

## El Impuesto sobre Sociedades en la Jurisprudencia del TJUE

### La doctrina Marks & Spencer en materia de tributación de las pérdidas transnacionales de grupos de sociedades: avances y deficiencias del estado actual de la cuestión y pautas de futuro

**Ester Machancoses García<sup>1</sup>**

Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Valencia

#### **Resumen**

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de pérdidas transnacionales de grupos de sociedades. La finalidad es concretar los límites del Derecho Comunitario al poder tributario de los Estados miembros. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el trabajo aporta tres conclusiones generales:

1. En primer lugar, la Sentencia X Holding no constituye un cambio de criterio respecto de la Sentencia Marks & Spencer (principio “per element approach”). En este sentido, sigue latente el interrogante sobre la compatibilidad de la ley española con el Derecho Comunitario. La ley española excluye en el régimen de consolidación fiscal las pérdidas finales de filiales en el extranjero.
2. En segundo lugar, y partiendo de la premisa anterior, el TJUE elabora dos razonamientos jurídicos en función del aspecto sustantivo objeto de controversia. Así, desde la óptica del Estado origen de la inversión:

Por un lado, cuando se trata de diferencia de trato desfavorable a situaciones comunitarias con ocasión de “pérdidas sufridas por las filiales en el extranjero”, se establece la doctrina de *Compatibilidad Limitada*: La diferencia de trato es una restricción a la libertad de establecimiento que, por *regla general*, resulta *compatible* con el Derecho Comunitario. Están *justificadas por el reparto de poder tributario y por la necesidad de evitar la evasión fiscal* (Marks & Spencer, X Holding, OyAA, Lidl Belgium). *Excepcionalmente*, sin embargo, *no resultan compatibles* con el Derecho Comunitario, por no estar justificadas o por ser *desproporcionadas* (Marks & Spencer, Lidl Belgium)

Por otro lado, cuando se trata de diferencia de trato desfavorable a situaciones comunitarias en relación con los “diferentes gastos

---

1 Ester Machancoses García, Universidad de Valencia (ester.garcia@uv.es). Este artículo finalizó a mediados de 2012 en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación “El control del ordenamiento tributario español desde la óptica constitucional y comunitaria: análisis y propuestas” (DER 2009-13199/JUR)

conexos a la participación en sociedades extranjeras”, el Tribunal acoge la doctrina de la *Incompatibilidad limitada*: Estas diferencias constituyen restricciones a la libertad de establecimiento y/o libre circulación de capitales que. Por regla general, resultan incompatibles con el Derecho Comunitario. No están justificadas por la necesidad de salvaguardar el reparto de poder tributario establecido por los Estados Miembros ni por la necesidad de evitar la evasión fiscal (Rewe, Steko, Bosal, Keller, Deutsche Shell). Excepcionalmente, resultan compatibles con el Derecho Comunitario determinadas restricciones justificadas y proporcionadas (Glaxo Wellcome).

3. Por último, a nivel comunitario, estamos ante un contexto de incertidumbre normativa que se pone de relieve con la Jurisprudencia del TJUE.

La fiscalidad de las pérdidas y de los gastos conexos a las participaciones es una materia de gran trascendencia práctica y recaudatoria.

Es hora de que el Derecho Comunitario Derivado, por la vía de Directivas, solucione esta cuestión de la tributación de los grupos transfronterizos de sociedades. Estamos ante una cuestión que no puede quedar relegada a la solución del Tribunal de Justicia “caso por caso”, que es la situación actual.

## Abstract

*The present work has by object the analysis of the case law doctrine of the European Court of Justice (ECJ) concerning the taxation of Cross-border Losses of groups of companies. The purpose is to concretise the limits of the Community Law on the tax power of the Member States. In the light of the Case-Law of the ECJ on this matter, the work reaches three general conclusions:*

1. *First of all, the Sentence X Holding does not constitute a change of criterion concerning the Sentence Marks & Spencer (principle “per element approach”). In this sense, is still present the question of whether the Spanish law is compatible with Community Law, while this national law in the Tax Consolidation System excludes deduction of the final losses incurred by its subsidiaries established abroad from its taxable profits.*
2. *Secondly, on the basis of that understanding, ECJ sets out the legal reasoning according to the concret substantive aspect which is object of controversy. In particular, from the perspective of the home State of the investment:*

*On the one hand, with occasion of “losses suffered by the subsidiaries abroad”, when it come unfavorable differences in treatment to Community situations, the Court held the doctrine of Limited Compatibility: This difference in treatment is a restriction of the right of establishment. A tax scheme such as that is, as a general rule, compatible with Community Law because is justified in view of the need to safeguard the allocation of the power to impose taxes between the Member States and to prevent the risk of tax avoidance (Marks & Spencer, X Holding, OyAA, Lidl Belgium). Exceptionally, however, is incompatible with Community Law, when the internal tax system cannot be objectively justified or it is disproportionate (Marks & Spencer, Lidl Belgium).*

*On the other hand, regarding “costs relating to the holding”, when internal differences in treatment are unfavorable to Community situations, the ECJ held the doctrine of the Limited Incompatibility. According to that, those differences in treatment constitute restrictions to the freedom of establishment and/or free movement of capital. As a general rule, ECJ consider them incompatible with the Community Law. Those cannot be justified in view of the need to safeguard the allocation of the power to impose taxes between the Member States and neither in view to prevent the risk of tax avoidance (Rewe, Steko, Bosal, Keller, Deutsche Shell). Exceptionally, however, is compatible with Community Law, when the internal tax system can not be objectively justified or it is disproportionate (Marks & Spencer, Lidl Belgium). Excepcionalmente, result compatible with Community Law some justified and proportionate restrictions (Glaxo Wellcome).*

3. *Finally, at Community level, Jurisprudence of ECJ suggests an uncertainty context to the national legislator. Taxation of losses suffered by the subsidiaries abroad, and of costs relating to the holding, is of great practical importance for companies and of great revenue importance for the States.*

*It is time that secondary Community legislation resolve the open issues it poses the current situation. It surely cannot be right that the Court of Justice, “case by case”, has to take charge with building the legal framework relevant to Cross-border losses.*

## Palabras Clave

Fiscalidad Unión Europea, Régimen consolidación fiscal, Libertad de establecimiento, Pérdidas transnacionales de grupos societarios.

## Keywords

*Taxation European Union, Consolidated tax group, Freedom of establishment, Cross-border losses of groups of companies.*

## Sumario

1. Introducción
2. Doctrina comunitaria en materia de pérdidas transnacionales
  - 2.1. Sentencias del TJUE más relevantes
    - 2.1.1. Sentencias sobre Pérdidas de Filiales No Residentes
      - a) La Sentencia MARKS & SPENCER, de 13 de diciembre de 2005. C-446/03
      - b) La Sentencia Oy AA, de 18 julio 2007. C-231/05
      - c) La Sentencia X HOLDING BV, de 25 de febrero 2010, C-337/08
    - 2.1.2. Sentencias sobre Pérdidas por Depreciación de las participaciones en el extranjero
      - a) Sentencia REWE, de 29 marzo 2007. C-347/04
      - b) Sentencia FINANZAMT SPEYER v STEKO, de 22 de enero de 2009. C-377/07
  - 2.2. Razonamiento Jurídico sobre la in (compatibilidad) de las diferencias de trato
    - 2.2.1. La exclusión de la deducibilidad en las transferencias de pérdidas y beneficios entre sociedades de grupos transnacionales (Marks & Spencer, OyAA y X Holding)
    - 2.2.2. La exclusión de la deducción por depreciación de participaciones extranjeras (Rewe y Steko)
  - 2.3. Dogmática en materia de pérdidas transnacionales a la luz de la Jurisprudencia del TJUE. Avances y cuestiones abiertas.
    - 2.3.1. Avances y deficiencias en el razonamiento jurídico del TJUE
    - 2.3.2. Premisa básica: ¿cambio de criterio jurisprudencial con X Holding o “per element approach”?
    - 2.3.3. Evolución de la doctrina comunitaria hacia el respeto por el reparto de poder tributario de los Estados y la necesidad de evitar la evasión fiscal
3. Aspectos sustantivos y el poder tributario de los estados miembros
  - 3.1. Aspectos sustantivos en la traslación de pérdidas y beneficios de una entidad a otra del grupo
    - 3.1.1. Pérdidas de filiales no residentes
    - 3.1.2. Pérdidas “finales” de filiales no residentes
    - 3.1.3. Transferencias de beneficios a entidades del grupo no residentes. ¿y con pérdidas finales?
  - 3.2. Aspectos sustantivos relacionados con las participaciones en sociedades extranjeras. Especial referencia a la depreciación de cartera.
4. Conclusiones
5. Anexo. Tabla resumen

## 1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de pérdidas transnacionales de grupos de sociedades. La finalidad de este análisis es concretar los límites del Derecho Comunitario al poder tributario de los Estados miembros en esta materia y, en este sentido, advertir las cuestiones controvertidas que plantea la aplicación de la doctrina jurisprudencial actual e intentar ofrecer pautas resolutivas al respecto.

La elección del tema, sobre la doctrina en materia de pérdidas transnacionales de grupos de sociedades, responde a tres razones esenciales:

En primer lugar, por la gran trascendencia práctica que supone la aplicación de la doctrina comunitaria para los contribuyentes, a la hora de invocar restricciones de la normativa interna, para los órganos jurisdiccionales, que están obligados a resolver de acuerdo a lo establecido por el TJUE, y para el legislador nacional, que ha de conocer los límites concretos que impone Derecho Comunitario a la hora de negar o conceder una ventaja fiscal relacionada con pérdidas transnacionales.

En segundo lugar, por el gran impacto recaudatorio que se pone de manifiesto cada vez que, en esta materia, el TJUE se pronuncia sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la norma interna con las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Impacto que afecta tanto al contribuyente como a las arcas públicas de los EM, que en muchas ocasiones deriva en modificaciones normativas internas, no sólo para adecuar la norma al Derecho Comunitario sino también para paliar la erosión recaudatoria que supone un pronunciamiento del TJUE contrario al derecho nacional.

En tercer lugar, porque en el área de la imposición directa, ante la ausencia de una armonización positiva de la mano del Derecho Comunitario derivado, es el TJUE el que en la práctica está actuando como el único armonizador de la materia, aunque sea en un sentido negativo. En contestación a las numerosas cuestiones prejudiciales presentadas por los órganos jurisdiccionales internos, el TJUE interpreta el Derecho Comunitario Originario, y en particular la libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales que son de aplicación en esta materia. Es así como, a golpe de sentencia, el TJUE viene construyendo la dogmática sobre la tributación de las pérdidas transnacionales en el ámbito comunitario. En este sentido, además, el análisis de la doctrina de la Jurisprudencia del TJUE, en materia de pérdidas, resulta aún más relevante por la necesidad actual de dar respuesta a las grandes cuestiones que aún resultan controvertidas en la doctrina del TJUE y precisan de pautas resolutivas para poder avanzar en la consolidación de una doctrina comunitaria en materia de pérdidas, clara y resuelta.

En coherencia con la finalidad que persigue esta investigación, ya mencionada supra, el trabajo se estructura en dos apartados claramente diferenciados, aunque interrelacionados necesariamente. El primer apartado tiene por objeto concretar los pilares básicos de la doctrina del TJUE en materia de pérdidas. En este ámbito, en primer lugar he escogido los pronunciamientos que considero más relevantes en materia de pérdidas y los he clasificado desde una perspectiva sustantiva en dos bloques (pérdidas sufridas por las filiales en el extranjero y pérdidas sufridas por las sociedades en relación con las participaciones en el extranjero), de acuerdo a la diferente posición que en estos ámbitos manifiesta el TJUE. En segundo lugar, a partir de esta clasificación realizo una síntesis del proceso lógico-jurídico que desarrolla el TJUE a la hora de pronunciarse sobre la (in) compatibilidad de estos aspectos sustantivos regulados por la norma interna. Por último, y en tercer lugar, concreto los pilares básicos de la doctrina comunitaria

en materia de pérdidas transnacionales y señalo los avances, así como los problemas y cuestiones abiertas que actualmente suscitan más controversia.

El segundo apartado, como consecuencia de las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior, pone de manifiesto la repercusión del Derecho Comunitario actual en los límites al poder tributario de los EM desde una óptica sustantiva. Así, partiendo de los dos bloques de cuestiones sustantivas en materia de pérdidas, este apartado concluye con la concreción de las situaciones en las que un EM, como Estado Origen de la inversión, está obligado a conceder a las sociedades residentes en su territorio la posibilidad de imputar en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades las pérdidas relacionadas con filiales en el extranjero. En particular: en qué situaciones no existe restricción a la libertad de establecimiento recogida en el TFUE<sup>2</sup>; En qué situaciones existe restricción con las libertades fundacionales del Tratado. Y dentro de este ámbito, en qué situaciones dicha restricción resulta compatible con el Derecho Comunitario y en qué situaciones la restricción no resulta compatible, al no estar justificada por razones de interés general, o por ser desproporcionada de acuerdo al objetivo legítimo que persigue. Todo ello, abordando las cuestiones abiertas que el TJUE sigue sin aclarar. De esta forma, pretendo poner de manifiesto el estado actual de la cuestión y ofrecer algunas pautas resolutorias que puedan dar luz a la futura tendencia del TJUE en materia de pérdidas

## 2. Doctrina comunitaria en materia de pérdidas transnacionales

### 2.1. Sentencias del TJUE más relevantes

El TJUE reconoce que respecto de la imposición directa, los EM son competentes para regular esta materia aunque respetando los postulados del Derecho Comunitario Originario<sup>3</sup>, en el que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. En este sentido, esto ha provocado numerosas cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales internos en relación con la compatibilidad de la existencia de diferencias de trato en materia de pérdidas transnacionales. El Tribunal, en sus contestaciones a dichas cuestiones, ha adoptado, con carácter general, dos soluciones bien distintas en función de los aspectos sustantivos

- 2 La libertad de establecimiento, está recogida actualmente en el Capítulo II del Título III del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: versión consolidada en DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 47 y siguientes), vigente desde 1 de diciembre de 2009, momento en que entra en vigor el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE C 306, de 17 diciembre 2007). En concreto el artículo 49 TFUE establece: *"En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales"*. Este es el contexto normativo al que se refiere el artículo cada vez que menciona la libertad de establecimiento.
- 3 Todo ello sin perjuicio de que sea de aplicación alguna norma concreta de Derecho Comunitario Derivado. En todo caso, en imposición directa actualmente tan sólo existen seis Directivas y, con carácter general no afectan a las pérdidas transnacionales. La que más incidencia tiene es la Directiva matrices y filiales (Directiva 2011/96/UE DEL CONSEJO de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, DOUE de 29 de diciembre de 2011, L 345/8) en tanto que deja a los EM la opción de regular la deducibilidad de los gastos conexos a la participación, cuando corrige la Doble Imposición Económica en sede del perceptor. En todo caso, toda disposición de la Directiva siempre ha de ser aplicada a la luz del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

concretos que tratan la tributación de pérdidas. Así, vamos a ver las sentencias más relevantes que dan respuesta a las diferencias de trato relacionadas, por un lado, con el carácter deducible de las pérdidas sufridas por filiales en el extranjero y, por otro, con el carácter deducible de los gastos soportados por una sociedad en relación con sus participaciones en sociedades extranjeras.

En este apartado, tan sólo se trata de poner de manifiesto, en cada una de las Sentencias escogidas, la problemática que planteaban el asunto concreto y la solución del TJUE en aplicación del TFUE. En el apartado siguiente, se abordará el razonamiento jurídico que ha caracterizado cada grupo de Sentencias, para llegar a la conclusión sobre su compatibilidad con el Derecho Comunitario.

### **2.1.1. Sentencias sobre Pérdidas de Filiales No Residentes**

En las legislaciones internas, por regla general, los Estados Miembros establecen diferencias de trato en la aplicación de los regímenes de grupo, en función de la localización de las filiales. En particular, la imputación en las matrices residentes de pérdidas sufridas por sus filiales suele estar condicionada a la condición de residente de ésta última. Tres pronunciamientos del Tribunal de Justicia destacan por su relevancia en la consolidación dogmática de la compatibilidad de estas diferencias de trato con la libertad de establecimiento.

#### **a) La Sentencia Marks & Spencer, de 13 de diciembre de 2005. C-446/03**

En el Reino Unido, en el momento del litigio, junto al régimen de tributación establecido en los Convenios para evitar la Doble Imposición para las actividades transfronterizas realizadas por sociedades del Reino Unido, existe un Régimen especial para las pérdidas en el marco de los grupos de sociedades (consolidación fiscal), en virtud del cual únicamente las sociedades residentes de un grupo pueden compensar entre ellas los beneficios y las pérdidas.

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. En 1975 comenzó su implantación en otros Estados y a finales de los años noventa disponía de puntos de venta en más de 36 países dentro de una red de filiales y de un sistema de franquicias. A mediados de los años noventa comenzó a producirse una tendencia al aumento de las pérdidas y como consecuencia, en marzo de 2001, Marks & Spencer anunció el final de sus actividades en el continente europeo. Así, 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. La administración tributaria le denegó a la sociedad Marks & Spencer en Reino Unido la posibilidad de imputar en su base imponible las pérdidas de sus filiales en Bélgica, Alemania y Francia (en concreto las pérdidas de los ejercicios 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).

La cuestión de compatibilidad que se plantea al TJUE es básicamente si es compatible con la libertad de establecimiento una normativa, como la del Reino Unido, 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 sufridas por una filial residente. En este contexto, el órgano remitente plantea también si esta cuestión se ve afectada por los casos en que es imposible la deducción de pérdidas en el Estado de establecimiento de la Filial, en el que se han producido. En particular, si en los casos que no se han podido imputar en el Estado de la Filial, después de haber dejado de operar dichas filiales o después

de haber sido vendidas a un tercero, también resulta compatible la exclusión de la posibilidad de deducir las pérdidas de la base imponible de la matriz en régimen de consolidación.

En respuesta a la cuestión prejudicial el Tribunal falla estableciendo una regla general y una excepción: Las disposiciones sobre la libertad de establecimiento, 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. Así, llega a la conclusión de que las diferencias de trato respecto de pérdidas de filiales en el extranjero constituyen restricciones a la libertad de establecimiento pero están justificadas conjuntamente por tres razones de interés general: la necesidad de preservar el equilibrio en el reparto del poder tributario de los EM, la necesidad de evitar la evasión fiscal y el riesgo de duplicidad de pérdidas.

Las diferencias de trato respecto de pérdidas de filiales en el extranjero constituyen restricciones a la libertad de establecimiento pero están justificadas conjuntamente por tres razones de interés general: la necesidad de preservar el equilibrio en el reparto del poder tributario de los EM, la necesidad de evitar la evasión fiscal y el riesgo de duplicidad de pérdidas

No obstante, es contrario a las disposiciones de la libertad de establecimiento 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. En estos casos, la restricción, aunque justificada por las mismas razones de interés general antes mencionadas, resulta desproporcionada de acuerdo a los objetivos de interés general que persigue. De manera que, cuando la matriz acredite el “test de imposibilidad” la situación doméstica ha de extenderse a la situación comunitaria.

#### **b) La Sentencia Oy AA, de 18 julio 2007. C-231/05**

En Finlandia, de acuerdo con el Régimen de Transferencias Financieras de Grupo, la transferencia financiera entre sociedades de un grupo se asimila a un gasto a efectos de la tributación de su ordenante y a un ingreso a efectos de la tributación de su beneficiario, en el ejercicio fiscal en el que se realice la citada transferencia. Sin embargo, para que sea considerada “transferencia financiera” a estos efectos, ambas, ordenante y beneficiaria, deben ser residentes en Finlandia. El objetivo del régimen de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo vigente en Finlandia era suprimir las desventajas fiscales inherentes a la estructura de un grupo de sociedades, permitiendo una compensación dentro de un grupo, que comprenda sociedades que obtengan beneficios y sociedades que sufran pérdidas. Por lo tanto, la transferencia financiera entre sociedades de un grupo está concebida con el fin de fomentar los intereses de un grupo de sociedades

La entidad OyAA residente en Finlandia es una filial de la sociedad AA Ltd con domicilio fiscal en el Reino Unido. Ésta última, es titular indirectamente, a través de otras dos sociedades, del 100 % de las acciones de Oy AA. En

Se produce una restricción a la libertad de establecimiento pero resulta justificada por la necesidad de preservar el reparto de potestad tributaria entre los EM y resulta proporcionada

2003, ante la situación deficitaria de la actividad económica de la matriz AA Ltd en Reino Unido, su filial OyAA en Finlandia propuso efectuar una transferencia financiera a favor de AA Ltd con el fin de sanear su situación económica. De acuerdo a la normativa nacional, concurrían todos los requisitos para reconocer que la transferencia financiera entre sociedades de un grupo, realizada por Oy AA a favor de AA Ltd, tenía carácter deducible, salvo

la exigencia relativa a la residencia impuesta a la sociedad beneficiaria. En consecuencia, se deniega el carácter deducible de la transferencia financiera realizada a la matriz en Reino Unido, por no ser residente en Finlandia.

El órgano jurisdiccional interno, plantea en este caso la cuestión de compatibilidad de este régimen de transferencias financieras con el Derecho Comunitario. Esto es, si resulta compatible con el Derecho Comunitario una normativa en virtud de la cual una filial residente en ese Estado miembro sólo puede deducir de su renta imponible una transferencia financiera entre sociedades del grupo, realizada por ella, a favor de su sociedad matriz si ésta tiene su domicilio en el mismo Estado miembro.

El TJUE falla declarando la compatibilidad de la diferencia de trato interna: La libertad de establecimiento no se opone a una norma interna que supedita la deducibilidad de las transferencias financieras al requisito de que ordenante y beneficiario de la misma sean sociedades residentes. La negativa a la deducibilidad de las transferencias de las filiales a favor de sociedades no residentes constituye una restricción a la libertad de establecimiento justificada por la necesidad de garantizar el reparto de potestad tributaria entre los EM y de prevenir la evasión fiscal y, además, resulta proporcionada a estas razones de interés general.

### **c) La Sentencia X HOLDING BV, de 25 de febrero 2010, C-337/08**

La norma holandesa reguladora del régimen de consolidación fiscal (unidad fiscal) es de aplicación exclusiva para entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades en los Países Bajos, quedando excluidas de su ámbito de aplicación las filiales no residentes.

La matriz holandesa X Holding, ve rechaza su solicitud de incluir en el régimen de consolidación fiscal a su filial en Bélgica, participada al 100%, con la que pretendía compensar pérdidas, al no entrar en el ámbito de aplicación del régimen de grupo de acuerdo a la legislación interna de los Países Bajos.

La cuestión controvertida es si resulta compatible con la libertad de establecimiento la negativa a extender el régimen de grupo interno (consolidación fiscal) a las filiales no residentes en los Países Bajos al no estar sujetas en los Países Bajos.

El TJUE falla estableciendo que las disposiciones de la libertad de establecimiento no se oponen a la normativa de un Estado miembro que permite a una sociedad matriz constituir una unidad fiscal con su filial residente, pero no permite la constitución de dicha unidad fiscal con una filial no residente, si los beneficios de esta última no están sometidos a la legislación fiscal de dicho Estado miembro. En este sentido, se produce una restricción a la libertad de establecimiento pero resulta justificada por la necesidad de preservar el reparto de potestad tributaria entre los EM y resulta proporcionada.

## 2.1.2. Sentencias por pérdidas por depreciación de las participaciones en filiales no residentes

### a) Sentencia REWE, de 29 marzo 2007. C-347/04

En la legislación interna alemana, vigente en 1993 y 1994, las amortizaciones del valor parcial inferior de las participaciones constituían gastos de la explotación deducibles para la determinación de la base imponible. Sin embargo, 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, eran objeto de un trato diferente según correspondiesen a una sociedad de capital establecida en Alemania o fuera de dicho Estado. En particular, cuando se tenía una participación en una sociedad de capital alemana los rendimientos negativos, incluidas las pérdidas por depreciación del valor, imputables a un período impositivo podían compensarse con todos los rendimientos positivos obtenidos por el contribuyente. Ahora bien, los “rendimientos negativos que tengan conexión con el extranjero”, entre los que se encuentran los procedentes de la imputación del valor parcial inferior de una participación extranjera, únicamente eran considerados en determinados casos.

La entidad REWE residente en Alemania, sucesora universal de ITS en 1995 por una operación de fusión, tiene por objeto social actividades ligadas al turismo. Posee la totalidad de las participaciones de la Filial KTH en los Países Bajos y ésta a su vez es propietaria de la totalidad de Tourist Investment Holding V, una sociedad de Cartera, también residente en los Países Bajos. Esta sociedad Holding, adquiere el 100% de participaciones de German Tourist Facilities Ltd, en Reino Unido y el 36% de sociedad Travelplan, SA en ESPAÑA.

El Finanzamt niega a Rewe la posibilidad de computar fiscalmente como gastos de explotación la amortización parcial del valor de su participación en su filial KTH en los Países Bajos y los ajustes de valor sobre créditos relativos a las dos filiales (en España y Reino Unido) de su subfilial (en Países Bajos). Gastos que ITS había computado en 1993 y 1994 por un importe de 46 millones de marcos. Frente a la negativa del de considerar el cómputo de los gastos de la participación en KTH en aplicación del art. 2 del EStG (que los consideraba “rendimientos negativos” y los excluía de la calificación de gastos de explotación), REWE interpuso recurso por considerar que constituía una discriminación contraria al Derecho Comunitario.

En esencia, la cuestión prejudicial, planteada por el Finanzgericht Köln al TJUE, es si resulta compatible con las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales una norma de un Estado miembro que limita, para una sociedad matriz residente en dicho Estado, la posibilidad de compensar fiscalmente las pérdidas sufridas por la referida sociedad por las amortizaciones realizadas del valor de sus participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros”.

El TJUE, en contestación a la cuestión prejudicial falla declarando incompatible la diferencia de trato de la norma interna: En circunstancias como las del asunto principal, en las que una sociedad matriz que 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, las disposiciones de la libertad de establecimiento recogidas en el Tratado se oponen a una norma de un Estado miembro que restringe, para una 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.

En suma, no resulta compatible con la libertad de establecimiento la diferencia de trato en virtud de la cual se niega en determinados casos la imputación de pérdidas en la matriz por depreciación de la participación en la filial no residente (amortización parcial del valor), mientras que concede tal posibilidad cuando se trata de participaciones de filiales en el mismo Estado. En efecto, dicha diferencia de trato constituye una restricción no justificada por ninguna razón de interés general relacionada con la vinculación entre las pérdidas de origen extranjero y la inclusión de rendimientos positivos procedentes del mismo Estado.

**b) Sentencia FINANZAMT SPEYER v STEKO, de 22 de enero de 2009.  
C-377/07**

Hasta la reforma introducida en el año 2000 en el Impuesto sobre Sociedades, la legislación alemana se caracterizaba por una fiscalidad basada en el sistema de imputación y una diferencia de trato en la tributación de las participaciones nacionales y determinadas participaciones extranjeras. En concreto:

- En el ámbito de participaciones nacionales, con independencia del porcentaje de participación, y de participaciones extranjeras, inferiores al 10%: Por un lado, las plusvalías obtenidas por la enajenación de estas participaciones están sujetas y no exentas al Impuesto sobre Sociedades. Por otro lado, las pérdidas sufridas por la enajenación de dichas participaciones, así como las pérdidas derivadas de amortizaciones parciales sobre el valor de dichas participaciones podían ser deducibles.
- En el ámbito de las participaciones extranjeras superiores al 10%: Las plusvalías obtenidas por la enajenación de las participaciones están exentas del Impuesto sobre Sociedades. Las pérdidas sufridas por la enajenación no son deducibles mientras que las pérdidas por depreciación de la participación sí eran deducibles.

Con la reforma en el año 2000, el sistema de imputación se modifica por un sistema de exención y de equiparación de trato a todas las participaciones. En virtud de la modificación operada en el Impuesto, las plusvalías por venta de participaciones nacionales y extranjeras están exentas del Impuesto sobre Sociedades y, con carácter general, no son deducibles en ningún caso, las depreciaciones de participaciones, tanto nacionales como extranjeras.

El problema se plantea con la entrada en vigor de esta reforma. La disposición transitoria se aplica de tal forma que, con carácter general, para las participaciones extranjeras comienza a aplicarse la prohibición de la deducción, regulada en la reforma de 2000, en el período 2001. Sin embargo, para las participaciones en entidades residentes entra en vigor en 2002.

En consecuencia, aunque a partir de 2002 se produce una equiparación de trato, consistente en la prohibición de la deducción por amortización parcial del valor de las participaciones en entidades tanto residentes como no residentes, en el año 2001 se produce una diferencia de trato restrictiva de la libre circulación de capitales, al prohibir la deducción por depreciación de cartera para las participaciones extranjeras (a las que se aplica la reforma de 2000) mientras que se admite para las participaciones domésticas (a las que es de aplicación la normativa anterior a la reforma de 2000):

- Cuando se trata de participaciones nacionales: las plusvalías obtenidas por la enajenación de estas participaciones están sujetas y no exentas al Impuesto sobre Sociedades. Por otro lado, las pérdidas sufridas por la enajenación de dichas participaciones, así como las pérdidas derivadas de amortizaciones parciales sobre el valor de dichas participaciones podían ser deducibles.

- En el ámbito de las participaciones extranjeras: Las plusvalías obtenidas por la enajenación de las participaciones están exentas del Impuesto sobre Sociedades. Las pérdidas no son deducibles, en ningún caso.

En este contexto normativo, la sociedad de responsabilidad limitada STEKO era titular en 2001 de acciones en sociedades extranjeras como parte de su capital fijo. Dichas participaciones en entidades no residentes eran inferiores al 10%. A 31 de diciembre, como consecuencia de la caída en la cotización, STEKO contabilizó sus acciones por un valor parcial inferior (139.775,35 DEM) al valor contable anterior (220.021,09 DEM), reduciendo su beneficio en 80.245,74 DEM. El Finanzamt aceptó la reducción a efectos contables, al representar una reducción permanente de su valor, pero rechazó que la reducción por depreciación de cartera fuese deducible a efectos fiscales, en aplicación de la nueva versión del Impuesto sobre Sociedades.

En unas circunstancias como las que concurren en el asunto principal, en las que una sociedad nacional de capital es titular de una participación inferior al 10 % en otra sociedad de capital, la libre circulación de capitales se opone a que una prohibición de deducir las reducciones de beneficios vinculadas a dicha participación entre en vigor para la participación en una sociedad extranjera antes que para la participación en una sociedad nacional

La cuestión prejudicial que llega al TJUE, después de fuertes controversias en los tribunales internos, plantea si el Derecho Comunitario se opone a que durante un breve período de transición legislativa, se produzca una diferencia de trato en virtud de la cual se prohíbe la deducción por depreciación de cartera para las participaciones extranjeras mientras que se permite para las participaciones nacionales.

En la solución al caso, el fallo del TJUE reza así: en unas circunstancias como las que concurren en el asunto principal, en las que una sociedad nacional de capital es titular de una participación inferior al 10 % en otra sociedad de capital, la libre circulación de capitales se opone a que una prohibición de deducir las reducciones de beneficios vinculadas a dicha participación entre en vigor para la participación en una sociedad extranjera antes que para la participación en una sociedad nacional.

La restricción existente durante un período transitorio de la normativa no resulta justificada por el margen de maniobra de que disponen los EM en la adaptación de la norma interna a la comunitaria; tampoco por la coherencia fiscal entre la negativa a la deducción con la eventual exención de una plusvalía futura en caso de enajenación de la participación. Por último, tampoco por la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales en el caso de capitales procedentes o destinados a países terceros, cuando la depreciación resulta de la bajada de la cotización en bolsa.

## 2.2. Razonamiento Jurídico sobre la in (compatibilidad) de las diferencias de trato

A la vista de los casos comentados, vemos como el TJUE en todas ellas concluye con la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento (a veces a la libre circulación de capitales). La diferencia esencial radica en las razones de interés general que pueden constituir justificaciones legítimas de las restricciones en las normativas

internas, así como en el test de proporcionalidad que tiene por objetivo que la justificación de una restricción no vaya más allá del objetivo que persigue.

En este apartado, se ponen de manifiesto las pautas del razonamiento jurídico que le lleva al TJUE a concluir sobre la compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho Comunitario. En este sentido, la conclusión, con carácter general, es diferente en función de si se trata de un aspecto sustantivo relacionado con la tributación de la filial en el extranjero o si, por el contrario, se trata de aspectos sustantivos relacionados con la sociedad titular de participaciones en el extranjero. Veamos pues el proceso lógico en función de esta diferencia sustantiva en el tipo de pérdida objeto de controversia.

### 2.2.1. La exclusión de la deducibilidad en las transferencias de pérdidas y beneficios entre sociedades de grupos transnacionales (Marks & Spencer, OyAA y X Holding)

En materia de pérdidas de filiales no residentes, el TJUE ha establecido el siguiente proceso lógico-jurídico para concluir, con carácter general, que las diferencias de trato en este ámbito son compatibles con la libertad de establecimiento, salvo excepciones cuando se cumpla el test de imposibilidad de deducción en el Estado de la Filial:

- En primer lugar, la posibilidad de tributar en régimen de consolidación fiscal constituye una **ventaja fiscal** (X Holding). En particular, cuando uno de los aspectos sustantivos del régimen de consolidación fiscal es la compensación de pérdidas sufridas por las filiales, en la base imponible de la matriz, se acelera la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de la otra sociedad del grupo, lo que confiere una ventaja de tesorería (Marks & Spencer). En el mismo sentido, el carácter deducible de una transferencia de beneficios realizada a favor de otra entidad del grupo tiene la ventaja de permitir la compensación dentro de un grupo, que conste de sociedades que obtengan beneficios y de sociedades que sufran pérdidas (OyAA).

La exclusión de dichas ventajas fiscales cuando entra en juego una entidad no residente constituye una **restricción de la libertad de establecimiento**, dado que hace menos atractivo para las entidades de un grupo el establecimiento de sociedades en distintos Estados Miembros, ya que podrían renunciar a la adquisición, creación o mantenimiento de otra sociedad en un Estado Miembro distinto.

En este sentido, deja claro el TJUE que no resulta un argumento válido para rechazar la restricción el hecho de que en la práctica, en aplicación de la normativa del otro EM, se produzca una ausencia efectiva de la desventaja fiscal: "...para considerar que una normativa restringe la libertad de establecimiento, **basta con que pueda restringir** el ejercicio de dicha libertad en un Estado miembro por parte de sociedades establecidas en otro Estado miembro, sin que sea necesario demostrar que la normativa de que se trata haya conducido efectivamente a algunas de dichas sociedades a renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el primer Estado miembro..." (OyAA)<sup>4</sup>.

Además, no puede desvirtuar esta conclusión (existencia de restricción) la alegación de que la sociedad matriz habría podido alcanzar el objetivo perseguido creando una sucursal en lugar de una filial en el otro EM. De acuerdo a la jurisprudencia del TJUE, debe recordarse que el artículo 43 CE, párrafo primero, segunda frase

<sup>4</sup> Vid. apartado 42 de la Sentencia de 18 de julio de 2007, OyAA, C-231/05, Rec. p.I-6373 (en adelante OyAA), y apartado 62 de la sentencia Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, de 13 de marzo de 2007, C-524/04 (en adelante Thin Cap), a la que se remite el TJUE.

(actualmente artículo 49 TFUE), deja expresamente a los **operadores económicos la posibilidad de elegir libremente la forma jurídica apropiada** para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro<sup>5</sup>. Esta libre elección no debe ser limitada por disposiciones fiscales discriminatorias<sup>6</sup>.

Para que semejante diferencia de trato sea **compatible** con las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, es preciso que afecte a **situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada** por una razón imperiosa de interés general<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>.

- A este respecto, la **comparabilidad** entre una situación comunitaria y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida<sup>9</sup>.

Cuando la diferencia de trato se establece entre residentes y no residentes, hay que tener en cuenta que en Derecho Tributario la residencia de los contribuyentes puede constituir un factor que justifique normas nacionales que supongan una diferencia de trato entre contribuyentes residentes y no residentes. No obstante, la residencia no constituye en todos los casos un factor que justifica tal distinción y ello porque una distinción por el Estado de establecimiento basada en el hecho de que una sociedad tiene su domicilio en otro EM dejaría sin contenido las disposiciones sobre la libertad de establecimiento. En consecuencia, procede examinar en cada caso, si la aplicación de una ventaja fiscal que se reserva a los contribuyentes residentes responde a “motivos objetivos pertinentes” que puedan justificar la diferencia de trato<sup>10</sup>.

En particular, en materia de transferencias de pérdidas y beneficios entre entidades de grupo situadas en diferentes EM, la situación de una **sociedad matriz residente** que desea constituir una unidad fiscal **con una filial residente y la situación de una sociedad matriz residente** que desea constituir una unidad fiscal **con una filial no residente** son **objetivamente comparables a efectos de la finalidad de un régimen fiscal de consolidación**<sup>11</sup>:

- › “...en la medida en que ambas sociedades matrices pretenden beneficiarse de las ventajas de dicho régimen, el cual permite, en particular, consolidar en sede de la sociedad matriz los beneficios y las

5 CALDERON CARRERO en este sentido apunta que podríamos estar ante un cambio de doctrina sobre la “neutralidad de formas jurídicas” (“Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades, la *importación* de pérdidas extranjeras y el derecho de la Unión Europea”, *Crónica Tributaria*, núm. 138/2011, pág. 30)

6 Vid. apartado 40 de la Sentencia OyAA y la Sentencia de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA, C-253/03, Rec. p. I-1831, apartado 14, a la que se remite el TJUE

7 Vid. Sentencia de 25 de febrero de 2010, X Holding, C-337/08 (en adelante X Holding) apartado 20 y la Sentencia de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, Rec. p. I-11753, apartado 167

8 Vid. Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03 (en adelante Marks & Spencer), apartado 35; Sentencias de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer, C-250/95, Rec. p. I-2471, apartado 26 y Sentencia de 11 de marzo de 2004, De Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 49

9 Vid. Sentencia X Holding, apartado 22 y sentencia Oy AA, apartado 38

10 Marks & Spencer, párrafos 36 a 40

11 Vid. Sentencia X Holding, párrafo 24

pérdidas de las sociedades integradas en la unidad fiscal y efectuar transacciones dentro del grupo con carácter fiscalmente neutro<sup>12</sup>.

- De acuerdo al objetivo de la norma (gasto deducible en la ordenante e ingreso en la beneficiaria) las filiales de matrices no residentes están en una situación comparable con las filiales de matrices residentes. Aunque es cierto que para garantizar el objetivo de la norma es necesario que la beneficiaria no residente integre la transferencia como ingreso y, de acuerdo a la competencia normativa de los Estados, el Estado origen no puede obligar al estado de la beneficiaria, lo cierto es que el Estado de la ordenante puede someter el carácter deducible a requisitos relacionados con el trato reservado a dicha transferencia y así garantizar el objetivo de la norma si en el beneficiario se considera un ingreso imponible. En consecuencia, en esta materia, el mero hecho de que la matriz o la filial no estén sujetas al IS del Estado que concede la ventaja fiscal, por tener su domicilio en otro EM, no es condición suficiente para considerar que son dos situaciones distintas para lograr el objetivo de la norma<sup>13</sup>.
- Ante una diferencia de trato a situaciones objetivamente comparables, es necesario apreciar si la misma está **justificada por razones de interés general**. En orden a realizar el test de justificación, hay que examinar las consecuencias de la extensión incondicional de la ventaja fiscal, que provoca la restricción a la libertad de establecimiento<sup>14</sup>. El TJUE no parece establecer el mismo alcance de la justificación del reparto de poder tributario entre EM, en Marks & Spencer y X Holding por lo que es necesario que se ponga de relieve cómo ha delimitado esta justificación en cada caso:
  - (Marks & Spencer)<sup>15</sup>: La exclusión de la deducibilidad de las pérdidas sufridas por la filial no residente en sede de la matriz residente, persigue objetivos legítimos compatibles con la libertad de establecimiento, está amparada por razones imperiosas de interés general y, además, es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos.

En primer lugar, por la necesidad de preservar el **reparto de potestad tributaria entre los EM**.

De acuerdo a esta finalidad, por un lado, la reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental<sup>16</sup>. En este sentido, aunque es cierto que, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria<sup>17</sup>,

12 Vid. Sentencia X Holding, párrafo 24

13 Vid. Sentencia OyAA, apartados 33 a 38

14 Vid. Sentencia Marks & Spencer, apartado 41

15 Vid. Sentencia Marks & Spencer, apartados 44 a 46; Sentencia OyAA, apartados 47, 48, 51 a 56

16 Vid. Sentencia Marks & Spencer, apartado 44 y la sentencia de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 49, así como la jurisprudencia allí citada

17 Vid. Sentencia OyAA apartado 52 y las sentencias a las que se remite el TJUE: sentencias de 12 de mayo de 1998, Gilly, C-336/96, Rec. p. I-2793, apartados 24 y 30; de 7 de septiembre de 2006, N, C-470/04, Rec. p. I-7409, apartado 44; de 14 de noviembre de 2006, Kerkhaert y Morres, C-513/04, Rec. p. I-10967, apartados 22 y 23, así como Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 49.

también lo es que, la justificación del reparto de poder tributario no puede ser invocada para denegar sistemáticamente todo beneficio fiscal a una sociedad filial residente, porque no se puedan gravar en el primer Estado miembro los ingresos de su sociedad matriz, que tiene su sede en otro Estado miembro<sup>18</sup>.

Por otro lado, sin embargo, debe admitirse dicho elemento de

justificación cuando el objeto del régimen controvertido sea **evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio**<sup>19</sup>. Por tanto, esta salvaguarda puede 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. Esto ocurre en el caso de la deducibilidad de pérdidas de filiales no residentes y de transferencias de beneficios a sociedades no residentes. En efecto, dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros: En el caso de pérdidas (Marks & Spencer), aumentaría la Base Imponible en el Estado de Establecimiento y disminuiría en la Base Imponible en el Estado origen de la inversión.

El mero hecho de que la matriz o la filial no estén sujetas al IS del Estado que concede la ventaja fiscal, por tener su domicilio en otro EM, no es condición suficiente para considerar que son dos situaciones distintas para lograr el objetivo de la norma

Es necesario precisar el **alcance** que debe reconocerse a la **exigencia legítima de un reparto equilibrado de la potestad tributaria** entre los Estados miembros: esta justificación es considerada en relación con otros dos elementos de justificación, basados en los riesgos de duplicidad de pérdidas y de evasión fiscal<sup>20</sup>:

En segundo lugar, por la necesidad de los EM de **combatir el riesgo de doble imputación de pérdidas**. Esta situación podría producirse si la consolidación fiscal en el Estado de origen se amplía a las pérdidas de las filiales no residentes. De forma que, la forma de evitar este riesgo es la exclusión de compensación de dichas pérdidas en el Estado de la matriz. En el caso de transferencias de beneficios a una entidad no residente esta justificación no resulta relevante para excluir el carácter deducible del beneficio transferido, ya que esta cuestión no afecta al carácter deducible de pérdidas sino de beneficios.

En tercer, por la necesidad de evitar el **riesgo de evasión fiscal**. La posibilidad de transferir las pérdidas de filiales no residentes a otra entidad residente en otro EM conlleva el riesgo de organizaciones del grupo dirigidas a llevar la imputación de pérdidas a sociedades establecidas en EM con tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor. Ante la

18 Sentencia OyAA, apartado 53 y sentencia de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04 (en adelante Rewe) apartado 43

19 Sentencia OyAA, apartado 53 y sentencia Rewe, apartado 42

20 Vid. Marks & Spencer, apartado 51; a la que se remite la Sentencia OyAA en el apartado 51 y la Sentencia Rewe, apartado 41.

existencia de diferencias notables de tipos impositivos entre los EM, la restricción establecida en la norma interna evita tales prácticas por los grupos de sociedades.

Estas afirmaciones no se ven afectadas por el régimen específico de tributación existente en el otro EM.

- › (X Holding)<sup>21</sup>: La exclusión del ámbito de aplicación del régimen de consolidación fiscal está justificada por la necesidad de mantener el **reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros**. “Como la sociedad matriz puede optar libremente por la constitución de una unidad fiscal con su filial y decidir con la misma libertad la disolución de dicha unidad de un ejercicio a otro, permitirle incluir en la unidad fiscal a una filial no residente **supondría dejarle libertad para elegir el régimen fiscal aplicable a las pérdidas de dicha filial y el lugar de imputación de esas pérdidas**”. “Dado que el perímetro de una unidad fiscal puede modificarse, la posibilidad de incluir en dicha unidad a una filial no residente **implicaría permitir que la sociedad matriz elija libremente el Estado miembro en el que puede imputar las pérdidas de esa filial**”
- Por último, a la vista de que la exclusión general de la aplicación de la ventaja fiscal es adecuada para garantizar estos objetivos legítimos, procede llevar a cabo el **test de proporcionalidad**. Esto es, si la medida no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Para ello es necesario contemplar la posibilidad de que con otras medidas menos restrictivas, que la exclusión general de la aplicación de la ventaja fiscal, se conseguirían los mismos objetivos. Al igual que en el análisis de la existencia de justificaciones de interés general, es necesario hacer referencia por separado a los argumentos que se imbrican en la doctrina del TJUE para concretar este test de proporcionalidad:
  - › (Marks & Spencer): Únicamente la exclusión de la deducibilidad de la pérdida **va más allá de lo necesario** para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando se trata de “**pérdidas finales**”, esto es, 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.

En consecuencia, cuando en un Estado miembro la sociedad matriz residente demuestra a las autoridades tributarias que se cumplen estos requisitos, resultará contrario a la libertad de establecimiento excluir la posibilidad de que ésta deduzca de su beneficio imponible en dicho Estado miembro las pérdidas sufridas por su filial no residente<sup>22</sup>.

21 Sentencia X Holding, apartados 31 y 32.

22 Vid. Marks & Spencer, apartados 55 y 56

En los demás casos, la exclusión de la deducibilidad a situaciones comunitarias resulta justificada por razones de interés general y no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, si bien con medidas menos restrictivas los grupos de sociedades seguirían teniendo la opción de hacer tributar los beneficios y las pérdidas en un Estado distinto del que tiene derecho a sujetar los mismos.

Y ello aunque el objetivo específico no fuera ese. En efecto, hay que partir de la premisa de que los objetivos de reparto de poder tributario y de prevención de evasión fiscal están relacionados: los comportamientos que consisten en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica con el fin de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en el territorio nacional pueden comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con dichas actividades y poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros<sup>23</sup>. Por tanto, aunque el objeto específico de la normativa controvertida no sea excluir estos montajes puramente artificiales puede reputarse proporcionada a los objetivos perseguidos, considerados conjuntamente<sup>24</sup>.

- › (X Holding)<sup>25</sup>: la exclusión del régimen de consolidación fiscal a las filiales no residentes resulta proporcionada de forma que no va más allá de lo necesario, para lograr los objetivos que persigue la diferencia de trato, y por tanto es compatible con la libertad de establecimiento.

**No resulta procedente alegar como medidas menos restrictiva**, para alcanzar el mismo objetivo, la posibilidad de **imputación de pérdidas temporales** de la filial no residentes **con cláusula de recaptura como ocurre con el régimen de pérdidas de Establecimientos Permanentes en el extranjero** (equiparación de filiales no residentes y EP en el extranjero). En efecto, a los efectos del reparto de potestad tributaria entre los EM, la filial foránea no está en una situación comparable con el EP en el extranjero y ello porque, en el marco del CDI, los Países Bajos, como Estado origen de la inversión tiene competencia fiscal parcial sobre los EP en el extranjero pero no tiene ninguna competencia fiscal sobre las filiales no residentes.

### 2.2.1. La exclusión de la deducción por depreciación de participaciones extranjeras (Rewe y Steko)

En el ámbito de las pérdidas por depreciación de cartera, también el TJUE ha consolidado una dogmática que concluye, con carácter general, con la incompatibilidad que supone la exclusión de la deducibilidad de la depreciación del valor de la participación en filiales no residentes, al constituir aspectos sustantivos que únicamente puede tomar en consideración el Estado origen de la inversión, de acuerdo a la configuración de la obligación tributaria de los EM.

De forma previa a la síntesis de los razonamientos jurídicos que establece el TJUE en estos casos, para una

23 Sentencia OyAA, apartado 62; sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04 (en adelante Cadbury Schweppes) apartados 55 y 56, así como Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartados 74 y 75.

24 Sentencia OyAA, apartado 63

25 Sentencia OyAA, apartados 34 a 41

mejor comprensión de la posición del TJUE, es necesario apuntar dos diferencias esenciales entre los dos pronunciamientos objeto de análisis:

- En primer lugar, la diferencia de trato de la normativa interna: en la Sentencia Rewe, la exclusión de la deducibilidad de la depreciación de participaciones en filiales extranjeras se producía con carácter limitado a las participaciones en el extranjero, mientras que se admitía sin limitaciones para las participaciones nacionales. Sin embargo, posteriormente, en el caso Steko, la modificación de la normativa alemana, para adecuarse al pronunciamiento Rewe, regula la exclusión general de la deducibilidad por depreciación de cartera tanto para participaciones nacionales como extranjeras. Sin embargo, durante un período transitorio limitado en el tiempo (2001), concurría una diferencia de trato en virtud de la cual se excluía con carácter general la deducibilidad de la deducción por depreciación para las participaciones extranjeras (aplicación de la reforma operada a finales del año 2000), mientras que se admitía para las participaciones nacionales (hasta 2002 no les era de aplicación la modificación legislativa).
- En segundo lugar, la libertad fundamental cuya vulneración se discute es la libertad de establecimiento en el caso Rewe y la libre circulación de capitales, en el caso Steko (participaciones inferiores al 10% en sociedades extranjeras), en el que además se plantea la cuestión de la compatibilidad cuando se trata de participaciones en países terceros.

Así, en materia de gastos asociados a las participaciones y, en particular, a la depreciación de cartera, el TJUE ha asentado el siguiente razonamiento jurídico:

- En primer lugar, las matrices con filiales residentes en otro ME también se ven privadas de una ventaja de tesorería cuando existe una diferencia de trato en el cómputo inmediato de la depreciación de la participación: dichas matrices se ven privadas de una ventaja de tesorería, frente a las matrices con filiales residentes en el mismo Estado, en tanto que las primeras no se benefician de un cómputo inmediato de sus pérdidas por depreciación de cartera. En efecto, aún en el caso de que, de acuerdo con la normativa interna (como era el caso alemán) las pérdidas derivadas, para una sociedad matriz residente, de participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros podrían computarse en la matriz en el supuesto de que dichas filiales obtuvieran posteriormente rendimientos positivos, tal sociedad matriz no puede, contrariamente a una sociedad matriz con filiales en el mismo Estado, beneficiarse de un cómputo inmediato de sus pérdidas y se ve así privada de una ventaja de tesorería<sup>26</sup>. Esta diferencia de trato, constituye una restricción a la libertad de establecimiento porque podría disuadir a una sociedad matriz de ejercer sus actividades a través de filiales o de filiales indirectas establecidas en otros Estados miembros y, en consecuencia se erige en un obstáculo para el ejercicio de la libertad de establecimiento para tales sociedades, disuadiéndolas de crear, adquirir o mantener una filial en otro Estado miembro<sup>27</sup>.

En el mismo sentido, también en materia de deducción por depreciación de la participación, se produce una restricción a la libre circulación de capitales, cuando se excluye con carácter general para las participaciones extranjeras la deducción por depreciación de cartera, mientras que se concede con carácter general para las participaciones nacionales.

26 Vid. Sentencia Rewe, apartados 27 a 30 y la sentencia Marks & Spencer, apartado 32 a cuyo razonamiento se remite el TJUE

27 Vid. Sentencia Rewe, apartados 31 y 36; también la sentencia de 18 de septiembre de 2003, Bosal, C-168/01 (en adelante Bosal), Rec. p. I-9409, apartado 27\*

Resulta irrelevante, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, que la diferencia exista durante un período breve, en tanto la restricción sea real a la vista de los efectos que provoca la medida controvertida<sup>28</sup>. Por tanto, aunque esta diferencia de trato se produzca durante un período transitorio limitado en el tiempo de adaptación a la norma comunitaria, existe restricción a la libre circulación de capitales. En particular en el caso Steko, esta situación se producía, como he señalado supra, con ocasión una normativa que prohíbe con carácter general la deducibilidad de toda depreciación de cartera, pero que entra en vigor un año antes para las participaciones extranjeras que para las nacionales<sup>29</sup>.

No resulta procedente alegar como medidas menos restrictiva, para alcanzar el mismo objetivo, la posibilidad de imputación de pérdidas temporales de la filial no residentes con cláusula de recaptura como ocurre con el régimen de pérdidas de Establecimientos Permanentes en el extranjero

- En el ámbito del test de comparabilidad, en lo que se refiere a las pérdidas por amortizaciones sobre el valor de las participaciones en filiales, las sociedades residentes se encuentran en una situación comparable, ya sean participaciones nacionales o extranjeras. 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". En consecuencia, la diferencia de trato en la posibilidad de deducir la mentada pérdida de cartera no se basa en una diferencia de situaciones que sea objetiva<sup>30</sup>. En este sentido rechaza la alegación del gobierno alemán en virtud de la cual, las participaciones nacionales y extranjeras, en tanto que afectadas por regímenes diferentes en 2001, son situaciones objetivamente diferentes. Frente a estas alegaciones, el TJUE afirma que la aplicación de regímenes fiscales distintos no es un criterio válido para determinar que se trata de situaciones diferentes. De hecho, la existencia de los mismos es la que origina una diferencia de trato restrictiva que debe apreciarse si está justificada o no.
- Esta diferencia de trato en función del lugar de la inversión (exclusión de la deducción por depreciación de participaciones extranjeras), no está justificada por razones de interés general relacionadas con la vinculación entre las pérdidas de origen extranjero y la inclusión de los rendimientos positivos procedentes del mismo Estado. En efecto:
  - › El reparto de potestad tributaria entre EM no justifica que se deniegue a la matriz la deducción por depreciación de la participación en filiales extranjeras, y ello por el hecho de que el Estado de la matriz no es competente para gravar los beneficios de dichas filiales. Además, esta razón de interés general, de acuerdo a la doctrina Marks & Spencer en materia de pérdidas, tiene un alcance estricto

28 Vid. Sentencia de 22 de enero de 2009, Steko, C-377/07 (en adelante Steko), apartado 29 y la Sentencia de 18 diciembre 2007, Gronfeldt C-436/06, apartado 15, a la que se remite el TJUE sobre la cuestión de la irrelevancia de que la restricción se produzca durante un breve tiempo transitorio de adaptación de la norma interna.

29 Vid. Sentencia Steko, apartados 31

30 Vid. Sentencia Rewe, apartados 32 a 35 y Sentencia Steko, apartados 31 a 35 en los que se remite a lo establecido por el TJUE en la Sentencia Rewe

y, ha de aplicarse en relación con la necesidad de evitar la duplicidad de pérdidas y la evasión fiscal<sup>31</sup>. En estos casos, no se pone en peligro el equilibrio en el reparto de poder tributario de los EM por el hecho de que la deducción por depreciación no vaya acompañada de la sujeción de los beneficios de la entidad participada en el mismo territorio y ello, porque en el ámbito interno las pérdidas por depreciación pueden imputarse con independencia de que la entidad residente participada no obtenga beneficios imponibles en dicho período.

- › Tampoco en el ámbito de la deducción por depreciación de cartera, la diferencia de trato está justificada para prevenir una duplicidad de pérdidas. Frente al caso Marks & Spencer, en el que se trata de pérdidas sufridas en el extranjero por filiales y la posibilidad de ser traspasadas a la matriz de otro EM, en este caso no puede hablarse de doble imputación de pérdidas al considerar las pérdidas de una sociedad por la depreciación en la participación y las pérdidas sufridas por las sociedades participadas. Máxime cuando en el ámbito interno ambas están permitidas.
- › En lo referente a la necesidad de evitar la evasión fiscal, la diferencia de trato debe tener esta finalidad como objetivo específico. Esto no ocurre con una diferencia de trato que niega la aplicación de la ventaja fiscal más allá de los casos de montajes artificiales dirigidos a la evasión fiscal. Es cierto que se evita una forma particular de evasión fiscal con la diferencia de trato, a saber, la transferencia de actividades generadoras de pérdidas a otros EM, por parte de las matrices residentes, con el objetivo de reducir su Beneficio imponible en su Estado de residencia. Sin embargo, dado que la diferencia de trato se aplica con carácter general a las participaciones extranjeras, en las que no se advierte ningún montaje artificial de evasión fiscal, estaríamos ante una medida sería desproporcionada por ir más allá de lo necesario para luchar contra un montaje abusivo. En el caso Rewe, el establecimiento de una sociedad en otro EM dedicada al turismo, a cuya participación se deniega el carácter deducible, no acarrea de por sí la existencia de un montaje artificial para evadir impuestos. De hecho, dicha entidad, en todo caso, está sujeta a la legislación fiscal del Estado de establecimiento.
- › De acuerdo a la necesidad de facilitar la eficacia de los controles fiscales, los Estados tienen mecanismos suficientes para acreditar la procedencia de la deducción por depreciación. Por un lado, entre las Autoridades competentes de los EM en el marco de la Directiva de Asistencia Mutua 77/799/CEE y, por otro lado, por el mecanismo de exigir a la matriz residente las pruebas necesarias para apreciar si procede la deducción en concepto de depreciación de participaciones de filiales extranjeras. En todo caso, las dificultades en la determinación de las pérdidas, resultantes de la amortización de la participación en filiales extranjeras, no justifica en ningún caso un obstáculo a la libertad de establecimiento<sup>32</sup>.

En el caso de participaciones en países terceros, "...aún suponiendo que constituya una razón imperiosa de interés general que pudiera ser invocada para justificar las restricciones a la libre circulación de capitales procedentes o destinados a países terceros, procede declarar que tal razón imperiosa de interés general carece de pertinencia cuando la depreciación del valor de las

31 Sentencia Rewe, apartado 41

32 Vid. Sentencia Rewe, apartados 54 a 58. En este caso, como se aprecia en la Sentencia, hubiera sido bastante útil que la matriz hubiera solicitado la documentación pertinente a sus filiales y la hubiera aportado a las autoridades alemanas.

participaciones en sociedades extranjeras resulta, como en el asunto principal, de la bajada de la cotización en bolsa”<sup>33</sup>.

En cuanto a que la necesidad de preservar la coherencia fiscal pueda justificar una diferencia de trato en la deducción por depreciación de cartera, es necesario que se acredite la existencia de un vínculo directo. No queda acreditado un vínculo

directo entre la ventaja fiscal de la exención de los dividendos procedentes de filiales no residentes y la compensación de un gravamen compensatorio consistente en la negativa a conceder la deducción por depreciación de las participaciones en dichas entidades, cuando en el ámbito interno, las matrices con filiales residentes se benefician tanto de la exención de los dividendos como de la deducción por depreciación de la participación<sup>34</sup>.

El hecho de que sea posible, ulteriormente, obtener una exención de las plusvalías obtenidas en caso de enajenación, en el supuesto de que se obtenga un beneficio de nivel suficiente, no constituye una consideración de coherencia fiscal que justifique una negativa de deducción inmediata de las pérdidas sufridas por las sociedades matrices que tengan participaciones en filiales en el extranjero<sup>35</sup>.

- › De acuerdo al principio de territorialidad, como ya se afirma en Marks & Spencer, este principio no justifica la negativa a conceder una ventaja fiscal a la matriz residente por el hecho de que no tenga competencia fiscal para gravar los beneficios de la filial no residente. Además, el principio de territorialidad no es de aplicación en el caso de deducción por depreciación si bien, la concesión de esta ventaja fiscal no afecta al ejercicio de una competencia fiscal concurrente, sino que afecta a las sociedades matrices residentes que están sometidas a la obligación fiscal ilimitada en este Estado<sup>36</sup>.
- › Por último, el TJUE también se ha pronunciado sobre la posible justificación, de las diferencias de trato en la deducción por depreciación, cuando éstas se producen en el marco de una adaptación transitoria de la norma interna a la comunitaria. En concreto, por la posible justificación referida al margen de maniobra de que disponen los Estados miembros para adoptar un régimen transitorio con el objetivo de instaurar la compatibilidad del régimen nacional del impuesto de sociedades con el Derecho comunitario y suprimir eventuales discriminaciones. En este sentido, el Tribunal afirma que, tal margen de maniobra siempre está limitado por el respeto de las libertades fundamentales y, en particular, por el de la libre circulación de capitales. En el caso Steko, a este respecto el TJUE deja claro que, incluso cuando se pueda comprender tal régimen transitorio por una preocupación

El reparto de potestad tributaria entre EM no justifica que se deniegue a la matriz la deducción por depreciación de la participación en filiales extranjeras, y ello por el hecho de que el Estado de la matriz no es competente para gravar los beneficios de dichas filiales

33 Vid. Sentencia Steko, apartado 55

34 Vid. Sentencia Rewe, apartados 59 a 67

35 Vid. Sentencia Steko, apartados 45 y 46, 52 a 54

36 Vid. Sentencia Rewe, apartados 68 y 69

legítima por garantizar una transición sin ruptura del régimen anterior al nuevo régimen y a pesar de la existencia de alegaciones que permiten explicar la razón por la que se ha establecido más tarde el nuevo régimen para las sociedades con participaciones en sociedades nacionales, tales alegaciones no pueden justificar esa diferencia de trato que perjudica a las sociedades con participaciones en sociedades extranjeras<sup>37</sup>.

## 2.3. Dogmática en materia de pérdidas transnacionales a la luz de la Jurisprudencia del TJUE. Avances y cuestiones abiertas.

### 2.3.1. Avances y deficiencias en el razonamiento jurídico del TJUE

- En aras a concretar la doctrina del TJUE en materia de pérdidas transnacionales, resulta imprescindible señalar algunos avances y deficiencias que presenta el razonamiento jurídico del TJUE, cuando analiza la compatibilidad de las diferencias de trato en materia de pérdidas de acuerdo al Derecho Comunitario Originario.

En primer lugar, la existencia de restricción se produce en todos los casos (en materia de pérdidas) en que tiene lugar una diferencia de trato con el no residente, ya sea respecto de pérdidas de las filiales en el extranjero como respecto de la deducción por depreciación de participaciones en sociedades foráneas. En este sentido, la restricción puede ser real o potencial: *“basta con que pueda”* restringir el ejercicio de la libertad de establecimiento en un EM por parte de sociedades establecidas en otro EM. No es necesario, como ha dejado claro el TJUE, que se pruebe la existencia efectiva de una renuncia a la adquisición, creación o mantenimiento de una sociedad en otro EM como consecuencia de la diferencia de trato<sup>38</sup>.

En segundo lugar, la restricción no deja de producirse por el hecho de que la diferencia de trato sea consecuencia de una adaptación transitoria de la norma interna a la comunitaria, como se advierte en el caso Steko. Resulta *“irrelevante”*, como afirma el TJUE, que la diferencia se produzca durante un período transitorio limitado en el tiempo, siempre que la restricción sea real a la vista de los efectos que provoca la medida controvertida. Es más, a efectos de encontrar una justificación en el margen de maniobra de que disponen los EM para adoptar un régimen transitorio, con el objetivo de instaurar la compatibilidad del régimen nacional del impuesto de sociedades con el Derecho comunitario y suprimir eventuales discriminaciones, el TJUE rechaza esta razón de interés general en un caso en el que admite que la diferencia de trato durante 2001 respondía a una preocupación legítima y además existen razones tributarias coherentes que explican el período breve en el que se produce la restricción.

En tercer lugar, en lo que respecta a la justificación en el reparto de poder tributario entre los EM, el TJUE establece una diferencia entre las pérdidas de filiales en el extranjero y la deducción por depreciación. En el primer caso, establece que existe una vinculación entre las pérdidas y los beneficios de la filial en el extranjero, de acuerdo con el reparto de poder tributario de los EM. Cuando puedan existir comportamientos que comprometan el derecho de los EM de ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio, como sería el hecho de que una sociedad, en relación con las actividades en un mismo territorio, llevase a cabo maniobras dirigidas a sujetar sus beneficios en un Estado y sus pérdidas en otro, la diferencia de trato puede estar justificada.

37 Vid. Sentencia Steko, apartados 37 a 44 y 49 a 51

38 Este argumento ya había sido establecido por el TJUE con anterioridad. Véase por ejemplo la Sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, antes mencionada

Se trata de evitar que, en el caso de pérdidas de una Filial en el extranjero, una posible traslación a otro EM provocara un aumento de la BI en el Estado de la Filial, en el que han producido las pérdidas, y una disminución de la BI en el Estado origen de la inversión, en el que no se han producido las pérdidas. Así mismo, también trata de evitar que en el caso de transferencias de

beneficios (OyAA), se produzca una disminución de la BI en el Estado de la ordenante, en el que se ha producido el beneficio y, un aumento de la BI en el Estado de la beneficiaria, en el que no se ha producido el beneficio. En todo caso, el TJUE olvida que habría que ver la legislación concreta del otro EM para comprobar que efectivamente esto se produce de esta manera.

La restricción puede ser real o potencial: "basta con que pueda" restringir el ejercicio de la libertad de establecimiento en un EM por parte de sociedades establecidas en otro EM

Por otro lado, y siguiendo este razonamiento, en el caso de la deducción por depreciación la justificación por el reparto de poder tributario no parece producirse con carácter general. En efecto, en estos casos, del razonamiento del TJUE se infiere que, no existe una vinculación entre las pérdidas de la matriz relacionadas con la participación en otras sociedades, que son objeto de imputación en la base imponible del Impuesto sobre sociedades al que está sujeta la matriz, y los beneficios de la filial que tributan por el Impuesto sobre sociedades al que ésta está sujeta. De hecho, incluso en el ámbito interno es irrelevante que la filial obtenga beneficios para que la matriz pueda imputar una pérdida por depreciación de cartera.

Además, en torno a la justificación del reparto de poder es importante hacer referencia al alcance de la misma, dado que en X Holding no parece considerar que su alcance tenga que estar relacionado con la necesidad de evitar la evasión fiscal, a diferencia de la doctrina Marks & Spencer. A mi entender, y conforme a la opinión de otros autores, del razonamiento jurídico en X Holding se aprecia una referencia implícita a la necesidad de evitar la evasión fiscal, lo que hace descartar que exista un cambio de criterio en el alcance de esta razón de interés general legitimadora de diferencias de trato en materia de pérdidas de filiales en el extranjero. El problema es la incoherencia del TJUE a la hora de exponer los argumentos en la fase del razonamiento que le corresponde<sup>39</sup>.

En cuarto lugar, en cuanto a la justificación de la necesidad de evitar la duplicidad de pérdidas, cuando se trata de un régimen de transferencia de beneficios no es de aplicación. Del razonamiento del TJUE se desprende que hay que diferenciar entre imputar dos veces la misma pérdida y la no imposición de un determinado ingreso, al tener carácter deducible en un EM y no integrarse como ingreso en el otro EM. En todo caso, parece que una justificación de evitar situaciones de no imposición podría ser relevante en estos casos, aunque la necesidad de evitar la evasión fiscal recoge esta situación.

En quinto lugar, se puede apreciar una novedad importante en la libre circulación de capitales y en la justificación de la necesidad de facilitar la eficacia de los controles fiscales. Del razonamiento del TJUE se desprende que el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales también comprende las participaciones en países

39 En este sentido, MARTIN JIMENEZ ("Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", REDF, 147, julio-septiembre 2010, pág 894) destaca la relevancia de que en X Holding, así como en otros casos recientes, se está tratando de considerar el reparto equilibrado del poder tributario como exigencia imperativa, sin mencionar directamente que tal causa deba apreciarse en conexión con el riesgo de doble compensación de pérdidas o de evasión fiscal (como en Marks & Spencer). Sin embargo, en opinión del autor, "de una forma implícita el Tribunal conecta el reparto equilibrado del poder tributario con las dos justificaciones anteriores en su razonamiento de comparabilidad y proporcionalidad, por lo que, en puridad, la sentencia no se aparta de la jurisprudencia precedente".

terceros y que, en consecuencia, también habría que observar si existen mecanismos suficientes que hagan efectivos los controles fiscales. Dado que en el caso Steko la depreciación se produce por la caída de la cotización en Bolsa el Tribunal considera irrelevante la justificación en el caso concreto, pero parece dar luz verde a esta extensión del ámbito de aplicación y a la relevancia de esta razón de interés general para legitimar una diferencia de trato<sup>40</sup>.

Por último, en lo que respecta al test de proporcionalidad, el TJUE en el caso X Holding plantea el problema de la comparabilidad, en lugar de atender a la finalidad de las alegaciones de las partes que pretendían señalar medidas menos restrictivas, como la posibilidad de imputación con cláusula de recaptura, existente en el régimen interno para las pérdidas de Establecimientos Permanentes en el extranjero. A resultas de tanta incoherencia, el razonamiento jurídico del test de proporcionalidad queda desvirtuado totalmente en este pronunciamiento<sup>41</sup>.

- En otro orden de cuestiones, resulta significativa la traslación de la doctrina Marks & Spencer a las pérdidas de establecimientos permanentes en el extranjero (Lidl Belgium)<sup>42</sup>. En este sentido, es importante señalar que esta traslación no está basada en el hecho de que las Filiales y los EP en el extranjero se encuentren en situaciones objetivamente comparables, como ya ha dejado claro el TJUE en la Sentencia X Holding, sino en que en ambos casos la diferencia de trato está justificada por la necesidad de preservar el reparto de poder tributario entre los EM y evitar el riesgo de doble compensación de pérdidas, siempre que la medida no resulte desproporcionada<sup>43</sup>.

En efecto, en el caso de pérdidas de EP en el extranjero, la comparabilidad se realiza entre el Establecimiento nacional y extranjero. Ambos están en situaciones comparables a la luz de la libertad de establecimiento y la restricción se produce al negar a la casa central la deducibilidad por las pérdidas en el extranjero mientras que la concede cuando se trata de EP nacionales. Aquí para analizar la justificación del reparto tributario entre los Estados, es importante observar en cada caso si, de acuerdo a la configuración de la obligación tributaria del Estado origen de la inversión, dichas rentas están exentas y no se trata de una pérdida que únicamente puede tomarse en consideración en éste Estado (como sería la pérdida en el cambio de divisa en el caso Deutsche Shell<sup>44</sup>, en el que a pesar de estar exentos la exclusión del gasto constituye una restricción no justificada por

40 En este sentido ver NOCETE CORREA Fco José, "Acerca de la normativa alemana en material de pérdidas por deterioro de valores y su complicado encaje comunitario" (Comentario a la STJUE de 22 de enero de 2009, Steko, C-377/07), Noticias de la Unión Europea, 308, septiembre 2010, página 137.

41 En este sentido, MARTIN JIMENEZ, Adolfo ("Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", REDF, 147, julio-septiembre 2010, pág 894) comenta con gran acierto que el test de proporcionalidad no es verificar si EP y Filiales en el extranjero se encuentran en situaciones comparables. El análisis de proporcionalidad tiene por objeto más bien, aclarar, hasta qué punto es justificable un tratamiento dispar de ambas situaciones o si, por el contrario, el tratamiento absolutamente dispar es "desproporcionado". El TJUE olvida en este sentido un análisis ortodoxo de la proporcionalidad.

42 La Sentencia de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium, C-414/06 (en adelante Lidl) traslada la doctrina Marks & Spencer a las pérdidas finales de un EP en el extranjero, a pesar de estar exentos los rendimientos en el Estado de la Casa Central. La única diferencia es que en este caso la evasión fiscal no se aprecia como justificación de la restricción

43 En este sentido vid CALDERON CARRERO "Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades, la importación de pérdidas extranjeras y el derecho de la Unión Europea", *Crónica Tributaria*, núm. 138/2011, pág. 31

44 Sentencia de 28 de febrero de 2008, Deutsche Shell, C-293/06 (en adelante Deutsche Shell)

dicho reparto de poder tributario). Cuando concurren estas dos circunstancias, parece que el TJUE se decanta por la diferencia de trato ajustada al Derecho Comunitario<sup>45</sup>.

Una cuestión abierta es la traslación de la doctrina Marks & Spencer al ámbito de la deducción de pérdidas extranjeras en general. Por ejemplo, a las personas físicas en aplicación de la libre circulación de capitales<sup>46</sup>.

### 2.3.2 Premisa básica: ¿cambio de criterio jurisprudencial con X Holding o “per element approach”?

Uno de los aspectos más controvertidos de la Sentencia X Holding, y que es importante abordar, antes de establecer los pilares básicos de la dogmática comunitaria en materia de pérdidas, es la cuestión sobre si este pronunciamiento constituye un cambio **de criterio respecto a Marks & Spencer**, en el sentido de que toda exclusión del régimen de consolidación a una entidad no residente resulta justificada, o si, por el contrario, lo que hace es completar la doctrina que tiene como punto de partida la Sentencia Marks & Spencer, y por tanto, toda diferencia de trato en la exclusión de una ventaja del régimen de consolidación habría que analizarla caso por caso (“per element approach”).

El problema se plantea a la vista de la dicción literal del fallo del TJUE en X Holding. En virtud del mismo, parece que estamos ante un cambio harto significativo de la doctrina comunitaria, en virtud del cual la libertad de establecimiento no se opone a una diferencia de trato que excluya de la aplicación del régimen de consolidación fiscal interno a una entidad no residente, en tanto no está sujeta en el Estado de aplicación de dicho régimen. Como establece el TJUE, las disposiciones de la libertad de establecimiento no se oponen a la normativa de un Estado miembro que permite a una sociedad matriz constituir una unidad fiscal con su filial residente, pero no permite la constitución de dicha unidad fiscal con una filial no residente, si los beneficios de esta última no están sometidos a la legislación fiscal de dicho Estado miembro<sup>47</sup>. Y no se oponen porque, como hemos visto, el Tribunal interpreta que se produce una restricción a la libertad de establecimiento pero resulta justificada por la necesidad de preservar el reparto de potestad tributaria entre los EM y resulta proporcionada.

En consecuencia, si es compatible con la libertad de establecimiento toda prohibición de la extensión de una ventaja fiscal comprendida en un régimen de consolidación fiscal, incluidas las pérdidas finales de las filiales en el extranjero, estamos ante un cambio de criterio en la jurisprudencia en materia de tributación pérdidas transfronterizas.

En este contexto, algunos autores han planteado si, en caso de estar ante un cambio de jurisprudencia habría que replantearse la compatibilidad de una diferencia de trato consistente en la exclusión de la deducibilidad de los

45 Los Tribunales internos ya están aplicando la doctrina Lidl Belgium del TJUE. Ver en este sentido BAL, Aleksandra, (“New case Law Developments in Germany: Finality of Foreign Permanent Establishment Losses”, *European Taxation*, enero 2012, pág 46 a 48) y sus comentarios sobre la acogida por los tribunales alemanes de la doctrina Lidl Belgium.

46 Ver en este sentido HELMINEN (“must the residence State Allow a Deduction for Foreign Source Losses in the European Unión?”, *European Taxation*, noviembre 2011, 477 y ss) sobre los Tribunales internos en Finlandia que actualmente se están planteando la traslación de la doctrina con carácter general.

47 En efecto, la cuestión prejudicial reza así “¿Debe interpretarse el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, en el sentido de que se opone a una normativa nacional de un Estado miembro [...] con arreglo a la cual una sociedad matriz y su sociedad filial pueden elegir que la sociedad matriz establecida en dicho Estado miembro tribute por las dos como si fuera un único sujeto pasivo, cuando dicha posibilidad de elección está reservada a las sociedades que, respecto a la tributación por sus beneficios, estén sujetas a la jurisdicción fiscal de dicho Estado miembro?” (vid. apartado 9 de la Sentencia)

En el caso de pérdidas de EP en el extranjero, la comparabilidad se realiza entre el Establecimiento nacional y extranjero. Ambos están en situaciones comparables a la luz de la libertad de establecimiento y la restricción se produce al negar a la casa central la deducibilidad por las pérdidas en el extranjero mientras que la concede cuando se trata de EP nacionales

gastos conexos a la participación con ocasión de un reparto de dividendos, declarada incompatible por el TJUE en el caso Bosal<sup>48</sup>.

Sin embargo, una interpretación sistemática, y no literal, del pronunciamiento nos lleva a la posición contraria. X Holding cuando solicita la aplicación del régimen de consolidación lo hacía con la finalidad de compensar pérdidas de filiales no residentes y parece que el TJUE también está pensando a lo largo de todo el razonamiento jurídico en este aspecto sustantivo concreto, y no en el ámbito subjetivo de aplicación. En efecto, en el desarrollo del razonamiento jurídico para llegar al fallo, el TJUE se centra básicamente en un solo

aspecto del régimen de consolidación: la compensación de las pérdidas foráneas con los beneficios de la entidad residente en el Estado origen de la inversión. De ahí que, de la mano de una interpretación sistemática de todo el pronunciamiento, sería más acertado entender que se estaba refiriendo únicamente a las pérdidas de filiales en el extranjero y, dado que no toma en consideración más aspectos del régimen de consolidación fiscal, estamos ante un pronunciamiento continuista de Marks & Spencer<sup>49</sup>.

A mi modo de entender, esta es la posición del TJUE y la situación actual de la cuestión en la doctrina comunitaria. El TJUE reafirma el equilibrio entre el ejercicio de las libertades fundamentales y el respeto por el reparto del poder tributario entre los EM. De hecho ya hay tribunales internos que están aplicando esta doctrina, como una continuación de Marks & Spencer<sup>50</sup>.

Otra cosa es que el razonamiento del TJUE sea incomprensible muchas veces y debería haberse pronunciado sobre la existencia de los diferentes aspectos que comprendían el régimen de unidad fiscal holandés, como lo hace la Abogada General Kokott en la Sentencia X Holding. Aspectos como la neutralidad de operaciones intragrupo (servicios, préstamos, leasings) o transacciones de activos entre sociedades del grupo, entre otros aspectos que, sin duda, llegarán al TJUE en futuras cuestiones prejudiciales. En todo caso, y siguiendo las pautas de la Abogada General, parece que la exclusión de muchas de estas ventajas estarían justificadas en el caso de que el TJUE siga su criterio, lo que parece lógico en tanto estemos en un contexto de ausencia de normas armonizadoras.

48 Ver OTTO MARRES en Seminario "From Marks Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union", resumido por Bruno da Silva en el artículo ya citado de Intertax, pág. 262 Y 263) En el caso, con ocasión de la percepción de dividendos, la norma interna holandesa regulaba la Exención íntegra para participaciones domésticas, esto es, deducibilidad de gastos conexos al dividendo exento, frente a exención neta para participaciones extranjeras, esto es, exclusión de la deducibilidad para gastos conexos al dividendo exento; el TJUE declaró incompatible dicha restricción.

49 Entre otros autores, MARTIN JIMÉNEZ es de la opinión de que no parece probable que el TJUE contradiga en X Holding la doctrina Marks & Spencer "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", REDF, 147, julio-septiembre 2010, pág 895; En el mismo sentido, CALDERON CARRERO, "Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el impuesto sobre sociedades, la importación de pérdidas extranjeras y el derecho de la Unión Europea", *Crónica Tributaria*, núm. 138/2011, pág. 33

50 THIES SANDERS, comenta la Sentencia de 2 de octubre de 2009 del Tribunal Supremo Holandés en sentencia de 2 de octubre de 2009 de acuerdo al "per element approach" ("From Marks Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union", resumido por Bruno da Silva en el artículo ya citado de Intertax, pág. 262)

En consecuencia, ante una diferencia de trato relativa a un aspecto sustantivo de un régimen de consolidación, como por ejemplo las pérdidas finales de las filiales, hay que ir caso por caso para determinar la compatibilidad con el Derecho Comunitario (doctrina per element approach)<sup>51</sup>.

Por tanto, habrá situaciones en las que la exclusión de la ventaja fiscal del régimen fiscal esté justificada y otras en las que no lo esté, o no resulte proporcionada al objetivo legítimo que persigue. Si este es el estado de la cuestión, aún queda mucho por hacer en sede del TJUE a la vista de todos los aspectos sustantivos que comprenden los regímenes de consolidación en sus distintas modalidades.

Esta problemática no es baladí en el caso español, dado que nuestra normativa no ofrece un trato paritario en materia de pérdidas finales de las filiales no residentes. En España existe un régimen de consolidación fiscal de aplicación a entidades residentes, que no es extensible a entidades no residentes. La cuestión es si la provisión por depreciación de cartera que parece admitir las pérdidas por depreciación en participaciones de filiales extranjeras, es un mecanismo que equipara el trato de las pérdidas finales de filiales residentes (régimen de consolidación) y de filiales no residentes (provisión por deterioro del valor de la participación). En este sentido, aceptar un cambio jurisprudencial de Marks & Spencer tendría una repercusión clara en el análisis de la compatibilidad de nuestra normativa interna: la diferencia de trato en la aplicación del régimen de consolidación es compatible con el Derecho Comunitario. Sin embargo, y es lo que parece probable, el hecho de que X Holding no esté justificando cualquier diferencia de trato relacionada con el régimen fiscal de consolidación, y que por tanto no constituya un cambio de criterio jurisprudencial del TJUE, sigue planteando el problema de la vulneración de nuestra legislación que prevé la Deducción por depreciación de cartera para pérdidas finales de filiales no residentes y la compensación con beneficios de otras entidades del grupo, para pérdidas finales de filiales residentes<sup>52</sup>.

### 2.3.3. Evolución de la doctrina comunitaria hacia el respeto por el reparto de poder tributario de los Estados y la necesidad de evitar la evasión fiscal

A la vista de lo expuesto, este apartado tiene por objeto concretar, en materia de fiscalidad de pérdidas transnacionales y gastos conexos a rentas exentas, los pilares básicos que sustentan la doctrina del TJUE y que determina los límites que imponen las libertades fundacionales a los EM en la regulación concreta de la tributación de las pérdidas transnacionales.

En este sentido, la Sentencia Marks & Spencer constituye, a mi entender, el núcleo dogmático en materia de pérdidas. El resto de pronunciamientos no hacen sino concretar y completar la doctrina del TJUE establecida en la mentada sentencia. Estamos ante un pronunciamiento fuertemente criticado por muchos sectores de la doctrina que abogan por una aplicación más extensa de las libertades fundamentales. En todo caso, si en el asunto Marks & Spencer el TJUE se hubiera decantado por declarar la incompatibilidad de la exclusión de la compensación de beneficios y pérdidas intra grupo para las filiales no residentes, hubiera quedado definido por el TJUE en cuanto

51 En este sentido ver el trabajo de WEBER, Dennis, en el que se cuestiona *Permit cross-border fiscal unity regime sometimes – per element approach – claims in retrospect in tax assessment?* ("Refusal of advantages of a cross-border tax consolidation in some situations an unjustified restriction of the freedom of establishment", *Highlights & Insights on European Taxation*, 2010/1). También TOM O'SHEA "The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) -Issues for Member States Opting Out and Third Countries: a critique and some in depth analysis" (mayo 2008), antes citado.

52 Sobre el tema ver SANZ GADEA E., "Impuesto sobre Sociedades y Reforma Contable (III)", *Revista de Contabilidad y Tributación*, 2009, CEF nº 317-318, págs. 172 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", REDF, 147, julio-septiembre 2010, pág 895

Aceptar un cambio jurisprudencial de Marks & Spencer tendría una repercusión clara en el análisis de la compatibilidad de nuestra normativa interna: la diferencia de trato en la aplicación del régimen de consolidación es compatible con el Derecho Comunitario

a exigencia de Derecho Comunitario<sup>53</sup>. Ahora sólo cabe esperar que prospere la Propuesta de la Comisión sobre una Base Imponible Común Consolidada<sup>54</sup>, aunque no evitará cuestiones prejudiciales si no se avanza en la armonización del Impuesto a nivel comunitario.

En aras a poner de manifiesto las pautas jurídicas básicas, que determinan la fiscalidad de las pérdidas en el ámbito comunitario a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria, podemos concluir dos parámetros jurídicos esenciales:

- En primer lugar, debemos partir de una premisa básica: Cuando de acuerdo a los sistemas tributarios internos las pérdidas son tenidas en cuenta para el cálculo del Impuesto sobre sociedades, éstas deben ser imputadas en algún Estado Miembro.
- En segundo lugar, el problema es determinar qué Estado ha de considerar dichas pérdidas a efectos fiscales:
- La regla general, de acuerdo al principio de territorialidad imbricado en la estructura de los sistemas tributarios es que dichas pérdidas sean consideradas en el Estado Miembro en el que se han producido (Estado de establecimiento)<sup>55</sup>: Marks & Spencer, X Holding, OyAA, Lidl Belgium.

El Estado origen de la inversión, no toma en consideración las actividades realizadas por una sociedad fuera de su territorio, como es una filial en el extranjero. Es el Estado de la Filial el que tiene competencia fiscal para gravar los beneficios y pérdidas de dicha entidad en el Impuesto sobre Sociedades de este Estado. Por tanto, la exclusión de la deducibilidad de la pérdida de filial foránea constituye una restricción a la libertad de establecimiento pero en estos casos resulta justificada por el reparto de poder tributario entre EM, salvo que resulta desproporcionada con el objetivo que persigue.

En consecuencia, el Estado de Residencia de un contribuyente del Impuesto sobre Sociedades, no está obligado por el Derecho Comunitario a tomar en consideración, a efectos del cálculo de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, aquellos beneficios y pérdidas relacionados con actividades en el extranjero, cuando, de acuerdo a la configuración de la obligación de contribuir por el Estado origen de la inversión, dichas actividades estén exentas de tributación en este Estado. Así, por regla general resultan compatibles las siguientes diferencias de trato:

53 SANZ GADEA "La compensación de pérdidas de filiales extranjeras: Marks & Spencer", *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 18/2006, Estudios Financieros núm. 276, pág. 115.

54 "Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades" (BICIS), Bruselas 16.03.2011 COM (2011) 121 final, 2011/0058 (CNS)

55 TOM O'SHEA, afirma que, de acuerdo a la Sentencia Marks & Spencer, parece que la solución del Tribunal a la cuestión de la deducción de pérdidas entre sociedades de grupo está lejos de ser ideal y pone de manifiesto grandes lagunas de interpretación. Siguiendo el pronunciamiento, afirma que en general las pérdidas transnacionales no serán deducibles por regla general en el Estado origen de la inversión salvo que se hayan agotado todas las posibilidades de deducción en el Estado en el que se han producido, lo que hace muy difícil la posibilidad de la deducción de pérdidas de filiales en el extranjero ("The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) -Issues for Member States Opting Out and Third Countries: a critique and some in depth analysis", mayo 2008).

- › Exclusión del carácter deducible de las Pérdidas de Filiales en el Extranjero, dado que son consideradas en el Estado en el que se han producido en sede de la Base Imponible de la Filial (Marks & Spencer, X Holding).
  - › Exclusión del carácter deducible de las transferencias de beneficios a entidades situadas en otro territorio (OyAA), en tanto que dichos beneficios han de ser gravados en el Estado en el que se han producido.
  - › Exclusión del carácter deducible de las pérdidas de Establecimientos Permanentes en el Extranjero, cuando de acuerdo a la configuración concreta de la obligación de contribuir en el Estado de origen de la inversión, las actividades realizadas en el extranjero por Establecimientos permanentes estén exentas de tributación en el Estado de residencia de la Casa Central (Lidl Belgium).
- La excepción (consideración de las pérdidas en el Estado origen de la inversión), sin embargo, se produce en general en dos circunstancias: por un lado, cuando sea imposible imputar la pérdida en el EM en el que se han producido (Marks & Spencer, Lidl). En estos casos, la diferencia de trato aunque justificada por el reparto de poder tributario entre los EM, resulta desproporcionada de acuerdo al objetivo que persigue, dado que resulta imposible la deducción en el EM en el que se han producido; Por otro lado, cuando se trata de aspectos de la pérdida que únicamente pueden tomarse en consideración en sede del titular de las participaciones (Rewe, Steko, Bosal, Keller).

En consecuencia, el Estado de residencia de un contribuyente del ISO estará obligado a tomar en consideración, a efectos del cálculo de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, aquellas pérdidas relacionadas con actividades en el extranjero, cuando, a pesar de que dichas actividades estén exentas de tributación en este Estado, resulte imposible de imputar en el Estado de la Filial o se trate de aspecto íntimamente conexo con la tenencia de la participación.

Así por regla general, resultan incompatibles con el Derecho Comunitario:

- › Exclusión de deducción de Pérdidas finales de Filiales o EPs en el extranjero, que no pueden imputarse a efectos fiscales en el Estado de establecimiento. En estos casos, la prohibición de imputar en la base imponible de las sociedades residentes las pérdidas finales de filiales foráneas se erige en una restricción que, aunque justificada por el reparto de poder tributario entre los EM (no competente fiscal para gravar actividades desarrolladas en otro EM), no resulta proporcionada al objetivo que persigue (Marks & Spencer, Lidl).
- › Exclusión de la deducibilidad de los Gastos conexos a la tenencia de participaciones en sociedades extranjeras. La negativa en estos casos a extender la ventaja fiscal interna a participaciones en el extranjero no resulta justificada por el reparto de poder tributario de los EM, ya que la deducción de un gasto conexo a la participación en sede de la matriz no tiene relación con la tributación del beneficio obtenido por la filial participada. Son pérdidas sufridas por la sociedad titular de las participaciones, aunque sea como consecuencia de las pérdidas de la entidad participada. Se trata de un aspecto sustantivo que únicamente tiene relevancia en la Base Imponible del sujeto titular de las participaciones. En este sentido, por ejemplo, la deducción por depreciación de cartera (Rewe, Steko); Gastos de Financiación (Bosal, Keller). Todo ello sin perjuicio, de que los matices concretos

determinen que la diferencia de trato esté justificada por razones de interés general, como el reparto de poder tributario y la necesidad de evitar la evasión fiscal (Glaxo Wellcome).

- » Exclusión de la deducibilidad de Pérdidas de Establecimientos Permanente en el Extranjero, consistentes en la depreciación por el cambio de divisas. Aunque de acuerdo a la norma interna o bilateral (CDI) la obligación de contribuir excluya de tributación a las actividades desarrolladas por los EP en el extranjero (de forma que el Estado origen de la inversión no sea competente para gravar estas actividades), las pérdidas serán consideradas en el Estado origen de la inversión porque se trata de un aspecto sustantivo que únicamente puede tomarse en consideración a efectos fiscales en este Estado (Deutsche Shell).

En mi modesta opinión, el **TJUE está evolucionando** en sus pronunciamientos hacia el respeto de la materia tributaria de los EM, en un contexto en el que es necesario establecer un **equilibrio entre las libertades fundamentales y el reparto de la potestad tributaria establecida por los EM**.

El ejercicio de las libertades fundacionales en el ámbito comunitario debe ser real pero, ante la ausencia actual de armonización en esta materia, también entra en juego el respeto por la configuración del reparto del poder tributario establecido por los EM. Lo contrario sería dejar en manos de los contribuyentes la opción de trasladar la tributación de beneficios y pérdidas allí donde resulta más ventajoso, provocando incluso situaciones de ausencia de imposición en el ámbito del Impuesto sobre sociedades. Todo ello, aprovechando la aplicación de unas libertades de circulación en un ámbito territorial presidido por una gran heterogeneidad de sistemas tributarios. En este estado de la cuestión, los Estados, a la hora de legislar, se encuentran entre la espada y la pared: por un lado, la inclusión de determinadas ventajas fiscales provoca que los inversores creen entidades en estos territorios, de forma que los imperativos de competitividad exigen el mantenimiento de determinadas ventajas (entre ellos los tipos de gravamen bajos, ya sean nominales o efectivos). Por otro lado, los EM excluyen determinadas ventajas fiscales a la inversión en el extranjero, por motivos presupuestarios y de justicia tributaria<sup>56</sup>.

Lo que resulta evidente en el estado actual de la cuestión es que el TJUE, como legislador en la sombra debe ser consciente de su entidad en la consolidación dogmática del Derecho Tributario Europeo y no dejar tantos flecos hermenéuticos en sus pronunciamientos<sup>57</sup>.

---

56 En sentido contrario, muchos autores critican la solución del TJUE en el caso X Holding y entienden que debería haber fallado sobre la incompatibilidad del régimen holandés en cuanto a la exclusión de entidades no residentes. Entre ellos MAARTEN F. de WILDE afirma que el TJUE ha olvidado el objetivo del Tratado de un Mercado sin fronteras ("On X holding and the ECJ's ambiguous approach towards the proportionality test", *EC tax review*, vol. 19, nº. 4, 2010, pág. 182). A mi juicio, en un contexto de ausencia de armonización, esto supone ponerse claramente del lado de los intereses de los agentes económicos olvidando la justicia tributaria que debe dirigirse a un gravamen societario justo.

57 En este sentido AXEL CORDEWENER ("Cross-Border Loss Relief and the Effet Utile of EU Law: Are We Losing It?", *EC tax Review*, vol. 20, nº. 2, 2011) se pregunta si estamos perdiendo el principio "effet utile" en materia de pérdidas transfronterizas a la vista de que el TJUE ha pasado el balón a los tribunales y legisladores nacionales, pero parece que éstos no saben cómo continuar el partido. En este sentido, se remite al Procedimiento de incumplimiento abierto al RU y a varios ejemplos de los tribunales alemanes, en los que se ponen de relieve las confusiones a la hora de aplicar la doctrina del TJUE.

### 3. Aspectos sustantivos y el poder tributario de los estados miembros

De la mano de los postulados del Derecho Comunitario Originario, interpretados por el TJUE en materia de pérdidas transnacionales y de la repercusión en la potestad del poder tributario de los EM, este último apartado del trabajo pretende concretar desde la **óptica sustantiva del Impuesto sobre Sociedades**, las consecuencias sobre las **posibles actuaciones de los EM sobre la fiscalidad directa en esta materia**.

#### 3.1. Aspectos sustantivos en la traslación de pérdidas y beneficios de una entidad a otra del grupo

Una matriz con filiales internas y comunitarias se encuentra en una situación objetivamente comparable. En consecuencia, una diferencia de trato que suponga una desventaja para la situación comunitaria constituye una restricción a la libertad de establecimiento. Sin embargo, las justificaciones por razones de interés general, tales como la necesidad de preservar el reparto de poder tributario y de evitar evasión fiscal, se advierten con mayor facilidad en estos casos, a la vista de la evolución jurisprudencial del TJUE. En efecto, estamos ante aspectos sustantivos relacionados directamente con la actividad económica realizada fuera del territorio y, en particular, aspectos que son tomados en cuenta a efectos fiscales en el Estado de establecimiento (actividades sujetas en el Estado de la filial por obligación personal de contribuir) a diferencia de lo que ocurre, por regla general con los gastos conexos a la titularidad de una participación. Sin embargo, la restricción no resulta justificada siempre. Por ejemplo, cuando resulta imposible la imputación de la pérdida en el Estado de Establecimiento.

En consecuencia, en la generalidad de estos casos (traslado de pérdidas y beneficios entre entidades del grupo), los EM no están obligados a equiparar la situación interna a la comunitaria, porque la diferencia de trato suele estar justificada por el reparto de poder tributario (son aspectos que de acuerdo a la obligación de contribuir están sujetos en el Estado de Establecimiento).

##### 3.1.1. Pérdidas de filiales no residentes

En primer lugar, con carácter general, el Estado de la matriz no está obligado a conceder a las matrices residentes la posibilidad de imputar las pérdidas de filiales no residentes, mientras que la concede en el ámbito interno. Partiendo de esta premisa, en virtud de la cual los EM de la matriz, con independencia de la existencia de un régimen de grupo nacional, pueden decidir libremente sobre la concesión o la negativa a la imputación de pérdidas de sus filiales foráneas, se llega a la siguiente conclusión, desde la óptica del poder tributario de los EM: **Con carácter general los EM son competentes para regular cualquiera de las siguientes situaciones**, si bien todas ellas son compatibles con el Derecho Comunitario:

- Negar siempre la posibilidad de imputación de pérdidas de filiales (ausencia de cualquier régimen de grupo que admita la compensación de pérdidas). No se produce una diferencia de trato ni, por tanto, una restricción de la libertad de establecimiento. La situación comunitaria y la interna no presentan diferencias en la tributación de la deducibilidad de pérdidas.
- Admitir la imputación tanto si la filial es residente como si no lo es (régimen de compensación de pérdidas intragrupo tanto nacionales como transnacionales). Tampoco se produce una diferencia de trato sino, como en el caso anterior, una equiparación de las situaciones nacionales y transnacionales.

- Admitir de forma limitada cuando se trata de filiales nacionales (régimen de compensación exclusivamente nacional). De acuerdo a la doctrina general Marks & Spencer, estaríamos ante una diferencia de trato desfavorable a la matriz con filial no residente restrictiva de la libertad de establecimiento pero justificada por la necesidad de preservar el reparto de materia tributaria entre los EM; Por tanto, compatible con el Derecho Comunitario.
- Admitir la deducción únicamente cuando se trate de filiales no residentes (régimen de compensación exclusivamente transnacional). En este caso, la diferencia de trato no es desfavorable a la matriz con filiales no residentes y por tanto no supone una restricción a la libertad de establecimiento.

### **3.1.2. Pérdidas “finales” de filiales no residentes**

Excepcionalmente, sin embargo, cuando dichas pérdidas, de filiales no residentes, tienen el carácter de “finales”, el Estado origen de la inversión está obligado a extender la deducibilidad de dichas pérdidas a las matrices con filiales no residentes. Partiendo de esta premisa, y siguiendo el planteamiento de la regla general, podemos afirmar que en materia de pérdidas finales sufridas por las filiales no residentes, los EM origen de la inversión no pueden decidir libremente sobre la concesión o denegación de la deducibilidad de dichas pérdidas. En particular, están obligados a conceder la deducción cuando concurren dos circunstancias: que se trate de pérdidas “finales” y que exista un régimen de compensación de pérdidas finales en el ámbito nacional.

En consecuencia, tres situaciones resultarán siempre compatibles con el Derecho Comunitario:

- El EM podrá negar siempre la imputación de pérdidas finales de filiales (ausencia de cualquier régimen de grupo que admita la compensación de pérdidas); En estos casos, aunque se produzca un pérdida “final” en el Estado de Establecimiento y proceda el “test de imposibilidad” la pérdida no se imputará tampoco en el Estado origen de la inversión porque no existe diferencia de trato y, por tanto, tampoco restricción a la libertad de establecimiento<sup>58</sup>.
- El EM podrá admitir la imputación de pérdidas finales tanto si la filial es residente como si no lo es (régimen de compensación de pérdidas intragrupo tanto nacionales como transnacionales);
- Admitir la imputación de pérdidas finales únicamente cuando se trate de filiales no residentes (régimen de compensación exclusivamente transnacional), lógicamente no provoca una diferencia de trato desfavorable a la matriz con filiales no residentes y por tanto no constituye una restricción de la libertad de establecimiento.

Sin embargo, no resultará compatible con el Derecho Comunitario:

- Admitir de forma limitada cuando se trata de filiales nacionales (régimen de compensación exclusivamente nacional). En esta situación, a pesar de tratarse de una diferencia de trato justificada por razones de interés general, la norma iría más allá del objetivo perseguido y sería contrario al Derecho Comunitario.

Ahora bien, la doctrina comunitaria en torno a la cuestión de las “pérdidas finales” sufridas por las filiales no residentes, a las que el TJUE exige una igualdad de trato con las pérdidas finales en el ámbito interno, ha dejado abiertas varias cuestiones:

---

58 En este sentido ver TOM O ‘SHEA, “The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) -Issues for Member States Opting Out and Third Countries: a critique and some in depth analysis”, mayo 2008).

Entre otros autores, BRUNO da SILVA<sup>59</sup> apunta el problema del ámbito exacto al que se refiere el TJUE cuando habla del “test de imposibilidad” (*no possibilities test*) de imputación en el Estado de la Filial. En particular, señala cuatro interrogantes sobre el qué y el cuándo determina el carácter de “final”, así como el cómo se calcula y el momento en el que deben imputarse:

1. ¿Qué significa “finales”?
2. ¿Cuándo se convierte en “final” una pérdida?
3. ¿Cómo ha de calcularse la pérdida final? ¿ha de recalcularse de acuerdo a las normas del Estado de la Matriz?
4. ¿En qué período impositivo?: ¿en el mismo en que se solicita por la matriz o proporcionalmente en los Períodos impositivos en los que han producido las pérdidas de la filial?

El TJUE está evolucionando en sus pronunciamientos hacia el respeto de la materia tributaria de los EM, en un contexto en el que es necesario establecer un equilibrio entre las libertades fundamentales y el reparto de la potestad tributaria establecida por los EM

Estos interrogantes actualmente ponen de relieve las dificultades de los tribunales internos a la hora de concretar la doctrina sobre pérdidas finales del TJUE<sup>60</sup>.

### 3.1.3. Transferencias de beneficios a entidades del grupo no residentes. ¿y con pérdidas finales?

Otro aspecto sustantivo son las transferencias financieras intra grupo, tratadas en el caso OyAA. En este caso, como se ha resumido supra, se plantea la cuestión del carácter deducible en la Filial de Finlandia (OyAA) por los beneficios transferidos a su matriz en Reino Unido (AA Ltd), a consecuencia de las pérdidas que ésta padece, como ocurriría en el ámbito interno de acuerdo al régimen de transferencias de grupo de la normativa finesa.

De acuerdo a la doctrina del TJUE, en el ámbito de la potestad tributaria de los Estados, éstos pueden decidir libremente sobre la concesión o no de la ventaja fiscal (carácter deducible del beneficio transferido a la filial) a la Filial residente que transfiere beneficios a la matriz para sanear la situación económica de esta última. Y ello con independencia de la existencia en su normativa de un régimen de grupo nacional. Por tanto, en este aspecto sustantivo de los grupos de sociedades, al igual que en el caso de las pérdidas, el Estado de origen de la inversión, en el que reside la matriz, podrá:

59 Esta es la posición de BRUNO da SILVA defendida en el seno del Seminario celebrado el 28 de abril 2010, y organizado por el Amsterdam Centre Tax Law (ACTL) de la Universidad de Amsterdam, sobre la repercusión de la Sentencia X Holding en el régimen de consolidación de los Países Bajos y del Reino Unido (teniendo en cuenta los casos Marks & Spencer), así como en el futuro de la tributación de los grupos de sociedades transfronterizos. El resumen de los aspectos debatidos en este foro académico se encuentra en la publicación del autor “From Marks Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union”, Intertax, Vol. 39/2011, págs. 257-265). En el mismo sentido, ver las consideraciones de Dennis WEBER.

60 PAUL FARMER (en el Seminario “From Marks Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union”, Intertax, Vol. 39/2011, páginas 260 y 261 pone de relieve los grandes interrogantes a los que se están enfrentando los Tribunales británicos en la aplicación de la doctrina Marks & Spencer.

- Negar siempre el carácter deducible de la transferencia financiera entre entidades del grupo (ausencia de cualquier régimen de transferencia financiera).
- Admitir siempre el carácter deducible de la transferencia financiera entre entidades del grupo es (régimen de transferencia financiera con carácter general);
- Admitir el carácter deducible de las transferencias financieras únicamente en el ámbito interno, como ocurre en el caso OyAA (régimen de compensación exclusivamente nacional), ya que la restricción está justificada por el reparto de potestad tributaria y por la necesidad de evitar la evasión fiscal.
- Admitir el carácter deducible únicamente cuando se trate de transferencias financieras a entidades no residentes (régimen de transferencia financiera exclusivamente en el ámbito transnacional)

Ahora bien, como ha apuntado el autor BRUNO da SILVA<sup>61</sup>, en el caso de las transferencias de beneficios a entidades no residentes del grupo, se plantea el problema de si es de aplicación la excepción de la doctrina Marks & Spencer, esto es: en el caso de que la entidad beneficiaria tenga “pérdidas finales”, ¿está obligado el Estado de la entidad ordenante a conceder el carácter deducible de dicha transferencia financiera?

Es claro que, en materia de transferencias financieras a entidades con pérdidas finales, en las situaciones primera, segunda y cuarta anteriores, la regulación sería compatible con el Derecho comunitario (régimen de transferencias eliminado, de aplicación general o exclusivamente para situaciones transnacionales). Sin embargo, el problema se advierte en la tercera situación: negativa a conceder el carácter deducible existente en el ámbito nacional cuando la transferencia financiera se realiza ante las pérdidas finales de la entidad beneficiaria. En este caso ¿estaríamos ante una restricción no compatible con el Tratado cuando la transferencia financiera tenga su causa en las pérdidas “finales” de la entidad beneficiaria? Si es de aplicación la excepción de la doctrina Marks & Spencer, la negativa a conceder a la entidad ordenante la deducibilidad de los beneficios transferidos a una entidad con pérdidas “finales” será una restricción de la libertad de establecimiento no compatible con el Tratado por ir más allá del objetivo legítimo del reparto de potestad tributaria y de evitar la evasión fiscal. Por el contrario, si no es de aplicación el “test de no posibilidad”, dicha negativa constituye una restricción justificada en aplicación de la doctrina general Marks & Spencer en virtud de la cual, la diferencia de trato en el carácter deducible de transferencias financieras está justificada por perseguir un objetivo legítimo de reparto de potestad tributaria. La necesidad de despejar la respuesta sobre esta cuestión dogmática se hace más patente ante la existencia de pronunciamientos de órganos jurisdiccionales internos que, a la hora de interpretar la doctrina Marks & Spencer y su aplicación a las transferencias financieras, están siendo contradictorias<sup>62</sup>.

---

61 BRUNO DA SILVA, “From Marks Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union”, *Intertax*, Vol. 39/2011, pág. 258

62 En este sentido, BRUNO da SILVA hace referencia a dos pronunciamientos internos, de Estados con similar régimen de grupo, que parecen contradictorios a la hora de dar respuesta a este problema. Por un lado, el Tribunal Supremo de Finlandia (KHO 2007/3378 -92-, 31 diciembre 2007) ha considerado que el test de no posibilidad en el Estado de la entidad beneficiaria no era de aplicación al caso y, por tanto, en estas situaciones la restricción también estaría justificada en los mismos términos. Por otro lado, el autor señala otro pronunciamiento, del Tribunal Supremo Sueco en 2009 (Gambro AB, 11 marzo 2009), en el que entiende que es de aplicación la excepción de la doctrina Marks & Spencer en los casos en que la Filial beneficiaria tuviera pérdidas finales con ocasión de la liquidación de la sociedad. En este caso, entiende que la restricción no estaría justificada y debe extenderse la deducibilidad de transferencias financieras en estos casos (BRUNO DA SILVA, “From Marks Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation in the European Union”, *Intertax*, Vol. 39/2011, pág. 258)

### 3.2. Aspectos sustantivos relacionados con las participaciones en sociedades extranjeras. Especial referencia a la depreciación de cartera.

Un residente con participaciones nacionales y extranjeras se encuentra en una situación comparable. En consecuencia, una diferencia de trato que suponga una desventaja para la situación comunitaria constituye una restricción a las libertades fundacionales. Las justificaciones por razones de interés general, tales como la necesidad de preservar el reparto de poder tributario y de evitar evasión fiscal, son más difíciles de aplicar aunque no imposible. En efecto, estamos ante aspectos sustantivos (gastos conexos a la participación), que de acuerdo a la configuración de la obligación de contribuir de los Estados, normalmente únicamente puede tomarse en consideración en el Estado origen de la inversión, ya que son pérdidas relacionadas con la titularidad de la participación.

En consecuencia, en la generalidad de estos casos los EM han de equiparar la situación interna a la comunitaria, salvo que excepcionalmente la diferencia de trato esté justificada por razones de interés general. En consecuencia, con carácter general:

En relación con la Deducción por depreciación de cartera (Rewer y Steko), los EM podrán de acuerdo con los límites de las libertades fundacionales:

- Prohibir con carácter general la deducción por depreciación tanto para participaciones nacionales como participaciones en sociedades situadas en otros EM. No existe diferencia de trato y los Estados son competentes en materia de fiscalidad directa.
- Admitir con carácter general la deducción por depreciación tanto para participaciones nacionales como participaciones en sociedades situadas en otros EM. Tampoco existe diferencia de trato.
- Admitir la deducción únicamente para las participaciones en sociedades extranjeras. En este caso la diferencia de trato no es desfavorable a la situación comunitaria.

Por el contrario, resultará incompatible con el Derecho Comunitario Originaria cualquier diferencia de trato desfavorable para la situación comunitaria, si bien se trata de un aspecto sustantivo que únicamente puede tomarse en consideración en sede del Estado origen de la inversión, y en consecuencia no está justificada por la necesidad de preservar el reparto de poder tributario:

- Prohibir la deducción por depreciación cuando se trate de participaciones en sociedades situadas en otro EM, mientras que se admite en situaciones nacionales

En el mismo sentido, cabe concluir la situación de los Gastos financieros asociados a la participación (Bosal y Keller).

Excepcionalmente, sin embargo, pueden existir gastos conexos a la participación en los que una diferencia de trato en la situación comunitaria resulte justificada por razones de interés general. Véase por ejemplo, el caso Glaxo Wellcome<sup>63</sup>, en el que la exclusión de la depreciación de la participación, con ocasión de un reparto de dividendos, cuando la adquisición de la participación se ha realizado a un tenedor no residente, está justificada por

63 Sentencia de 17 de septiembre de 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08 (en adelante Glaxo)

Están obligados a conceder la deducción cuando concurren dos circunstancias: que se trate de pérdidas “finales” y que exista un régimen de compensación de pérdidas finales en el ámbito nacional

el reparto de poder tributario de los Estados y por la necesidad de evitar la evasión fiscal.

En este sentido, a la vista del razonamiento jurídico del TJUE sobre la justificación de la evasión fiscal en el caso *Rewe*, podría admitirse una diferencia de trato compatible con el Derecho Comunitario, en materia de deducción por depreciación, cuando específicamente se dirigiera a evitar la evasión fiscal, de forma que excluyera la aplicación de la

ventaja fiscal únicamente en los casos de montajes artificiales dirigidos a la evasión fiscal, y la permitiera en el resto de casos. En concreto, una regulación que excluyera la deducción únicamente en un supuesto cuya finalidad es la evasión fiscal (transferencia de actividades generadoras de pérdidas a otros EM, por parte de las matrices residentes, con el objetivo de reducir su Beneficio imponible en sede de la matriz). Sin embargo, en el ámbito de la libre circulación de capitales no parece que este objetivo específico tenga sentido dado que el accionista, en principio, no tiene ninguna capacidad de decisión sobre la creación de entidades en el extranjero, y sería más difícil la regulación de una diferencia de trato justificada por la necesidad de evitar la evasión fiscal.

A estas conclusiones se llegan siempre que partamos, como ya he afirmado supra, de que la Sentencia *X Holding* no ha supuesto un cambio de criterio jurisprudencia de la Sentencia *Marks & Spencer*, sino que la complementa. Por tanto, respecto del resto de aspectos sustantivos de los regímenes de consolidación fiscal habrá que ir caso por caso para determinar si una diferencia de trato resulta compatible con el Derecho Comunitario. A estos efectos, las pautas dogmáticas de la Jurisprudencia comunitaria alumbran cómo serán los próximos pronunciamientos: serán compatibles, si la diferencia de trato constituye una restricción justificada por el reparto de poder entre los EM. No serán compatibles cuando, a pesar de estar justificada por razones de interés general, se trata de un aspecto sustantivo en el que es de aplicación el test de imposibilidad en el Estado de establecimiento y por tanto la diferencia de trato resultaría desproporcionada al objeto que persigue. Tampoco serán compatibles, cuando la diferencia de trato se produzca en relación con un aspecto sustantivo que únicamente puede tomar en consideración el Estado origen de la inversión, de acuerdo a la configuración concreta de la obligación de contribuir.

#### 4. Conclusiones

En primer lugar, y en mi modesta opinión, del análisis de la doctrina del TJUE sobre la tributación de las pérdidas transnacionales a la luz del TFUE, y de su incidencia en el poder tributario de los EM, se desprenden tres conclusiones generales:

1. La Sentencia *X Holding* tiene un carácter continuista en relación con la doctrina *Marks & Spencer* y, por tanto, no constituye un cambio de criterio respecto de la jurisprudencia precedente del TJUE (principio “per element approach”). En consecuencia, actualmente sigue siendo la doctrina *Marks & Spencer* el paradigma dogmático sobre el que giran el resto de pronunciamientos en la materia. Así, es posible afirmar que, por un lado, a la vista de las cuestiones abiertas en la jurisprudencia comunitaria, el TJUE aún debe dar respuesta a la cuestión de compatibilidad de muchos aspectos sustantivos de los regímenes de consolidación fiscal interno. Por otro lado, el hecho de que *X Holding* no suponga un cambio jurisprudencial acarrea el mantenimiento de los interrogantes sobre la compatibilidad del régimen español que excluye en el régimen de consolidación fiscal las pérdidas finales de filiales en el extranjero.

2. Partiendo de esta premisa básica, la doctrina del TJUE en esta materia, a la hora de fijar los límites al poder tributario de los EM, se caracteriza por dos razonamientos jurídicos básicos en función del aspecto sustantivo objeto de controversia. En concreto, a mi juicio, desde la óptica del Estado origen de la inversión:

Estamos ante aspectos sustantivos (gastos conexos a la participación), que de acuerdo a la configuración de la obligación de contribuir de los Estados, normalmente únicamente puede tomarse en consideración en el Estado origen de la inversión, ya que son pérdidas relacionadas con la titularidad de la participación

- › (Compatibilidad Limitada) Las diferencias de trato desfavorables a situaciones comunitarias, sobre aspectos sustantivos relacionados con las pérdidas sufridas por las filiales en el extranjero, constituyen restricciones a la libertad de establecimiento que:
  - Por regla general, resultan compatibles con el Derecho Comunitario al estar justificadas por el reparto de poder tributario y por la necesidad de evitar la evasión fiscal. Se trata de aspectos sustantivos que son tomados en cuenta por el Estado de Establecimiento en el que se desarrolla la actividad que ha provocado las pérdidas y los beneficios (Marks & Spencer, X Holding, OyAA, Lidl Belgium).
  - Excepcionalmente, no resultan compatibles con el Derecho Comunitario, en aquellos casos en que, no resulten justificados por el reparto de poder tributario o, a pesar de estar justificadas por el reparto de poder tributario entre los EM y por la necesidad de evitar la evasión fiscal, resulta desproporcionada por ir más allá del objetivo legítimo que persigue la diferencia de trato. Este es el caso de las pérdidas “finales” sufridas por filiales extranjeras, cuando resulta totalmente imposible su imputación en el Estado de Establecimiento (Marks & Spencer, Lidl Belgium).
- › (Incompatibilidad limitada) Las diferencias de trato desfavorables a situaciones comunitarias, sobre aspectos sustantivos relacionados con los diferentes gastos conexos a la participación en sociedades extranjeras, constituyen restricciones a la libertad de establecimiento y/o libre circulación de capitales que:
  - Por regla general, resultan incompatibles con el Derecho Comunitario, en tanto no están justificadas por la necesidad de salvaguardar el reparto de poder tributario establecido por los EM y de evitar la evasión fiscal. Se trata de aspectos sustantivos que, de acuerdo a la configuración de los sistemas tributarios, únicamente puede tomar en consideración el Estado origen de la inversión. En consecuencia, no resulta compatible por regla general la exclusión de ventajas fiscales internas para las participaciones en el extranjero, tales como la deducción por depreciación (amortización del valor de la participación) (Rewe, Steko), la deducibilidad de los gastos de financiación de la participación (Bosal, Keller) o la deducibilidad por pérdidas en el cambio de divisa (Deutsche Shell).
  - Excepcionalmente, resultan compatibles con el Derecho Comunitario, de manera que los EM no están obligados a extender la ventaja fiscal a la situación comunitaria, determinadas restricciones

que, a la vista del sistema tributario, están justificadas por el reparto de poder tributario entre EM y por la necesidad de evitar la evasión fiscal, siempre que no vayan más allá del objetivo legítimo que persigue (Glaxo Wellcome).

En todo caso, el contexto de incertidumbre normativa que se pone de relieve con la Jurisprudencia del TJUE, exige que una materia de tanta trascendencia práctica y recaudatoria, como es la tributación de los grupos de sociedades por el Impuesto sobre Sociedades, pueda aclararse en los próximos tiempos y, en este sentido sea el Derecho Comunitario Derivado el que solucione la cuestión y deje al TJUE resolver otras cuestiones que no puedan resolverse por la vía de la armonización positiva. En particular, esperemos que la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades<sup>64</sup> vea la luz y se produzca un primer gran paso hacia la armonización del Impuesto, por la vía del Derecho Derivado, permitiendo al TJUE hacer su trabajo hermenéutico cuando sea necesario, y que deje de ser el legislador en la sombra del Impuesto sobre Sociedades en el ámbito de la UE. Mientras tanto, seguiremos a la expectativa de lo que diga el TJUE sobre los límites del Tratado al poder tributario en materia de Impuesto sobre Sociedades.

---

64 (BICCS), Bruselas 16.03.2011 COM (2011) 121 final, 2011/0058 (CNS).

5. Anexo. Tabla resumen

Algunas de las sentencias del TJUE en materia de pérdidas transnacionales

I. Pérdidas de filiales no residentes

| Sentencia                                                                                                                                        | Tributo y aspecto sustantivo controvertido                                                                                                                                                                               | Hechos y diferencia trato interna                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Decisión del TJUE                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>S. 13 diciembre 2005</b><br><b>C-446/03</b><br><b>MARKS &amp; SPENCER plc</b><br><b>v</b><br><b>David Halsey</b><br><b>Reino Unido</b>        | I. Sociedades. BI.<br>Régimen de Grupo.<br>Régimen especial de pérdidas (Consolidación Fiscal)<br><br>Pérdidas de Filiales UE<br><br>Pérdidas Finales de Filiales UE<br><br>Carácter deducible en el Estado de la Matriz | Matriz en Reino Unido Marks & Spencer.<br>En 2001, ante el aumento de pérdidas en continente europeo, cede a terceros la Filial francesa y las demás Filiales, entre ellas las de Bélgica y Alemania, cesan por completo su actividad comercial. La Matriz Marks & Spencer en RU solicita la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por sus filiales en Francia, Bélgica y Alemania durante cuatro ejercicios<br><br>Aplicación del Régimen de Consolidación únicamente a entidades residentes.<br>Exclusión de pérdidas de Filial extranjera, por no producirse en el RU | Restricción de la libertad de establecimiento<br><br>Justificada por reparto de poder tributario<br><br>Evitar el riesgo de duplicidad de pérdidas y la evasión fiscal<br><br>Desproporcionada cuando se trata de pérdidas finales<br><br>(Test de imposibilidad de imputación en el Estado de la Filial). Acreditación por la matriz<br><br>Compatibilidad con límites |
| <b>S. 18 julio 2007</b><br><b>C-231/05</b><br><b>Oy AA.</b><br><b>Finlandia</b>                                                                  | I. Sociedades. BI. Régimen Grupo. Régimen de Transferencias financieras de Grupo<br><br>Transferencia financiera de Filial a Matriz no Residente<br><br>Carácter Deducible en la Entidad Ordenante                       | La Sociedad finesa OyAA realiza una transferencia de beneficios a su matriz AA Ltd en Reino Unido, con el fin de sanear la situación económica de ésta.<br><br>Régimen de Transferencia Financiera de Grupo. Aplicación cuando ordenante y beneficiaria son residentes. Exclusión del carácter deducible cuando la entidad beneficiaria no es residente                                                                                                                                                                                                                          | Restricción a la libertad de establecimiento<br><br>Justificada por la necesidad de preservar el reparto de poder tributario entre EM y prevenir la evasión fiscal<br><br>Riesgo de duplicidad de pérdidas. No relevante<br><br>Compatible                                                                                                                              |
| <b>S. de 25 febrero 2010</b><br><b>C-337/08</b><br><b>X HOLDING BV</b><br><b>v</b><br><b>TAATSSECREARIS VAN FINANCIËN</b><br><b>Países Bajos</b> | I. Sociedades. BI. Régimen Grupo. Unidad fiscal<br><br>Pérdidas de Filiales UE<br><br>Carácter deducible en el Estado de la Matriz                                                                                       | Matriz X Holding residente en Países Bajos con Filial F en Bélgica (participada al 100%) solicita la Unidad Fiscal para poder compensar las pérdidas sufridas por la Filial F belga en su BI<br><br>Aplicación del Régimen de consolidación fiscal únicamente a entidades residentes.<br>Exclusión de deducción de pérdida de Filial extranjera                                                                                                                                                                                                                                  | Restricción de la Libertad de establecimiento<br><br>Justificada por la necesidad de preservar el reparto de poder tributario de los EM<br><br>Compatible                                                                                                                                                                                                               |

II. Pérdidas en matriz por depreciación de participación en filiales no residentes

| Sentencia                                                                                                                                         | Tributo y aspecto sustantivo controvertido                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Hechos y diferencia trato interna                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Decisión del TJUE                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>S. 22 de enero 2009</b><br/><b>C-377/07</b><br/><b>FINANZAMT SPEYER</b><br/><b>v</b><br/><b>STEKO</b><br/><b>Alemania</b></p>               | <p>I. Sociedades. BI<br/>Pérdidas de Matriz.<br/>Depreciación de participación en Filial No Residente (amortización parcial del valor de la participación)<br/><br/>Carácter deducible en el Estado de la Matriz<br/><br/>Diferencia de trato de trato en período transitorio limitado en el tiempo, de adaptación de la norma interna a la comunitaria (2001)</p> | <p>Sociedad alemana STEKO titular de participaciones inferiores al 10% en entidades no residentes solicita la deducción por depreciación de sus participaciones (caída en cotización de participaciones en entidades no residentes)<br/><br/>Norma interna en 2001 Depreciación de participaciones. Deducible en participaciones nacionales y No deducible en participaciones extranjeras.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | <p>Restricción a la Libre circulación de capitales<br/><br/>No justificación:<br/><br/>Coherencia fiscal<br/><br/>Margen de maniobra de EM para regular conforme al dcho comunitario<br/><br/>Eficacia de Control fiscal<br/><br/>Incompatible</p>                                                       |
| <p><b>S. 29 marzo 2007</b><br/><b>C-347/04</b><br/><b>REWE ZENTRALFINANZ</b><br/><b>v</b><br/><b>FINANZAMT KÖLN-MITTE</b><br/><b>Alemania</b></p> | <p>I. Sociedades. BI<br/>Pérdidas de Matriz.<br/>Depreciación de Participación en Filial No Residente<br/><br/>Carácter deducible en el Estado de la Matriz</p>                                                                                                                                                                                                    | <p>La sociedad alemana REWE propietaria en su totalidad de su Filial en Holanda KTH. KTH participa al 100% en TI Holding, una sociedad de cartera que adquiere el 100% de GTF en Reino Unido y el 36% de Travelplan en España. Como consecuencia de la caída en la cotización en bolsa, REWE computó como gasto deducible la amortización parcial del valor de su participación en su Filial KTH en Holanda y el ajuste de valor sobre créditos relativos a las dos Filiales de su subfilial<br/><br/>Norma interna 1993 y 1994: Depreciación de participaciones: Deducible para participaciones en entidades residentes u para participaciones en entidades no residentes con carácter limitado.</p> | <p>Restricción a la libertad de establecimiento<br/><br/>No justificación:<br/><br/>Reparto poder tributario EM<br/><br/>Riesgo duplicidad pérdidas<br/><br/>Evitar la evasión fiscal<br/><br/>Eficacia Controles fiscales<br/><br/>Coherencia fiscal<br/><br/>Territorialidad<br/><br/>Incompatible</p> |

