



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 10 de enero de 2019¹

Asunto C-607/17

**Skatteverket
contra
Memira Holding AB**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta förvaltningsdomstol (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia)]

«Procedimiento prejudicial — Legislación fiscal nacional — Libertad de establecimiento — Deducción de las pérdidas de una filial extranjera en el Estado de residencia de la sociedad matriz en caso de fusión — Justificación de la no deducibilidad de las denominadas “pérdidas definitivas” — Proporcionalidad de la imposibilidad de compensación de pérdidas transfronterizas — Concepto de “pérdidas definitivas”»

I. Introducción

1. El presente procedimiento² se refiere a la cuestión de si una sociedad matriz sueca, en virtud del artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, tiene derecho a deducir, de sus beneficios, las pérdidas de una filial establecida en Alemania en la que participa al 100 %, si esta ha sido objeto de liquidación por fusión con la matriz y no ha podido «aprovechar» la totalidad de sus pérdidas generadas en Alemania.

2. En principio, las libertades fundamentales no exigen el aprovechamiento transfronterizo de las pérdidas en el seno de un grupo, de suerte que las producidas en el extranjero se pierden. Solo en el caso de las denominadas *pérdidas definitivas* existe la posibilidad de un aprovechamiento transfronterizo de las pérdidas de acuerdo con criterios de proporcionalidad, en virtud de la sentencia Marks & Spencer del Tribunal de Justicia (Gran Sala)³ de 2005.

¹ Lengua original: alemán.

² Véase también el asunto C-608/17 y mis conclusiones presentadas en la misma fecha.

³ Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. En torno a estas «pérdidas definitivas» se suscitan numerosos problemas que han dado lugar a varias sentencias del Tribunal de Justicia.⁴ Pero, como muestra esta nueva petición de decisión prejudicial, dichas sentencias no han conseguido despejar las dudas sobre los presupuestos determinantes de una pérdida definitiva. En este sentido, posiblemente se brinden al Tribunal de Justicia nuevas oportunidades para perfilar los contornos de esta problemática, en caso de que mantenga el criterio de la excepción relativa a las pérdidas definitivas.⁵

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El marco del Derecho de la Unión del presente caso lo constituyen la libertad de establecimiento de las sociedades, establecida en el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, y la Directiva 2009/133/CE⁶ (en lo sucesivo, «Directiva sobre fusiones»).

5. En relación con las pérdidas de la sociedad transmitente, la Directiva sobre fusiones solo dispone, en su artículo 6, lo siguiente:

«En la medida en que, cuando las operaciones a que hace referencia el artículo 1, letra a), se efectúen entre sociedades del Estado miembro de la sociedad transmitente, dicho Estado miembro aplique disposiciones que permitan a la sociedad beneficiaria asumir las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales, el Estado miembro deberá ampliar estas disposiciones para que abarquen la asunción de dichas pérdidas por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio.»

B. Derecho sueco

6. La Directiva sobre fusiones ha sido transpuesta al Derecho sueco en el capítulo 37 de la *Inkomstskattelag* (1999:1229).⁷

7. La fusión se define en el artículo 3 como una transformación que debe cumplir dos requisitos acumulativos. En primer lugar, todo el activo y pasivo y otras obligaciones de una sociedad (la sociedad transmitente) han de ser asumidos por otra sociedad (la sociedad beneficiaria). En segundo lugar, la sociedad transmitente ha de ser disuelta sin liquidación. Para que las normas fiscales específicas relativas a las fusiones, establecidas en los artículos 16 a 29, resulten aplicables, es preciso además que se trate de una «fusión cualificada».

4 Sin carácter de exhaustividad: sentencias de 4 de julio de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526); de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424); de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829); de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50); de 7 de noviembre de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716); de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), y de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 Así parece indicarlo la aplicación expresa de la jurisprudencia Marks & Spencer al asunto Bevola (sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, apartados 63 y 64) a las pérdidas de establecimientos permanentes en el extranjero. Por otra parte, la figura jurídica de las pérdidas definitivas es considerada innecesaria por varios miembros del Tribunal de Justicia: véanse las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto K (C-322/11, EU:C:2013:183), puntos 66 y ss. y 87, así como mis conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2014:2321), puntos 41 y ss., y en el asunto A (C-123/11, EU:C:2012:488), puntos 50 y ss.

6 Directiva del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO 2009, L 310, p. 34), por la que se refundió la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 con el mismo título (DO 1990, L 225, p. 1). Esta Directiva fue modificada por la Directiva 2013/13/UE del Consejo, de 13 de mayo de 2013, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DO 2013, L 141, p. 30) y no se ha de confundir con la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO 2005, L 310, p. 1), que se ocupa de los aspectos jurídico-societarios de determinadas concentraciones transfronterizas.

7 Ley n.º 1229 de 1999 del impuesto sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas.

8. Para que una fusión sea considerada cualificada, el artículo 11 exige que la sociedad transmitente esté obligada a tributar en Suecia, inmediatamente antes de la fusión, por los ingresos de al menos una parte de su actividad económica. Además, el artículo 12 requiere que, inmediatamente después de la fusión, la sociedad beneficiaria esté sujeta al impuesto en Suecia por los ingresos obtenidos de las actividades económicas por las que la sociedad cedente ya tributó. Los ingresos no deben estar exentos del impuesto en Suecia, total o parcialmente, en virtud de un convenio de doble imposición.

9. En virtud del artículo 17, párrafo primero, una fusión cualificada tiene por efecto que la sociedad transmitente no puede computar ninguna plusvalía ni deducir ningún gasto por una actividad económica en el sentido del artículo 11 que se derive de la fusión. En su lugar, en lo que respecta a esa actividad económica, conforme al artículo 18, párrafo primero, la sociedad beneficiaria se subroga en la situación fiscal de la sociedad transmitente, lo que significa, en particular, que la sociedad beneficiaria podrá deducir los resultados negativos de ejercicios anteriores de la sociedad transmitente, dentro de los límites establecidos en los artículos 21 a 26.

10. Para compensar los rendimientos en el seno de un grupo de empresas transfronterizo mediante la transferencia de beneficios, se recurre normalmente en el Derecho sueco a la deducción intragrupo, regulada en el capítulo 35, letra a), de la Ley n.º 1229 de 1999 del impuesto sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas. De conformidad con los artículos 2 y 5, una sociedad matriz sueca puede compensar los resultados negativos intragrupo en caso de pérdidas definitivas sufridas por una filial extranjera participada al 100 %, establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que, en particular, dicha filial haya sido eficazmente liquidada. Ahora bien, el órgano jurisdiccional remitente considera que este régimen no es aplicable a las fusiones.

III. El litigio principal

11. El asunto se refiere a una resolución previa emitida por la Skatterättsnämnd (Comisión de Derecho Fiscal, Suecia) a partir de los presupuestos fácticos que se describen a continuación.

12. Memira Holding AB (en lo sucesivo, «Memira») es la sociedad matriz de un grupo que posee filiales en varios países, entre ellos Alemania. Tras cerrar varios ejercicios con pérdidas, la filial alemana puso fin a su actividad económica, con un patrimonio compuesto únicamente por deudas y algunos activos líquidos. El grupo contempla la posibilidad de que la filial alemana sea absorbida por la sociedad matriz sueca mediante una fusión transfronteriza, en la que la filial se disuelve sin liquidación. Tras la fusión, ya no existirá en Alemania ninguna sociedad perteneciente al grupo, de suerte que este dejará de operar en dicho país, ni a través de su sociedad matriz ni mediante otra sociedad del grupo.

13. La filial alemana ha acumulado resultados negativos de ejercicios anteriores por un importe total de aproximadamente 7,6 millones de euros, originados por una actividad económica que resultó deficitaria en Alemania. Estas pérdidas pueden ser deducidas de la base imponible por la filial en Alemania, y el exceso puede compensarse, sin límite temporal, con los eventuales beneficios de la filial generados en los años posteriores. No obstante, el Derecho alemán excluye la posibilidad de transferir las pérdidas a otra empresa sujeta al impuesto en Alemania en caso de fusión.

14. La Comisión de Derecho Fiscal consideró que, en caso de fusión con la filial alemana, la sociedad matriz no cumpliría los requisitos para poder acogerse a la deducción de los rendimientos negativos en virtud del Derecho de la Unión. Según el Tribunal de Justicia, para determinar si se trata de una pérdida definitiva, es necesario tomar en consideración el régimen aplicable a dicha pérdida con arreglo a la normativa del Estado en el que la filial esté establecida. Dado que en el Derecho alemán

no existe la posibilidad de compensar las pérdidas en caso de fusión con otra empresa sujeta al impuesto en Alemania, tales pérdidas no pueden considerarse definitivas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En consecuencia, no puede concluirse que, en tales circunstancias, exista infracción del Derecho de la Unión.

15. Tanto la Skatteverk (Administración tributaria, Suecia) como la demandante, Memira, han interpuesto recurso ante el Högsta förvaltningsdomstol (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia) contra la referida resolución previa.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. El Högsta förvaltningsdomstol (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), que conoce del asunto, ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1. A efectos de apreciar si las pérdidas sufridas por una sociedad filial establecida en otro Estado miembro tienen carácter definitivo, en el sentido de, entre otras, la sentencia del asunto C-123/11, de suerte que la sociedad matriz pueda deducir tales pérdidas en virtud del artículo 49 TFUE, ¿es pertinente la circunstancia de que, con arreglo a la normativa del Estado de la filial, existan restricciones a la posibilidad de que otra entidad distinta de la que registró las pérdidas deduzca estas de su base imponible?
2. En caso de que sea pertinente la circunstancia descrita en la cuestión prejudicial anterior, ¿procede tomar en consideración si, en el caso de autos, existe efectivamente otra entidad distinta en el Estado miembro de la sociedad filial que habría podido deducir las pérdidas si tal deducción hubiera estado legalmente permitida?»

17. En relación con estas cuestiones, han presentado observaciones escritas en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia Memira, el Reino de Suecia, la República Federal de Alemania, el Reino Unido, la República de Finlandia, la República Italiana y la Comisión Europea. En la vista oral, celebrada el 24 de octubre de 2018, han participado la Administración tributaria sueca, el Reino de Suecia, la República Federal de Alemania, la República de Finlandia y la Comisión Europea.

V. Apreciación jurídica

A. Sobre las cuestiones prejudiciales

18. Ambas cuestiones prejudiciales versan sobre las pérdidas definitivas de una sociedad filial que dejará de existir como resultado de una fusión.

19. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, para apreciar «si una pérdida sufrida por una filial establecida en otro Estado miembro tiene carácter definitivo en el sentido de, entre otras, la sentencia del asunto C-123/11», es pertinente la circunstancia de que la deducibilidad de las pérdidas por un tercero esté restringida en el Estado de residencia de la filial.

20. En particular, se plantea la cuestión de si la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE) obliga a Suecia a tomar en consideración las pérdidas acumuladas (más exactamente: arrastradas) durante años de una filial establecida en Alemania en caso de que esta sea liquidada como consecuencia de su fusión con la sociedad matriz. Con arreglo a la legislación fiscal alemana, las pérdidas no pueden compensarse cuando se produce una fusión y, por lo tanto, se extinguen a raíz de la liquidación ocurrida en Alemania.

21. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si tiene relevancia el hecho de que, en el caso de autos, no exista ninguna otra entidad que hubiera podido deducir las pérdidas, es decir, el supuesto de que no exista ninguna otra empresa del grupo en el Estado de residencia de la filial. Este punto puede ser respondido conjuntamente con la primera cuestión prejudicial.

22. Las dos cuestiones prejudiciales, aunque hacen referencia a la interpretación que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —el órgano jurisdiccional remitente alude sobre todo al asunto C-123/11,⁸ que trasladó las consideraciones del asunto Marks & Spencer⁹ a una fusión transfronteriza—, presuponen la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento.

23. Sin embargo, dado que, el Derecho de la Unión tiene, en la Directiva sobre fusiones, su propia regulación de las consecuencias fiscales de las fusiones transfronterizas de sociedades, procede comenzar examinando esta norma especial (véanse los puntos 25 y siguientes de las presentes conclusiones). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que «toda medida nacional adoptada en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo en el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho primario».¹⁰

24. Aunque la Directiva sobre fusiones constituyera tal armonización exhaustiva, ello no obsta a que la Directiva hubiera de interpretarse conforme al Derecho primario y a que, en su caso, hubiera de examinarse incidentalmente su compatibilidad con las libertades fundamentales. En efecto, el Tribunal de Justicia hace ya tiempo que declaró que la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios se aplica no solo a las medidas nacionales, sino también a las medidas que emanan de las instituciones de la Unión.¹¹ Los Tratados, como Derecho primario, constituyen «la base, el marco y los límites»¹² de todo acto jurídico de la Unión. De ahí que, si la Directiva sobre fusiones no contempla la compensación de las pérdidas, será necesario analizar si se produce una restricción a la libertad de establecimiento (véanse, a este respecto, los puntos 28 y siguientes de las presentes conclusiones).

B. Posible aprovechamiento de las pérdidas con arreglo a la Directiva sobre fusiones

25. Los hechos del procedimiento principal están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre fusiones. Conforme a sus considerandos 2 y 3, esta pretende introducir una regulación común para eliminar las desventajas fiscales de las fusiones transfronterizas con respecto a las fusiones internas, en aras del buen funcionamiento del mercado interior. El considerando 9 incluye en este objetivo expresamente el régimen fiscal de las pérdidas.

26. En ese sentido, en su artículo 6, la Directiva contiene también una norma relativa a la asunción por la sociedad absorbente de pérdidas de la sociedad absorbida aún no compensadas a efectos fiscales. Con arreglo al mismo, la sociedad beneficiaria puede transferir las pérdidas de una sociedad transmitente establecida en otro Estado miembro (en este caso, Alemania), a un establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria situado en dicho Estado miembro (Alemania), siempre que tal transferencia también sea posible entre sociedades de ese Estado miembro.

⁸ Sentencia de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84).

⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

¹⁰ En este sentido, recientemente, las sentencias de 8 de marzo de 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177), apartado 19; de 12 de noviembre de 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751), apartado 40; de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664), apartado 64, y de 16 de diciembre de 2008, Gysbrechts y Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730), apartado 33, aunque en el caso concreto, rechazando siempre una falta de vinculación con el Derecho primario.

¹¹ Sentencias de 2 de septiembre de 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524), apartado 39; de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479), apartados 25 y 26; de 23 de febrero de 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143), apartado 45; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 46; de 29 de febrero de 1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89), apartado 18, y de 26 de octubre de 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632), apartado 50.

¹² Sentencia de 5 de octubre de 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172), apartado 9/14.

27. El artículo 6 de la Directiva sobre fusiones solo tiene en cuenta la asunción de pérdidas por parte de la sociedad transmitente en su Estado de residencia (en este caso, Alemania) y no menciona la posibilidad de una asunción de pérdidas en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria (en este caso, Suecia). De lo cual cabe concluir que el Derecho de la Unión no contempla tal aprovechamiento de las pérdidas, especialmente si se repara en que el considerando 9 de la Directiva sobre fusiones alude al problema de las pérdidas (extranjeras) de la sociedad transmitente y, en particular, el artículo 6 de dicha Directiva lo regula específicamente. En cualquier caso, la Directiva sobre fusiones no contempla la posibilidad de arrastrar las pérdidas de Alemania a efectos de la tributación en Suecia.

C. Restricción de la libertad de establecimiento

28. Ahora bien, podría afirmarse que la libertad de establecimiento de la sociedad beneficiaria garantizada por los artículos 49 TFUE y 54 TFUE conlleva la toma en consideración de las pérdidas.

29. La libertad de establecimiento, que el artículo 49 TFUE reconoce a los nacionales de la Unión Europea, incluye, con arreglo al artículo 54 TFUE, el derecho de las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión a ejercer su actividad en otros Estados miembros por medio de filiales, sucursales o agencias.

30. Según reiterada jurisprudencia, deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíben, dificultan o hacen menos atractivo el ejercicio de dicha libertad.¹³

31. Para que la legislación fiscal de un Estado miembro constituya un obstáculo a la libertad de establecimiento de las sociedades, es preciso que de ella resulte una diferencia de trato en detrimento de las sociedades que ejercen esta libertad, que la diferencia de trato afecte a situaciones objetivamente comparables y que no esté justificada por una razón imperiosa de interés general o no sea proporcionada respecto a ese objetivo.¹⁴

1. Diferencia de trato

32. En el presente caso, surge la duda de si concurre una diferencia de trato. Según el órgano jurisdiccional remitente, el Derecho sueco solo permite la deducción de pérdidas en caso de una fusión cualificada, lo que quiere decir que la sociedad que se extingue (para que sus pérdidas puedan arrastrarse) deberá haber tenido ingresos sujetos al impuesto en Suecia.

33. Por lo tanto, la legislación sueca no se basa en el carácter transfronterizo de la situación, sino únicamente en la sujeción al impuesto de los ingresos. En la hipótesis de una fusión con una filial establecida en Suecia que obtuviera en este país únicamente rentas exentas del impuesto, tampoco sería posible el traslado de las pérdidas acumuladas a la sociedad matriz. Así pues, dado su tenor, la normativa sueca no distingue los supuestos nacionales de los supuestos con elemento extranjero, de modo que la normativa controvertida no tiene un carácter discriminatorio directo.

¹³ Sentencias de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 36; de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 34, y de 16 de abril de 2015, *Comisión/Alemania* (C-591/13, EU:C:2015:230), apartado 56 y jurisprudencia citada.

¹⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2018, *NN* (C-28/17, EU:C:2018:526), apartado 18; de 25 de febrero de 2010, *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89), apartado 20, y de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 167.

34. Ahora bien, está igualmente prohibida cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado¹⁵ (la denominada discriminación encubierta o indirecta).

35. En el asunto *Hervis Sport*, el Tribunal de Justicia declaró que puede existir una discriminación indirecta cuando *la mayoría* de las empresas que, por su elevado volumen de negocios, se ven negativamente afectadas por la marcada progresividad del impuesto, forman parte de un grupo vinculado a otro Estado miembro.¹⁶ Mas, como ya he señalado en otra ocasión, el mero hecho de que *la mayoría* de las empresas extranjeras se vean afectadas no es suficiente.¹⁷

36. Son necesarios requisitos más estrictos. En este sentido, la discriminación encubierta solo debería englobar aquellos supuestos que, aunque formalmente no constituyan discriminación, produzcan los mismos efectos que esta.¹⁸ De ahí que, una norma discriminatoria encubierta, por su propia naturaleza,¹⁹ debe afectar principalmente a empresas extranjeras.

37. Tal es el caso cuando se atiende a la sujeción al impuesto de los ingresos. Ciertamente, también puede haber ingresos nacionales exentos (es decir, no sujetos a tributación), que impedirían una fusión con posibilidad de arrastrar las pérdidas. También es cierto que pueden existir igualmente empresas residentes en el extranjero que perciban ingresos nacionales (en particular, rendimientos de establecimientos permanentes), en cuyo caso sí sería posible una fusión transfronteriza con una posibilidad real de arrastrar las pérdidas.

38. Ahora bien, el Derecho fiscal de las empresas se caracteriza por la dualidad entre las rentas nacionales sujetas al impuesto y las extranjeras no sujetas. Por lo tanto, el carácter imponible de la renta tiene, por su propia naturaleza, una dimensión territorial. A este respecto, basar la posibilidad de compensación de las pérdidas en caso de fusión en la sujeción al impuesto de los ingresos de la sociedad transmitente supone una desventaja estructural para las fusiones con sociedades extranjeras.

39. Esta diferencia de trato puede hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento mediante la creación de filiales en otros Estados miembros, toda vez que, en caso de fusión, la sociedad matriz no tendría la posibilidad de arrastrar las pérdidas. Sin embargo, únicamente será incompatible con las disposiciones del Tratado si afecta a situaciones objetivamente comparables.

15 Véanse, en particular, las sentencias de 5 de diciembre de 1989, *Comisión/Italia* (C-3/88, EU:C:1989:606), apartado 8; de 13 de julio de 1993, *Commerzbank* (C-330/91, EU:C:1993:303), apartado 14; de 14 de febrero de 1995, *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 26; de 8 de julio de 1999, *Baxter y otros* (C-254/97, EU:C:1999:368), apartado 10; de 25 de enero de 2007, *Meindl* (C-329/05, EU:C:2007:57), apartado 21; de 18 de marzo de 2010, *Gielen* (C-440/08, EU:C:2010:148), apartado 37; de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez* (C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300), apartados 117 y 118; de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47), apartado 30, y de 8 de junio de 2017, *Van der Weegen y otros* (C-580/15, EU:C:2017:429), apartado 33; véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2013:531), punto 34.

16 Sentencia de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47), apartados 39 y ss.

17 Véanse, a este respecto, mis conclusiones presentadas en el asunto *ANGED* (C-233/16, EU:C:2017:852), puntos 34 y siguientes, y en el asunto *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2013:531), punto 41.

18 Véanse, a este respecto, mis conclusiones presentadas en el asunto *ANGED* (C-233/16, EU:C:2017:852), punto 38, y en el asunto *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2013:531), punto 40.

19 También en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento, sentencia de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez* (C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300), apartado 119.

2. Comparabilidad

40. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la comparabilidad entre una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida.²⁰ De la resolución de remisión no se desprende explícitamente cuál pueda ser la finalidad (subjética) perseguida por el legislador sueco con sus normas fiscales relativas a la fusión.

41. El objetivo de toda legislación fiscal es, por regla general, generar ingresos para el Estado. Por lo tanto, es posible afirmar que la restricción de la posibilidad de deducir las pérdidas que no guardan relación con ingresos sujetos al impuesto va dirigida a garantizar los ingresos fiscales. La legislación sueca contempla expresamente esa conexión, al hacer depender la transferencia de las pérdidas en caso de fusión de la existencia de rendimientos sujetos al impuesto.

42. Alemania considera que no existe tal comparabilidad, basándose en la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Timac Agro Deutschland²¹ y mis conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Reino Unido.²²

43. Hasta ahora, respecto de la cuestión de la comparabilidad de los establecimientos permanentes sitios en el país y en el extranjero, el Tribunal de Justicia ha atendido a si el Estado miembro en cuestión también ejerce la potestad tributaria sobre el establecimiento permanente extranjero. Así, ha declarado expresamente que:²³ «En el caso de autos, debe señalarse que, dado que la República Federal de Alemania no ejerce ninguna competencia fiscal sobre los resultados de tal establecimiento permanente, al no estar ya más autorizada en Alemania la deducción de sus pérdidas, la situación de un establecimiento permanente situado en Austria no es comparable a la de un establecimiento permanente situado en Alemania en lo que atañe a las medidas previstas por la República Federal de Alemania para evitar o atenuar la doble imposición de los beneficios de una sociedad residente». Este principio podría también aplicarse a filiales establecidas en el extranjero y no sometidas al impuesto en el país.

44. Sin embargo, en abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el aprovechamiento transfronterizo de las pérdidas entre sociedades filiales y matrices se dedujo de manera implícita o explícita la existencia de una comparabilidad.²⁴

45. Además, el Tribunal de Justicia ha reconocido recientemente, de forma expresa, en el asunto Bevola, respecto de las pérdidas definitivas de un establecimiento permanente no residente, la comparabilidad entre establecimientos permanentes residentes sometidos al impuesto y no residentes no sometidos.²⁵ Tal doctrina es aplicable con mayor motivo a filiales participadas residentes sujetas y no residentes no sujetas al impuesto.

20 Sentencias de 4 de julio de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), apartado 31; de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 32; de 22 de junio de 2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488), apartado 53; de 12 de junio de 2014, SCA Group Holding y otros (C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758), apartado 28, y de 25 de febrero de 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89), apartado 22.

21 Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829), apartado 65, que hace referencia a las sentencias de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 24, y de 14 de diciembre de 2006, Denkvit Internationaal y Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783), apartados 34 y 35.

22 C-172/13, EU:C:2014:2321, punto 26. No obstante, allí no negué que las situaciones del caso concreto fueran comparables (véase el punto 29).

23 Sentencia de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), apartado 65, que se remite a las sentencias de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 24, y de 14 de diciembre de 2006, Denkvit Internationaal y Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783), apartados 34 y 35.

24 Sentencias de 4 de julio de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), apartado 35; de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50), apartados 22 y ss.; de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), apartado 35, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 27 y ss.

25 Sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartados 38 y 39.

46. En definitiva, el criterio de la comparabilidad es de contornos borrosos. De cualquier modo, teniendo en cuenta que todas las situaciones son en algún aspecto comparables, cuando no idénticas,²⁶ debería abandonarse este análisis.²⁷

47. Así pues, cabe considerar que se da la comparabilidad. Las diferencias existentes, en el presente caso la falta de equilibrio entre la imposición de los beneficios y la deducibilidad de las pérdidas,²⁸ entre una sociedad transmitente extranjera en comparación con una nacional solo son pertinentes en relación con la posible justificación. Existe, por tanto, una restricción de la libertad de establecimiento.

3. Justificación

48. Una restricción de la libertad de establecimiento puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general. En el presente caso, pueden constituir motivos de justificación la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la prevención de la doble imputación de las pérdidas (aunque hayan sido gravadas una sola vez).²⁹ Dicha medida debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceder de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo.³⁰

a) Primera cuestión prejudicial: pertinencia de la imposibilidad de transferir pérdidas en caso de fusión, con arreglo a la normativa del Estado de la sociedad transmitente

49. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si para justificar la restricción sueca de la deducción de las pérdidas es pertinente el hecho de que, con arreglo al Derecho de la sociedad transmitente (en este caso, el Derecho alemán), no es posible compensar las pérdidas en el caso de una fusión con otra entidad sujeta al impuesto en Alemania.

50. El Tribunal de Justicia³¹ ha declarado que las libertades fundamentales no exigen, en principio, la compensación de pérdidas transfronterizas en el seno de un grupo. Solo en el caso de las denominadas *pérdidas definitivas* resulta desproporcionado que el Estado miembro de la sociedad matriz no permita arrastrar las pérdidas cuando la filial no residente haya agotado todas las posibilidades de deducir las pérdidas incurridas y ya no exista el modo de aprovecharlas. El contribuyente deberá demostrar este extremo.³² Sin embargo, la liquidación de la sociedad ocurrida tras una fusión no acredita, por sí sola, una imposibilidad de arrastrar las pérdidas en el Estado de residencia de la filial.³³

26 Si bien un proverbio alemán dice que no se pueden comparar manzanas con peras, lo cierto es que las manzanas y las peras tienen elementos comunes (ambos son frutos de pepitas) y, por tanto, son también comparables.

27 Esto ya se lo propuse al Tribunal de Justicia en mis conclusiones presentadas en el asunto Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:153), puntos 21 a 28.

28 Véanse, en particular, las sentencias de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), y de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 33.

29 Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 43 y ss.

30 Sentencias de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 42; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 47, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 35.

31 Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

32 Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 55 y 56.

33 Sentencia de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), apartados 51 y 52.

1) Sobre la justificación basada en la prevención de una doble deducción de las pérdidas

51. Una posible justificación podría basarse en la prevención de la doble deducción de las pérdidas. En el presente asunto, no parece que pueda excluirse la existencia de tal resultado. Según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, Memira dispone aún de algunos activos líquidos. A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si Memira demostró efectivamente que la filial alemana había agotado todas las posibilidades legales de deducción de las pérdidas en Alemania.³⁴ De no ser así, no cabría hablar de pérdidas definitivas.

2) Sobre la justificación basada en la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria

52. Por lo que respecta al equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, procede recordar que se trata de un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia,³⁵ lo que podría requerir que a las actividades económicas de los contribuyentes establecidos en uno de dichos Estados miembros se les aplique únicamente la normativa tributaria de este, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas.³⁶

53. En el presente caso, esta justificación no basta para permitir el aprovechamiento de las pérdidas definitivas, por dos razones. Por una parte, la posibilidad de arrastrar las pérdidas generadas por la filial durante años en Alemania va en contra de la autonomía fiscal de los Estados miembros [véase el inciso i)]. Por otra, en el caso de autos se incumple el requisito de la existencia de pérdidas que, aunque son legalmente compensables, ya no pueden aprovecharse en la práctica [véase el inciso ii)].

i) Consideración de la autonomía fiscal de los Estados miembros

54. Como ya declaró el Tribunal de Justicia, las libertades fundamentales no pueden tener como consecuencia obligar a que el Estado miembro de residencia de la sociedad matriz establezca la posibilidad de que esta última compense unas pérdidas que tienen su origen exclusivamente en el sistema fiscal de otro Estado miembro, so pena de restringir la autonomía fiscal del primer Estado miembro mediante el ejercicio de la potestad fiscal del otro Estado miembro.³⁷

– Exclusión de la transferencia de pérdidas con motivo de una fusión en el Estado de la sociedad filial

55. Sobre este punto, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente³⁸ que «el hecho de que el Estado miembro de residencia de la filial no residente excluya toda posibilidad de imputar a un ejercicio posterior las pérdidas que esta haya sufrido no implica que tales pérdidas deban considerarse definitivas, en el sentido del apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer [39]». ⁴⁰ En dicho caso, un Estado miembro tendría que adaptar su legislación fiscal a la de otro Estado.

34 Asimismo, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), apartado 54.

35 Sentencias de 7 de noviembre de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), apartado 50; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 45; de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), apartado 23, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 45 y 46.

36 Sentencias de 7 de noviembre de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), apartado 50; de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 31; de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartado 54, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 45.

37 En este sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Masco Denmark y Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984), apartado 41, y de 30 de junio de 2011, Meilicke y otros (C-262/09, EU:C:2011:438), apartado 33.

38 Sentencia de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50), apartado 33.

39 Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

40 Véase la sentencia de 7 de noviembre de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), apartados 75 a 79 y jurisprudencia citada.

56. Si, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁴¹ el carácter definitivo de las pérdidas no puede venir determinado por el hecho de que el Estado miembro de residencia de la filial excluya toda posibilidad de arrastrar a un ejercicio posterior las pérdidas que esta haya sufrido, la misma conclusión debe ser aplicable a la exclusión de una transferencia de las pérdidas a un tercero (en este caso, en el contexto de una fusión). De ello se sigue que la normativa sueca no es desproporcionada.

– *Sobre el carácter definitivo de las pérdidas arrastradas*

57. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las libertades fundamentales no se oponen a que una pérdida compensable de forma transfronteriza pueda ser calificada de pérdida definitiva al final de un período impositivo.⁴² De esta manera, no toda pérdida imputable a otro ejercicio es, al menos inicialmente,⁴³ definitiva. Esto es importante en el presente caso, habida cuenta de que lo que se solicita es la deducción de pérdidas arrastradas durante años en Alemania.

58. Estas pérdidas acumuladas (arrastradas) que en un ejercicio no se consideran definitivas (porque son trasladables o su compensación fue excluida en virtud del Derecho nacional), no pueden devenir pérdidas definitivas posteriormente por el hecho de que la liquidación excluya la posibilidad de volver a arrastrarlas.

59. De lo contrario, las actividades que inicialmente generaron beneficios en Alemania solo se gravarían en este país, mientras que las posteriores actividades con pérdidas serían financiadas con cargo a los ingresos fiscales de otros Estados, lo cual resultaría contrario a la salvaguarda de un reparto equitativo de la potestad tributaria.

60. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Comisión/Reino Unido que la inexistencia inicial de carácter definitivo ya no se ve después alterada.⁴⁴ En cualquier caso, de las consideraciones expresadas en dicha sentencia se desprende que solo las pérdidas de la filial generadas en el último año de la liquidación deben poder ser compensadas de alguna forma (transfronteriza), pero no las acumuladas hasta esa fecha y arrastradas con arreglo a la legislación nacional (en este caso, la alemana).⁴⁵ Por lo tanto, la libertad de establecimiento no exige la compensación transfronteriza de esas pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores.

– *Derecho de elección del sujeto pasivo*

61. Por otro lado, el principio de la autonomía fiscal se opone a un derecho de elección del sujeto pasivo. En efecto, como reconoce expresamente el Tribunal de Justicia,⁴⁶ ofrecer a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de su establecimiento y otro Estado miembro a efectos de la compensación de sus pérdidas pondría en grave peligro el objetivo del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas.

41 Sentencia de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50), apartado 33, y de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), apartado 54.

42 Sentencia de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50), apartados 31 y 36.

43 La República Federal de Alemania considera, por tanto, que solo las pérdidas generadas en el último año debido a la falta de facto de su carácter trasladable deben considerarse como definitivas, mientras que las pérdidas trasladadas no pierden su carácter de pérdidas no definitivas.

44 Véase la sentencia de 3 de febrero de 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50), apartado 37.

45 Así lo entiende en parte el Tribunal de Justicia: véanse las observaciones de Alemania en el presente procedimiento y, por ejemplo, Eisendle, D., «Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer», *ISR* 2016, 37 (42).

46 Sentencias de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 32; de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartado 55, de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 46.

62. Como también ha señalado la Comisión, la limitación de la posibilidad de arrastrar las pérdidas por parte de empresas con ingresos sujetos al impuesto en Suecia, en caso de fusión, se explica precisamente porque lo contrario valdría tanto como conceder un derecho de elección a los grupos de sociedades, que podrían decidir libremente el Estado miembro (Estado de residencia de cualquier sociedad beneficiaria del grupo) en el que registrar las pérdidas de sus sociedades en caso de actividades que no producen beneficios. Este criterio debe ser tenido en cuenta a la hora de apreciar la existencia y la definición de las «pérdidas definitivas».

63. Cuando no es posible llevar a cabo una fusión en el Estado de la filial con transferencia de las pérdidas, las fusiones con sociedades filiales que presentasen elevadas pérdidas arrastradas podrían trasladarse a aquellos países que, como en el caso de Suecia, permiten la referida transferencia en caso de fusión. En función del Estado miembro en el que el grupo disponga de los correspondientes beneficios y tenga que pagar el impuesto más alto, la fusión será más eficaz, tanto más cuanto que las normas suecas sobre fusiones no exigen que ambas empresas pertenezcan a un grupo, como ocurría en el caso que dio lugar a la sentencia *Marks & Spencer*.⁴⁷

64. De esta sentencia se deduce, por lo demás, de conformidad con el principio de territorialidad, que tiene prioridad el aprovechamiento de las pérdidas en el Estado de residencia, en este caso, en Alemania. Si bien la legislación fiscal alemana no permite la transferencia de pérdidas en caso de fusión, sí que autoriza la conservación de las pérdidas en el caso de una transferencia de participaciones para el saneamiento de una empresa en crisis y, en definitiva, el aprovechamiento de las mismas por los nuevos accionistas.⁴⁸ También por esta razón, Memira no puede optar por deducir las pérdidas en Suecia.

ii) ¿Diferenciación entre el carácter definitivo de facto y de iure?

65. En este contexto, para apreciar el carácter definitivo de las pérdidas, casi todas las partes distinguen entre pérdidas no compensables *de iure* y *de facto* (es decir, definitivas).

66. Las pérdidas que no pueden compensarse por no ser, en el Estado miembro en que se produjeron, reconocidas legalmente o estar sujetas a restricciones legales en dicho Estado (por ejemplo, no son trasladables a ejercicios anteriores o posteriores) no constituyen pérdidas definitivas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Únicamente pueden considerarse definitivas las pérdidas que, aunque legalmente compensables, en la práctica no pueden aplicarse a ejercicios futuros. El principio de la autonomía de las legislaciones fiscales corrobora dicha conclusión (puntos 54 y siguientes).

67. Sin embargo, me parece dudoso que pueda darse el caso de pérdidas que sean compensables legalmente pero no de hecho. El único caso, por ejemplo, en que, a pesar de una posibilidad ilimitada de trasladar las pérdidas a ejercicios posteriores o deducir pérdidas de ejercicios anteriores, seguirían registrándose pérdidas sería el de una empresa que nunca ha sido rentable y no ha generado beneficios suficientes, incluso después de que todos sus activos hubiesen sido vendidos. En ese caso, a pesar de la posibilidad de deducir las pérdidas de ejercicios anteriores, tampoco podrían aprovecharse (de hecho) las pérdidas del último año.

⁴⁷ Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

⁴⁸ La correspondiente disposición del artículo 8c de la *Körperschaftsteuergesetz* (Ley del Impuesto sobre Sociedades), también denominada «cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis», ha sido recientemente objeto de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia [sentencia de 28 de junio de 2018, *Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)*/Comisión (C-203/16 P, EU:C:2018:505)].

68. Sin embargo, incluso en este caso habría una posibilidad de transferir, en última instancia, las pérdidas al comprador mediante la venta de la empresa,⁴⁹ siempre que el Estado miembro de residencia lo permita. El comprador computará el valor de las pérdidas existentes en el precio de compra de la empresa, de modo que el vendedor, por su parte, «realizará» esas pérdidas.

69. En la medida en que el respectivo ordenamiento jurídico permita la cesión de las pérdidas a otras personas, será posible el aprovechamiento *de facto* de dichas pérdidas. Aunque puede que existan casos en que tal aprovechamiento no llegue a conseguirse, por no estar siempre dispuesto necesariamente el comprador de una empresa con pérdidas a pagar por ella mucho dinero, ello no obsta a que la posibilidad de dicho aprovechamiento *de facto* sea real.

70. Por lo tanto, en este caso, el carácter definitivo de las pérdidas viene determinado bien por el sistema jurídico del Estado miembro (exclusión de cualquier posibilidad de transferir las pérdidas) o bien por la decisión del sujeto pasivo de no vender la empresa, sino liquidarla mediante una fusión. Pero en ninguno de estos casos resulta claro por qué la imposibilidad de arrastrar las pérdidas en otro Estado miembro es una medida desproporcionada. No en vano, el Tribunal de Justicia exige también que se hayan agotado todas las posibilidades de compensación de las pérdidas, incluida, en particular, la cesión de las pérdidas a un tercero por medio de una venta.

iii) ¿Pérdidas definitivas en el sentido de la doctrina Bevola?

71. Las anteriores consideraciones no son incompatibles con la reciente sentencia Bevola.⁵⁰ En esta, el Tribunal de Justicia, por un lado, «solo» aplicó la excepción Marks & Spencer a las pérdidas «definitivas» de un establecimiento permanente, sin cuestionar las limitaciones a las que he hecho referencia.⁵¹ En particular, no formuló específicamente ninguna conclusión relativa a cuándo cabe hablar de pérdidas definitivas.

72. Por otro lado, esta reciente sentencia se centra⁵² en el argumento del principio de la capacidad contributiva, que, ciertamente, puede que sea pertinente en el supuesto de un establecimiento permanente, dado que jurídicamente no constituye una parte independiente de la empresa del sujeto pasivo, pero no puede admitirse en el caso de filiales y subfiliales. Estas son, en efecto, entidades jurídicas independientes que gozan de capacidad económica propia (si por tal se entiende la capacidad de pagar impuestos por sus ingresos).⁵³ El Tribunal de Justicia no ha declarado, y con razón, que para la correcta imposición de la capacidad contributiva de la sociedad matriz sea necesario tener en cuenta las pérdidas sufridas por la filial.

73. Desde el punto de vista fiscal, la compensación intragrupo supone más bien una quiebra del principio de capacidad económica, pues supone la suma de las capacidades de varias entidades. Por lo tanto, la participación de otros sujetos pasivos no puede justificarse, en cualquier caso, por el principio de la tributación en función de la capacidad económica.

⁴⁹ A esta cuestión se refiere de forma explícita el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en la sentencia de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), apartados 52 y ss.

⁵⁰ Sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartados 61 y ss.

⁵¹ Al contrario, el Tribunal de Justicia ha invitado expresamente al juez nacional a valorar si concurren los requisitos para la consideración de una pérdida definitiva, véase la sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 65.

⁵² Sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartados 39 y 59; véase también la sentencia de 4 de julio de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), apartado 35.

⁵³ La consideración de una capacidad contributiva transfronteriza jurídicamente relevante de los grupos abriría nuevas perspectivas de organización sobre todo para las grandes multinacionales. Por lo tanto, resulta cuestionable la sentencia de 4 de julio de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), apartado 35.

74. Por el contrario, el hecho de que un Estado miembro tenga en cuenta únicamente un aspecto (es decir, solo los ingresos o solo los gastos) vulnera el principio de tributación en función de la capacidad económica. Además, a mi entender, no existe un principio general de Derecho fiscal ni del Derecho de la Unión por el que al final del ciclo vital de una entidad jurídica tengan que haber sido compensadas de alguna manera todas sus pérdidas. En particular, el principio de capacidad económica no exige la exportación de las pérdidas a otros Estados miembros.

75. Por consiguiente, con arreglo a la sentencia Bevola, en el presente caso no existen pérdidas definitivas deducibles que puedan exportarse de Alemania a Suecia.

iv) Conclusión parcial teniendo en cuenta un «mercado interior justo»

76. La anterior conclusión, deducida de la jurisprudencia, también resulta convincente si se considera un mercado interior «justo» que, a la luz del denominado debate BEPS⁵⁴ ha vuelto a cobrar cierto protagonismo. En efecto, precisamente en las presentes circunstancias especiales, la posibilidad de una compensación transfronteriza de pérdidas definitivas favorecería en particular a los grandes grupos de dimensión internacional frente a los más pequeños (en los que generalmente falta el elemento transfronterizo). Si, por ejemplo, Memira sabe que, en última instancia, todas las pérdidas acumuladas en el modelo de negocio alemán pueden compensarse con los beneficios obtenidos por las demás empresas del grupo en otros Estados miembros, a la hora de posicionarse en el mercado alemán, podrá competir de forma muy diferente a como lo haría un competidor alemán que debe asumir que sus pérdidas desaparecerán si cesa en su actividad en Alemania. Las «pérdidas alemanas» serían mucho menos onerosas para Memira que para un competidor nacional que no disponga de una estructura de grupo similar.

77. Habida cuenta de lo anterior, y tras una aplicación coherente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse los puntos 51 y siguientes de las presentes conclusiones y jurisprudencia citada), se llega a la siguiente conclusión: si el aprovechamiento de las pérdidas está excluido por la legislación del Estado de residencia de la filial, no existen pérdidas definitivas. Si el aprovechamiento de las pérdidas está permitido por dicho Estado, el contribuyente debe haber agotado dicha posibilidad. Esto incluye, como se desprende de la sentencia Marks & Spencer,⁵⁵ la realización de las pérdidas mediante su cesión a un tercero, supuesto que no es el del caso de autos. Por consiguiente, cabe concluir que Memira no presenta pérdidas definitivas.

78. En consecuencia, en el presente asunto, la exclusión de la compensación de las pérdidas, en caso de fusión, sufridas por una sociedad filial no residente y no sometida al impuesto en Suecia no puede considerarse desproporcionada.

3) Respuesta a la primera cuestión prejudicial

79. Así pues, procede responder del siguiente modo a la primera cuestión prejudicial: para poder efectuar una compensación transfronteriza de las pérdidas, el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, exige que sea legalmente posible arrastrar las pérdidas en el Estado de residencia de la sociedad filial y que dicha posibilidad haya sido agotada por el sujeto pasivo. Tal posibilidad incluye la realización de las pérdidas en caso de fusión con otra entidad o en caso de venta de la sociedad a un tercero. El primer supuesto no es posible en Alemania y en cuanto al segundo, aunque posible de forma limitada, no fue utilizado por Memira. De ello se sigue que se incumplen en todo caso los requisitos para poder calificar las pérdidas de definitivas.

⁵⁴ Por tales se entienden de forma simplificada las estructuras fiscales de los grupos multinacionales que dentro de los actuales sistemas impositivos disponen de opciones (jurídicamente legales) para minimizar sus bases imponibles en los países con altos tipos impositivos y trasladar sus beneficios a países con tipos impositivos más bajos (*Base Erosion and Profit Shifting*).

⁵⁵ Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 55.

b) Segunda cuestión prejudicial: pertinencia de la posibilidad, en particular, de la fusión en el seno de un grupo

80. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en el caso de que en el Estado de residencia no esté permitida una fusión con aplicación de las pérdidas, es pertinente para la apreciación del carácter definitivo el hecho de que, en el asunto en cuestión, «no exista efectivamente ninguna otra entidad que hubiera podido deducir las pérdidas cumpliendo los preceptivos requisitos legales».

81. Esta cuestión es bastante confusa, pues difícilmente puede concebirse que no exista ninguna otra entidad en el conjunto de Alemania que hubiera podido deducir las pérdidas. Probablemente, lo que se pretende dilucidar es si cabría hablar de pérdidas definitivas en caso de que, de hecho, Memira dispusiera concretamente, como ha señalado Italia en sus observaciones, de otra sociedad del grupo en Alemania con la que hubiera sido posible realizar una fusión o si para negar el carácter definitivo basta con que, en teoría, las pérdidas hubieran desaparecido en caso de fusión con una empresa del grupo en Alemania.

82. La respuesta se obtiene del hecho de que no pueden existir pérdidas que sean compensables legalmente pero no de hecho (véanse los puntos 67 y siguientes de las presentes conclusiones). Por lo tanto, es irrelevante si Memira dispone o no en el presente asunto de otra sociedad del grupo en Alemania.

83. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también proporciona la respuesta a la segunda cuestión prejudicial. De conformidad con dicha doctrina, solo cabe una compensación transfronteriza de las pérdidas «extranjeras» si la filial no residente ha agotado las posibilidades establecidas en su Estado de residencia, en su caso, mediante una transferencia de dichas pérdidas a un tercero, y no existe ninguna posibilidad de que estas puedan ser aprovechadas (en su Estado de residencia) por un tercero.⁵⁶ Como han resaltado más o menos todos los Estados miembros afectados, el Tribunal de Justicia se refiere expresamente a un tercero y no a una entidad perteneciente al grupo.

84. Por lo tanto, o bien cabe una cesión a cualquier tercero (incluida la posible transferencia económica de las pérdidas a los nuevos accionistas mediante la venta de la sociedad), de manera que no existirían pérdidas definitivas en el sentido de la jurisprudencia Marks & Spencer, o bien el Estado miembro ha excluido legalmente la posibilidad de transferir las pérdidas (como en el caso de Alemania, por ejemplo, respecto de la fusión). De esta manera, tampoco resulta desproporcionada la medida si tal exclusión también se toma en consideración en el Estado de la sociedad matriz.

VI. Propuesta de resolución

85. En virtud de las consideraciones que preceden, propongo responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Högsta förvaltningsdomstol (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia) del siguiente modo:

«1. Para poder efectuar una compensación transfronteriza de las pérdidas, el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, exige que sea legalmente posible deducir las pérdidas en el Estado de residencia de la sociedad filial y que dicha posibilidad haya sido agotada por el sujeto pasivo. Tal posibilidad incluye la realización de las pérdidas en caso de fusión con otra entidad o en caso de venta de la sociedad a un tercero.

⁵⁶ Sentencias de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 55, y de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), apartado 56, al final.

2. Carece de pertinencia al respecto la circunstancia de que, en el caso concreto, el grupo disponga de otras sociedades en el Estado miembro de la filial a las que habría sido posible trasladar las pérdidas.»