de que las pérdidas puedan deducirse también en otro Estado miembro?
- c) ¿Supondría alguna diferencia la existencia de pruebas de que se obtuvo una deducción por las pérdidas en el Estado miembro de residencia de la filial y, de ser así, tendría alguna importancia el hecho de que la deducción de las pérdidas fuera obtenida posteriormente por otro grupo de sociedades no vinculado, adquirente de la filial?»

4. Fallo

Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tendidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste.

5. Fundamentos de la sentencia

A la Primera Cuestión

El órgano jurisdiccional pregunta si los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en éste, mientras que lo permite en el caso de pérdidas sufri-

das por una filial residente. Dicha exclusión es consecuencia del principio de territorialidad según el cual, en la medida en que los beneficios de las filiales residentes en otros Estados miembros no se someten a gravamen en el Reino Unido tampoco se toman en cuenta sus pérdidas, no resultando posible su compensación y su inclusión en el régimen de consolidación.

Para responder a dicha cuestión, el Tribunal analiza el contenido de la libertad de establecimiento, las exigencias del principio de no discriminación y la interdicción del tratamiento restrictivo a dicho contenido. Si bien las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (véase, en especial, la sentencia ICI, antes citada, apartado 21)

De ahí que considere que las normas británicas sobre consolidación fiscal constituyen una ventaja fiscal para las sociedades interesadas, puesto que al acelerar la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de otras sociedades de su grupo, les confiere una ventaja de tesorería. De este modo, la *exclusión de esta ventaja* en relación con las pérdidas sufridas por una filial establecida en otro Estado miembro puede suponer para ésta un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento, al disuadirla de crear filiales en otros Estados miembros.

Este diferente trato, consistente en el no otorgamiento de las ventajas a las filiales extranjeras que sí pueden disfrutar las filiales nacionales constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE, ya que establece para las pérdidas sufridas por una filial residente un trato fiscal diferente del dispensado a las sufridas por una filial no residente.

Verificada la restricción, el Tribunal analiza si es posible encontrar algún tipo de justificación. Y es ahí donde el Tribunal formula unas pautas que suponen un replanteamiento de los tradicionales criterios de justificación de las medidas restrictivas o discriminatorias y su admisibilidad para justificar las mismas.

La formulación de dichos parámetros de justificación se basa en las pautas tradicionalmente conocidas: Sólo cabe admitir una restricción de esta índole si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, también es necesario que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

El Tribunal reconoce la validez del principio de territorialidad como criterio para justificar una diferencia de trato incluso desde la óptica comunitaria. En Derecho tributario la residencia de los contribuyentes puede constituir un factor que justifique normas nacionales que supongan una diferencia de trato entre los contribuyentes residentes y los no residentes. No obstante, la residencia no constituye en todos los casos un factor que justifica

tal distinción. En efecto, permitir al Estado miembro de establecimiento que aplique libremente un trato diferente por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad esté situado en otro Estado miembro dejaría sin contenido al artículo 43 CE.

El Tribunal reconoce que el Reino Unido al establecer la diferencia de tratamiento entre las pérdidas de las filiales residentes y de las filiales no residentes actúa con arreglo al principio de territorialidad consagrado por el Derecho tributario internacional y reconocido por el Derecho comunitario. Sin embargo no otorga al mismo valor absoluto para justificar la diferencia de trato.

No obstante, la circunstancia de que no grave los beneficios de las filiales no residentes de una sociedad matriz establecida en su territorio no justifica, de por sí, que la consolidación fiscal se limite a las pérdidas sufridas por las sociedades residentes.

Por ello, decide someter y analizar la diferencia de trato bajo el prisma y exigencias del principio de proporcionalidad/necesidad, puesto que la reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una restricción a una libertad fundamental.

El Tribunal acepta asimismo que el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas.

Por otro lado, el Tribunal es consciente de la necesidad de establecer mecanismos que eviten el riesgo de una doble imputación de las pérdidas.

También reconoce la importancia del riesgo de evasión fiscal, puesto que la posibilidad de trasladar pérdidas de forma transfronteriza conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor.

La exclusión de la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por filiales no residente constituye una medida válida para hacer frente a dichas razones. De ahí que el Tribunal afirme que,

Vistos en su conjunto estos tres motivos de justificación, procede afirmar que una normativa restrictiva como la controvertida en el asunto principal persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado que están amparados por razones imperiosas de interés general, por un lado, y que es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos, por otro.

Sin embargo, como indicamos anteriormente, la validez de dichas razones como criterio de justificación necesitan adecuarse, y pasar por el tamiz, de forma adicional, del principio de proporcionalidad/necesidad. Por ello analiza a continuación si la medida restrictiva no

va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. En atención a las consideraciones efectuadas por Marks & Spencer, el Tribunal proclama:

A este respecto, el Tribunal de Justicia estima que la medida restrictiva que es objeto del asunto principal va más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando:

- la filial no residente ha agotado las posibilidades de tomar en cuenta las pérdidas incurridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en ejercicios anteriores, en su caso, mediante una transferencia de dichas pérdidas a un tercero o la imputación de éstas a los beneficios obtenidos por la filial durante ejercicios anteriores, y
- no existe la posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste.

Cuando en un Estado miembro la sociedad matriz residente demuestra a las autoridades tributarias que se cumplen estos requisitos, resulta contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir la posibilidad de que ésta deduzca de su beneficio imponible en dicho Estado miembro las pérdidas sufridas por su filial no residente.

El Tribunal, además, precisa, la libertad de los Estados miembros para adoptar o mantener normas que tengan por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal nacional. Y salva finalmente, la necesidad de que, cualquier identificación de otras medidas menos restrictivas, requerirán, en cualquier caso, de normas de armonización adoptadas por el legislador comunitario.

... ○ ...