



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. JULIANE KOKOTT  
presentadas el 13 de marzo de 2014<sup>1</sup>

**Asunto C-48/13**

**Nordea Bank Danmark A/S**  
**contra**  
**Skatteministeriet**  
**[Petición de decisión prejudicial**

**planteada por el Østre Landsret (Dinamarca)]**

«Fiscalidad — Libertad de establecimiento — Impuesto nacional sobre los beneficios — Tributación en grupo — Tributación de la actividad de establecimientos no residentes de sociedades residentes — Prevención de la doble imposición mediante crédito fiscal (método de imputación) — Reversión de pérdidas anteriormente consideradas, al enajenar el establecimiento dentro del grupo, con pérdida de la potestad tributaria»

1. Una vez más, el Tribunal de Justicia debe analizar en el presente procedimiento la fiscalidad transfronteriza para grupos de empresas de un Estado miembro y su compatibilidad con la libertad de establecimiento. Y de nuevo tiene que examinar la justificación del «mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros», reconocida por primera vez expresamente en la sentencia Marks & Spencer<sup>2</sup> y cuyo alcance todavía parece no estar suficientemente clarificado.
2. Sin duda alguna, los casos presentados también resultan más complicados. La presente petición de decisión prejudicial danesa versa sobre la tributación de una sociedad residente con sus establecimientos situados en otros Estados miembros. Aunque la actividad de dichos establecimientos no residentes tributaba íntegramente en Dinamarca, el impuesto pagado en el extranjero se imputaba al impuesto danés, de conformidad con el llamado método de imputación. No obstante, en el presente asunto, los establecimientos no residentes solamente habían obtenido pérdidas, y estas pérdidas, tenidas en cuenta en la tributación de la sociedad residente, deben ser revertidas ahora en virtud de una normativa especial, dado que los establecimientos fueron enajenados dentro del grupo a sociedades no sometidas a la potestad tributaria de Dinamarca.
3. Sin embargo, el presente procedimiento no es un caso especialmente peculiar sin relevancia general. Por el contrario, nos da la ocasión de seguir desarrollando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la consideración transfronteriza de las pérdidas en general con la aplicación del método de imputación en particular.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Sentencia Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763.

## I. Marco jurídico

4. En el Reino de Dinamarca se recauda un impuesto sobre los beneficios de las empresas establecidas en el territorio nacional.

5. Si una sociedad de ese tipo mantiene un establecimiento en otro Estado nórdico (Suecia, Finlandia o Noruega), con arreglo al artículo 7 del Convenio Nórdico sobre doble imposición, el Reino de Dinamarca puede hacer tributar a la sociedad también por la parte de las ganancias imputables a dichos establecimientos no residentes. Sin embargo, con arreglo al artículo 25 del Convenio, en ese caso se debe imputar al impuesto danés el impuesto extranjero sobre la actividad del establecimiento, pero sólo hasta el importe del impuesto sobre los beneficios del establecimiento que se haya calculado en el Reino de Dinamarca.

6. Conforme a la legislación relevante en el procedimiento principal, habían de tenerse en cuenta al calcular el impuesto danés las pérdidas y ganancias corrientes de los establecimientos no residentes de sociedades residentes.

7. No obstante, en determinados supuestos la legislación obligaba a corregir la imputación de las pérdidas. El artículo 33 D, apartado 5, de la Ligningslov (Ley relativa a la determinación de la base imponible) disponía a este respecto:

«En caso de enajenación total o parcial de un establecimiento [...] situado en el extranjero a una empresa asociada [...], las pérdidas deducidas que no hayan sido compensadas con beneficios de ejercicios posteriores se considerarán también al declarar los ingresos imponibles, sea cual sea el método aplicado para la desgravación. [...]»

8. Según expone el órgano jurisdiccional remitente, esta normativa se aplicaba sólo cuando la empresa asociada adquirente no tributaba junto con la sociedad vendedora. Según la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley, con ese régimen se pretendía evitar que las sociedades danesas primero pudieran imputar las pérdidas de sus establecimientos no residentes para reducir los beneficios y posteriormente, en cuanto éstos obtuviesen ganancias, enajenarlos a una empresa asociada no residente para no tener que tributar por esas ganancias en Dinamarca.

## II. Procedimiento principal

9. La demandante en el procedimiento principal es la sociedad Nordea Bank Danmark A/S, sucesora de un banco que en el año 2000 se asoció con un banco sueco, otro finlandés y otro noruego para crear el grupo Nordea.

10. Desde 1996/1997 hasta 2000, la antecesora mantuvo establecimientos en forma de sucursales bancarias en Suecia, Finlandia y Noruega. Dichas sucursales obtuvieron pérdidas en todos los ejercicios. Por eso se dedujo de la base imponible del impuesto danés un total de 204.402.324 DKK, lo que al cambio actual equivale a unos veintisiete millones de euros.

11. A raíz de la constitución del grupo Nordea se cerraron las mencionadas sucursales, y aproximadamente la mitad de los empleados fueron asumidos por empresas suecas, finlandesas y noruegas pertenecientes al grupo Nordea, al igual que una parte de la clientela. Las sociedades absorbentes ya no podían tener en cuenta las pérdidas obtenidas anteriormente por los establecimientos en su propia tributación.

12. Las autoridades fiscales danesas consideraron que esas operaciones constituían una venta parcial de establecimientos a empresas asociadas en el sentido del artículo 33 D, apartado 5, de la Ligningslov, por lo que incrementaron la base imponible del impuesto correspondiente al año 2000 en la suma de las pérdidas imputadas en los ejercicios precedentes. En opinión de Nordea Bank Danmark, esta normativa es contraria tanto al Derecho de la Unión como al Acuerdo EEE.

### III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

13. Con arreglo al artículo 267 TFUE, el Østre Landsret, que actualmente conoce del litigio, ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE (anteriormente 43 CE y 48 CE) así como los artículos 31 y 34 [del Acuerdo EEE] ¿se oponen a que un Estado miembro, que permite a una sociedad residente deducir regularmente las pérdidas registradas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, realice la reversión íntegra de las pérdidas de la sociedad derivadas de dicho establecimiento permanente (en la medida en que no han sido compensadas con beneficios de ejercicios posteriores), en caso de que éste sea cerrado debido a que una parte de sus actividades se ha transferido a una sociedad perteneciente al mismo grupo y residente en el mismo Estado miembro del establecimiento permanente, cuando deba presumirse que se han agotado todas las posibilidades de imputar las pérdidas de que se trata?»

14. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones escritas Nordea Bank Danmark, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, el Órgano de Vigilancia de la AELC y la Comisión.

### IV. Apreciación jurídica

15. En el presente procedimiento procede dilucidar si la reversión descrita de las pérdidas de un establecimiento no residente dentro de la tributación danesa por los beneficios de sociedades residentes es compatible con el principio de libertad de establecimiento del Tratado CE, aplicable en el procedimiento principal, o con el Acuerdo EEE.

16. A este respecto, no resulta necesario diferenciar entre el examen de la infracción a la libertad de establecimiento de una sociedad en los Estados miembros, que debe apreciarse a la luz del artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE, y en el Reino de Noruega, a lo que resulta aplicable el artículo 31, en relación con el artículo 34, del Acuerdo EEE. En efecto, ambas disposiciones prohíben las restricciones a la libertad de establecimiento de modo idéntico.<sup>3</sup>

17. Al igual que todos los intervinientes en el procedimiento, considero, en principio, que en el presente asunto existe una restricción a la libertad de establecimiento.

18. La libertad de establecimiento otorga a las sociedades, entre otros, el derecho a ejercer su actividad en otros Estados miembros por medio de una sucursal.<sup>4</sup> Asimismo, está prohibido que el Estado miembro de origen de la sociedad obstaculice su establecimiento en otro Estado miembro.<sup>5</sup> Tal obstaculización existe cuando un establecimiento situado en otro Estado miembro recibe un trato distinto y menos favorable que un establecimiento puramente nacional.<sup>6</sup>

3 — Véase, sobre el artículo 49 TFUE, la sentencia A, C-48/11, EU:C:2012:485, apartado 21.

4 — Véase, entre otras, la sentencia Impacto Azul, C-186/12, EU:C:2013:412, apartado 32 y la jurisprudencia citada.

5 — Véanse, entre otras, las sentencias Daily Mail and General Trust, 81/87, EU:C:1988:456, apartado 16; AMID, C-141/99, EU:C:2000:696, apartado 21, y Argenta Spaarbank, C-350/11, EU:C:2013:447, apartado 20.

6 — Véanse, entre otras, las sentencias AMID, EU:C:2000:696, citada en la nota 5, apartado 27; Papillon, C-418/07, EU:C:2008:659, apartados 16 a 23, y Argenta Spaarbank, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartados 20 a 34.

19. En el Reino de Dinamarca, las sociedades con sucursales no residentes y las sociedades con sucursales residentes recibían un trato diferente en virtud del artículo 33 D, apartado 5, de la Ligningslov. Cuando una sociedad danesa explotaba una sucursal residente y la vendía a una empresa asociada que no tributaba en Dinamarca, las pérdidas de dicha sucursal residente, previamente consideradas, no se corregían, al contrario de lo que sucedía con las sucursales no residentes. Por lo tanto, se penalizaba fiscalmente la explotación de sucursales en otro Estado miembro.

20. No obstante, conforme a la jurisprudencia, tal diferencia de trato desventajosa puede ser compatible con la libertad de establecimiento si afecta a situaciones que no son objetivamente comparables entre sí (a continuación, parte A) o si está justificada por una razón imperiosa de interés general (parte B).<sup>7</sup>

#### *A. Sobre la necesidad de examinar si las situaciones son objetivamente comparables*

21. Por lo tanto, lo tradicional sería examinar, en primer lugar, si las sociedades con una sucursal residente y las sociedades con una sucursal en otro Estado miembro se hallan en una situación objetivamente comparable, y ello debería hacerse teniendo en cuenta el objetivo de las disposiciones nacionales controvertidas.<sup>8</sup>

22. Aunque yo misma he realizado en el pasado análisis de este tipo,<sup>9</sup> creo que ha llegado el momento de dejar de hacerlo.<sup>10</sup> Por un lado, ni es posible establecer una delimitación del examen de una justificación ni cabe considerar que existen criterios que permitan determinar en qué casos se ha de negar que las situaciones son objetivamente comparables. Por otro lado, una apreciación como ésta impediría también llegar a un equilibrio adecuado entre la libertad fundamental y la correspondiente causa de la diferencia de trato.

23. Cabe entender el requisito de que las situaciones sean objetivamente comparables como una reminiscencia dogmática de la época en que, en materia de libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia sólo aceptaba las justificaciones expresamente previstas en el Tratado.<sup>11</sup> Así, muchas de las causas que, desde el punto de vista de un Estado miembro, podían justificar una diferencia de trato entre situaciones internas y transfronterizas sólo podían analizarse atendiendo al carácter objetivamente comparable de las situaciones.

24. Sin embargo, al reconocer el Tribunal de Justicia también causas de justificación no escritas, se ha producido una nueva situación. Ahora la práctica general es que los motivos que puedan aducirse para apreciar una diferencia de trato se ponderen en el marco del análisis de las diversas causas de justificación reconocidas, o que, en determinadas circunstancias, puedan reconocerse en el futuro. Por lo tanto, no sorprende que, en los casos en que se toma en serio el examen del carácter objetivamente comparable de las situaciones, el Tribunal de Justicia analice esencialmente lo mismo que volverá a examinar más adelante desde el punto de vista de la justificación.<sup>12</sup>

7 — Sentencias X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, apartado 20; Comisión/Bélgica, C-250/08, EU:C:2011:793, apartado 51; Philips Electronics, C-18/11, EU:C:2012:532, apartado 17, y A, C-123/11, EU:C:2013:84, apartado 33; véase, sobre la libre circulación de capitales, la sentencia K, C-322/11, EU:C:2013:716, apartado 36 y la jurisprudencia allí citada.

8 — Véanse las sentencias X Holding, EU:C:2010:89, apartado 22; Philips Electronics, EU:C:2012:532, apartado 17, y A, EU:C:2013:84, apartado 33, todas ellas citadas en la nota 7.

9 — Véanse, entre otras, mis recientes conclusiones presentadas el 19 de abril de 2012 en el asunto Philips Electronics, EU:C:2012:222, citado en la nota 7, puntos 31 y ss., y el 5 de septiembre de 2013 en el asunto Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2013:531, puntos 56 y ss.

10 — Véanse mis conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012 en el asunto A, EU:C:2012:488, citado en la nota 7, puntos 40 y 41, y el 27 de febrero de 2014 en el asunto SCA Group Holding y otros, C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:104, punto 32.

11 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, EU:C:1999:216, apartado 32.

12 — Véase la sentencia K, EU:C:2013:716, citada en la nota 7, apartados 37 y ss. y 49 y ss.

25. En este contexto, recientemente la intensidad del examen del carácter comparable de las situaciones ha sido muy variada, especialmente en asuntos en materia tributaria. Así, en unas ocasiones, el Tribunal de Justicia considera suficiente para afirmar que las situaciones son objetivamente comparables que en ambas situaciones se pretenda obtener una ventaja fiscal,<sup>13</sup> y, además, existen también numerosos análisis que tratan extensamente el sistema normativo del Estado miembro de que se trate.<sup>14</sup> Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal de Justicia renuncia totalmente a examinar el carácter objetivamente comparable de las situaciones<sup>15</sup> o, simplemente, declara que existe sin aportar motivación alguna.<sup>16</sup>

26. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su conjunto no cabe deducir cuáles son las circunstancias en las que una diferencia entre las situaciones confrontadas impide que puedan compararse objetivamente. En el presente asunto, por ejemplo, se constata que la situación de una sucursal no residente y la de una residente son objetivamente diferentes, porque sólo en el caso de una sucursal no residente ha de imputarse un impuesto extranjero al impuesto danés. Pero, ¿qué criterios son los aplicables para decidir si se está ante una diferencia relevante en lo que a la corrección de la imputación de pérdidas se refiere?

27. No obstante, si se llegara a la conclusión de que las situaciones no son objetivamente comparables, se frustraría el examen de la proporcionalidad de la diferencia de trato entre la situación interna y la transfronteriza, a diferencia de lo que ocurriría al examinar la causa de justificación. Por lo tanto, ya no es posible un equilibrio adecuado entre los objetivos asociados a la libertad fundamental y aquéllos en los que se basa la causa para la diferenciación entre la situación interior y la transfronteriza. Sólo es posible garantizar una solución equilibrada si, al examinar la causa de justificación, se tiene en cuenta el motivo de la diferencia de trato.

28. En consecuencia, en el caso de que no sea necesario examinar el carácter objetivamente comparable de las situaciones ni ese examen pueda conducir a resultados adecuados, el Tribunal de Justicia debería renunciar a él en el futuro. La justificación de una diferencia de trato debe valorarse únicamente en función de si existe una causa que pueda justificar de forma proporcionada un trato diferente.

## *B. Justificación*

29. Por lo tanto, en el presente asunto, la diferencia de trato en perjuicio de las sucursales no residentes únicamente dejará de ser contraria a la libertad de establecimiento del Tratado CE o del Acuerdo EEE si está justificada por una razón imperiosa de interés general.

30. Los Estados miembros intervinientes en el procedimiento consideran que tal justificación existe. Se remiten a las causas justificativas reconocidas por el Tribunal de Justicia de garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (a continuación, número 1), de preservación de la coherencia del régimen tributario (número 2) y de prevención de la evasión fiscal (número 3).

13 — Sentencia X Holding, EU:C:2010:89, citada en la nota 7, apartado 24.

14 — Véase la sentencia K, EU:C:2013:716, citada en la nota 7, apartados 37 y ss.

15 — Véanse las sentencias Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, apartados 18 a 26; Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C-157/07, EU:C:2008:588, apartados 27 a 39, y Argenta Spaarbank, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartados 18 a 34.

16 — Sentencia National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, apartado 38.

## 1. Reparto de la potestad tributaria

31. La garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros es una causa de justificación reconocida en la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia.<sup>17</sup>

32. El Reino de Dinamarca entiende que la reversión de las pérdidas está justificada por este motivo en relación con el objetivo de la prevención de la evasión fiscal. En efecto, con esta medida se pretende evitar que un grupo de empresas primero declare en Dinamarca las pérdidas de un establecimiento no residente para después, mediante la enajenación del establecimiento dentro del grupo, hacer que sus ganancias tributen en otro Estado miembro con una fiscalidad más favorable.

33. Los demás Estados miembros intervinientes en el procedimiento consideran decisiva la causa de justificación de garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sobre todo desde el punto de vista de la simetría entre la consideración de las ganancias y las pérdidas en el mismo Estado miembro. Habida cuenta de que con la enajenación se sustrae el establecimiento no residente a la potestad tributaria danesa, dicha simetría se pierde, dado que los futuros beneficios del establecimiento ya no tributarán en Dinamarca.

34. A la vista de este enfoque diferente procede dilucidar, primeramente, cuál es el verdadero contenido de la causa de justificación de la garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

35. A estos efectos ha de diferenciarse, en primer lugar, entre el propio reparto de la potestad tributaria y la garantía de dicho reparto. En efecto, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en reiterada jurisprudencia que corresponde a los propios Estados miembros decidir *cómo* se hace el reparto de la potestad tributaria entre ellos, pues, a falta de medidas de armonización adoptadas por la Unión Europea, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria.<sup>18</sup>

36. Es cierto que el Tribunal de Justicia, al reconocer por primera vez dicha causa de justificación en la sentencia *Marks & Spencer*, destacó que ha de garantizarse un equilibrio en el reparto de la potestad tributaria,<sup>19</sup> y se ha reiterado en este punto de vista en algunas resoluciones posteriores.<sup>20</sup>

37. Sin embargo, en principio puede considerarse que el Tribunal de Justicia no pone en tela de juicio el modo en el que los Estados miembros se han repartido sus competencias tributarias en un determinado caso, de manera que se presumirá que existe una «*garantía* de reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros».<sup>21</sup> Lo mismo ha de suponerse en el presente asunto, en el que los establecimientos no residentes de una sociedad tributan tanto en el Estado de origen de los ingresos donde está ubicado el establecimiento, como en el Estado del domicilio de la sociedad (Dinamarca), si bien en este último caso sólo imputando el impuesto ya pagado en el Estado de origen.

17 — Véanse, entre otras, las sentencias *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, citada en la nota 16, apartado 45; *Comisión/España*, C-269/09, EU:C:2012:439, apartado 76; *DI VI Finanziaria di Diego della Valle & C.*, C-380/11, EU:C:2012:552, apartado 43; *Argenta Spaarbank*, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartado 50; *Imfeld y Garcet*, C-303/12, EU:C:2013:822, apartado 68, y *DMC*, C-164/12, EU:C:2014:20, apartado 46.

18 — Véanse, entre otras, las sentencias *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, C-303/07, EU:C:2009:377, apartado 25; *National Grid Indus*, EU:2011:785, citada en la nota 16, apartado 45; *Argenta Spaarbank*, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartado 50, y *DMC*, EU:C:2014:20, citada en la nota 17, apartado 47.

19 — Sentencia *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, citada en la nota 2, apartado 46.

20 — Véanse, entre otras, las sentencias *Amurta*, C-379/05, EU:C:2007:655, apartado 58, y *Argenta Spaarbank*, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartado 53.

21 — Véase, entre otras, la sentencia de 8 de diciembre de 2011, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-157/10, EU:C:2011:813, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada, según la cual «las desventajas que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de la potestad tributaria [...] no constituyen restricciones de las libertades de circulación».

38. Por lo tanto, la causa de justificación de la «garantía» del reparto de la potestad tributaria otorga a los Estados miembros el derecho a ejercer y proteger dicha potestad establecida por ellos mismos. En este sentido ha de interpretarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual esta causa de justificación faculta, «en particular», para evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio.<sup>22</sup> Y no cabe excluir la invocación de esta causa de justificación cuando un Estado miembro someta a gravamen actividades que no se desarrollen en su territorio, como ocurre en el presente asunto con la actividad de los establecimientos no residentes. De no ser así, el Tribunal de Justicia habría de negar la potestad tributaria de los Estados miembros respecto de las actividades desarrolladas fuera de sus territorios.

39. En lo que respecta al modo en que los Estados miembros pueden ejercer y proteger entre sí su potestad tributaria, cabe extraer de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída hasta el momento en relación con la citada causa de justificación la existencia de dos grupos de supuestos.

40. En primer lugar, los Estados miembros tienen derecho a evitar que, mediante el traslado de ingresos a otro Estado miembro, éstos se sustraigan a su potestad tributaria.<sup>23</sup> Esto incluye la posibilidad de combatir montajes ficticios o fraudulentos dirigidos a trasladar los ingresos fiscales entre los Estados miembros.<sup>24</sup>

41. En segundo lugar, y a la inversa, los Estados miembros tampoco están obligados a tener en cuenta pérdidas registradas por una actividad que no tribute en su territorio, sino en el de otro Estado miembro. En efecto, la causa de justificación pretende garantizar la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas.<sup>25</sup> Por lo tanto, el mercado interior no confiere a los sujetos pasivos el derecho a optar por el Estado miembro en el que hayan de considerarse las pérdidas.<sup>26</sup>

42. Partiendo de estos grupos de supuestos, hasta ahora reconocidos, se pone de relieve que la llamada causa de justificación de «garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros» no constituye sino una expresión de otras causas de justificación también reconocidas, especialmente en relación con la delimitación de las competencias fiscales de los Estados miembros.

43. Por un lado, la idea de que las pérdidas y los beneficios de una actividad no pueden considerarse por separado únicamente es una expresión de la causa justificadora de preservación de la coherencia de un régimen tributario. Por lo tanto, la restricción de una libertad fundamental puede estar justificada si se aprecia una relación directa entre una ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado.<sup>27</sup> Al examinar esta justificación, el Tribunal de Justicia ya declaró que, en este sentido, existe una relación directa entre la consideración de las pérdidas y los beneficios de una actividad en un Estado miembro.<sup>28</sup> Por consiguiente, está justificada la afirmación del Tribunal de Justicia de que las exigencias de la coherencia fiscal y del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros coinciden.<sup>29</sup>

22 — Sentencias Comisión/Alemania, C-284/09, EU:C:2011:670, apartado 77; Santander Asset Management SGIIC y otros, C-338/11 a C-347/11, EU:2012:286, apartado 47; SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, apartado 45; Beker, C-168/11, EU:C:2013:117, apartado 57; Argenta Spaarbank, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartado 53, e Imfeld y Garcet, EU:C:2013:822, citada en la nota 17, apartado 75.

23 — Véanse las sentencias Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, apartado 56; Glaxo Wellcome, C-182/08, EU:C:2009:559, apartado 87, y Argenta Spaarbank, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartado 55.

24 — Véanse las sentencias SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, apartados 60 a 63, y SIAT, EU:C:2012:415, citada en la nota 22, apartados 45 a 47.

25 — Véase la sentencia Philips Electronics, EU:C:2012:532, citada en la nota 7, apartado 24.

26 — Véanse las sentencias Oy AA, EU:C:2007:439, citada en la nota 23, apartado 55; X Holding, EU:C:2010:89, citada en la nota 7, apartado 29, y A, EU:C:2013:84, citada en la nota 7, apartado 43.

27 — Véanse, entre otras, las sentencias Papillon, EU:C:2008:659, citada en la nota 6, apartado 44; DI VI Finanziaria di Diego della Valle & C., EU:C:2012:552, citada en la nota 17, apartado 46, y Welte, C-181/12, EU:C:2013:662, apartado 59.

28 — Véase la sentencia K, EU:C:2013:716, citada en la nota 7, apartado 69.

29 — Véase la sentencia National Grid Indus, EU:C:2011:785, citada en la nota 16, apartado 80.

44. Por otro lado, la prevención de la transferencia de ingresos de un Estado miembro a otro valiéndose de montajes ficticios o fraudulentos no es sino un caso especial de la reconocida justificación de la prevención de la evasión fiscal. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate.<sup>30</sup> Por lo tanto, en el marco de la «garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros», no se trata de evitar que un sujeto pasivo eluda totalmente la imposición, sino de evitar que, mediante montajes artificiales, transfiera los impuestos a otro Estado miembro. El propio Tribunal de Justicia aprecia la existencia de esta relación cuando realiza una «consideración de conjunto» de ambas causas de justificación.<sup>31</sup>

45. Por lo tanto, si se entiende la llamada causa de justificación de «garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros» únicamente como expresión particular de otras causas de justificación reconocidas, se explica por qué en algunas ocasiones el Tribunal de Justicia trata la garantía de dicho reparto como una justificación autónoma,<sup>32</sup> mientras que en otras sólo parece reconocerla vinculada a otras causas de justificación.<sup>33</sup>

46. No obstante, para una mayor claridad de la jurisprudencia, es importante que, al examinar la justificación de la restricción de las libertades fundamentales, no se oculte la verdadera razón tras la etiqueta del «reparto de la potestad tributaria», sino que dicha razón pase a ocupar un primer plano. Por lo tanto, en lo sucesivo voy a analizar solamente las causas de justificación cuyas expresiones particulares se han resumido hasta ahora bajo la denominación «garantía del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros», es decir, en lo que atañe al presente asunto, la preservación de la coherencia de un régimen tributario (a continuación, número 2) y la prevención de la evasión fiscal (número 3).

## 2. Coherencia tributaria

47. Conforme a reiterada jurisprudencia, la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario puede justificar la restricción de una libertad fundamental. Para ello debe existir una relación directa entre una ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado.<sup>34</sup> En una situación como ésta se puede denegar al titular de la libertad fundamental la ventaja fiscal si no está sometido al mismo tiempo al gravamen fiscal directamente relacionado con ella. El carácter directo de ese vínculo debe apreciarse en relación con el objetivo que se persigue con el régimen tributario.<sup>35</sup>

48. El Tribunal de Justicia ya ha declarado a este respecto que existe una relación directa entre la consideración de las pérdidas y de los beneficios de una actividad ejercida en un Estado miembro.<sup>36</sup>

30 — Véanse, entre otras, las sentencias *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, EU:C:2009:377, citada en la nota 18, apartado 63, y *SGL*, EU:C:2010:26, citada en la nota 24, apartado 65.

31 — Véase la sentencia *SGL*, EU:C:2010:26, citada en la nota 24, apartados 66 y 69.

32 — Véase la sentencia *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, citada en la nota 16, apartado 48.

33 — Véanse las sentencias *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, citada en la nota 2, apartado 51; *Lidl Belgium*, EU:C:2006:585, citada en la nota 15, apartados 38 y ss., y *A*, EU:C:2013:84, citada en la nota 7, apartado 46.

34 — Véanse, entre otras, las sentencias *Manninen*, C-319/02, EU:2004:484, apartado 42; *Papillon*, EU:C:2008:659, citada en la nota 6, apartados 43 y 44; *DI VI Finanziaria di Diego della Valle & C.*, EU:C:2012:552, citada en la nota 17, apartado 46, y *Welte*, EU:C:2013:662, citada en la nota 27, apartado 59.

35 — Véanse, entre otras, las sentencias *Papillon*, EU:C:2008:659, citada en la nota 6, apartado 44, y *Argenta Spaarbank*, EU:C:2013:447, citada en la nota 5, apartado 42.

36 — Véase la sentencia *K*, EU:C:2013:716, citada en la nota 7, apartado 69.

49. No obstante, como acertadamente ha expuesto la Comisión, en el presente asunto la simetría de la consideración de pérdidas y ganancias de una actividad imponible está garantizada sin necesidad de una reversión de las pérdidas, pues, en el período relevante para el procedimiento principal, el Reino de Dinamarca optó por someter a tributación los establecimientos no residentes, por lo que debió de considerar tanto los beneficios como las pérdidas de dicha actividad.

50. Tal como acertadamente ha señalado Nordea Bank Danmark, forma parte de esta simetría que, en caso de enajenación de un establecimiento no residente, la eventual plusvalía tribute en Dinamarca. Entre empresas asociadas, como sucede en el caso de autos, que en ocasiones no pactan precio alguno o no pactan un precio razonable, se puede determinar dicha plusvalía —tal como prevé la propia legislación tributaria danesa— con arreglo al principio de plena competencia tomando como referencia un valor objetivo de mercado. Por lo tanto, la imposición se corresponde exactamente con la facultad que tiene el Estado miembro para gravar las plusvalías que, bajo su competencia fiscal, se produzcan en los activos de una sociedad.<sup>37</sup>

51. A este respecto es irrelevante el hecho de que —como objeta, por ejemplo, el Reino de los Países Bajos—, si no fuera por la normativa danesa de la reversión, habría que conceder al sujeto pasivo la deducción de las pérdidas sin poder someter a tributación los correspondientes beneficios posteriores. La imposibilidad de gravar eventuales beneficios posteriores es algo que puede suceder normalmente en la imposición de una actividad, por ejemplo, cuando ésta fracasa económicamente o cuando se pone fin a la potestad fiscal del Estado miembro por traslado de la sede.

52. Sin embargo, particularmente la República de Austria ha alegado en contra de la simetría que, en el presente asunto, la imposición de los beneficios tiene un carácter más bien formal. Al aplicar el Reino de Dinamarca el método de imputación a la tributación de los establecimientos no residentes, debe imputarse el impuesto pagado en el Estado de origen de los beneficios. En conclusión, si en Dinamarca se aplicase un tipo impositivo igual o inferior al del Estado de origen de los beneficios del establecimiento no residente, éstos no llegarían a tributar en Dinamarca. Sin embargo, aunque el tipo impositivo fuese inferior en el Estado de origen de los beneficios, Dinamarca no tendría derecho a gravar íntegramente los beneficios.

53. Esta objeción es válida en la medida en que, con el método de imputación, la tributación de un establecimiento no residente da lugar a resultados fiscales distintos de los de la tributación normal de una actividad interior. Por lo general, en comparación, los ingresos fiscales que Dinamarca obtenga con la tributación de los establecimientos no residentes serán inferiores. Asimismo, se aprecia un cierto desequilibrio entre la consideración íntegra de las pérdidas registradas y la imposición de sus beneficios, que en definitiva será como mucho parcial.

54. Es cierto que la tributación de un establecimiento no residente conforme al método de imputación no puede equipararse a la no imputación que se produce conforme al método de exención. El Tribunal de Justicia analizó esta última situación en la sentencia *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, y en definitiva permitió al Estado miembro corregir *a posteriori* una consideración de pérdidas realizada pese a carecer de potestad tributaria debido a la exención de los ingresos de un establecimiento no residente.<sup>38</sup> Sin embargo, en contra de la opinión de la República Federal de Alemania, dicha sentencia no puede trasladarse al caso de autos, puesto que el Reino de Dinamarca pretendía precisamente ejercer su potestad tributaria sobre los establecimientos no residentes y existía la posibilidad de gravar sus beneficios al menos parcialmente.

37 — Véanse las sentencias *National Grid Indus*, EU:C:2011:785, citada en la nota 16, apartado 46, y *DMC*, EU:C:2014:20, citada en la nota 17, apartados 48 y 49.

38 — EU:C:2008:588, citada en la nota 15.

55. No obstante, en el presente asunto no es preciso determinar si, en virtud de la coherencia fiscal, la potestad tributaria de un Estado miembro, limitada por el método de imputación, le faculta para considerar las pérdidas registradas de forma parcial. En efecto, el objetivo declarado y discernible del régimen danés de reversión fiscal no es lograr una adecuada proporción entre la consideración de las pérdidas y de los beneficios de las actividades que tributan con arreglo al método de imputación. Como ha expuesto el propio Reino de Dinamarca, con dicha normativa únicamente se pretende evitar, en un caso excepcional, el abuso de la plena consideración de las pérdidas en virtud del método de imputación. Sin embargo, con arreglo al Derecho danés, se pretende que, por lo general, los sujetos pasivos puedan disfrutar precisamente de esa ventaja de la íntegra imputación de las pérdidas, aunque la ausencia de futuros beneficios suponga que ya no se produzca la compensación de esa imputación de pérdidas.

56. En vista de esta configuración de la normativa danesa, tampoco sería posible invocar la causa de justificación de preservación de la coherencia del régimen tributario, si se atiende a la reiterada jurisprudencia según la cual una norma nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática, es decir, consecuente.<sup>39</sup>

57. Por lo tanto, la presente restricción a la libertad de establecimiento no puede justificarse por la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario.

### 3. Prevención de la evasión fiscal

58. No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, a efectos de evitar la evasión fiscal, una normativa nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate.<sup>40</sup> Cuando se trata, en particular, de evitar el traslado de los beneficios a otro Estado miembro, el Tribunal de Justicia parece incluso imponer exigencias menos estrictas, pues para garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros también puede estar justificada una normativa que no tenga por objeto específicamente evitar montajes ficticios.<sup>41</sup>

59. Según se desprende de la exposición de motivos, la normativa de que se trata persigue el objetivo de evitar que un grupo de empresas impute primero en Dinamarca las pérdidas de un establecimiento no residente para tributar después por sus beneficios únicamente en otro Estado miembro. Es comprensible que a este respecto exista una posibilidad de evasión fiscal, especialmente con el desarrollo clásico de una inversión, en que una fase de pérdidas debido a inversiones iniciales va seguida de una fase de beneficios. Por lo tanto, aunque la sociedad absorbente ya no pueda imputar sus pérdidas, el traslado de la actividad de un establecimiento no residente dentro del grupo puede ser ventajoso si el tipo impositivo extranjero es inferior al danés.

60. No obstante, una normativa nacional dirigida a prevenir la evasión fiscal tampoco puede ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Por eso, de una parte, debe concederse al contribuyente la posibilidad de presentar elementos relativos a los posibles motivos comerciales,<sup>42</sup> y, de otra, la medida fiscal correctora debe limitarse a la fracción que supere lo que habría sido convenido de no existir una relación de interdependencia entre las sociedades.<sup>43</sup>

39 — Véase, entre otras, la sentencia Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, apartado 39 y la jurisprudencia allí citada.

40 — Véanse, entre otras, las sentencias Aberdeen Property Fininvest Alpha, EU:C:2009:377, citada en la nota 18, apartado 63, y SGI, EU:C:2010:26, citada en la nota 24, apartado 65.

41 — Véase la sentencia SGI, EU:C:2010:26, citada en la nota 24, apartado 66.

42 — Véase la sentencia SGI, EU:C:2010:26, citada en la nota 24, apartado 71.

43 — Véase la sentencia SGI, EU:C:2010:26, citada en la nota 24, apartado 72.

61. Ciertamente, en un procedimiento de masas como el de tributación, no se puede exigir que cada paso particular se someta obligatoriamente a un examen individual, sino que también han de poder regularse con carácter general algunos supuestos de hecho que típicamente tengan determinadas consecuencias o que respondan a una determinada motivación.

62. Sin embargo, en el presente asunto, se han rebasado en cualquier caso los límites de una tipificación admisible de la evasión fiscal. En primer lugar, el sujeto pasivo no puede aportar en ningún caso prueba en contrario de la evasión, a pesar de que resulta manifiesto que puede haber buenas razones económicas para la transmisión de un establecimiento dentro de un grupo de empresas, especialmente para evitar la duplicidad de capacidades, como demuestra el propio caso de autos. En segundo lugar, como también se evidencia en el presente asunto, conforme a la opinión del Órgano de Vigilancia de la AELC, no es proporcionado imponer una reversión total de las pérdidas anteriormente imputadas, incluso cuando la enajenación parcial de un establecimiento sea mínima, pues esto puede incluir también situaciones en las que, en esencia, simplemente se liquide el establecimiento.

63. Por último, en tercer lugar, la reversión de todas las pérdidas imputadas no guarda ninguna proporción con la pérdida de la imposición de los futuros beneficios, cuya compensación persigue la normativa danesa. El Reino de Dinamarca sólo puede exigir legítimamente la tributación por beneficios cuya realización ya se había producido en el momento de la enajenación, pues las posteriores oportunidades aumentadas de beneficios corresponderían a la potestad tributaria del nuevo Estado miembro competente. Sin embargo, los beneficios ya producidos en el momento de la enajenación, como acertadamente ha señalado la Comisión, se traducen en la fijación del precio de venta conforme al principio de libre competencia.<sup>44</sup>

64. Si, por el contrario, el Reino de Dinamarca no considera adecuado ese valor porque, en su opinión, la transmisión dentro de un grupo de empresas puede tener una utilidad mayor que la transmisión a un tercero, procede recordar que, de todos modos, esta posible utilidad mayor no se haría realidad si el establecimiento se mantuviera bajo la competencia fiscal de Dinamarca. Sin embargo, en definitiva, el objetivo que persigue la normativa controvertida es precisamente ese mantenimiento bajo la competencia fiscal de Dinamarca.

65. Por lo tanto, el objetivo de prevenir la evasión fiscal tampoco puede justificar la presente restricción a la libertad de establecimiento, pues la normativa danesa va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

#### 4. Resultado de la justificación

66. En consecuencia, la presente restricción a la libertad de establecimiento no se justifica por ninguna razón imperiosa de interés general. Esto hace que tampoco sea necesario entrar a analizar la alegación de Nordea Bank Danmark de que, en cualquier caso, está excluida la justificación conforme a la doctrina Marks & Spencer, ya que no puede denegarse a un sujeto pasivo la imputación de pérdidas cuando —como sucede en el presente caso a raíz del cierre de las sucursales— se ha agotado toda posibilidad de consideración de las pérdidas en el Estado de origen de los beneficios.

44 — Véase el punto 50 *supra*.

## V. Conclusión

67. Por lo tanto, procede responder a la cuestión prejudicial del siguiente modo:

El artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE y el artículo 31 del Acuerdo sobre el EEE, en relación con el artículo 34 del mismo Acuerdo, se oponen a que un Estado miembro —que, en virtud del método de imputación, permite a las sociedades establecidas en él deducir regularmente las pérdidas registradas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro— realice la reversión íntegra de las pérdidas de la sociedad derivadas de ese establecimiento permanente (en la medida en que no se compensen con beneficios de ejercicios posteriores), cuando la reversión se disponga para todo caso en el que se transmita una parte de su negocio a una empresa asociada que esté establecida en el mismo Estado que el establecimiento permanente.