



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. JULIANE KOKOTT  
presentadas el 10 de enero de 2019<sup>1</sup>

**Asunto C-608/17**

**Skatteverket  
contra  
Holmen 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 — Justificación de la no deducibilidad de las denominadas “pérdidas definitivas” — Proporcionalidad de la imposibilidad de compensación de pérdidas transfronterizas — Concepto de “pérdidas definitivas” — Exigencia de una participación directa de la sociedad matriz para la apreciación de una pérdida definitiva — Toma en consideración de las pérdidas como consecuencia de una restricción de la compensación de las pérdidas en el Estado de residencia de la subfilial — Toma en consideración de las pérdidas como consecuencia de la imposibilidad de una compensación intragrupo en el año de la liquidación en el Estado de residencia de la subfilial»

## I. Introducción

1. En este y en otro procedimiento,<sup>2</sup> el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre la aplicación y la interpretación de su jurisprudencia por parte de los Estados miembros, en este caso por el Reino de Suecia. Se trata de la cuestión de si una sociedad matriz sueca, sobre la base del artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, tiene derecho a deducir, de los beneficios obtenidos en Suecia, las pérdidas de una filial española participada al 100 % de forma indirecta (es decir, una subfilial) si esta ha sido objeto de liquidación y no pudo aprovechar la totalidad de sus pérdidas en España (es decir, no pudo compensarlas con sus propios beneficios u otros del grupo español).

2. En 2005, la Gran Sala del Tribunal de Justicia<sup>3</sup> declaró que, en principio, el aprovechamiento transfronterizo de las pérdidas en el seno de un grupo no está permitido por las libertades fundamentales. Esto significa que las pérdidas sufridas en el extranjero desaparecen, sin que puedan ser aprovechadas por otros miembros del grupo en sede nacional. Solo en el caso de las denominadas *pérdidas definitivas* cabe un aprovechamiento transfronterizo de las pérdidas, conforme al principio de proporcionalidad.

<sup>1</sup> Lengua original: alemán.

<sup>2</sup> Procedimiento pendiente con la referencia C-607/17; véanse también mis conclusiones presentadas en la misma fecha.

<sup>3</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. En torno a esta doctrina de las pérdidas definitivas construida por el Tribunal de Justicia<sup>4</sup> se suscitan numerosos problemas que han dado lugar a varias sentencias de dicho Tribunal (incluidas dos de la Gran Sala). Pero todas estas sentencias no han conseguido despejar las dudas sobre los presupuestos determinantes de una pérdida definitiva.<sup>5</sup>

4. En este sentido, se brinda al Tribunal de Justicia una nueva oportunidad, en caso de que mantenga el criterio de la excepción relativa a las pérdidas definitivas,<sup>6</sup> para perfilar los contornos de esta problemática.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

5. El marco del Derecho de la Unión del presente caso lo constituye la libertad de establecimiento de las sociedades establecida en el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE.

### B. Derecho sueco

6. En el Derecho sueco existe la denominada *aportación* intragrupo, cuyo objeto es compensar resultados entre sociedades de un mismo grupo. Dicha aportación es deducible en la tributación de la sociedad que la realiza y se imputa en la tributación de la sociedad que la recibe. Al realizar una aportación intragrupo a una filial (incluidas las participadas indirectamente) que sufre pérdidas, la sociedad matriz puede «asumir» estas desde una perspectiva económica.

7. No obstante, las disposiciones sobre la aportación intragrupo<sup>7</sup> no son aplicables si la filial no está sujeta al impuesto en Suecia. A este respecto, solo las disposiciones relativas a la *deducción* intragrupo establecidas de conformidad con el Derecho de la Unión permiten una toma en consideración transfronteriza de las pérdidas. Conforme a dichas disposiciones, una sociedad matriz sueca podrá, cumpliendo ciertos requisitos, deducir las pérdidas definitivas de su filial extranjera participada al 100%.<sup>8</sup> De esta normativa resulta que la sociedad filial debe tener su residencia en un Estado del Espacio Económico Europeo y que debe ser, en particular, equivalente a una sociedad anónima sueca.

8. Una pérdida será definitiva cuando no haya podido aprovecharse ni pueda ser aprovechada en el futuro por la filial o por otra persona en el Estado en el que la filial tenga su residencia. Además, el motivo por el que la filial no pueda aprovechar esa pérdida no debe estar ligado a una imposibilidad legal o a una limitación temporal de dicha posibilidad.

9. Como requisito para la deducción intragrupo, el artículo 5 de la Ley aplicable establece, en particular, que la sociedad filial haya sido eficazmente liquidada (punto 1). Además, según la resolución de remisión, la filial debe haber estado participada al 100% por su matriz durante todos los ejercicios fiscales de una y otra sociedad hasta que haya concluido la liquidación, o debe haber estado

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 El Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania) considera incluso que «la evaluación de las causas de justificación (como base del examen de la proporcionalidad y de la figura jurídica de las pérdidas definitivas) ya no existe». Véase la sentencia del Bundesfinanzhof, de 22 de febrero de 2017, I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, apartado 38.

6 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.

7 Capítulo 35 de la inkomstskattelagen (1999:1229) (Ley n.º 1229 de 1999 del impuesto sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas).

8 Capítulo 35, letra a), de la Ley n.º 1229 de 1999 del impuesto sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas.

participada al 100 % por su matriz desde el inicio de su actividad hasta que haya concluido la liquidación (punto 2). De otro lado, se exige que no exista ninguna sociedad vinculada a la sociedad matriz que, al finalizar la liquidación, realice alguna actividad en el Estado de residencia de la filial (punto 5).

10. Según el órgano jurisdiccional remitente, en la preparación del proyecto de ley se plantearon objeciones acerca de que las disposiciones solo fueran aplicables a las pérdidas de las filiales participadas directamente al 100 %. No obstante, se consideró que, de incluirse también las pérdidas de las sociedades filiales participadas indirectamente, se otorgaría a las sociedades la posibilidad de elegir el Estado en el que aprovechar las pérdidas.

### III. Litigio principal

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

12. Holmen AB (en lo sucesivo, «Holmen») es la sociedad matriz de un grupo que tiene filiales en varios países, entre ellos España. La parte española del grupo, en lo aquí concierne, está configurada del siguiente modo: Holmen es propietaria de todas las participaciones de la filial Holmen Suecia Holding, S.L. (en lo sucesivo, «HSH»). A su vez, esta es propietaria de todas las participaciones de las subfiliales Holmen Paper Madrid, S.L. (en lo sucesivo, «HPM») y Holmen Paper Ibérica, S.L. (en lo sucesivo, «HPI»).

13. Desde 2003, las sociedades españolas constituyen un grupo fiscal y tributan conforme al régimen de consolidación fiscal español. La normativa prevé que los beneficios y las pérdidas de las entidades que integran el grupo puedan compensarse entre sí sin limitaciones. En este régimen, el grupo presenta una declaración consolidada del impuesto sobre sociedades. Las pérdidas no compensadas pueden arrastrarse, sin límite temporal, y deducirse de los beneficios de los años posteriores.

14. No obstante, en España, desde 2011, solo una parte de los beneficios obtenidos en un determinado año pueden compensarse con pérdidas de años anteriores. Las pérdidas que, debido a esta peculiaridad, no puedan deducirse podrán trasladarse, al igual que el resto de pérdidas no compensadas, a ejercicios posteriores. Si el grupo fiscal se disuelve por liquidación de uno de sus componentes, las eventuales pérdidas que aún subsistan se asignarán a las sociedades en las que se hayan producido, que serán las únicas que podrán aprovecharlas el año de la liquidación.

15. La rama española del grupo Holmen sufrió pérdidas. La mayor parte se generaron en la subfilial HPM. Desde 2003, esta sociedad acumula unas pérdidas de explotación por la actividad en España de cerca de 140 millones de euros. Los beneficios que se han generado en la rama española del grupo en el período al que se refiere la solicitud (de 2003 en adelante) no son significativos. Holmen tiene intención de poner fin a sus actividades en España, en un proceso que se inició en 2016 con la venta de la mayor parte de los activos de HPM a un comprador externo.

16. La resolución previa instada tiene por objeto determinar si Holmen puede legalmente efectuar una deducción intragrupo de las pérdidas de HPM (es decir, de la subfilial de Holmen) cuando haya finalizado la liquidación. En dicha resolución se examinan dos alternativas.

17. Conforme a la primera alternativa, las subfiliales HPI y HPM, así como la filial HSH, se liquidarán en el mismo ejercicio fiscal y en el orden indicado. Conforme a la segunda alternativa, la filial HSH se integrará en la anterior subfilial HPM mediante una fusión inversa y posteriormente se liquidará HPM (ya como filial).

18. Ambas alternativas presuponen que, durante la liquidación, el grupo no ejercerá ninguna actividad, y que tras la ejecución de las operaciones no mantendrá ninguna empresa en España. En el futuro tampoco realizará ninguna actividad en este país.

19. La Comisión de Derecho Fiscal estimó que Holmen no tiene derecho a realizar una deducción intragrupo de las pérdidas de la subfilial HPM si la liquidación se lleva a cabo conforme a la primera alternativa. En cambio, consideró que la sociedad tiene derecho a realizar una deducción intragrupo de las pérdidas definitivas de HPM, ya como filial, si la liquidación se lleva a cabo conforme a la segunda alternativa.

20. En la motivación de la resolución previa, por lo que se refiere a la primera alternativa, la Comisión de Derecho Fiscal señaló básicamente que, puesto que HSH (como filial) no tiene ninguna posibilidad *legal* de aprovechar las pérdidas de la subfilial (HPM), no cabe calificar dichas pérdidas de definitivas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En consecuencia, según este razonamiento, negar a la sociedad matriz sueca Holmen la posibilidad de una deducción intragrupo de las pérdidas no es una medida desproporcionada ni, por lo tanto, contraria al Derecho de la Unión.

21. Por lo que se refiere a la segunda alternativa, la Comisión de Derecho Fiscal argumentó, en esencia, que HPM (ya como filial participada directamente), a efectos de la tributación en España, cuenta con la posibilidad legal de aprovechar ella misma al menos una parte de las pérdidas en cuestión. Por tanto, el hecho de que no exista ninguna posibilidad de que otras entidades españolas distintas de HPM puedan aprovechar las pérdidas cuando se haya disuelto el grupo fiscal implica que se trata de pérdidas definitivas. En consecuencia, al menos una parte de las pérdidas en cuestión puede ser considerada definitiva en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

22. Tanto la Skatteverket (Administración tributaria, Suecia) como la demandante, Holmen, 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**

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

- «1) ¿Presupone el derecho de una sociedad matriz residente en un Estado miembro a deducir las pérdidas definitivas de una filial establecida en otro Estado miembro, reconocido, en particular, en la sentencia Marks & Spencer, en virtud del artículo 49 TFUE, que la sociedad matriz es propietaria directa de la filial?
- 2) ¿Debe ser considerada definitiva una pérdida en la medida en que, con arreglo a la normativa del Estado de la sociedad filial, no pudo compensarse con los beneficios obtenidos en este Estado en un determinado ejercicio sino que, en su lugar, fue arrastrada para poder deducirse, en su caso, en un ejercicio posterior?
- 3) Para apreciar si una pérdida es definitiva, ¿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?
- 4) En caso de que sea pertinente la circunstancia descrita en la cuestión prejudicial anterior, ¿procede tener en cuenta la medida en que dichas restricciones han dado lugar en la práctica a que una parte de las pérdidas no pueda compensarse con los beneficios de otra entidad?»

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

## V. **Apreciación jurídica**

### *A. Libertad de establecimiento y pérdidas definitivas de una subfilial*

25. Mediante su primera cuestión prejudicial, que hace referencia a la interpretación de la sentencia *Marks & Spencer*, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en definitiva, si la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE) obliga a Suecia a tomar en consideración las pérdidas de una subfilial establecida y en proceso de liquidación en España. En este contexto, por un lado, la legislación fiscal española solo permite una compensación limitada de las pérdidas, y, por otro, estas se agotan en la subfilial española con motivo de la liquidación. Por otro lado, Suecia no podría gravar nunca los eventuales beneficios obtenidos por la subfilial.

26. Así pues, la cuestión que se suscita es la relativa a si, en el presente caso, Holmen puede asumir las pérdidas definitivas de la subfilial. Asimismo, las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta se refieren al carácter definitivo de dichas pérdidas, de modo que, en gran medida, puede responderse de forma conjunta a todas las cuestiones prejudiciales.

27. Procede examinar, en primer lugar, si el hecho de no tener en cuenta las pérdidas sufridas por filiales establecidas en el extranjero constituye una restricción de la libertad de establecimiento.

28. 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.

29. 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.<sup>9</sup>

30. 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.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

## ***B. Comparabilidad y diferencia de trato entre subfiliales residentes y no residentes***

31. El Derecho sueco permite, a través de la aportación intragrupo, la compensación plena de las pérdidas entre empresas de un mismo grupo sometidas al impuesto en Suecia. En el caso de las empresas de un grupo residentes en el extranjero, cuyos ingresos no están sometidos al impuesto en Suecia, la compensación de pérdidas se supedita a que la filial sea participada directamente por una sociedad matriz sueca. Esto excluye de la compensación de pérdidas a las subfiliales establecidas en el extranjero (y no sometidas al impuesto en Suecia). Existe, por tanto, una diferencia de trato.

32. Esta diferencia de trato puede hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento mediante la creación de subfiliales en otros Estados miembros. Sin embargo, únicamente será incompatible con las disposiciones del Tratado si afecta a situaciones objetivamente comparables.

33. 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.<sup>11</sup> La exclusión de las subfiliales extranjeras se basa, según el órgano jurisdiccional remitente, en el principio de que, de lo contrario, la dirección del grupo gozaría de un derecho a elegir el lugar en el que aprovechar las pérdidas de la subfilial. Así, en el presente caso, cabría optar, por ejemplo, entre el Estado miembro de la filial y el de la sociedad matriz.

34. Alemania considera que no existe tal comparabilidad, basándose en la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Timac Agro Deutschland<sup>12</sup> y en mis conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Reino Unido.<sup>13</sup>

35. 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:<sup>14</sup> «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 a fin de evitar o atenuar la doble imposición de los beneficios de una sociedad residente». Este principio podría también aplicarse a subfiliales establecidas en el extranjero y no sometidas al impuesto en el país.

36. 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.<sup>15</sup>

11 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.

12 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.

13 (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).

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

15 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.

37. 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.<sup>16</sup> Tal doctrina es aplicable con mayor motivo a subfiliales participadas residentes sujetas y no residentes no sujetas al impuesto.

38. En definitiva, el criterio de la comparabilidad tiene contornos borrosos. De cualquier modo, teniendo en cuenta que todas las situaciones son en algún aspecto comparables, cuando no idénticas,<sup>17</sup> debería abandonarse este análisis.<sup>18</sup>

39. Por lo tanto, 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,<sup>19</sup> entre una subfilial extranjera en comparación con una nacional solo son pertinentes en relación con la posible justificación. Existe, así pues, una restricción de la libertad de establecimiento.

### C. Justificación

40. 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 sometidas al impuesto una sola vez).<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

41. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las 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 no exista el modo de aprovecharlas. El contribuyente deberá demostrar este extremo.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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

42. En el presente caso, parece que puede excluirse la posibilidad de una doble deducción de las pérdidas. Como se desprende de la resolución previa, *Holmen* ha cesado en todas sus actividades económicas y no posee activos de valor. Solo figuran registradas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores, y la empresa va a entrar en proceso de liquidación. Dado que tanto la filial como la subfilial

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

17 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 (ambas son frutas de pepita) y, por tanto, son también comparables.

18 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.

19 Véanse, en particular, las sentencias de 6 de septiembre de 2012, *Philips Electronics UK* (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.

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

21 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.

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

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

están establecidas en el mismo Estado miembro y, con arreglo al Derecho fiscal español, no es posible el aprovechamiento de las pérdidas por la sociedad filial, tampoco existe el riesgo de que las pérdidas de la subfilial puedan ser doblemente deducidas en la sociedad matriz, de un lado, y en la filial, de otro.

43. Pues bien, si no existe un riesgo de doble deducción de las pérdidas, no puede admitirse esta justificación.

## *2. Sobre la justificación basada en la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria*

44. 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,<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

45. En el presente caso, esta justificación no basta para permitir el aprovechamiento de las pérdidas definitivas, por tres razones. En primer lugar, la posibilidad de arrastrar las pérdidas generadas por la subfilial durante años en España va en contra de la autonomía fiscal de los Estados miembros (véanse los puntos 46 y siguientes de las presentes conclusiones). En segundo lugar, 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 (véanse los puntos 57 y siguientes de las presentes conclusiones). En tercer lugar, en principio, están excluidas las pérdidas definitivas en relación con una sociedad matriz con participación indirecta (es decir, cuando se trata de una subfilial) (véanse los puntos 73 y siguientes de las presentes conclusiones).

### *a) Consideración de la autonomía fiscal de los Estados miembros*

46. 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.<sup>26</sup>

47. Sobre este punto, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente<sup>27</sup> 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 [...]».<sup>28 29</sup> En dicho caso, un Estado miembro tendría que adaptar su legislación fiscal a la de otro Estado.

24 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 UK (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.

25 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.

26 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.

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

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

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

48. Si, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,<sup>30</sup> 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. Idéntica consideración cabe en caso de que se ponga fin a la transferencia de pérdidas. En ambos supuestos, se impide un aprovechamiento futuro de las pérdidas, una vez por el propio contribuyente y otra por el tercero, lo que significa que son situaciones que deben ser tratadas de la misma manera.

49. Como ya ha quedado expuesto en los puntos 41 y siguientes de las presentes conclusiones, a la hora de constatar la existencia de pérdidas definitivas, por tanto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, procede examinar si estas no habrían podido ser aprovechadas anteriormente mediante su transferencia a un tercero, esto es, únicamente a terceros adquirentes o a otras sociedades del grupo. Mas, si dicha posibilidad no existe, porque el Derecho fiscal español no lo permite —en el presente caso, a consecuencia de la liquidación, que implica el fin de la aplicación del régimen consolidado español al grupo—, esta imposibilidad *legal* de compensación de las pérdidas tampoco significa que existan pérdidas definitivas.

50. 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.<sup>31</sup> De esta manera, no toda pérdida imputable a otro ejercicio es, al menos inicialmente,<sup>32</sup> definitiva.

51. 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.

52. De lo contrario, las actividades que inicialmente generaron beneficios en España solo se gravarían en este país, mientras que las posteriores actividades con pérdidas serían financiadas con cargo a los ingresos fiscales del Estado de residencia de la sociedad matriz del grupo, lo cual resultaría contrario a la salvaguarda de un reparto equitativo de la potestad tributaria.

53. Esto queda especialmente puesto de manifiesto por la legislación española aplicable, que desde 2011 solo permite la compensación de las pérdidas arrastradas con un límite máximo, aun cuando existan suficientes beneficios ese año sujetos al impuesto en España. El remanente de pérdidas resultante es consecuencia fundamentalmente de la referida limitación legal introducida por España en 2011, a la que el ordenamiento fiscal sueco no tiene por qué ajustarse, en virtud del principio de autonomía.

54. La transferencia a un tercero (en este caso, a la sociedad matriz en [Suecia]) tampoco incide posteriormente en el carácter no definitivo de las pérdidas por el mero hecho de que el Estado miembro ponga fin a la transferencia de estas. Por el contrario, el principio de autonomía se opone a que las pérdidas no definitivas en un período impositivo se conviertan en definitivas en un período impositivo posterior por efecto de las peculiaridades de la legislación nacional de otro Estado miembro.

30 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.

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

32 La República Federal de Alemania considera, por tanto, que solo las pérdidas generadas en el último año deben considerarse definitivas, por no poder ser arrastradas *de facto*, mientras que las pérdidas arrastradas no pierden su carácter de pérdidas no definitivas.

55. 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.<sup>33</sup> 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 española).<sup>34</sup>

56. Dado que la existencia de las pérdidas en cuestión en el presente caso resulta únicamente de la legislación española, estas no constituyen pérdidas definitivas de la subfilial.

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

57. 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).

58. 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, por no ser 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 autonomía de las legislaciones fiscales corrobora dicha conclusión (puntos 46 y siguientes de las presentes conclusiones).

59. Sin embargo, me parece dudoso que pueda darse el caso de pérdidas que sean compensables legalmente pero no de hecho. Me gustaría aclarar esto con un ejemplo. El único caso 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.

60. No obstante, incluso en este caso habría una posibilidad de transferir, en última instancia, las pérdidas al comprador mediante la venta de la empresa,<sup>35</sup> siempre que el Estado miembro de residencia lo permita. El comprador computará el valor de las pérdidas existentes en el precio de venta de la empresa, de modo que el vendedor, por su parte, «realizará» esas pérdidas.

61. 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.

<sup>33</sup> Véase la sentencia de 3 de febrero de 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50), apartado 37.

<sup>34</sup> Así lo entiende en parte el Tribunal de Justicia: véanse las observaciones de Alemania en el presente procedimiento y, por ejemplo, Eisendle, David, *Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer*, ISR 2016, 37 (42).

<sup>35</sup> A esta cuestión se refiere de forma explícita el TJUE, por ejemplo, en la sentencia de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), apartados 52 y ss.

62. 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 contribuyente de no vender la empresa, sino liquidarla. 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.

63. Holmen ha confirmado en la vista que contempló tal posibilidad, pero que finalmente se optó por la liquidación. En este sentido, puede concluirse que las pérdidas de Holmen no tienen carácter definitivo.

#### ***D. ¿Pérdidas definitivas en el sentido de la doctrina Bevola?***

64. Las anteriores consideraciones no son incompatibles con la reciente sentencia Bevola.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> En particular, no formuló específicamente ninguna conclusión relativa a cuándo cabe hablar de pérdidas definitivas.

65. Por otro lado, esta reciente sentencia se centra<sup>38</sup> 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).<sup>39</sup> 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.

66. 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.

67. 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.

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

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

37 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.

38 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.

39 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.

### ***E. Conclusión parcial teniendo en cuenta un «mercado interior justo»***

69. La anterior conclusión, deducida de la jurisprudencia, también resulta convincente si se considera un mercado interior «justo» que, a la luz del denominado debate BEPS,<sup>40</sup> 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, Holmen sabe que, en última instancia, todas las pérdidas acumuladas en el modelo de negocio español pueden compensarse con los beneficios obtenidos en Suecia, a la hora de posicionarse en el mercado español podrá competir de forma muy diferente a como lo haría un competidor español que debe asumir que sus pérdidas desaparecerán si cesa en su actividad en España. Las «pérdidas españolas» serían mucho menos onerosas para Holmen que para un competidor nacional que no disponga de una estructura de grupo similar.

70. Habida cuenta de lo anterior, y tras una aplicación coherente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse los puntos 41 y siguientes de las presentes conclusiones y la jurisprudencia que allí se cita), se llega a la siguiente conclusión: si el aprovechamiento de las pérdidas está excluido por la legislación del Estado de residencia de la subfilial, 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,<sup>41</sup> la realización de las pérdidas mediante su cesión a un tercero, supuesto que no es el del caso de autos.

71. En consecuencia, en el presente asunto, la exclusión de la compensación de las pérdidas sufridas por una subfilial no residente y no sometida al impuesto en Suecia no puede considerarse desproporcionada.

### ***F. Respuesta a las distintas cuestiones prejudiciales***

72. Paso ahora a dar respuesta concreta a cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas.

#### *1. Primera cuestión prejudicial: requisito de una participación directa*

73. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si las pérdidas de una subfilial residente en España que va a ser objeto de liquidación en dicho país pueden ser consideradas definitivas. La respuesta debe ser negativa.

74. La excepción Marks & Spencer relativa a las pérdidas definitivas no distingue si estas proceden de sociedades filiales o subfiliales. De este modo, con arreglo a dicha excepción, tanto la sociedad matriz del grupo como la sociedad filial interpuesta podrían, en principio, compensar las pérdidas definitivas de la subfilial.

<sup>40</sup> Por tales se entienden, de forma simplificada, las estructuras fiscales de los grupos multinacionales que dentro de los actuales sistemas impositivos disponen de opciones (legalmente posibles) 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*).

<sup>41</sup> Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 55.

75. Es cierto que, como han señalado acertadamente Holmen y la Comisión, la situación que dio lugar a la sentencia Marks & Spencer presentaba una cadena de participaciones indirectas. Es más, la subfilial, la sociedad matriz (una sociedad de cartera) y la sociedad matriz principal (sociedad matriz del grupo) eran residentes en tres Estados miembros diferentes. Ahora bien, este hecho viene referido únicamente en la resolución de remisión y en las conclusiones del Abogado General.<sup>42</sup> Ni en el relato fáctico de la sentencia ni en el razonamiento del Tribunal de Justicia se hace referencia a tal circunstancia.

76. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, y coincidiendo con la tesis de los Países Bajos y de Suecia, no puede deducirse de lo anterior que el Tribunal de Justicia haya considerado implícitamente que la sociedad matriz de un grupo también debe poder aprovechar las pérdidas (definitivas) de una subfilial. El Tribunal de Justicia, en efecto, no tuvo que abordar esta cuestión con detalle, puesto que no fue instado a pronunciarse sobre el particular.

77. Pero, sobre todo, una solución de este tipo supondría conceder un derecho de elección a los grupos de sociedades, de tal suerte que estos podrían decidir en qué Estado miembro de qué filial o sociedad matriz van a aplicarse las pérdidas «definitivas» de la subfilial.

78. En particular, si las tres empresas estuvieran situadas en Estados miembros diferentes y existiesen los correspondientes beneficios compensables, la citada posibilidad de elección sería trascendental a efectos de una optimización de la carga fiscal del grupo. Sin embargo, tal elección, como sostienen acertadamente los Estados miembros afectados, no es aceptable, pues pondría en tela de juicio la salvaguarda del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, al margen de que implicaría un riesgo de deducción de las pérdidas en más de un Estado miembro.

79. El hecho de que, en principio, exista la posibilidad de compensar con la sociedad matriz directa las pérdidas en otro Estado miembro pone de manifiesto la prioridad que se concede a dicha posibilidad frente a la compensación de pérdidas con una sociedad matriz indirecta (en este caso, la sociedad matriz del grupo en Suecia). Esta prioridad evita también los mencionados riesgos que se derivan de un derecho de elección del contribuyente, así como la posibilidad de una doble deducción de pérdidas en un contexto de tres Estados implicados.

80. La referida prioridad también rige cuando, como en el presente caso, la sociedad filial y la subfilial están establecidas en el mismo Estado. Es cierto que, como sostiene acertadamente Holmen, en este caso no hay riesgo de una optimización de la carga fiscal del grupo mediante la elección del Estado miembro en el que compensar las pérdidas. Puede excluirse asimismo un riesgo elevado de deducción múltiple de las pérdidas. Sin embargo, la cuestión decisiva no es si la filial y la subfilial están establecidas en el mismo país, sino si, en relación con la sociedad matriz, las pérdidas definitivas de la subfilial se sitúan en otro Estado miembro. Como se ha señalado anteriormente, la respuesta debe ser negativa.

81. Así pues, procede responder a la primera cuestión prejudicial que las pérdidas sufridas por una sociedad participada indirectamente (es decir, una subfilial), en principio, no constituyen pérdidas definitivas en relación con la «sociedad matriz principal» (es decir, la sociedad matriz de la filial).

## *2. Segunda cuestión prejudicial: limitación de la compensación de pérdidas en España*

82. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si debe considerarse definitiva una pérdida que debió ser trasladada a otro ejercicio posterior por la existencia de un límite en la posibilidad de compensación.

<sup>42</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas en el asunto Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201), punto 8.

83. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a esta cuestión que las pérdidas «meramente» trasladadas no pueden considerarse definitivas, ni siquiera en los casos en que no pudieron ser compensadas con los beneficios de ejercicios anteriores por la existencia de un límite en la compensación de pérdidas en el Estado de la filial.

84. La existencia de estas pérdidas dependerá únicamente del régimen que establezca el Derecho fiscal español, el cual no puede obligar a Suecia a permitir que aquellas reduzcan la base imponible sueca del impuesto.

### *3. Cuestiones prejudiciales tercera y cuarta*

85. Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si para apreciar el carácter definitivo de una pérdida procede tener en cuenta que, conforme a la normativa del Estado de la filial, existe un límite a la posibilidad de que las pérdidas sean deducidas por entidades distintas de aquella de la que proceden y, en caso afirmativo, si procede tomar en consideración la medida en que dicho límite realmente ha dado lugar a que parte de las pérdidas no haya podido compensarse.

86. Por cuanto antecede, debe responderse a estas dos cuestiones prejudiciales que, a la hora de considerar si las pérdidas de una subfilial son definitivas, solo son determinantes las limitaciones que se refieren a esta última. Si la subfilial tiene la posibilidad de transferir las pérdidas a un tercero (por ejemplo, a una filial), entonces estas no son de carácter definitivo. Por lo tanto, carece de relevancia el hecho de que las pérdidas en cuestión pudieran o no ser aprovechadas por un tercero. En todo caso, se trataría de una circunstancia pertinente para dilucidar si, en relación con su sociedad matriz, las pérdidas de ese tercero son de carácter definitivo.

## **VI. Propuesta de decisión**

87. Por lo expuesto, propongo responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Högsta förvaltningsdomstol (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia) del siguiente modo:

- «1. Para que una sociedad matriz pueda efectuar una compensación transfronteriza de pérdidas, el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, exige que aquella sea la propietaria directa de la sociedad filial que registró las pérdidas.
2. Las pérdidas “meramente” trasladadas a ejercicios posteriores no pueden considerarse definitivas, ni siquiera en los casos en que no pudieron ser compensadas con los beneficios de ejercicios anteriores por la existencia de un límite en la compensación de pérdidas en el Estado de la filial.
3. Para apreciar el carácter definitivo de las pérdidas de una subfilial también hay que atender a la posibilidad, en dicho Estado miembro, de transferir las pérdidas en cuestión a terceros para deducirlas y, por tanto, también a su sociedad matriz (u otras empresas pertenecientes al grupo). La circunstancia de que exista un límite a su deducibilidad es pertinente únicamente para determinar si se trata de pérdidas “definitivas”.»