



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 23 octubre de 2014¹

Asunto C-172/13

Comisión Europea
contra
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
apoyado por
República Federal de Alemania
Reino de España
Reino de los Países Bajos
República de Finlandia

«Legislación tributaria — Libertad de establecimiento — Artículo 49 TFUE y artículo 31 del Acuerdo EEE — Impuesto nacional de sociedades — Tributación en grupo — Compensación de pérdidas dentro del grupo (“group relief”) — Compensación de pérdidas con sociedades extranjeras del grupo — “Excepción Marks & Spencer” — Momento de apreciación de la imposibilidad de tener en cuenta las pérdidas por otra vía en el futuro»

I. Introducción

1. En el presente recurso por incumplimiento, se trata nuevamente de la interpretación de la sentencia Marks & Spencer.² En ella, el Tribunal de Justicia, recurriendo al ejemplo del Derecho británico, estableció las condiciones en las que la legislación del impuesto de sociedades de los Estados miembros debe posibilitar la compensación de pérdidas dentro de un grupo de empresas, incluso de carácter transfronterizo: la llamada «excepción Marks & Spencer».

2. Lamentablemente, estas condiciones son todo menos claras. Esto no sólo queda patente en los asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha tenido que ocuparse de su aplicación a casos concretos.³ Además, tanto el Abogado General Geelhoed como el Abogado General Mengozzi han puesto de manifiesto que no ven claro cuáles son el ámbito de aplicación y el sentido de la excepción Marks & Spencer.⁴ No sólo yo comparto este punto de vista,⁵ sino también numerosos autores doctrinales, que sostienen las más diversas interpretaciones de la excepción Marks & Spencer.⁶

1 — Lengua original: alemán.

2 — Asunto C-446/03, EU:C:2005:763.

3 — Véanse, en particular, las sentencias Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), A (C-123/11, EU:C:2013:84) y K (C-322/11, EU:C:2013:716). Véase también el asunto pendiente Timac Agro Deutschland (C-388/14).

4 — Véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas en el asunto Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139), punto 65, y las del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto K (EU:C:2013:183), puntos 87 y 88.

5 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto A (EU:C:2012:488), puntos 47 a 60.

6 — El Tribunal de Justicia ha registrado hasta la fecha 142 publicaciones doctrinales que tratan directamente de la citada sentencia. Véanse las notas de la doctrina sobre la jurisprudencia en curia.europa.eu.

3. Así, no sorprende que tampoco exista acuerdo entre la Comisión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la correcta aplicación de la sentencia Marks & Spencer, a pesar de que ya han transcurrido nueve años desde que se pronunció.

II. Marco legal

4. El Reino Unido recauda un impuesto sobre los beneficios de las personas jurídicas. Dentro de los grupos de empresa del Espacio Económico Europeo (EEE) existe la posibilidad de transferir las pérdidas sufridas por una sociedad del grupo en un período impositivo a otra sociedad del grupo para que ésta pueda compensar las pérdidas ajenas con sus propios beneficios (el llamado «group relief»; en lo sucesivo, «consolidación fiscal»).

5. Sin embargo, si las pérdidas las ha sufrido una sociedad del grupo que tiene su residencia en otro Estado miembro de la Unión o en un Estado contratante de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) perteneciente al EEE, la consolidación fiscal se sujeta a condiciones especiales que, en el momento aquí relevante, estaban reguladas en los artículos 111 y siguientes de la Corporation Tax Act 2010 (Ley del impuesto de sociedades; en lo sucesivo, «CTA 2010»). Entre estas condiciones se encuentra, con arreglo al artículo 119, apartado 2, de la CTA 2010, que ni la sociedad extranjera del grupo ni ningún otro sujeto pasivo tengan la posibilidad de compensar tales pérdidas con posibles beneficios futuros, en su tributación extranjera, en los períodos impositivos posteriores al año en que se produjeron las pérdidas. Con arreglo al artículo 119, apartado 4, de la CTA 2010, la existencia de tal posibilidad debe determinarse inmediatamente después de finalizar dicho año.

III. Antecedentes del litigio y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

6. El Reino Unido introdujo la consolidación fiscal en relación con las sociedades extranjeras de un grupo de empresas —inicialmente, mediante modificación de la Income and Corporation Taxes Act 1988 (Ley de los impuestos sobre la renta y de sociedades), con efectos a partir del 1 de abril de 2006 — para satisfacer las exigencias del Derecho de la Unión en cuanto a la libertad de establecimiento. Dichas exigencias las dedujo el Reino Unido de la sentencia Marks & Spencer, pronunciada el 13 de diciembre de 2005. En ella, el Tribunal de Justicia había resuelto:⁷

«Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste.»

7. La Comisión tenía dudas sobre la compatibilidad de las nuevas disposiciones británicas con la sentencia Marks & Spencer, y, mediante escrito de 19 de julio de 2007, dio ocasión al Reino Unido para que se pronunciase a este respecto. En su dictamen motivado de 23 de septiembre de 2008, la Comisión imputó al Reino Unido una violación de la libertad de establecimiento. En particular, la infracción consistía en que la posibilidad de que las pérdidas pudieran ser tenidas en cuenta por otra vía en el futuro debía valorarse en el momento en que concluía el período impositivo, y las nuevas

7 — Sentencia Marks & Spencer (EU:C:2005:763), fallo.

disposiciones no eran aplicables antes del 1 de abril de 2006. A este escrito siguió, el 25 de noviembre de 2010, un dictamen motivado complementario en relación con la recién promulgada CTA 2010, que, en lo esencial, mantuvo inalteradas las hasta entonces controvertidas disposiciones de la Income and Corporation Taxes Act 1988.

8. Al no haber dado cumplimiento el Reino Unido al requerimiento de la Comisión de que modificase su legislación en el plazo fijado de dos meses, el 5 de abril de 2013 la Comisión interpuso recurso ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 258 TFUE, apartado 2, solicitando que:

- Se declare que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al artículo 49 TFUE y al artículo 31 del Acuerdo EEE, al imponer unos requisitos para la consolidación fiscal transfronteriza que hacen casi imposible en la práctica obtener dicha consolidación fiscal, y al restringirla a los períodos posteriores al 1 de abril de 2006.
- Se condene en costas al Reino Unido.

9. El Reino Unido solicita que:

- Se desestime el recurso de la Comisión.
- Se condene en costas a la Comisión.

10. Se admitió la intervención como coadyuvantes de la República Federal de Alemania, el Reino de España, el Reino de los Países Bajos y la República de Finlandia, que se adhieren a las pretensiones del demandado.

11. Las partes y los coadyuvantes han presentado, en primer lugar, observaciones escritas y, el 15 de julio de 2014, observaciones orales.

IV. **Apreciación**

12. La Comisión reprocha al Reino Unido una violación de la libertad de establecimiento tanto del Tratado FUE como del Acuerdo EEE. En este sentido, fundamenta su recurso en dos motivos.

13. El artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 de éste, y el artículo 31 del Acuerdo EEE, en relación con el artículo 34 de éste, prohíben en principio las restricciones a la libertad de establecimiento de modo idéntico. Por esta razón, al examinar los motivos del recurso no voy a hacer distinciones entre esas disposiciones.⁸

A. Sobre el primer motivo de recurso: imposibilidad práctica de compensación transfronteriza de pérdidas dentro del grupo

14. En su primer motivo de recurso, la Comisión entiende que se ha vulnerado la libertad de establecimiento porque la legislación del Reino Unido hace prácticamente imposible la consolidación fiscal transfronteriza.

15. La Comisión alega que, aunque, conforme a la sentencia Marks & Spencer, el Derecho de la Unión no exige, en principio, la consolidación fiscal transfronteriza, existe una excepción para el caso de que las pérdidas de una sociedad filial no residente, en su tributación extranjera, no puedan ser tenidas en cuenta en períodos impositivos anteriores ni posteriores. A pesar de ello, el artículo 119, apartado 4, de

⁸ — Véase la sentencia A (C-48/11, EU:C:2012:485), apartado 21 y jurisprudencia citada.

la CTA 2010 dispone que debe determinarse en el momento en que concluye el período impositivo en que se produjeron las pérdidas si no va a existir en el futuro ninguna posibilidad de utilizar dichas pérdidas por otra vía. No obstante, en ese momento sólo es posible determinarlo si el Estado de establecimiento de la filial no permite transferir las pérdidas o si en el período impositivo de las pérdidas se inició la liquidación de la filial. Con ello se excluye, en particular, la posibilidad de compensar pérdidas en caso de que la actividad de la filial cese *después* del año en que se produjeron dichas pérdidas. Por ese motivo, la Comisión entiende que la normativa sólo permite transferir las pérdidas de un único período impositivo. Sin embargo, conforme a la sentencia Marks & Spencer, la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas por otra vía en períodos impositivos posteriores no debe apreciarse hasta el momento de solicitar la consolidación fiscal.

16. En cambio, el Reino Unido considera que, en la práctica, la consolidación fiscal transfronteriza no es imposible. Aunque admite que las condiciones son restrictivas, esto se debe únicamente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular, el Reino Unido considera que, conforme a dicha jurisprudencia, la posibilidad de tener en cuenta por otra vía las pérdidas debe apreciarse precisamente al concluir el período impositivo, lo que no excluye que, a tal fin, también puedan tenerse en cuenta el cese de la actividad o la intención al final del período impositivo de liquidar próximamente la filial. Por otro lado, alega que, si la valoración se produjera sólo en el momento de solicitar la consolidación fiscal, se permitiría al sujeto pasivo elegir, en contra de la jurisprudencia, en qué Estado miembro quiere tener en cuenta sus pérdidas. De este modo, antes de formular tal solicitud podría estructurar sus pérdidas de tal manera que, en el momento de presentarla, ya no tuviera posibilidad de tener en cuenta dichas pérdidas por otra vía.

17. A mi parecer, el primer motivo de recurso está redactado de forma confusa. En efecto, la Comisión reprocha al Reino Unido que, con arreglo al artículo 119, apartado 4, de la CTA 2010, sólo sea posible la compensación de las pérdidas si el Estado de establecimiento de la filial no permite transferir las pérdidas o si en el período impositivo en el que se produjeron dichas pérdidas se inició la liquidación de la filial. Dado que este último caso sí se produce indudablemente en la práctica, es evidente que la Comisión no pretende alegar que la legislación del Reino Unido haga imposible en la práctica la compensación transfronteriza de pérdidas, sino que no contempla todos los casos que, a su parecer, exige la libertad de establecimiento.

18. Por esta razón, al tratar el primer motivo de recurso procede analizar si el artículo 119, apartado 4, de la CTA 2010 vulnera la libertad de establecimiento por no permitir en grado suficiente la liquidación transfronteriza de pérdidas, debido al momento en que exige apreciar la eventual posibilidad futura de tener en cuenta las pérdidas por otra vía. Asimismo, se ha de aclarar que, según la argumentación de la Comisión, sólo es objeto de recurso, en primer lugar, la posibilidad de transferir las pérdidas de una *filial* no residente, pero no de otras sociedades del grupo, y, en segundo lugar, las pérdidas de la actividad *exterior*, y no las sufridas por una filial no residente con sus establecimientos en el Reino Unido.⁹

1. Restricción de la libertad de establecimiento

19. La normativa impugnada restringe la libertad de establecimiento, pues pone más obstáculos para poder beneficiarse de la consolidación fiscal cuando una sociedad matriz se establece en el extranjero mediante una filial que cuando hace lo mismo en el territorio nacional.¹⁰

9 — Véase, respecto a las pérdidas de los establecimientos, la sentencia Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532).

10 — Véanse las sentencias ICI (C-264/96, EU:C:1998:370), apartados 20 a 23; Marks & Spencer (EU:C:2005:763), apartados 28 a 34, y Felixstowe Dock and Railway Company y otros (C-80/12, EU:C:2014:200), apartados 17 a 21.

20. Esta restricción afecta a dos ventajas de la consolidación fiscal que deben diferenciarse a efectos del ulterior examen. Por una parte, mediante la consolidación fiscal se produce una ventaja de tesorería, pues ésta acelera la compensación de pérdidas dentro del grupo.¹¹ Mientras las sociedades del grupo sigan obteniendo beneficios, gracias a la posibilidad de consolidación fiscal, si se mantienen las mismas circunstancias, un grupo empresarial no dejará de pagar impuestos en el Reino Unido, pero los pagará más tarde, ya que la transferencia de las pérdidas de una filial a la sociedad matriz también tiene como consecuencia que aquélla ya no disponga de la posibilidad de trasladar pérdidas para compensarlas con sus propios beneficios futuros sujetos a tributación. De este modo, los impuestos que deja de pagar la sociedad matriz en un período impositivo se compensan con una tributación mayor de la filial en un período impositivo posterior.

21. Pero, además, la consolidación fiscal presenta una segunda ventaja aún más significativa. En caso de que la filial, en el saldo de todos los períodos impositivos de su actividad, sólo presente pérdidas (en lo sucesivo, «pérdidas totales»), la consolidación fiscal tendrá efectos más allá de la mera ventaja de tesorería: en este caso, en virtud de la compensación de pérdidas con sus beneficios, la sociedad matriz se ahorrará impuestos, y de forma definitiva, por el importe de las pérdidas totales de su filial. Y lo mismo sucederá cuando la filial, pese a no fracasar económicamente, esté sometida a un límite legal para el traslado de pérdidas y, por este motivo, ciertas pérdidas sufridas queden fiscalmente desaprovechadas.

22. La restricción de la libertad de establecimiento realizada por el artículo 119, apartado 4, de la CTA 2010, según reiterada jurisprudencia, sólo puede admitirse si se refiere a situaciones que no son objetivamente comparables (véase, a continuación, la sección 2) o resulta justificada por una razón imperiosa de interés general¹² (sección 3).

2. Comparabilidad objetiva de las situaciones

23. Por lo tanto, en primer lugar, procede aclarar si la situación de una sociedad matriz con una filial residente cuyas pérdidas se pretenden transferir en el marco de una consolidación fiscal es objetivamente comparable con la situación de una sociedad matriz con una filial no residente con cuyas pérdidas se pretende hacer la misma operación. Resulta dudoso que sea así, pues el Reino Unido en principio sólo somete a tributación la actividad de las filiales residentes, pero no la de las filiales no residentes.

24. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya declaró en la sentencia *Marks & Spencer* que la circunstancia de que un Estado miembro no grave la actividad de las filiales no residentes y sí la de las filiales residentes no justifica, de por sí, que la consolidación fiscal se limite a las pérdidas sufridas por las sociedades residentes.¹³

25. No obstante, esta apreciación ha quedado en entredicho con la reciente sentencia *Nordea Bank Danmark*, que versaba sobre la consideración transfronteriza de pérdidas de *establecimientos* no residentes. En ella, el Tribunal de Justicia formuló por primera vez el principio de que los establecimientos residentes y los no residentes no se encuentran en una situación comparable en cuanto a las medidas de un Estado miembro para evitar la doble imposición. Aunque, en definitiva, el Tribunal de Justicia reconoció la comparabilidad objetiva, sólo lo hizo porque el Estado miembro en cuestión había decidido sujetar al impuesto también a los establecimientos no residentes.¹⁴

11 — Véanse las sentencias *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763), apartado 32, y *Felixstowe Dock and Railway Company* y otros (EU:C:2014:200), apartado 19.

12 — Véase, por ejemplo, la sentencia *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 23 y jurisprudencia citada.

13 — EU:C:2005:763, apartado 40; basada en ésta, véase también la sentencia *A* (EU:C:2013:84), apartados 34 y 35.

14 — Véase la sentencia *Nordea Bank Danmark* (EU:C:2014:2087), apartado 24.

26. Ante las reflexiones relativas a dichos establecimientos resulta lógico concluir, mediante una argumentación *a fortiori*, que con mayor motivo no han de estar en una situación comparable las filiales residentes y no residentes en cuanto al reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. En efecto, mientras que un establecimiento no residente, conforme al principio internacionalmente reconocido de la tributación por la renta mundial,¹⁵ se sigue sometiendo a la potestad tributaria del Estado de establecimiento de la sociedad y puede ser gravado por él, por lo general no sucede lo mismo con las filiales no residentes de una sociedad. Éstas sólo se someten a tributación en el Estado de establecimiento de la sociedad matriz por su actividad en dicho Estado y, en su caso, con motivo de una tributación excepcional de la filial para evitar el fraude fiscal.¹⁶ No obstante, estos casos excepcionales no son objeto del presente recurso.

27. El principio formulado en la sentencia *Nordea Bank Danmark* adquiere especial importancia también por el hecho de que previamente yo había propuesto al Tribunal de Justicia desistir totalmente del examen de la comparabilidad objetiva de las situaciones.¹⁷ De este principio resulta, en último término, que un Estado miembro sólo tiene que tener en cuenta las pérdidas de una actividad extranjera cuando él mismo grave dicha actividad. Esto resulta conforme tanto con la jurisprudencia relativa a la toma en consideración de las pérdidas anterior a la sentencia *Marks & Spencer* como a la relativa a otros ámbitos tributarios. Por un lado, ya en 1997 el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia *Futura Participations y Singer*, que tener en cuenta sólo las pérdidas interiores del establecimiento de una sociedad extranjera se atiene al principio de territorialidad y, por tanto, no constituye discriminación alguna.¹⁸ Por otro lado, más recientemente, la sentencia *Kronos International* ha aclarado, respecto a la tributación de los dividendos, que las filiales residentes y no residentes no se encuentran en una situación comparable a la hora de tener en cuenta un impuesto sobre la distribución de dividendos cuando el Estado miembro no grava la distribución de dividendos de filiales no residentes.¹⁹

28. A esto hay que añadir que, conforme a reiterada jurisprudencia, la comparabilidad objetiva de las situaciones debe apreciarse en relación con el objetivo de la normativa de que se trate.²⁰ El objetivo de la normativa sobre la tributación en grupo es posibilitar a las sociedades de un grupo (en diferente medida) que tributen como si se tratara de un solo sujeto pasivo.²¹ Incluso teniendo en cuenta este objetivo me resulta dudoso que sean objetivamente comparables las pérdidas de filiales residentes y no residentes, pues no parece oportuno tratar como un solo sujeto pasivo a una sociedad matriz residente y a una filial no residente cuando esta última ni siquiera está sujeta a tributación en el interior del país y, por tanto, no es sujeto pasivo.

29. No obstante, yo no propongo negar que las situaciones del presente caso sean comparables objetivamente. En efecto, con el examen de la comparabilidad objetiva de las situaciones sólo se pretende distinguir diferencias de trato que obedezcan, de forma evidente y sin lugar a dudas, a una razón justificada. La citada diferencia entre la situación de una sociedad matriz con una filial residente y la de otra con una filial no residente es con seguridad relevante, cuando no determinante, a la hora de examinar una posible infracción de la libertad de establecimiento. Pero no excluye necesariamente tal infracción, como ya evidenció la opinión contraria del Tribunal de Justicia en la sentencia *Marks & Spencer*. Por ese motivo, procede examinar esta diferencia como posible justificación de una diferencia de trato, lo que incluye el examen de la proporcionalidad de la normativa nacional.

15 — Sentencia *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763), apartado 39.

16 — Véase la sentencia *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544).

17 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto *Nordea Bank Danmark* (EU:C:2014:153), puntos 21 a 28.

18 — Sentencia *Futura Participations y Singer* (C-250/95, EU:C:1997:239), apartados 21 y 22.

19 — Asunto C-47/12, EU:C:2014:2200, apartado 81.

20 — Véanse, por ejemplo, las sentencias *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89), apartado 22, y *SCA Group Holding y otros* (C-39/13, C-40/13 y C-41/13, EU:C:2014:1758), apartado 28.

21 — Acerca de la «fiscale eenheid» neerlandesa, véase la sentencia *SCA Group Holding y otros* (EU:C:2014:1758), apartado 51.

3. Justificación

30. Por lo tanto, se ha de examinar si la condición restrictiva para la compensación de pérdidas con filiales no residentes está justificada por una razón imperiosa de interés general.

31. El hecho de que la actividad exterior de las filiales no residentes no esté sujeta a tributación en el Reino Unido constituye una justificación en este sentido, pues, conforme a una jurisprudencia ya asentada, un Estado miembro sólo debe tener en cuenta las pérdidas de una actividad exterior, en principio, cuando grave dicha actividad, con independencia de que el Tribunal de Justicia lo llame «garantía de la coherencia de un régimen tributario»,²² «mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros»,²³ «mantenimiento de la simetría» entre la imposición de los beneficios y la deducción de las pérdidas,²⁴ prevención de la «doble imputación de las pérdidas»²⁵ o prevención de la «evasión fiscal».^{26 27} Esta jurisprudencia se ve reforzada, además, por las apreciaciones del Tribunal de Justicia sobre la comparabilidad objetiva de las situaciones, que, como hemos visto,²⁸ otorgan una relevancia fundamental al hecho de que el Estado miembro grave o no una actividad exterior.

32. Por lo tanto, en principio, el Reino Unido está facultado no sólo para imponer mayores exigencias a la consideración de la actividad exterior de las filiales extranjeras en la consolidación fiscal, sino también para excluirlas totalmente.

33. No obstante, el Reino Unido también debe respetar el principio de proporcionalidad, conforme al cual los Estados miembros deben recurrir a medios que, al tiempo que permitan alcanzar eficazmente el objetivo perseguido por el Derecho interno, causen el menor menoscabo a los objetivos y principios establecidos por la legislación de la Unión de que se trate.²⁹

34. A este respecto, en la sentencia *Marks & Spencer* el Tribunal de Justicia declaró que la exclusión total de las filiales no residentes de la consolidación fiscal va más allá de lo necesario para alcanzar «lo esencial» de los objetivos perseguidos, y en este contexto formuló la excepción *Marks & Spencer*,³⁰ con arreglo a la cual (en pocas palabras) las pérdidas de una filial no residente son transferibles a la sociedad matriz cuando dichas pérdidas no puedan tenerse en cuenta en ningún otro lugar en períodos impositivos presentes, pasados o futuros, si bien la carga de la prueba corresponde al sujeto pasivo y los Estados miembros están facultados para prevenir abusos de esta excepción.³¹

35. El primer motivo de recurso se refiere ahora a la cuestión de si la normativa controvertida del Reino Unido, que establece una excepción a la transferencia de pérdidas de filiales no residentes, satisface las exigencias de proporcionalidad cuando con arreglo al artículo 119, apartado 4, de la CTA 2010, considera determinante el momento en que concluye el período impositivo en que se produjeron las pérdidas para apreciar la posibilidad de tenerlas en cuenta en el futuro.

22 — Véase la sentencia *K* (EU:C:2013:716), apartados 64 a 71.

23 — Véanse las sentencias *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763), apartado 45; *Lidl Belgium* (EU:C:2008:278), apartado 31; *X Holding* (EU:C:2010:89), apartado 28; *A* (EU:C:2013:84), apartado 42; *K* (EU:C:2013:716), apartado 55, y *Nordea Bank Danmark* (EU:C:2014:2087), apartado 32.

24 — Véanse las sentencias *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 58, y *Nordea Bank Danmark* (EU:C:2014:2087), apartado 32 y jurisprudencia citada.

25 — Véanse las sentencias *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763), apartados 47 y 48; *Lidl Belgium* (EU:C:2008:278), apartados 35 y 36, y *A* (EU:C:2013:84), apartado 44.

26 — Véanse las sentencias *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763), apartado 49, y *A* (EU:C:2013:84), apartado 45.

27 — Véanse también las sentencias *National Grid Indus* (EU:C:2011:785), apartado 80, y *K* (EU:C:2013:716), apartado 72, en las que se aprecia una identidad, siquiera parcial, entre las justificaciones de la coherencia fiscal y del reparto de la potestad tributaria.

28 — Véanse los puntos 25 a 28 de las presentes conclusiones.

29 — Véase, por ejemplo, la sentencia *BDV Hungary Trading* (C-563/12, EU:C:2013:854), apartado 30 y jurisprudencia citada.

30 — EU:C:2005:763, apartado 55.

31 — Sentencia *Marks & Spencer* (EU:C:2005:763), apartados 56 y 57.

Jurisprudencia sobre la excepción Marks & Spencer

36. Ateniéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída hasta la fecha, no es posible responder a esta cuestión.

37. La propia sentencia Marks & Spencer no indica en qué casos está excluida la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas en el futuro ni en qué momento se ha de apreciar esta posibilidad. Por una parte, es cierto que la sentencia pudo haberse basado en la idea de no permitir que la sociedad matriz se beneficie de la ventaja de tesorería derivada de la consolidación fiscal, pero sí de la ventaja definitiva de la compensación de pérdidas en caso de pérdidas totales de la filial.³² Así interpretada, la normativa controvertida sería incompatible con la sentencia Marks & Spencer, pues sería imposible identificar las pérdidas totales de una filial, ya que éstas sólo pueden determinarse al final de su actividad, teniendo en cuenta todos los períodos impositivos. Pero, por otra parte, la sentencia no sugiere que deban considerarse las pérdidas totales. Por el contrario, el Tribunal de Justicia sólo apreció una restricción de la libertad de establecimiento en la denegación de la ventaja de tesorería.³³

38. La posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia, además, ha restringido de tal manera la aplicación de la excepción Marks & Spencer que yo apenas consigo ver que aún tenga algún ámbito de aplicación. Así se pone de manifiesto en el primer reproche de la Comisión, según el cual la normativa británica es excesivamente restrictiva porque sólo permite la compensación transfronteriza de pérdidas si el Estado de establecimiento de la filial no permite la transferencia de pérdidas o si en el período impositivo de las pérdidas se inició la liquidación de la filial. Las dos partes del presente litigio parecen estar de acuerdo en que, al menos en esos dos casos, se cumple la excepción Marks & Spencer. Pero no sucede así conforme a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

39. Por un lado, de la sentencia K se deduce que un Estado miembro no está obligado a tener en cuenta las pérdidas derivadas de una actividad exterior si la legislación del lugar de la actividad no permite tenerlas en cuenta.³⁴ En consecuencia, si una filial no residente no puede transferir las pérdidas con arreglo a la legislación de su Estado de establecimiento, no existe la posibilidad de tenerlas en cuenta en el futuro en dicho Estado, pero las libertades fundamentales no exigen la transferencia de las pérdidas a la sociedad matriz. En este punto se observa la influencia de una línea jurisprudencial que sólo empezó a desarrollarse tras la sentencia Marks & Spencer. En la sentencia *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, el Tribunal de Justicia resumió por primera vez dicha línea de manera que no puede obligarse a un Estado miembro a tener en cuenta, a efectos de la aplicación de su normativa fiscal, las consecuencias desfavorables derivadas de las «particularidades» de la legislación tributaria de otro Estado miembro.³⁵ Sin embargo, aún no ha sido aclarado de forma concluyente en qué casos la normativa tributaria de un Estado miembro debe considerarse particular en este sentido (por ejemplo, porque se aparte de unas pautas de la Unión, aún por definir, para la transferencia de pérdidas). No obstante, el Bundesfinanzhof alemán ya ha interpretado esta jurisprudencia, por ejemplo, de modo que no toda restricción legal de la transferencia de pérdidas entraña la imposibilidad de tener en cuenta por otra vía las pérdidas en el sentido de la excepción Marks & Spencer.³⁶

32 — Véanse los puntos 20 y 21 de las presentes conclusiones.

33 — Sentencia Marks & Spencer (EU:C:2005:763), apartado 32.

34 — Véase la sentencia K (EU:C:2013:716), apartados 76 a 81.

35 — Véase la sentencia *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588), apartado 49, que se basa en las sentencias *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754), apartado 51, y *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129), apartado 42; véase, posteriormente, también la sentencia K (EU:C:2013:716), apartado 79.

36 — Véanse las sentencias del Bundesfinanzhof de 9 de junio de 2010, I R 100/09, apartado 11, y de 9 de junio de 2010, I R 107/09, apartado 17.

40. Por otro lado, en la sentencia A, el Tribunal de Justicia consideró que la liquidación de una filial que ya ha cesado prácticamente en su actividad no basta, por sí sola, para entender que ya no existe en su Estado de establecimiento la posibilidad de tener en cuenta sus pérdidas. Así ha de ser también en el caso de una fusión en la que la filial pierde incluso su personalidad jurídica. Por el contrario, para entender que aún existe la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas en el Estado de establecimiento parece bastar con que la filial, en caso de no ser liquidada, siga teniendo ingresos, aunque sean mínimos.³⁷ Por lo tanto, el cese de la actividad no basta, de por sí, para que se cumpla la excepción Marks & Spencer si aún se sigue obteniendo algún tipo de ingresos. Pero así sucede precisamente tanto en caso de liquidación voluntaria de una filial como en el de inicio de un procedimiento concursal sobre su patrimonio, pues con la liquidación del patrimonio de la sociedad normalmente aún se generan ingresos. Por lo tanto, conforme a la sentencia A, tampoco el inicio de la liquidación de una filial constituye un caso claro de la excepción Marks & Spencer, ni siquiera la posterior pérdida de la personalidad jurídica.

41. En consecuencia, sólo podrá valorarse el primer motivo de recurso si el Tribunal de Justicia, aplicando el principio de proporcionalidad, aclara en el presente asunto si sigue siendo válida la excepción Marks & Spencer y, de ser así, cuál es su contenido.

Revisión de la excepción Marks & Spencer

42. Es cierto que, con arreglo a la máxima del common law *stare decisis et quieta non movere*, en principio debe mantenerse la jurisprudencia existente. No obstante, la sentencia Marks & Spencer nunca ha producido *quietud* porque siempre ha sido poco clara en sus efectos.³⁸ Por este motivo, considero posible y oportuno revisar el sentido de la excepción Marks & Spencer.³⁹

43. Con la formulación de esta excepción en la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia quiso colmar una laguna. Entendía que correspondía al legislador de la Unión regular la compensación transfronteriza de pérdidas de forma respetuosa con las libertades fundamentales.⁴⁰ Hasta que lo hiciese, los grupos empresariales de ámbito transfronterizo debían disfrutar, al menos en parte, de las ventajas de la consolidación fiscal, concretamente en caso de haber perdido toda otra posibilidad de tener en cuenta las pérdidas.

44. Sin embargo, esta regla se ha manifestado impracticable. Por lo tanto, no protege los intereses del mercado interior y, en consecuencia, tampoco constituye un medio menos gravoso para garantizar la potestad tributaria de los Estados miembros, pues, en definitiva, no facilita la actividad de los grupos transfronterizos, sino que constituye una fuente casi inagotable de conflictos jurídicos entre los sujetos pasivos y las administraciones tributarias de los Estados miembros. Ello es debido fundamentalmente a cuatro razones.

45. En primer lugar, desde una perspectiva fáctica, la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas por otra vía sólo queda realmente descartada cuando la filial ya no existe jurídicamente. Sólo cuando deja de tener patrimonio y tampoco puede adquirir nuevos bienes está asegurado que no puedan obtenerse nuevos beneficios con los que compensar las pérdidas. Sin embargo, la espera de la liquidación total de una filial en algunos casos puede prolongarse durante un largo período de tiempo. Así se explican los intentos de adelantar ese momento al cese de la actividad o al inicio de la liquidación, lo que, sin embargo, tiene como consecuencia la determinación *anticipada* de la imposibilidad de tener en cuenta las pérdidas por otra vía. Esto queda especialmente de manifiesto en la propuesta formulada

37 — Véase la sentencia A (EU:C:2013:84), apartados 51 a 53.

38 — Véanse los puntos 2 y 37 a 40 de las presentes conclusiones.

39 — Véase, respecto a la revisión de su propia jurisprudencia, la sentencia Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993:905), apartados 14 a 16.

40 — Sentencia Marks & Spencer (EU:C:2005:763), apartado 58.

por la Comisión en el presente procedimiento de imputar a los beneficios de la sociedad matriz, mediante una corrección, los beneficios inesperadamente obtenidos por la filial, así como en la distinción que hace entre posibilidades «reales» y «teóricas» de tener en cuenta las pérdidas por otra vía. Además de que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Marks & Spencer, ya desestimó la propuesta de la Comisión de un procedimiento de corrección,⁴¹ la distinción entre posibilidades «reales» y «teóricas» sólo lleva a consideraciones de probabilidad, que, por su propia naturaleza, no aportan ninguna seguridad jurídica.

46. En segundo lugar, cuando la consideración de las pérdidas en el Estado de establecimiento de la filial está legalmente excluida, la excepción Marks & Spencer ha entrado en conflicto con otra línea jurisprudencial. A pesar de que, por ejemplo, la exclusión legal de la transmisión de pérdidas en el Estado de establecimiento de la filial debería constituir un caso claro de aplicación de la excepción Marks & Spencer, esto está, como ya se ha visto, en opinión del Tribunal de Justicia, en contradicción con un principio que se ha ido asentando en reiterada jurisprudencia tras la sentencia Marks & Spencer.⁴²

47. En tercer lugar, la imposibilidad de tener en cuenta las pérdidas por otra vía puede ser incluida arbitrariamente por el sujeto pasivo. No obstante, tal posibilidad es contraria a la jurisprudencia, también invocada por el Reino Unido, según la cual el sujeto pasivo no tiene la opción de elegir a qué régimen tributario se somete.⁴³ Por este motivo, ya en la sentencia Marks & Spencer el Tribunal de Justicia reconoció también la facultad de los Estados miembros de prevenir montajes dirigidos a la elusión fiscal.⁴⁴ Sin embargo, en la práctica no resulta sencillo dilucidar, por ejemplo, cuándo la liquidación de una filial se hace por motivos fiscales y cuándo no.

48. En cuarto lugar, la libertad de establecimiento sólo obliga al Estado miembro de la sociedad matriz a la igualdad de trato. Por lo tanto, respecto a toda compensación transfronteriza de pérdidas habría que comprobar, pasado el tiempo, cuáles habrían sido las consecuencias fiscales para la filial no residente en caso de haber estado establecida en territorio nacional. Así, en algunos casos será necesario determinar, *a posteriori*, una situación fiscal teórica teniendo en cuenta un período de varias décadas.

Supresión de la excepción Marks & Spencer

49. La única forma practicable en el mercado interior de tener en cuenta las pérdidas de las filiales no residentes sería tomarlas en consideración de modo permanente e imputar los beneficios que se produzcan posteriormente, tal como se debatió ya en la sentencia Marks & Spencer.⁴⁵ Tal solución reportaría a la sociedad matriz tanto la ventaja de tesorería como la de tener en cuenta las pérdidas totales.⁴⁶ Sin embargo, su consecuencia sería una considerable igualdad de trato entre las pérdidas de filiales no residentes y residentes, por lo que dejaría sin efecto el principio jurisprudencial de que un Estado miembro sólo debe tener en cuenta las pérdidas de una actividad exterior cuando también grave dicha actividad.⁴⁷

41 — EU:C:2005:763, apartados 54 a 58 de las presentes conclusiones.

42 — Véase el punto 39.

43 — Véase la sentencia X Holding (EU:C:2010:89), apartados 29 a 32 y jurisprudencia citada.

44 — EU:C:2005:763, apartado 57.

45 — EU:C:2005:763, apartado 54.

46 — Véanse los puntos 20 y 21 de las presentes conclusiones.

47 — Véase el punto 31 de las presentes conclusiones.

50. Así las cosas, la solución más equilibrada sería suprimir la excepción Marks & Spencer, porque de este modo se observa el mencionado principio jurisprudencial y, para ello, habida cuenta de las deficiencias descritas de la excepción Marks & Spencer, no se dispone de ningún medio menos gravoso. Por otro lado, se pueden aducir otras tres razones para suprimir la excepción Marks & Spencer.

51. En primer lugar, elimina las contradicciones existentes con el resto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia fiscal, que establece una clara delimitación de las potestades tributarias de los Estados miembros. Así, en la sentencia National Grid, el Tribunal de Justicia declaró, con carácter general, que un Estado miembro, en caso de traslado de la sede de dirección de una sociedad a otro Estado miembro, puede imponer un impuesto sobre los aumentos de valor no realizados de su patrimonio y no está obligado a tener en cuenta a efectos fiscales las pérdidas que se produzcan, tras el traslado, debido a la disminución del valor de su patrimonio. También sucede así cuando el otro Estado no toma en consideración tales pérdidas, puesto que debe tenerse en cuenta la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la posibilidad de deducir las pérdidas.⁴⁸ En la sentencia X Holding, el Tribunal de Justicia admitió igual de claro que el Reino de los Países Bajos estaba facultado para excluir totalmente y sin excepciones a las filiales no residentes de un régimen de tributación en grupo que también comprendía la consideración de pérdidas de las filiales.⁴⁹

52. En segundo lugar, esta solución respeta el principio de seguridad jurídica, que constituye un principio general del Derecho de la Unión. Dicho principio exige que las disposiciones jurídicas sean claras y precisas y que su aplicación sea previsible por los justiciables.⁵⁰ Es un principio que también debe ser aplicable a las disposiciones jurídicas derivadas de la interpretación de las libertades fundamentales por el Tribunal de Justicia. Tal como se ha demostrado en los últimos años, la excepción Marks & Spencer no satisface el principio de seguridad jurídica y, por el contrario, hace que las condiciones de inversión resulten imprevisibles y conflictivas.

53. En tercer lugar, la supresión de la excepción Marks & Spencer tampoco vulnera el principio de capacidad contributiva, como afirmó la Comisión durante la vista. En efecto, el presente caso versa del trato teórico de varios sujetos pasivos como uno solo. Pero, en principio, la sociedad matriz y la filial no tributan conjuntamente, porque realmente son sujetos de Derecho distintos y cada uno tiene su propia capacidad contributiva. Al menos, la filial no tiene capacidad de recurrir al patrimonio de la sociedad matriz. Por todo ello, a mi parecer, no es necesario de antemano un régimen de tributación en grupo por razones de capacidad contributiva.

Conclusión

54. En consecuencia, la denegación absoluta de la compensación de pérdidas con una filial no residente es conforme con el principio de proporcionalidad. Toda restricción de la compensación transfronteriza de pérdidas con una filial está justificada por el mantenimiento de la coherencia de un régimen tributario o por el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

4. Conclusión sobre el primer motivo de recurso

55. Por lo tanto, la normativa controvertida del Reino Unido en materia de consolidación fiscal, puesto que va incluso más allá de lo exigido por el Derecho de la Unión al admitir, en determinados casos, la compensación transfronteriza de pérdidas, no vulnera la libertad de establecimiento. En consecuencia, procede desestimar el primer motivo de recurso.

48 — Sentencia National Grid Indus (EU:C:2011:785), apartados 58 y 61.

49 — EU:C:2010:89.

50 — Véase, por ejemplo, la sentencia Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037), apartado 127 y jurisprudencia citada.

B. Sobre el segundo motivo de recurso: limitación temporal de la compensación transfronteriza de pérdidas en el grupo

56. Como segundo motivo de recurso, la Comisión alega que la limitación temporal de la posibilidad de consolidación fiscal transfronteriza a las pérdidas sufridas después del 1 de abril de 2006 es contraria a la libertad de establecimiento.

57. También procede desestimar el segundo motivo de recurso, pues el Reino Unido no estaba obligado siquiera por el Derecho de la Unión a modificar su legislación en materia de consolidación fiscal.

C. Conclusión y costas

58. En consecuencia, procede desestimar íntegramente el recurso, al no estar fundado ninguno de sus dos motivos.

59. Sobre las costas de las partes se ha de resolver con arreglo al artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento y sobre las costas de los coadyuvantes, con arreglo al artículo 140, apartado 1, del mismo.

V. Conclusión

60. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva del modo siguiente el recurso de la Comisión contra el Reino Unido:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a la Comisión Europea.
- 3) La República Federal de Alemania, el Reino de España, el Reino de los Países Bajos y la República de Finlandia cargarán con sus propias costas.