



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NIILLO JÄÄSKINEN  
presentadas el 24 de octubre de 2013<sup>1</sup>

**Asunto C-80/12**

**Felixstowe Dock and Railway Company Ltd,  
Savers Health and Beauty Ltd,  
Walton Container Terminal Ltd,  
WPCS (UK) Finance Ltd,  
AS Watson Card Services (UK) Ltd,  
Hutchison Whamoa (Europe) Ltd,  
Kruidvat UK Ltd,  
Superdrug Stores plc**

**contra**

**The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el First-Tier Tribunal (Tax Chamber) (Reino Unido)]

«Interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE — Libertad de establecimiento —

Legislación tributaria — Impuesto sobre sociedades — Deducción del impuesto — Solicitud de deducción de pérdidas de las empresas del consorcio (deducción de consorcio) — Legislación nacional que excluye la transferencia de pérdidas dentro del territorio nacional por una sociedad del consorcio a otra sociedad perteneciente a un grupo de empresas a la que pertenece una «sociedad de enlace» que es también miembro del consorcio — Requisito de residencia impuesto a la sociedad de enlace — Discriminación por razón del lugar del domicilio social — Sociedad matriz que controla en última instancia, situada en un país tercero — Vínculos societarios que implican a países terceros»

## I. Introducción

1. En el Reino Unido, una empresa puede transferir pérdidas a efectos fiscales a otra empresa con la que la unan vínculos societarios. La remisión del First-Tier Tribunal (Tax Chamber) se refiere principalmente a la cuestión de si existe una restricción de la libertad de establecimiento a efectos del Derecho de la Unión en caso de que no se permita tal cesión de las pérdidas cuando la sociedad que actúa como enlace entre i) la sociedad que cede las pérdidas y ii) la sociedad que las recibe reside en otro Estado miembro. El órgano jurisdiccional nacional pregunta también si, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, cambia algo la situación si el enlace entre las sociedades implica a sociedades de países terceros.

<sup>1</sup> — Lengua original: inglés.

2. El régimen de consolidación fiscal en el Reino Unido permite la cesión de pérdidas entre distintas sociedades dentro de un grupo<sup>2</sup> y/o consorcio,<sup>3</sup> lo que facilita la utilización óptima de dichas pérdidas con fines tributarios sin que ello implique, empero, la consolidación del grupo o consorcio en una sola entidad económica a efectos fiscales.<sup>4</sup>

3. Una vez más, el Tribunal de Justicia se enfrenta a la cuestión de si es compatible con la libertad de establecimiento la exclusión de ciertos sujetos pasivos del régimen de consolidación fiscal del Reino Unido. En el asunto ICI, la exclusión afectó a una sociedad matriz nacional que operaba principalmente mediante filiales en el extranjero, mientras que en el asunto Marks & Spencer se trataba de filiales extranjeras, y en el asunto Philips Electronics UK se trataba del establecimiento permanente en el Reino Unido de una sociedad residente en otro Estado miembro.<sup>5</sup>

4. A primera vista pudiera parecer que la novedad del presente asunto consiste en que los vínculos societarios implican a países terceros y que la sociedad matriz que controla en última instancia<sup>6</sup> es residente en un país tercero. Sin embargo, en último término, esa cuestión podía no ser decisiva para valorar en el presente caso la conformidad de la legislación del Reino Unido con el Derecho de la Unión.

5. Además, si estamos ante una cuestión de Derecho de la Unión, en parte depende de las premisas de hecho relativas a la existencia de una práctica habitual en el Reino Unido conforme a la cual normalmente se paga una contraprestación cuando las sociedades se ceden pérdidas entre sí. Esto es así porque el presente caso se basa en la presunción de que una sociedad transferente se va a ver perjudicada si no puede transferir las pérdidas a las sociedades solicitantes a cambio de una contraprestación. Dicha desventaja económica sólo se verificará si la sociedad transferente sufre un perjuicio de tesorería a causa de su imposibilidad de capitalizar las pérdidas inmediatamente sin tener que esperar a futuros ejercicios. En cambio, si la cesión de las pérdidas se produjese sin contraprestación, toda desventaja derivada de la legislación del Reino Unido sólo afectaría al conjunto del grupo, y no a la sociedad transferente.

## II. Legislación nacional, hechos, procedimiento y cuestiones planteadas

### A. Legislación del Reino Unido

6. Las disposiciones nacionales aplicadas en el procedimiento principal se encuentran en la Income and Corporation Taxes Act 1988 (Ley del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre sociedades de 1988; en lo sucesivo, «ICTA»).

7. El «grupo de sociedades» se define de la siguiente manera en el artículo 413, apartado 3, de la ICTA: se considera que dos sociedades pertenecen a un grupo si una es filial de la otra en un 75 % o si ambas son filiales de una tercera sociedad en un 75 %.

2 — En el presente contexto, un grupo de sociedades es un conjunto de sociedades matrices y subsidiarias que funciona como una entidad económica con una fuente de control común.

3 — En general, se puede describir un consorcio como una asociación de dos o más sociedades cuyo objetivo es participar en una actividad común o unificar sus recursos a fin de lograr un objetivo común. Sin embargo, con arreglo a la legislación tributaria del Reino Unido, la existencia de un consorcio depende de que se cumpla un cierto umbral de participación definido, sin ningún requisito de objetivos comunes.

4 — Véanse las conclusiones del Abogado General Poiars Maduro presentadas el 7 de abril de 2005 en el asunto Marks & Spencer (sentencia de 13 de diciembre de 2005, C-446/03, Rec. p. I10837), punto 17.

5 — Sentencias de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695); Marks & Spencer, citada en la nota 4, y de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11).

6 — En el presente asunto es preciso distinguir entre los conceptos de sociedad matriz común más baja y sociedad matriz que controla en última instancia. La primera se puede describir como sigue: la sociedad C es la *sociedad matriz común más baja* respecto a las sociedades A y B si A y B son sus filiales directas o indirectas y la sociedad C no tiene ninguna filial D que sea sociedad matriz tanto de A como de B. La sociedad matriz que controla en última instancia de un grupo de empresas es una sociedad que es matriz directa o indirecta de todas las sociedades del grupo pero que ella misma no es filial de ninguna otra.

8. La ICTA prevé dos formas de consolidación fiscal: la solicitud de consolidación fiscal de las empresas de un grupo (como sucedía en el asunto Marks & Spencer) y la solicitud de consolidación fiscal de un consorcio («desgravación de consorcio») (como sucedía en los asuntos ICI y Philips Electronics UK y en el presente asunto).

9. Con arreglo al artículo 402 de la ICTA, la deducción de las pérdidas de explotación y de otros importes deducibles del impuesto sobre sociedades pueden ser cedidos por una sociedad («sociedad cedente») y, al ser presentada una solicitud por otra sociedad («sociedad solicitante»), se le puede permitir a ésta su deducción del impuesto de sociedades, lo que se denomina «consolidación fiscal». El apartado 3 de dicha disposición establece que, al presentarse la llamada «solicitud de consorcio», también es posible la consolidación fiscal en el caso de una sociedad cedente y una sociedad solicitante en que, por ejemplo, una de ellas pertenezca a un grupo de sociedades y la otra sea propiedad de un consorcio y una tercera sociedad pertenezca tanto al grupo como al consorcio.

10. Con arreglo al artículo 402, apartado 3A, de la ICTA, no es posible la consolidación fiscal salvo que el requisito establecido en el apartado 3B, es decir, que sea una sociedad residente en el Reino Unido o una sociedad no residente que desarrolle una actividad mercantil en el Reino Unido por medio de un establecimiento permanente, se cumpla tanto en la sociedad cedente como en la solicitante.

11. El artículo 406, apartado 1, de la ICTA contiene tres definiciones. «Sociedad de enlace» es una sociedad que pertenece simultáneamente a un consorcio y a un grupo de empresas. «Sociedad del consorcio», en relación con una sociedad de enlace, es una sociedad propiedad del consorcio del que la sociedad de enlace es miembro. «Miembro del grupo», en relación con una sociedad de enlace, es una sociedad que es miembro del mismo grupo que la sociedad de enlace pero no del consorcio del que la sociedad de enlace es miembro.

12. Con arreglo al artículo 406, apartado 2, de la ICTA, «en los supuestos en que [...] la sociedad de enlace pueda formular una solicitud de consorcio por una pérdida u otro importe deducible de un ejercicio contable pertinente de una sociedad miembro del consorcio, un miembro del grupo podrá formular cualquier solicitud de consorcio que hubiera podido formular la sociedad de enlace», que corresponde a una parte igual de las pérdidas cedidas que si la sociedad de enlace fuera la sociedad solicitante.

13. La consecuencia derivada de una interpretación conjunta de los artículos 402, apartados 3A y 3B, y 406, apartado 2, es que, a efectos de la desgravación de consorcio, la sociedad de enlace debe ser una sociedad residente en el Reino Unido o una sociedad no residente que desarrolle una actividad mercantil en el Reino Unido por medio de un establecimiento permanente. En otras palabras, tanto la sociedad de enlace como la sociedad cedente y la solicitante deben estar sujetas al impuesto sobre sociedades del Reino Unido.

#### *B. El grupo de empresas y el consorcio*

14. En el presente caso, Felixstowe Dock and Railway Company Ltd y otros son las «sociedades solicitantes».<sup>7</sup> Todas ellas pertenecen al grupo Hutchison Whampoa, cuya sociedad matriz que controla en última instancia es Hutchison Whampoa Ltd, una sociedad constituida y residente en Hong Kong que indirectamente posee el 100 % de las acciones de las sociedades solicitantes.<sup>8</sup>

7 — Las sociedades solicitantes son: Felixstowe Dock and Railway Company Ltd, Savers Health and Beauty Ltd, Walton Container Terminal Ltd, WPCS (UK) Finance Ltd, AS Watson Card Services (UK) Ltd, Hutchison Whampoa (Europe) Ltd, Kruidvat UK Ltd y Superdrug Stores plc.

8 — Las entidades relevantes entre Hutchison Whampoa Ltd y las sociedades solicitantes eran diversas sociedades matrices intermedias establecidas fuera de la UE/EEE (Hong Kong o Islas Vírgenes Británicas) y en la UE (Reino Unido o Países Bajos).

15. Hutchison 3G UK Ltd es la «sociedad cedente». Estaba participada al 100 % por Hutchison 3G UK Holdings Ltd.

16. Hutchison 3G UK Holdings Ltd era la *sociedad del consorcio*. Durante el período relevante, Hutchison 3G UK Holdings Ltd era propiedad de un consorcio formado por Hutchison 3G UK Investments Sàrl, una sociedad del grupo Hutchison Whampoa constituida y residente en Luxemburgo (50,1 %), otras tres sociedades del grupo Hutchison Whampoa constituidas y residentes en las Islas Vírgenes Británicas (en conjunto, el 14,9 %) y otras dos sociedades ajenas al grupo Hutchison Whampoa (20 % y 15 %, respectivamente).

17. Hutchison 3G UK Investments Sàrl era la «sociedad de enlace», que hacía de conexión entre el grupo y el consorcio. Estaba participada íntegramente por Hutchison Europe Telecommunications Sàrl, una sociedad constituida y residente en Luxemburgo.<sup>9</sup> Ambas sociedades eran filiales indirectas al 100 % de Hutchison Whampoa Ltd. Otros vínculos que unen a la sociedad de enlace con Hutchison Whampoa Ltd pasan por diversas sociedades matrices intermediarias constituidas y residentes en Luxemburgo y fuera de la UE/EEE (Hong Kong, Islas Vírgenes Británicas e Islas Caimán).

### C. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

18. La sociedad cedente desarrollaba actividades como operador de telefonía móvil, e incurrió en gastos considerables para el establecimiento de su sistema, lo que la llevó a sufrir grandes pérdidas en sus primeros años de actividad. Durante el período controvertido, a los efectos del artículo 406, apartado 1, letra b), de la ICTA, la sociedad cedente era propiedad de la sociedad del consorcio según se ha descrito.

19. Las sociedades solicitantes, al haber generado beneficios durante el mismo período, pretendieron utilizar las pérdidas de la sociedad cedente. Según la resolución de remisión, la sociedad cedente tenía derecho, de conformidad con un acuerdo existente en el seno del grupo Hutchison Whampoa, a percibir 30 peniques por cada libra de pérdidas cedida. Las sociedades solicitantes eran «miembros del grupo» en el sentido del artículo 406, apartado 1, letra c), de la ICTA, pues eran filiales indirectas de Hutchison Whampoa Ltd, que poseía en ellas una participación no inferior al 75 %.<sup>10</sup>

20. Las sociedades demandantes solicitaron la desgravación de consorcio con arreglo a los artículos 402, apartado 3, y 406 de la ICTA, solicitudes que fueron desestimadas porque la sociedad de enlace (que no intervenía en modo alguno directamente en el procedimiento) no era residente en el Reino Unido, sino en Luxemburgo. Se consideró que no podía transmitir el derecho a solicitar la desgravación del consorcio a otro miembro del grupo con arreglo al artículo 406, apartado 1, de la ICTA porque no podía formular ella misma tal solicitud, debido a la exclusión prevista en el artículo 402, apartado 3B.

21. Tras remitir el asunto al First-Tier Tribunal (Tax Chamber), éste decidió suspender el procedimiento y remitir las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) En un supuesto en el que:

- a) las disposiciones de un Estado miembro (como el Reino Unido) permiten que una sociedad (en lo sucesivo, «la sociedad solicitante») solicite la consolidación fiscal por las pérdidas de una sociedad propiedad de un consorcio empresarial (en lo sucesivo, «sociedad del

9 — Posteriormente (23 de junio de 2005), un miembro del grupo Hutchison Whampoa adquirió estas dos últimas sociedades, de manera que Hutchison 3G UK Holdings Ltd se integró por su parte en el grupo en el sentido del artículo 413, apartado 3, letra a), de la ICTA.

10 — Con arreglo al artículo 413, apartado 3, de la ICTA.

consorcio») a condición de que una sociedad miembro del mismo grupo de empresas que la sociedad solicitante sea también miembro de dicho consorcio (en lo sucesivo, «sociedad de enlace»), y

- b) la sociedad matriz del grupo de empresas (que no es ni la sociedad solicitante, ni la sociedad del consorcio, ni la sociedad de enlace) no tiene la nacionalidad del Reino Unido ni de ningún otro Estado miembro,

¿se oponen los artículos 49 TFUE y 54 TFUE (anteriormente, artículos 43 CE y 48 CE) al requisito de que la «sociedad de enlace» sea una sociedad residente en el Reino Unido o desarrolle una actividad mercantil en el Reino Unido a través de un establecimiento permanente en dicho país?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿está obligado el Reino Unido a dar una solución jurídica a la sociedad solicitante (por ejemplo, permitiéndole deducir las pérdidas de la sociedad del consorcio) en un supuesto en el que:
  - a) la «sociedad de enlace» ha ejercido su libertad de establecimiento pero la sociedad del consorcio y las sociedades solicitantes no han ejercido ninguna de las libertades protegidas por el Derecho europeo;
  - b) el vínculo o vínculos entre la sociedad cedente y la sociedad solicitante son unas sociedades de las cuales no todas están establecidas en la UE/EEE?»

22. Presentaron observaciones escritas Felixstowe Dock and Railway Company y otros, los Gobiernos alemán, francés, neerlandés y del Reino Unido y la Comisión Europea. El 3 de septiembre de 2013 se celebró una vista en que formularon observaciones orales todas esas partes salvo el Gobierno francés.

### III. Análisis jurídico

#### A. Observaciones preliminares

23. Las dos cuestiones remitidas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren a la libertad de establecimiento. Yo voy a basar mi análisis en los artículos 43 CE y 48 CE, pues los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no son aplicables, *ratione temporis*, a los hechos sobre los que versa el procedimiento principal.

24. Para realizar este análisis voy a tratar las dos cuestiones al mismo tiempo. En esencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en primer lugar, si en una situación como la del procedimiento principal los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a la exigencia de que, a los efectos del régimen de desgravación del consorcio, la sociedad de enlace bien sea residente en el Reino Unido o bien desarrolle una actividad mercantil en el Reino Unido por medio de un establecimiento permanente. En segundo lugar, interroga si dichos artículos se oponen a que un Estado miembro exija que la sociedad matriz común más baja dentro de un grupo de empresas a las que pertenecen la sociedad de enlace y las sociedades que reciben las pérdidas a efectos fiscales pertenezca a un Estado miembro o a un Estado del EEE, o que las conexiones entre la sociedad de enlace y las sociedades que reciben las pérdidas a efectos fiscales sean únicamente sociedades que cumplan esa condición. Por último, desea saber si, en caso de que la legislación del Reino Unido sea contraria a la libertad de establecimiento, se ha de conceder a las sociedades solicitantes un recurso como la desgravación fiscal de consorcio.

25. Debe quedar claro desde el principio que este asunto no se refiere al reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros, aunque, según evidencian las observaciones de los Gobiernos alemán y francés, hay cierto temor de que el resultado del presente procedimiento ponga en entredicho su competencia para cobrar impuestos a los grupos internacionales de sociedades controlados por sociedades matrices de países terceros.

26. En realidad, el presente asunto trata de la transferencia de pérdidas desde una sociedad del Reino Unido sujeta al impuesto sobre sociedades de dicho país, con el objeto de compensarlas con los beneficios obtenidos por otra sociedad del Reino Unido también sujeta allí al mismo impuesto. Por lo tanto, el problema no es la cesión transfronteriza de pérdidas entre sociedades residentes en distintos Estados miembros, lo que sí suscitaría la cuestión del reparto de la facultad tributaria, como sucedió en los asuntos *National Grid Indus*<sup>11</sup> y *Philips Electronics UK*.<sup>12</sup> El presente asunto trata sólo de si la cesión de pérdidas de una sociedad del Reino Unido a otro miembro del consorcio puede someterse al requisito, para poder optar a la desgravación de consorcio, de que la *sociedad de enlace* sea una sociedad del Reino Unido o tenga un establecimiento permanente en dicho país.

27. A este respecto resulta útil hacer referencia a las tres fases de desarrollo de la legislación del Reino Unido sobre la consolidación fiscal. Hasta el 1 de abril de 2000 (es decir, antes del período aquí relevante), no se admitía la solicitud de consolidación fiscal entre dos sociedades hermanas si su sociedad matriz no era residente en el Reino Unido. Sin embargo, desde el 1 de abril de 2000 (período relevante para el presente procedimiento) las sociedades pertenecientes al mismo grupo pueden transferirse pérdidas entre sí, independientemente del lugar de residencia de su sociedad matriz. En consecuencia, si el grupo *Hutchison Whampoa* hubiese poseído (indirectamente) al menos el 75 % de la sociedad cedente en el período de autos en lugar del 65 % que poseía realmente, no habría habido óbice para que las sociedades solicitantes utilizaran las pérdidas de la sociedad cedente, pues ésta habría sido miembro del grupo con arreglo al artículo 402, apartados 1 y 2, de la ICTA. En 2010, tras el período de autos, se modificó la legislación del Reino Unido en materia de consolidación fiscal mediante la *Corporation Tax Act 2010* (Ley del impuesto sobre sociedades de 2010), permitiendo que una sociedad establecida en la UE/EEE hiciera de sociedad de enlace. Sin embargo, la nueva normativa exige que la sociedad de enlace y las sociedades solicitantes sean miembros del mismo grupo sin la intermediación de sociedades ajenas a la UE/EEE.

28. En consecuencia, si el Tribunal de Justicia considerase que se trata de una restricción prohibida de las libertades fundamentales, la legislación relevante del Reino Unido no podría justificarse apelando a la necesidad de preservar el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros. Y tampoco se podría invocar la cohesión del régimen fiscal, en vista de la evolución legislativa antes descrita, que ha hecho posible la consolidación fiscal independientemente de la nacionalidad de la sociedad matriz o de las sociedades del grupo salvo la cedente y las solicitantes. De hecho, el Reino Unido no alega ninguna justificación para la legislación nacional modificada, ya que, a su parecer, los hechos de autos no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.<sup>13</sup>

29. Cabe señalar que, conforme a la jurisprudencia, aunque los impuestos directos son competencia de los Estados miembros, dicha competencia no se puede ejercer en contra del Derecho de la Unión ni, más en concreto, de las libertades fundamentales establecidas en los Tratados. Tal como ha observado la Abogado General Kokott, los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión, no están en

11 — Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (C-371/10, Rec. p. I-12273), apartado 45.

12 — Asunto citado en la nota 5, apartado 23. Otros asuntos sobre el reparto de la facultad tributaria son, por ejemplo, los de las sentencias *Marks & Spencer*, citada en la nota 4, apartado 45; de 15 de mayo de 2008, *Lidl Belgium* (C-414/06, Rec. p. I-3601), apartado 31; de 25 de febrero de 2010, *X Holding* (C-337/08, Rec. p. I-1215), apartado 28, y de 21 de febrero de 2013, *A Oy* (C-123/11), apartado 23.

13 — En cambio, el Gobierno neerlandés considera que existe una restricción de la libertad de establecimiento que está justificada.

principio obligados a prever en su normativa referente al impuesto sobre sociedades la deducción de pérdidas mediante consolidación fiscal, pues la configuración del régimen tributario corresponde a cada Estado miembro. Pero si se prevé un derecho así, éste debe ser regulado de conformidad con las libertades fundamentales del Derecho de la Unión, especialmente la libertad de establecimiento.<sup>14</sup>

### *B. Funcionamiento del régimen de consolidación fiscal*

30. En términos económicos, la consolidación fiscal como la que se aplica en el Reino Unido permite a la sociedad cedente ceder sus pérdidas a la sociedad solicitante, que las puede deducir de sus beneficios imponibles. Esto hace que la sociedad cedente pierda la posibilidad de utilizar dichas pérdidas a efectos fiscales y, en particular, la opción de trasladarlas a ejercicios posteriores.<sup>15</sup>

31. Según parece, es práctica común en el Reino Unido que esta cesión se realice a cambio de una contraprestación,<sup>16</sup> que a menudo se corresponde con el valor del impuesto sobre sociedades ahorrado por las pérdidas, aunque no existe obligación legal de contraprestación, salvo, acaso, en la medida en que las obligaciones fiduciarias de la dirección de la sociedad cedente puedan exigirla con arreglo al Derecho de sociedades. Por ejemplo, en el presente caso, las sociedades solicitantes han acordado el pago de 30 peniques por cada libra de pérdidas cedidas.

32. Dado que el régimen de consolidación fiscal del Reino Unido no se basa en la consolidación de los beneficios y pérdidas a efectos fiscales en el conjunto del grupo, está claro que una sociedad cedente, como persona jurídica independiente con ánimo de lucro, normalmente no admitirá sin una compensación la cesión de las pérdidas que podría utilizar más adelante para reducir sus propios impuestos futuros. Al ceder las pérdidas a cambio de una compensación en función del tipo del impuesto sobre sociedades aplicable, la sociedad cedente capitaliza antes sus pérdidas (y de forma más segura), obteniendo así una ventaja de tesorería.

33. Si la práctica existente en el Reino Unido no fuera como la descrita, sería difícil concebir cómo una sociedad cedente puede sufrir daño real alguno a causa de una normativa que le impide ceder sus pérdidas a otra sociedad, es decir, transferir activos a un tercero con un valor económico potencial como excepción de compensación con futuras obligaciones tributarias, a cambio de una contraprestación que no refleje el valor que tiene en poder de la sociedad cedente. Y sería igualmente difícil alegar que una normativa que impide a una sociedad con ánimo de lucro transferir sus activos sin la debida contraprestación pueda constituir una restricción de la libertad de establecimiento. Por lo tanto, en ausencia de tal situación de hecho, las desventajas derivadas de la legislación del Reino Unido no las sufriría la sociedad cedente, sino únicamente las sociedades de nivel más alto dentro del grupo y del consorcio y las sociedades solicitantes, es decir, se sentirían a escala del grupo como una mayor carga tributaria del grupo en su conjunto.

34. Esta ventaja de tesorería, o la posibilidad de obtenerla, puede incrementar el valor de la sociedad cedente y, en consecuencia, de cualquier participación en ella. Esto significa que la posibilidad de consolidación fiscal es ventajosa para los propietarios de la sociedad cedente, ya sean sociedades matrices directas o indirectas, o para los miembros del consorcio con participaciones minoritarias.<sup>17</sup>

14 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 29 de abril de 2012 en el asunto Philips Electronics UK, citado en la nota 5, punto 22 y jurisprudencia allí citada.

15 — Véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas en el asunto Marks & Spencer, citadas en la nota 4, punto 15.

16 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Philips Electronics UK, citado en la nota 5, puntos 14 y 29.

17 — La naturaleza de una desventaja de tesorería sufrida a escala de grupo como restricción de la libertad de establecimiento fue recalada por la Abogado General Sharpston en sus conclusiones presentadas el 14 de febrero de 2008 en el asunto Lidl Belgium, citado en la nota 12, puntos 29 y 30.

35. Para una sociedad solicitante, tal solución es neutra desde el punto de vista financiero: ella paga a la sociedad cedente una suma equivalente a los impuestos que se ahorra con la cesión, en lugar de pagárselos a Hacienda. Sin embargo, dado que la legislación del Reino Unido, incluso en materia de desgravación de consorcio, exige que la sociedad solicitante y la sociedad de enlace pertenezcan al mismo grupo, la ventaja que éste obtiene gracias a la consolidación fiscal explica los acuerdos entre sociedades solicitantes y sociedades cedentes, pues en el conjunto del grupo significan una menor carga tributaria.<sup>18</sup>

C. *¿Cuál es la libertad fundamental afectada ratione materiae?*

36. En vista de los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podría no estar claro si la legislación del Reino Unido afecta a la libertad de establecimiento. Para que ésta sea aplicable, el Tribunal de Justicia ha señalado la importancia del grado de control ejercido sobre una sociedad. En el presente caso, el grado de control que exige la legislación nacional puede ser cualquiera a partir del 5 %, que difícilmente otorga un «control», hasta un 74,99 %. Sin embargo, esta cuestión parece quedar resuelta por los hechos de autos, como expondré más adelante, y el órgano jurisdiccional remitente ha formulado las cuestiones también en relación con la libertad de establecimiento.

37. Consideraciones de países terceros en relación con la complicada estructura societaria del grupo Hutchison Whampoa suscitan la cuestión de si la legislación relevante del Reino Unido debe valorarse a la luz de la libertad de establecimiento, que no es aplicable en relación con países terceros, o a la de la libre circulación de capitales, que se aplica también en relación con dichos países, o bien a la luz de ambas.

38. En el asunto *Test Claimants in the FII Group Litigation*, el Tribunal de Justicia declaró que, en cuanto al tema de si una legislación nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de las libertades de circulación, de reiterada jurisprudencia se desprende que procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate. Está comprendida en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento una legislación nacional destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia real en las decisiones de una sociedad y determinar las actividades de ésta. En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales.<sup>19</sup>

39. En situaciones en que no se pueda determinar por sus objetivos si la legislación nacional está comprendida de modo preponderante en el artículo 49 TFUE o en el artículo 63 TFUE, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta los *elementos fácticos del caso* concreto para determinar si la *situación contemplada en el litigio principal* está comprendida en el ámbito de aplicación de una u otra de dichas disposiciones (cursiva añadida).<sup>20</sup>

40. Aquí se ha de diferenciar entre los dos tipos de consolidación fiscal que existen en la legislación del Reino Unido. Por su finalidad, la normativa relativa a la *solicitud de consolidación fiscal de las empresas de un grupo* se refiere claramente a las participaciones que permitan a su titular ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de una sociedad y determinar sus actividades. Se aplica a las sociedades que sean filiales al menos en un 75 %. Por lo tanto, la normativa está comprendida en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento.

18 — Esta ventaja a escala del grupo fue reconocida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Marks & Spencer*, citada en la nota 4, apartado 32 (véase la cita más adelante).

19 — Sentencia de 13 de noviembre de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11), apartados 90 a 92.

20 — Sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, citada en la nota 19, apartados 93 y 94.

41. Menos clara es la situación en cuanto a la *solicitud de consolidación fiscal de un consorcio*. Las disposiciones a este respecto se aplican en situaciones en que al menos un 75 % del capital de la sociedad del consorcio está en manos de miembros del consorcio, cada uno de los cuales posea entre el 5 % y el 75 %.<sup>21</sup> Esto comprende las situaciones en que hay un propietario dominante, pero también aquellas en que se trata de muchos accionistas independientes entre sí. En teoría, podría haber una sociedad del consorcio con veinte accionistas y cada uno de ellos con una participación del 5 %. Esto podría originar una situación en que hubiese veinte sociedades de enlace y la sociedad del consorcio pudiera ceder sus pérdidas, en fracciones del 5 %, a veinte sociedades diferentes del grupo.

42. En mi opinión, las disposiciones del Reino Unido sobre desgravación de consorcio *no* pretenden aplicarse *sólo* a las participaciones que permitan a su titular ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de la sociedad. Según alegaron los representantes de las sociedades solicitantes en la vista, la legislación tributaria del Reino Unido no exige que los miembros del consorcio ejerzan ningún tipo de control colectivo específico sobre la sociedad del consorcio.<sup>22</sup> Por lo tanto, a mi parecer, las participaciones que dan derecho a la desgravación de consorcio se pueden considerar como inversiones directas, y toda posible restricción de ellas, como restricciones a la libre circulación de capitales.<sup>23</sup>

43. No obstante, las disposiciones del Reino Unido permiten también situaciones en que la sociedad del consorcio esté bajo el control de un solo grupo de empresas. Es lo que sucede en el presente caso con la sociedad cedente. El 65 % de su capital está indirectamente en manos del grupo Hutchison Whampoa (50,1 % por medio de la sociedad de enlace y 14,9 % por medio de sociedades del grupo de las Islas Vírgenes Británicas). En consecuencia, las disposiciones controvertidas, en principio, pueden restringir la libertad de establecimiento, y la situación sobre la que versa el procedimiento principal se debe considerar comprendida en su ámbito de aplicación.

44. En vista de las consideraciones precedentes, soy del parecer de que los hechos de autos están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE, lo que justifica que el régimen de desgravación fiscal de consorcio del Reino Unido se examine principalmente a la luz de la libertad de establecimiento.

#### D. Existencia de una restricción a la libertad de establecimiento

45. La libertad de establecimiento, que el artículo 43 CE reconoce a los nacionales de la Unión y que implica para ellos el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio y la constitución y gestión de empresas en las mismas condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, conforme al artículo 48 CE, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Unión Europea, el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una

21 — Véanse los artículos 402, apartado 3; 406, apartado 1, y 413, apartado 6, de la ICTA.

22 — A diferencia de la sentencia de 24 de mayo de 2007, Holböck (C-157/05, Rec. p. I-4051), en que había un control colectivo de una sociedad por accionistas sin poder de control.

23 — Se ha de subrayar aquí que las inversiones que otorgan poder de control siempre son *inversiones directas*, pero también las hay que no confieren dicho poder pero tampoco son puramente *financieras*; por ejemplo, las *inversiones de cartera*, porque pretenden establecer una relación estable con la sociedad objetivo. En cuanto a las inversiones directas en el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha declarado que están comprendidos, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 63 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales, los movimientos de capitales que suponen un establecimiento o inversiones directas. Este último concepto se refiere a una forma de participación en una empresa por medio de la titularidad de acciones que otorga la posibilidad de participar de modo efectivo en su gestión y en su control (véanse las sentencias de 17 de septiembre de 2009, Glaxo Wel come, C-182/08, Rec. p. I-8591, apartado 40; de 21 de octubre de 2010, Idrima Tipou y otros, C-81/09, Rec. p. I-10161, apartado 48, y Test Claimants in the FII Group Litigation, citada en la nota 19, apartado 102). En la terminología de la OCDE, una inversión directa extranjera hace referencia al objetivo de establecer un interés duradero. Esto implica la existencia de una relación a largo plazo y un grado sustancial de influencia sobre la gestión de la empresa. La propiedad directa o indirecta del 10 % o más de los votos es un reflejo de tal relación. Véase la Definición básica de las inversiones extranjeras directas de la OCDE. Cuarta edición 2008, p. 48, punto 117, y Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010 (disponible en inglés en [www.oecd.org](http://www.oecd.org)). Véase también Smit, D., *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Kluwer Law International, 2012, pp. 64 y 68.

filial, sucursal o agencia. Dado que el artículo 43 CE, párrafo primero, segunda frase, deja expresamente a los agentes económicos la posibilidad de escoger libremente la forma jurídica apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro, esta libre elección no debe ser limitada por disposiciones fiscales discriminatorias.<sup>24</sup>

46. La legislación del Reino Unido exige que la sociedad de enlace sea residente en el Reino Unido o que sea una sociedad no residente que desarrolle una actividad mercantil en el Reino Unido por medio de un establecimiento permanente. Esta disposición es una clara restricción a la libertad de establecimiento de la sociedad de enlace, establecida en Luxemburgo, y su sociedad matriz inmediata, también establecida en Luxemburgo.

47. En la sentencia *Marks & Spencer*, el Tribunal de Justicia declaró que «una consolidación fiscal como la controvertida en el asunto principal constituye una ventaja fiscal para las sociedades interesadas. Al acelerar la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de otras sociedades de su grupo, le confiere una ventaja de tesorería.»<sup>25</sup> ¿Significa eso que la desventaja se percibe sólo a escala del grupo, o por la sociedad matriz que controla en última instancia, que en este caso es una empresa de un país tercero? Yo creo que no.

48. Como ya he expuesto, desde el punto de vista de los hechos, el régimen de consolidación fiscal del Reino Unido compensa los beneficios y las pérdidas dentro de un grupo y/o de un consorcio, no mediante una contabilidad fiscal consolidada ni mediante una transferencia de beneficios imponibles como contribución al grupo, sino en forma de acuerdos en que se ceden pérdidas a cambio de una contraprestación, generando así una ventaja de tesorería para la sociedad cedente. Si no se permite la cesión de pérdidas y, en consecuencia, tampoco la desgravación de consorcio por la nacionalidad de la sociedad de enlace, en primer lugar es la sociedad cedente la que sufre una desventaja financiera al perder la ventaja de tesorería. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha desventaja de tesorería se ha visto como un trato desfavorable constitutivo de restricción.<sup>26</sup> La desventaja que sufre una sociedad por el lugar de residencia de su sociedad matriz se consideró suficiente para infringir la libertad de establecimiento en la sentencia *Metallgesellschaft y otros*.<sup>27</sup>

49. Esta desventaja la padecen también los propietarios de la sociedad cedente como disminución del valor de sus participaciones, independientemente de si éstas confieren poder de control, si constituyen inversiones minoritarias estables o si son inversiones de cartera. Obviamente, sólo el primer caso es relevante desde el punto de vista de la libertad de establecimiento.

50. Por lo tanto, en el presente asunto, la sociedad de enlace luxemburguesa que indirectamente posee el 50,1 % de la sociedad cedente del Reino Unido se encuentra en una posición menos favorable que una sociedad residente en el Reino Unido que esté en una situación comparable, en cuanto a su capacidad de actuar como vínculo entre las dos sociedades del Reino Unido sujetas al impuesto sobre sociedades de dicho Estado. No cambia nada a este respecto el hecho de que las desventajas se reflejen, además, en el valor de la sociedad de enlace luxemburguesa y esto afecte, por tanto, a sus propietarios, algunos de los cuales son sociedades de países terceros, y finalmente a la sociedad matriz, residente en un país tercero, que controla en última instancia la compleja estructura societaria.

51. En consecuencia, existe una discriminación directa por razón de la nacionalidad de la sociedad de enlace. Las disposiciones del Reino Unido hacen que sea más ventajoso para la sociedad matriz de la sociedad de enlace establecer su filial en el Reino Unido que en cualquier otro sitio.

24 — Sentencia *Philips Electronics UK*, citada en la nota 5, apartados 12 y 13.

25 — Sentencia *Marks & Spencer*, citada en la nota 4, apartado 32.

26 — Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753)*, apartado 84.

27 — Sentencia de 8 de marzo de 2001 (*C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727*), apartado 43.

52. Como ya he expuesto, el Gobierno del Reino Unido no ha alegado ninguna razón que pueda justificar la restricción que impone la legislación nacional, por lo que no puedo analizar aquí esta cuestión.

53. En este punto procede dilucidar también si las sociedades solicitantes pueden invocar realmente la libertad de establecimiento. De la sentencia *Philips Electronics UK*<sup>28</sup> se deduce que, a efectos fiscales, las sociedades pueden invocar las restricciones a la libertad de establecimiento de otra sociedad a la que estén vinculadas, siempre que dichas restricciones afecten a su propia tributación. Por lo tanto, a este respecto es irrelevante que ni la sociedad cedente ni las sociedades solicitantes hayan ejercido ellas mismas su libertad de establecimiento.

54. En consecuencia, para sus propios fines tributarios, las sociedades solicitantes pueden invocar la restricción a la libertad de establecimiento que se impone a la sociedad de enlace, en la medida en que la normativa del Reino Unido, en la interpretación del Tribunal de Justicia, sea incompatible con los artículos 43 CE y 48 CE.

55. Como conclusión parcial, procede declarar que el requisito de residencia o establecimiento permanente en el Reino Unido que se aplica a la sociedad de enlace para poder presentar una solicitud de consolidación fiscal del consorcio constituye una restricción injustificada a la libertad de establecimiento, por lo que es incompatible con los artículos 43 CE y 48 CE.

#### *E. Países terceros y libertad de establecimiento*

56. La relación de la libertad de establecimiento con países terceros es importante en el presente caso porque el órgano jurisdiccional remitente, en su segunda cuestión, pregunta si el Reino Unido está obligado a dar una solución jurídica a la sociedad solicitante, por ejemplo, permitiéndole deducir las pérdidas de la sociedad del consorcio, en un supuesto en que la sociedad de enlace ha ejercido su libertad de establecimiento pero la sociedad del consorcio y las sociedades solicitantes no han ejercido ninguna de las libertades protegidas por el Derecho de la Unión, y el vínculo o vínculos entre la sociedad cedente y la sociedad solicitante son unas sociedades de las cuales no todas están establecidas en la UE/EEE.

57. A mi parecer, esto se ha de analizar en el contexto de la primera cuestión, pues en esencia se refiere al contenido normativo sustantivo de la libertad de establecimiento, y no a los recursos disponibles en cualquier sentido procesal del término.<sup>29</sup> En otras palabras, aunque el Tratado se opusiera a la exigencia de que la sociedad de enlace bien sea una sociedad residente en el Reino Unido o bien mantenga allí un establecimiento permanente, ¿seguiría siendo lícito exigir que la sociedad de enlace sea una sociedad de la UE/EEE o que la cadena entre la sociedad cedente y las sociedades solicitantes no implique a sociedades de países terceros?

58. A diferencia de la libre circulación de capitales, la libertad de establecimiento no se aplica en relación con países terceros. ¿Significa eso que las sociedades de la UE que estén de hecho controladas por sociedades o personas físicas de países terceros quedan excluidas de la libertad de establecimiento? Dicho de otra manera, ¿la libertad de establecimiento de la sociedad de enlace luxemburguesa se ve afectada por el hecho de estar bajo el control de una sociedad de un país tercero?

28 — Apartado 39.

29 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Philips Electronics UK*, citado en la nota 5, punto 81.

59. Se ha de subrayar aquí que el artículo 48 CE sitúa a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Unión Europea, en la misma posición que los nacionales de los Estados miembros en cuanto a la libertad de establecimiento. Tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia ICI,<sup>30</sup> el domicilio, en el sentido del artículo 48 CE, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado.

60. No hay nada en los Tratados ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que confirme que la libertad de establecimiento concedida por el Derecho de la Unión a las sociedades a que se refiere el artículo 48 CE se vea limitada o afectada por someterse al control de personas físicas o jurídicas de países terceros. La condición de sociedad de la UE se basa en el lugar donde se encuentre su domicilio social y en el ordenamiento jurídico con arreglo al cual esté constituida, no en la nacionalidad de sus accionistas. Si dichas sociedades de la UE no gozasen de esa libertad, muchas personas jurídicas con domicilio social en la Unión Europea quedarían excluidas de la libertad de establecimiento, y los Estados miembros podrían discriminarlas de múltiples maneras, no sólo con la tributación.

61. La sentencia *Halliburton Services*<sup>31</sup> demostró que los derechos que el Derecho de la Unión confiere a las sociedades de los Estados miembros no se veían afectados por el hecho de que su sociedad matriz, *Halliburton Inc.*, estuviese establecida en los Estados Unidos de América. Pero no se pueden extraer de dicha sentencia conclusiones de mayor alcance para situaciones en que las sociedades de la UE sin una sociedad matriz común en la UE pertenezcan a un grupo de empresas fuera de la UE. En la sentencia *Halliburton Services*, el órgano jurisdiccional nacional ya había confirmado que, en virtud del convenio bilateral celebrado en materia tributaria entre los Países Bajos y los Estados Unidos de América, no se podía discriminar a la filial neerlandesa que había adquirido el establecimiento permanente en los Países Bajos de la filial alemana por el hecho de que la sociedad matriz del grupo estuviese constituida conforme al Derecho norteamericano.<sup>32</sup>

62. Por lo tanto, en el presente caso, la sociedad de enlace, que está registrada en Luxemburgo, y su sociedad matriz inmediata, también registrada en Luxemburgo, gozan de libertad de establecimiento con independencia de que en último término se hallen bajo el control de la sociedad matriz establecida en Hong Kong.

#### F. Restricciones lícitas

63. ¿Significa eso que el Reino Unido no puede exigir que exista una cadena ininterrumpida dentro de la UE/EEE entre la sociedad cedente y las sociedades solicitantes? En sus observaciones, la Comisión alega que el Reino Unido podía imponer tal exigencia, pero que no lo hizo en el período controvertido del proceso principal.

64. A mi parecer, esta situación no hace que este aspecto de las cuestiones prejudiciales sea hipotético ni convierte en irrelevante el problema de los países terceros de forma que no deba ser considerado por el Tribunal de Justicia. De hecho, en una situación en que una disposición nacional discrimine a las personas físicas o jurídicas «extranjeras» y, por tanto, sea incompatible con el Derecho de la Unión, no es inconcebible que un órgano jurisdiccional nacional solucione tal situación mediante una interpretación que suprima dicha discriminación para los nacionales o sociedades de la UE/EEE sin

30 — Apartado 20.

31 — Sentencia de 12 de abril de 1994, C-1/93, Rec. p. I-1137.

32 — Véase el apartado 6 de la sentencia.

extender los beneficios de la integración a las personas físicas o jurídicas de países terceros. Si esto es o no jurídicamente posible incumbe al Derecho nacional: el Derecho de la Unión no exige que las libertades fundamentales distintas de la libre circulación de capitales se extiendan a personas de terceros países.<sup>33</sup>

65. En la sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*,<sup>34</sup> el Tribunal de Justicia excluyó del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento las situaciones en que la sociedad matriz que ejercía el control de sociedades de la UE prestamistas y prestatarias fuera residente en un país tercero. El Tribunal de Justicia consideró que el tratamiento de los intereses abonados por la sociedad prestataria como una distribución de beneficios afectaba a la libertad de establecimiento, pero únicamente de la sociedad matriz de un país tercero, que disfruta de un nivel de control sobre las dos otras sociedades que le permite influir en la elección de financiación de dichas sociedades. En tal situación no eran aplicables los artículos 43 CE y 48 CE.

66. Dado que la libertad de establecimiento no se extiende a los países terceros, el Derecho de la Unión no se opondría a que la legislación del Reino Unido exigiera que la sociedad de enlace estuviese establecida en la UE/EEE. En otras palabras, si en relación con la desgravación de consorcio, una sociedad cedente no puede ceder pérdidas cuando la sociedad de enlace sea de un país tercero, la situación queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE. Por ejemplo, si en el procedimiento principal la sociedad de enlace, perteneciente tanto al consorcio como al grupo, estuviera constituida en las Islas Vírgenes Británicas en lugar de Luxemburgo, no podría invocarse su libertad de establecimiento para respaldar una solicitud de desgravación de consorcio. Y lo mismo sucedería aun que la sociedad matriz de la sociedad de las Islas Vírgenes Británicas sí perteneciera a la UE/EEE.

67. Ya he propuesto antes una interpretación según la cual, por un lado, se infringe la libertad de establecimiento cuando se impide ceder pérdidas si la sociedad de enlace es una sociedad de la UE/EEE pero, por otro lado, no se infringe cuando la sociedad de enlace es de un país tercero. Para ello he contemplado el régimen de consolidación fiscal de consorcio *desde el punto de vista de la sociedad cedente* y de la desventaja que ésta puede sufrir y que, a efectos de la libertad de establecimiento, afecta a sus propietarios. Pero también es necesario analizar el problema *desde el punto de vista de las sociedades solicitantes*.

68. La legislación del Reino Unido exige que las sociedades solicitantes pertenezcan al mismo grupo que la sociedad de enlace, es decir, que la sociedad solicitante debe ser filial al 75 % de la sociedad de enlace o viceversa, o que ambas deben ser filiales al 75 % de una tercera sociedad. En el presente caso, la sociedad de enlace y las sociedades solicitantes son filiales al 100 % de Hutchison International Limited, una sociedad de Hong Kong que, a su vez, es filial de la sociedad matriz que controla el grupo en última instancia, Hutchison Whampoa Ltd. Las cadenas desde la sociedad de enlace y las sociedades solicitantes hasta la sociedad matriz común pasan tanto por sociedades de la UE/EEE como de países terceros: no existe una sociedad matriz común de la UE/EEE.

69. En un sistema como el del régimen de consolidación fiscal de consorcio del Reino Unido, la normativa nacional que rige el vínculo exigido entre la sociedad de enlace y la sociedad solicitante puede afectar a la libertad de establecimiento de su sociedad matriz común más baja, que disfruta de la ventaja financiera que le brinda la posibilidad de compensar las pérdidas de una empresa con los beneficios imposables de otra sociedad, reduciendo así la tributación conjunta del grupo (o subgrupo) bajo su control. Si dicha sociedad matriz común más baja pertenece a la UE/EEE, la normativa

33 — Aquí la situación es diferente del caso de una ayuda estatal ilegalmente concedida, que, conforme a la jurisprudencia, no puede ser «legalizada» retroactivamente: aquí la cuestión se refiere a los límites de la obligación de un Estado miembro en virtud del Derecho de la Unión, y no en las consecuencias de su infracción. Véase la sentencia de 21 de octubre de 2003, *Calster y otros* (C-261/01 y C-262/01, Rec. p. I-12249).

34 — Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, Rec. p. I-2107), apartados 98 a 100.

nacional que regula el vínculo puede dar lugar a restricciones ilícitas de la libertad de establecimiento. Pero si dicha sociedad matriz común más baja es de un país tercero, siguiendo la lógica del asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* la situación es ajena al ámbito de aplicación de dicha libertad.

70. Además, si la cadena entre la sociedad matriz común más baja de la UE/EEE y la sociedad de enlace y/o las sociedades solicitantes pasa por terceros países, la situación quedará fuera del ámbito de aplicación de los artículos 43 CE y 48 CE. La libertad de establecimiento no extiende el derecho a fundar filiales o sucursales en los Estados miembros a personas jurídicas establecidas en países terceros. La nacionalidad de los accionistas con poder de control es tan irrelevante para la existencia de la libertad de establecimiento en el caso de sociedades de la UE/EEE como para su inexistencia en el caso de sociedades de países terceros.

#### G. *Libre circulación de capitales*

71. Como ya he expuesto, es posible que la normativa relevante del Reino Unido sobre la desgravación de consorcio pueda o deba considerarse que afecta a la libre circulación de capitales, en concreto a las inversiones directas en el capital de la sociedad de enlace. A mi parecer, esto no afectaría al resultado del análisis anterior en lo que respecta a las relaciones dentro de la UE/EEE, pues la imposibilidad de ceder pérdidas también genera una desventaja para los accionistas de la sociedad de enlace, tanto si disponen de una participación con poder de control como una participación menor.

72. Si la libre circulación de capitales se ve afectada, será preciso extender el ámbito de la desgravación de consorcio del Reino Unido a las sociedades de países terceros. No obstante, dado que hasta el 31 de diciembre de 1993 la legislación del Reino Unido también excluía de la desgravación de consorcio a las sociedades de enlace de países terceros, las disposiciones relevantes no podían estar sujetas a la prohibición de restricciones de la libre circulación de capitales, debido a la cláusula de suspensión del artículo 57 CE, apartado 1 (actualmente artículo 64 TFUE, apartado 1).<sup>35</sup>

#### H. *Respuestas propuestas*

73. Por lo tanto, propongo que se responda a la primera cuestión que, en circunstancias como las del asunto que ha de resolver el órgano jurisdiccional remitente, los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a la exigencia de que, a los efectos del régimen de desgravación de consorcio, la sociedad de enlace bien sea una sociedad residente en el Reino Unido o bien desarrolle una actividad mercantil en dicho Estado miembro por medio de un establecimiento permanente en dicho país. Sin embargo, dichos artículos *no se oponen* a que un Estado miembro exija que la sociedad matriz común más baja dentro del grupo de empresas al que pertenecen la sociedad de enlace y las sociedades que reciben las pérdidas a efectos fiscales pertenezcan a una sociedad de la UE/EEE y que las conexiones entre la sociedad de enlace y las sociedades que reciben las pérdidas a efectos fiscales sean exclusivamente sociedades de la UE/EEE. En cuanto a la segunda cuestión, baste decir que se puede responder de forma similar a la cuarta cuestión del asunto *Philips Electronics UK*.

35 — Cabe señalar que el precedente del artículo 402, apartados 3A y 3B, de la ICTA, adoptado en 2000, era una disposición con arreglo a la cual «sociedad» sólo se refería a sociedades del Reino Unido. Véase el artículo 258, apartado 7, de la ICTA de 1970, mencionado en la sentencia ICI, citada en la nota 5, apartado 6.

#### **IV. Conclusión**

74. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el First-Tier Tribunal (Tax Chamber):

- 1) En circunstancias como las del asunto que ha de resolver el órgano jurisdiccional remitente, los artículos 43 CE y 48 CE (actualmente, artículos 49 TFUE y 54 TFUE) se oponen a la exigencia de que, a los efectos del régimen de desgravación de consorcio, la sociedad de enlace bien sea una sociedad residente en el Reino Unido o bien desarrolle una actividad mercantil en dicho Estado miembro por medio de un establecimiento permanente en dicho país. Sin embargo, dichos artículos no se oponen a que la legislación nacional exija que la sociedad matriz común más baja dentro del grupo de empresas al que pertenecen la sociedad de enlace y las sociedades que reciben las pérdidas a efectos fiscales pertenezcan a una sociedad residente en un Estado miembro o en un país perteneciente al Espacio Económico Europeo, y que las conexiones entre la sociedad de enlace y las sociedades que reciben las pérdidas a efectos fiscales sean exclusivamente tales sociedades.
- 2) El órgano jurisdiccional nacional debe abstenerse de aplicar toda disposición nacional que sea contraria a los artículos 43 CE y 48 CE.