

Plusvalías en la transmisión intragrupo transfronteriza de activos

Análisis de la [STJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-707/20](#)

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de la Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

La sentencia *Gallaher* viene a completar el panorama de la relación entre el régimen de los grupos fiscales y las libertades comunitarias. Esa relación resulta problemática, por cuanto dicho régimen procura un conjunto de ventajas fiscales para las entidades que forman parte del perímetro del grupo fiscal el cual, de ordinario, como es el caso de España, no abarca a las entidades no residentes. La presente colaboración describe los aspectos esenciales de la referida relación, a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Publicado (en avance online): 16-06-2023

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2023). Plusvalías en la transmisión intragrupo transfronteriza de activos. (Análisis de la STJUE de 16 de febrero de 2023, asunto C-707/20). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 484, 99-116. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19197>

1. Supuesto de hecho

En 2011, una entidad residente en el Reino Unido, GL, obtuvo una ganancia de capital, derivada de la transmisión de marcas a una entidad residente en Suiza. Las dos entidades dependían de una entidad residente en los Países Bajos, JTIH, la cual, a su vez, dependía de la matriz de un grupo multinacional, residente en Japón

En 2014, GL, obtuvo una ganancia de capital, derivada de la transmisión, a JTIH, de acciones de una entidad residente en las Islas Man.

En los dos casos, si el adquirente de los activos transmitidos hubiera sido una entidad del grupo residente en el Reino Unido, hubiera sido aplicable la tributación diferida de la plusvalía, inherente al régimen de consolidación fiscal.

En los dos casos, el precio de la transmisión se hizo efectivo a metálico.

El tribunal de justicia británico formuló un conjunto de cuestiones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) agrupó en cinco.

Las dos primeras versaron sobre la libertad a tomar en consideración, esto es, la libertad de establecimiento frente a la libertad de movimiento de capitales.

La cuarta era subsidiaria de esas dos.

La tercera consistió en dilucidar si se había producido una vulneración de la libertad de establecimiento.

Por último, la quinta trató de resolver si, considerando de antemano que se había producido una vulneración de la libertad de establecimiento, mediaba, de manera proporcionada, la causa de justificación del reparto de la potestad tributaria.

2. Doctrina del tribunal

La doctrina del tribunal está sintetizada en el fallo de la sentencia:

- 1) El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que únicamente se aplica a los grupos de sociedades no está comprendida en su ámbito de aplicación.

La libertad a tomar en consideración es la de establecimiento, del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por cuanto las operaciones determinantes de las plusvalías se traban entre entidades relacionadas a través de participaciones de control, no siendo pertinente, por tanto, examinar la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, aun cuando fue, precisamente, esta libertad la que suscitó la inquietud del tribunal nacional remitente y con base en ella formuló sus cuestiones. Una vez seleccionada la libertad de establecimiento, no procedía indagar en relación con la libertad de movimiento de capitales.

Adviértase la importancia de la libertad seleccionada. En efecto, de una parte, la libertad de establecimiento se circunscribe al ámbito de la Unión Europea, en tanto que la libertad de movimiento de capitales tiene proyección mundial y, de otra, la libertad de establecimiento se conecta en relación con la constitución de entidades o sucursales, en tanto que la de movimiento de capitales lo hace con las operaciones relativas al tráfico transfronterizo de los mismos.

- 2) El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que grava de forma inmediata una cesión de activos efectuada por una sociedad que tenga su residencia fiscal en un Estado miembro a una sociedad hermana que tenga su residencia fiscal en un país tercero y que no ejerza una actividad mercantil en ese Estado miembro a través de un establecimiento permanente, cuando las dos sociedades sean filiales participadas al 100 % por una sociedad matriz común que tenga su residencia fiscal en otro Estado miembro, no constituye una restricción a la libertad de establecimiento, en el sentido del artículo 49 TFUE, de esa sociedad matriz, en unas circunstancias en las que tal cesión sería neutra desde el punto de vista fiscal si la sociedad hermana también tuviera su residencia fiscal en el primer Estado miembro o ejerciera en él una actividad a través de un establecimiento permanente.

En consecuencia, respecto de la plusvalía obtenida en la operación de la transmisión de activos a una entidad del grupo, residente en un Estado tercero, no se aprecia que la normativa británica provoque una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto la plusvalía hubiera sido gravada igualmente si la entidad matriz del grupo fiscal hubiera sido residente, en el caso, en el Reino Unido.

La sentencia llega a esta conclusión, proyectando la libertad de establecimiento respecto de la entidad matriz.

3) El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una restricción del derecho a la libertad de establecimiento resultante de la diferencia de tratamiento entre las cesiones nacionales y transfronterizas de activos efectuadas a título oneroso en el seno de un grupo de sociedades en virtud de una normativa nacional que grave de forma inmediata una cesión de activos efectuada por una sociedad con residencia fiscal en un Estado miembro, en principio, puede estar justificada por la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sin que sea necesario prever la posibilidad de diferir el pago del impuesto para garantizar la proporcionalidad de esa restricción, cuando el sujeto pasivo de que se trate haya obtenido, como contraprestación de la cesión de activos, un importe equivalente al pleno valor de mercado de los activos.

Respecto de la plusvalía obtenida en la operación de transmisión de activos a una entidad del grupo, residente en un Estado miembro, se aprecia que la normativa británica provoca una restricción a la libertad de establecimiento, pero también que concurre la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria, por cuanto ha de asegurarse el gravamen de la plusvalía realizada.

Tal vez podría apreciarse una cierta inconsistencia entre las conclusiones segunda y tercera. En efecto, el argumento para negar el perjuicio esgrimido a la libertad de establecimiento en la conclusión segunda también hubiera podido serlo en el ámbito de la tercera. Sin embargo, lo relevante es que la sentencia haya admitido, aunque sea en razón a una causa de justificación, la regularidad del diferimiento en la tributación de resultados intragrupo, sobre la base de un perímetro nacional.

3. Comentario crítico

La cuestión sometida al TJUE afectaba de lleno al régimen de los grupos fiscales, establecido en varios Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos, España. En efecto, el diferimiento en la tributación de las plusvalías tiene su fundamento en dicho régimen, el cual procura el diferimiento de todos los resultados habidos en las operaciones entre entidades del grupo fiscal u operaciones internas o intragrupo, cualquiera que sea el objeto material de la operación, esto es, activos fijos o circulantes.

Ese diferimiento está en línea con las normas contables que regulan la formación y presentación de los estados financieros anuales consolidados, las cuales contemplan al grupo de empresas como una unidad económica, de manera tal que referir a la misma las cuentas anuales cobra pleno sentido, en orden a la más depurada información a todos los interesados en ella.

En este sentido, los resultados de las operaciones entre entidades del grupo tendrán efectos en las cuentas individuales anuales, pero no en las cuentas anuales consolidadas. Esos resultados se reflejarán en las cuentas anuales consolidadas cuando se realicen frente a terceros, sea por la transmisión de los activos concernidos o por el proceso de su amortización.

El régimen de los grupos fiscales descansa, igualmente, en la consideración del grupo de empresas a modo de unidad económica, lo cual procura tres efectos básicos:

- La no tributación de los dividendos internos o intragrupo.
- La compensación inmediata de las pérdidas sufridas por unas entidades del grupo con los beneficios habidos por otras.
- El diferimiento de los resultados de las operaciones internas o intragrupo, hasta su realización frente a terceros.

La definición del perímetro del grupo fiscal es crucial, pues tales efectos solo se predicen respecto de las operaciones y circunstancias relativas a las entidades que pertenecen al mismo.

En el ámbito contable, el perímetro se define con base en la existencia de una entidad matriz o dominante que, a través de ciertas relaciones, generalmente jurídicas, ejerce el control respecto de un conjunto de entidades, denominadas «dependientes».

En el ámbito fiscal, el grupo se configura de manera similar, si bien, de ordinario, las relaciones determinantes del control se configuran de manera más exigente, ya sea elevando el porcentaje de participación sobre el capital o los fondos propios o desconsiderando las relativas a la capacidad de nombrar o destituir a los administradores o, incluso, exigiendo compromisos contractuales de asistencia financiera en orden a la cobertura de pérdidas.

Esos requisitos de configuración del perímetro fiscal varían de un Estado miembro a otro, pero no han dado lugar, por sí mismos, a problemas en relación con el Derecho de la Unión Europea.

Esos problemas se han producido por causa de que, por regla general, las entidades no residentes, integrantes de la unidad económica, no forman parte del grupo fiscal, aun cuando respecto de ellas concurren las relaciones de control fiscales. En consecuencia, las pérdidas sufridas por las mismas no se compensan con los beneficios de las que sí forman parte, los resultados habidos en las operaciones internas han de tributar inmediatamente y los dividendos internos pueden verse sujetos a doble imposición. De esta manera, se dibuja una discriminación por razón del lugar de la residencia de las entidades. En efecto, una misma operación podrá tener distinto efecto fiscal a tenor del lugar de la residencia de las entidades que la concierten, aun cuando en las dos concurren las relaciones objetivas, fiscalmente definidas, determinantes del control.

La sentencia *Gallaher*, en unión a otras varias del TJUE, completa un amplio panorama de la relación entre el régimen de los grupos fiscales, así configurados, y las libertades comunitarias. Algunas de esas sentencias han motivado modificaciones en la normativa del impuesto sobre sociedades. En este sentido, conviene comentar el significado de la sentencia *Gallaher*, tomando en consideración el conjunto de las sentencias del TJUE que se han referido a los grupos fiscales.

Esas sentencias han afectado a cinco materias:

- Perímetro del grupo fiscal.
- Establecimientos permanentes.
- Dividendos intragrupo.
- Intereses intragrupo.
- Plusvalías intragrupo.

3.1. Perímetro del grupo fiscal

La primera sentencia, relativa al perímetro del grupo fiscal, fue *Papillon* (Sentencia de 20 de enero de 2021, asunto C-418/07 –NFJ030334–). En ella se dilucidó si la libertad de establecimiento se oponía a un régimen de consolidación fiscal que impedía la pertenencia al grupo fiscal de las entidades que, aunque residentes en el Estado miembro correspondiente, eran controladas a través de entidades residentes en otro Estado miembro.

El TJUE, después de constatar que el régimen de consolidación fiscal suponía una ventaja fiscal en cuanto permitía la compensación inmediata de las pérdidas sufridas por unas entidades del grupo con los beneficios de otras, observó que la situación comunitaria (control indirecto a través de filial comunitaria) y la situación interna (control indirecto a través de filial nacional) eran comparables y, por ende, estimó que existía una restricción a la libertad de establecimiento.

El TJUE aceptó la causa de justificación consistente en evitar el doble cómputo de la pérdida, primero en sede del grupo fiscal y, después, en sede de la entidad no residente, derivada del deterioro de la participación, pero entendió que iba más allá de lo necesario, por cuanto el doble cómputo de la pérdida podía evitarse con una medida menos restrictiva, máxime considerando la posibilidad de intercambio de información al amparo de la Directiva 77/779/CEE del Consejo, de 22 de marzo (dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados).

En efecto, cualquiera de los dos Estados miembros concernidos podía evitar el doble cómputo, si bien, de acuerdo con el principio de territorialidad, el Estado miembro llamado

a ello sería el de la residencia de la entidad intermedia. Así sucedería, en España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014).

En *X Holding BV* (Sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-337/08 –NFJ037112–), apreció que la libertad de establecimiento se oponía a que las entidades no residentes quedaran excluidas del régimen de los grupos fiscales, por cuanto este régimen concedía un conjunto de ventajas, cuya negación podía disuadir del establecimiento de entidades filiales en otro Estado miembro. Sin embargo, apreció la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria, por cuanto la admisión de las entidades no residentes en el grupo fiscal concedería a la entidad dominante la facultad de decidir la jurisdicción fiscal en la que podrían compensarse las pérdidas eventualmente sufridas por las entidades filiales no residentes, todo ello en línea con *Mark&Spencer* (Sentencia de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03 –NFJ021162–).

De esta importante sentencia se siguió que era correcto excluir del grupo fiscal a las entidades no residentes o, dicho de otra manera, que era correcto definir el perímetro del grupo fiscal con carácter nacional, de manera tal que solo las entidades residentes, así como los establecimientos permanentes, pudieran formar parte de este. Esta es, precisamente, la configuración del grupo fiscal en España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 27/2014.

Sin embargo, como se verá más adelante, de ello no se derivaba que todas las diferencias de trato derivadas de esa configuración fueran admisibles.

En la Sentencia de 12 de junio de 2014 (NFJ054423), *SCA Group Holding* (asunto C-3913), *Inspecteur* (asunto C-40/13), *MSA Nederland BV* (asunto C-41/13), el TJUE apreció que la libertad de establecimiento se oponía a una determinación del grupo fiscal que excluía a las entidades cuya participación se ostentaba a través de entidades no residentes o que no permitía la propia existencia de dicho grupo fiscal cuando la entidad dominante no era residente.

Era, por tanto, correcto que la pertenencia al grupo fiscal quedase reservada a las entidades residentes, pero no que las relaciones de control estuvieran limitadas a ese ámbito, en el caso, correspondientes a entidades residentes en otros Estados miembros. En particular, la entidad dominante podía ser no residente.

En España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 de la Ley 27/2014, las entidades residentes en el extranjero pueden tener la condición de entidad dominante, con tal de que no lo hagan en una jurisdicción fiscal no cooperativa y se hallen sujetas y no exentas a un impuesto idéntico o análogo al impuesto sobre sociedades español. Naturalmente, también se plantea aquí el problema de la doble compensación de pérdidas, pero, igualmente, corresponde a la jurisdicción fiscal de la entidad extranjera hacerle frente.

En *Hutchison Wampoa* (Sentencia de 1 de abril de 2014, asunto C-80/12 –NFJ053980–), el TJUE apreció que la libertad de establecimiento se oponía a que las pérdidas sufridas por

una entidad del grupo fiscal no fueran compensables con los beneficios de otras entidades del grupo fiscal, cuando la relación de control sobre la entidad que las había sufrido era mantenida por una entidad residente en otro Estado miembro. El TJUE no apreció la concurrencia de causa de justificación alguna.

El rechazo a la compensación de las pérdidas equivalía, a efectos prácticos, a la exclusión del grupo fiscal de la entidad que las sufrió.

Las sentencias precedentes despejaron un conjunto de dudas que, razonablemente, planeaban sobre los regímenes de los grupos fiscales, en relación, básicamente, con la libertad de establecimiento.

Puesto que las ventajas fiscales inherentes a los mismos quedaban constreñidas a las entidades residentes, ya que este era el perímetro habitual del grupo fiscal, la constitución de entidades en otro Estado miembro, en el ejercicio del derecho de establecimiento, sufría un cierto menoscabo y, de ahí, la oposición de esa libertad al perímetro puramente nacional. Sin embargo, tras *XBV Holding*, el perímetro nacional quedó justificado en el reparto equilibrado de la potestad tributaria.

Ahora bien, si el perímetro nacional del grupo fiscal era válido, no lo era que las relaciones de control estuvieran trazadas exclusivamente entre entidades residentes en la misma jurisdicción fiscal. Esas relaciones podían rebasar el ámbito nacional. Así, el control podía mantenerse a través de una entidad no residente e, incluso, la entidad dominante podía ser no residente.

Como se ha indicado, la Ley 27/2014 ha recibido plenamente los criterios dimanantes de las sentencias del TJUE. Así, podrá tener la consideración de entidad dominante cualquier entidad extranjera que no sea residente en una jurisdicción fiscal no cooperativa y que esté sujeta a un impuesto sobre sociedades análogo al español, sea directamente o a través de un establecimiento permanente (art. 58.2), sin que, por otra parte, respecto de las relaciones de control intermedias se establezca restricción alguna por razón de la residencia de las entidades que las mantienen.

De esta manera, nuestra legislación se ajusta plenamente, en lo concerniente a la definición del perímetro del grupo fiscal y a las relaciones de control, a los criterios del TJUE.

3.2. Establecimientos permanentes

En la sentencia *Philips Electronics* (Sentencia de 6 de septiembre de 2012, asunto C-18/11 –NFJ048211–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de establecimiento, debido a que las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente eran compensables con los beneficios de las restantes entidades que formaban parte del grupo fiscal, bajo

condición de que tales pérdidas no fueran compensables en sede de la casa central, por cuanto tal condición no se predicaba respecto de las entidades jurídicas del grupo fiscal.

El TJUE desestimó las causas de justificación alegadas, entre ellas, la consistente en evitar el doble cómputo de pérdidas. Ciertamente, esa doble compensación se podía producir, primero, en sede del grupo fiscal y, segundo, en sede de la casa central, pero también superar mediante la tributación de los beneficios futuros del establecimiento permanente y su recaptura en sede de la casa central. Por otra parte, puntualizó el TJUE que ese riesgo no perturbaba la potestad tributaria del Estado miembro del grupo fiscal.

De esta manera, el TJUE estaba indicando, de manera indirecta, que la superación de la doble compensación de pérdidas correspondía a la jurisdicción fiscal de la casa central.

En *NN* (Sentencia de 4 de julio de 2018, asunto C-28/17 –NFJ070733–), el TJUE apreció que la libertad de establecimiento se oponía a que la compensación de las pérdidas sufridas por los establecimientos permanentes integrantes de un grupo fiscal estuviera supeditada a su no compensación en sede de la casa central. Sin embargo, apreció que concurriría la causa de justificación de evitar la doble compensación de pérdidas, si bien, en el caso, no se cumplía el requisito de proporcionalidad, por cuanto la pérdida derivaba de la amortización de un fondo de comercio de fusión y no era computable en sede de la casa central.

Las dos sentencias parten del supuesto de que los establecimientos permanentes forman parte del grupo fiscal. Lo que se debate no es, por tanto, la pertinencia de que los establecimientos permanentes formen parte del grupo fiscal. La pertenencia de los establecimientos permanentes al grupo fiscal se da por descontada. Un régimen fiscal que excluyera los establecimientos permanentes del grupo fiscal sería rechazado por la libertad de establecimiento, en cuanto el establecimiento permanente es una forma de ejercitar tal libertad.

Lo que se debate es si las pérdidas sufridas por el establecimiento permanente se pueden integrar libremente, a los efectos de determinar la base imponible del grupo fiscal o, por el contrario, tal integración puede estar supeditada al no cómputo de la pérdida en sede de la casa central.

En rigor, ese debate ha venido prescindiendo del hecho de que dicho doble cómputo también podía producirse respecto de las pérdidas de una entidad del grupo controlada a través de una entidad no residente, dependiente, directa o indirectamente de la entidad dominante, vía de un régimen fiscal que, por ejemplo, reconociera el deterioro de la participación como partida fiscalmente deducible.

Ese debate, con ciertas matizaciones, se ha cerrado por el TJUE, considerando que el establecimiento permanente debe recibir el mismo trato que cualquier otra entidad del grupo fiscal, de manera tal que las pérdidas de los establecimientos deben compensarse en sede del grupo fiscal bajo el cumplimiento de los mismos requisitos que lo hacen las pérdidas de las entidades del grupo fiscal.

El reverso de ese debate, esto es, la compensación de pérdidas en sede de la casa central, se encuentra en las sentencias *Lidl* (Sentencia de 15 de mayo de 2008, asunto C-414/06 –NFJ028333–), *Timac Agro* (Sentencia de 17 de diciembre de 2015, asunto C-388/14 –NFJ061112–), *Bévola* (Sentencia de 12 de junio de 2018, asunto C-650/16 –NFJ070619–) y *Nordea* (Sentencia de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13 –NFJ054811–). En síntesis, el TJUE sentencia que la libertad de establecimiento no se opone a la no compensación de las pérdidas sufridas por el establecimiento permanente, en sede de la casa central, siempre que, de una parte, no se graven los beneficios y, de otra, esas pérdidas puedan compensarse en sede del propio establecimiento permanente, lo que, evidentemente, viene facilitado por la compensación inherente a su pertenencia a un grupo fiscal.

La Ley 27/2014 rechaza la compensación, en sede de la casa central, de las pérdidas ordinarias sufridas por el establecimiento permanente, pero no la de las derivadas de su extinción, al tiempo que considera exentos sus beneficios (art. 22). Está, pues, en línea con los criterios del TJUE.

Los establecimientos permanentes pueden formar parte de los grupos fiscales, sin que exista restricción alguna a la integración de estas, a efectos de la determinación de la base imponible consolidada, por tanto, se adapta, igualmente, a esos criterios.

La compensación de las pérdidas del establecimiento permanente en sede del grupo fiscal puede dar lugar al doble cómputo de pérdidas si la jurisdicción fiscal de la casa central admite su cómputo en sede de la misma. La cuestión es si, de acuerdo con los principios rectores de la fiscalidad internacional sobre los beneficios, esa irregularidad debe resolverse por la jurisdicción fiscal del establecimiento permanente o por aquella de la casa central. Pues bien, el principio de territorialidad apunta a que la jurisdicción fiscal del establecimiento permanente ostenta el derecho de gravar los beneficios y, consecuentemente, permitir la compensación de las pérdidas, sea con los beneficios futuros del propio establecimiento permanente o con los de las entidades del grupo fiscal al que pertenece.

Tomadas en su conjunto, las sentencias del TJUE procuran argumentos en el sentido expuesto.

3.3. Dividendos intragrupo

En *Group Steria* (Sentencia de 2 de septiembre de 2015, asunto C-386/14 –NFJ059184–), el TJUE apreció que la libertad de establecimiento se oponía a que los dividendos, derivados de participaciones significativas, percibidos de las entidades filiales extranjeras comunitarias, disfrutaran de una exención limitada al 95 %, en tanto que los percibidos en el ámbito de un grupo fiscal no tributasen, debido a la eliminación propia de la consolidación, siendo así que, en el grupo fiscal, únicamente se integraban las entidades residentes, de manera tal que los dividendos transfronterizos soportaban una tributación más gravosa, lo que podría disuadir a la entidad dominante de constituir entidades filiales en otros Estados miembros.

Ciertamente, en *X Holding BV* el TJUE entendió que la libertad de establecimiento no se oponía a que el grupo fiscal estuviera compuesto, exclusivamente, por entidades residentes en una misma jurisdicción fiscal, pero ello no amparaba cualquier diferencia de trato.

El TJUE desestimó las causas de justificación alegadas, en particular, la consistente en preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria, por cuanto, en el caso, no concurrían dos jurisdicciones fiscales. Tampoco apreció el TJUE la alegación de que la norma fiscal concernida era acorde con el artículo 4.2 de la Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio (régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes), ya que «la posibilidad ofrecida por dicho precepto debía ejercitarse respetando las libertades fundamentales del Tratado».

En el caso, la superación de la diferencia de trato pasaba por eximir ilimitadamente los dividendos percibidos de entidades filiales no residentes o por regular la eliminación del dividendo intragrupo de manera tal que produjera el mismo efecto práctico que la exención limitada al 95 %.

La segunda solución ha sido la establecida en el artículo 64 de la Ley 27/2014, a raíz de la introducción del denominado gasto estimado del 5 %, por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre (Presupuestos Generales del Estado para el año 2021). Con ello se ha evitado la discriminación adversa a la libertad de establecimiento, pero, al tiempo, se ha chocado con la lógica del régimen de consolidación fiscal, el cual rechaza la doble imposición de los beneficios obtenidos por el grupo fiscal, por reducida que esta sea.

En la Sentencia de 11 de mayo de 2023 (NFJ089427), *Manitou* (asunto C-407/22) y *Bricolage* (asunto C-408/22), el TJUE ha reiterado la doctrina sentada en *Group Steria*.

3.4. Intereses intragrupo

En *Lexel* (Sentencia de 20 de enero de 2021, asunto C-484/19 –NFJ080118–), el TJUE vertió una importante afirmación:

la consolidación a nivel de la sociedad matriz de los beneficios y las pérdidas de las sociedades integradas en un grupo fiscal representa una ventaja que está justificado reservar a las sociedades residentes por la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

Sin embargo, de ahí no se seguía que toda norma que implicase un tratamiento diferente respecto de las operaciones entre sociedades del grupo mercantil, según que fuesen internas o transfronterizas, pudieran cobijarse bajo la causa de justificación de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria. En efecto, la pertinencia del tratamiento diferente se circunscribía a los efectos propios de la consolidación, esto es, permitir la transfe-

rencia de beneficios y pérdidas entre las entidades del grupo fiscal. Cualquier otra diferencia había de someterse a escrutinio.

Bajo el criterio precedente, el TJUE apreció que la libertad de establecimiento se oponía a una normativa en cuya virtud no eran deducibles los intereses pagados por una entidad a otra entidad residente en otro Estado miembro, pertenecientes las dos al mismo grupo mercantil, por razón de que derivaban de una operación destinada principalmente a obtener una ventaja fiscal significativa, en tanto que esa misma deducción no se hubiere denegado si la entidad perceptora hubiera sido también residente. En efecto, en tal caso, el régimen de consolidación fiscal, en el que el perímetro del grupo fiscal era exclusivamente nacional, hubiera procurado la eliminación de los intereses y, por ende, no se habría neutralizado la ventaja fiscal.

Como se ha indicado, el TJUE reafirmó su criterio favorable a que los grupos fiscales se integrasen exclusivamente por entidades residentes y establecimientos permanentes. Sin embargo, las ventajas que la consolidación fiscal concedía a ciertas operaciones podían motivar la oposición de la libertad de establecimiento, cuando operaciones comparables realizadas intragrupo, pero fuera del perímetro fiscal, no disfrutaban de tales ventajas o, en el mismo sentido, sufrían una penalización que no padecían las operaciones intragrupo fiscal. Así sucedía en el caso examinado por el TJUE.

Puesto que el objetivo de la norma restrictiva de la deducción de intereses derivados de operaciones financieras intragrupo transfronterizas era evitar la evasión fiscal, revistieron especial trascendencia los razonamientos que el TJUE dedicó a las causas de justificación.

El TJUE reconoció que la norma que rechazaba la deducción de los intereses podía ser apta para frustrar las planificaciones fiscales agresivas, pero igualmente que no se limitaba a ello, sino que también podía proyectarse sobre operaciones no ficticias, realizadas en condiciones propias de la libre competencia. En consecuencia, no apreció la causa de justificación consistente en evitar el fraude y la evasión fiscal, en cuanto la norma concernida no se atenía al principio de proporcionalidad. La misma suerte corrió, por el mismo motivo, la causa de justificación consistente en respetar el reparto equilibrado de la potestad tributaria.

Una norma antiabuso con efectos puramente transfronterizos, en cuanto no aplicable a las operaciones entre entidades del mismo grupo fiscal, que provoque una restricción, nunca podrá estar justificada si no se ajusta al principio de libre competencia, ya que tal desajuste implica no respetar el principio de proporcionalidad. Inversamente, la restricción podrá estar justificada si la norma antiabuso persigue neutralizar montajes puramente artificiales y lo hace respetando ese principio.

Las restricciones que, a la deducción de gastos financieros, se establecen en la Ley 27/2014 (art. 15 h) se proyectan también respecto de los habidos en el seno de un grupo fiscal, en la medida en que, de una parte, tales restricciones versan tanto sobre operaciones transfronterizas como internas y, de otra, la base imponible del grupo fiscal se forma a partir

de las bases imponibles individuales (art. 62), de manera tal que dichas restricciones no quedan neutralizadas por las normas de eliminación propias de la consolidación fiscal, por cuanto los gastos financieros afectados no forman parte de la base imponible individual (art. 64).

El tratamiento homogéneo de los gastos financieros generados en las operaciones intragrupo, con independencia del lugar de la residencia de la entidad perceptora de los intereses, pone a la referida norma antiabuso al resguardo de todo reproche, en relación con el debido respeto a las libertades comunitarias.

3.5. Resultados intragrupo

Esta es la materia de la sentencia *Gallaher*, objeto de este comentario.

El régimen de consolidación fiscal existente en el Reino Unido procuraba el diferimiento en la tributación de las plusvalías puestas de manifiesto en las transmisiones de activos a favor de entidades residentes pertenecientes al grupo multinacional, en tanto que tal diferimiento no se aplicaba cuando las entidades adquirentes, también pertenecientes al grupo multinacional, eran no residentes. La diferencia de trato derivaba de que solamente las entidades residentes podían formar parte del grupo fiscal y, por tanto, disfrutar de las ventajas inherentes al mismo.

El TJUE examinó si la libertad de establecimiento se oponía a ese régimen fiscal, considerando dos tipos de plusvalías, según que la entidad adquirente fuese residente en un país tercero o en un Estado miembro.

3.5.1. Plusvalías obtenidas en la transmisión de activos a entidades residentes en países terceros

En este caso, el TJUE refirió la libertad de establecimiento a la entidad matriz de las dos entidades contratantes, esto es, la entidad residente en los Países Bajos, JTIH. Constató que la plusvalía en cuestión también hubiera sido gravada inmediatamente si la entidad matriz residiera en el Reino Unido y, de ahí, que no advirtiera un trato discriminatorio por razón del lugar de la residencia de la entidad matriz, que era la que había ejercitado la libertad de establecimiento mediante la constitución de una entidad residente en el Reino Unido, la cual fue la que obtuvo la plusvalía cuyo régimen fiscal se debatía y, consecuentemente, no apreció perjuicio alguno para la libertad de establecimiento.

Si la entidad del grupo multinacional adquirente hubiera residido en el Reino Unido, hubiera procedido el diferimiento en la tributación de la plusvalía, por cuanto tal entidad hubiera formado parte del grupo fiscal británico. Al no serlo, no procedía ese diferimiento, por cuanto no podía formar parte del grupo fiscal.

La diferencia de trato no derivaba, ciertamente, del lugar de la residencia fiscal de la entidad matriz, sino del lugar de la residencia de la entidad adquirente, aun cuando dependiera de la misma entidad matriz, en el caso, residente en un Estado miembro. Bajo tal consideración, cabe inquirir si la libertad de establecimiento se opone a esa diferencia de trato.

El artículo 49 del TFUE «declara prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro». Entre otras formas, la libertad de establecimiento se ejercita mediante el establecimiento «de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro».

A la vista de este precepto, hubiera podido razonarse que un régimen de los grupos fiscales, constreñido a los de perímetro nacional, desalentaba la constitución de entidades filiales en Estados miembros diferentes, por cuanto las plusvalías habidas en transmisiones transfronterizas no disfrutarían de diferimiento, en tanto que las puramente internas sí lo harían, y, de ahí, el consiguiente perjuicio a la libertad de establecimiento.

Sin embargo, como se ha indicado, el TJUE no abordó esta diferencia de trato desde la perspectiva del lugar de la residencia de la entidad adquirente, sino desde aquella del lugar de la residencia de la entidad matriz de las dos entidades intervinientes en la operación.

En fin, un régimen de los grupos fiscales de perímetro nacional desalienta, evidentemente, las transmisiones transfronterizas respecto de las internas. Bajo esta perspectiva, podría sugerirse que concurriría la oposición de la libertad de movimiento de capitales, establecida en el artículo 63 del TFUE. Sin embargo, como se ha indicado, el TJUE descartó examinar el caso bajo tal libertad.

3.5.2. Plusvalías obtenidas en la transmisión de activos a entidades residentes en Estados miembros

En este caso, siguiendo el tenor de la cuestión formulada por el tribunal británico, el TJUE, de una parte, examinó la posible concurrencia de una restricción a la libertad de establecimiento y, de otra, una vez reconocida dicha concurrencia, se aplicó a considerar si operaba la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria, de manera proporcionada.

El TJUE, a la vista del diferente trato, según que la entidad adquirente, perteneciendo al mismo grupo, fuese residente en el mismo Estado miembro de la entidad transmitente o en otro Estado miembro, concluyó lo siguiente:

tales normas constituyen una restricción a la libertad de establecimiento en la medida en que conducen a un tratamiento fiscal menos favorable de las sociedades sujetas al impuesto en el Reino Unido que realizan cesiones de activos intragrupo a sociedades que no están sujetas al impuesto en el Reino Unido respecto a las

sociedades sujetas al impuesto en el Reino Unido que realizan cesiones de activos intragrupo grupo a sociedades sujetas al impuesto en el Reino Unido.

Así pues, la diferencia de trato, procurada por el régimen de consolidación fiscal, de las plusvalías, según cual fuera la residencia de la entidad adquirente, implicaba una restricción a la libertad de establecimiento.

Si se compara este caso con el anterior, se advierte que no existía una diferencia sustantiva entre ellos. En efecto, en los dos se trató de plusvalías realizadas frente a entidades no residentes y, por tanto, no pertenecientes al grupo fiscal, aun cuando sí al grupo mercantil. Ciertamente, en el primer caso, la entidad adquirente residía en un Estado tercero, en tanto que en el segundo lo hacía en un Estado miembro, pero esta diferencia era irrelevante, por cuanto el distinto régimen fiscal no derivaba de la dualidad Estado miembro frente a Estado tercero, sino de la dualidad entidad adquirente perteneciente al grupo fiscal frente a entidad adquirente no perteneciente al grupo fiscal y, por tanto, entidad adquirente residente frente a entidad adquirente no residente.

Bajo esta consideración, en el primer caso, el TJUE también hubiera podido apreciar la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento.

En suma, la tributación inmediata de las plusvalías realizadas mediante transmisiones a entidades del grupo residentes en otros Estados miembros, comparada con la tributación diferida, propia del régimen de consolidación fiscal, que solo se aplica en caso de transmisiones a entidades que pertenecen a un grupo fiscal de perímetro nacional, podría disuadir la constitución de entidades en esos otros Estados miembros y, de ahí, la restricción a la libertad de establecimiento.

La alternativa para superar de raíz esa restricción era conceder a la plusvalía intragrupo transfronteriza un régimen de diferimiento, análogo al derivado del régimen de consolidación fiscal. Es claro que esta alternativa hubiera supuesto un duro golpe a la configuración de los grupos fiscales en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, generalmente limitados al perímetro nacional, como así acontece en nuestro impuesto sobre sociedades.

Sin embargo, el TJUE admitió que concurría una causa de justificación, a saber, la consistente en el reparto equilibrado de la potestad tributaria. Esta causa de justificación, nacida en *Mark&Spencer*, ampara los regímenes fiscales cuyo objetivo sea «evitar situaciones que puedan poner en peligro el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio». En su virtud, estaba justificado gravar la plusvalía intragrupo transfronteriza, aun cuando la plusvalía interna quedase diferida. Apreció el TJUE que, en caso de concederse el diferimiento, existía el riesgo de impago del impuesto. ¿Era real tal riesgo? ¿En qué medida?

En el régimen de consolidación fiscal, el gravamen de las plusvalías intragrupo diferidas se acompaña al calendario de las amortizaciones o a la transmisión a terceros, de manera tal que las practicadas por la entidad adquirente motivan las pertinentes incorporaciones para

determinar el beneficio fiscal consolidado. Cuando este proceso se produce en el seno de la misma unidad fiscal, el control es sencillo. Cuando no existe tal unidad fiscal el control es más complicado. Sin embargo, cuando la entidad adquirente residiera en un Estado miembro, cabría suponer que el intercambio de información, de la Directiva 2011/16/UE, del Consejo, de 15 de febrero (cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad), proporcionaba al Estado miembro afectado la suficiente información para salvaguardar sus derechos de imposición.

Pesó en la decisión del TJUE que la plusvalía en cuestión se había realizado mediante contraprestación a metálico, de manera tal que el pago del impuesto podía realizarse sin dificultades de tesorería, a diferencia de lo que acontecía en relación con aquellas otras en las que no mediaba tal tipo de contraprestación de manera tal

que en circunstancias en las que, por una parte, las plusvalías se hayan materializado en el momento del hecho imponible; por otra parte, las autoridades tributarias deban asegurarse del pago del impuesto sobre las plusvalías materializadas durante el periodo en el que los activos se encuentren en su jurisdicción fiscal y, por último, el riesgo de impago del impuesto pueda aumentar en función del transcurso del tiempo, una obligación tributaria inmediatamente recuperable resulta proporcionada al objetivo de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sin que deba concederse al contribuyente una posibilidad de diferimiento del pago del impuesto.

En suma, la legitimidad de asegurar el gravamen sobre las plusvalías derivadas de la transmisión de activos, el riesgo de impago del impuesto, caso de conceder un régimen de diferimiento y, en fin, la existencia de una contraprestación monetaria, constituyeron los elementos sobre los cuales el TJUE asentó su decisión de entender concurrente la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria.

¿Hubiera el TJUE sentenciado en el mismo sentido si la plusvalía no hubiera sido realizada a metálico? Sería el caso, por ejemplo, de una plusvalía realizada como consecuencia de una transmisión bajo la forma jurídica de aportación de activos para constituir una entidad filial en otro Estado miembro.

Es difícil responder a esta pregunta, habida cuenta de que en la decisión del TJUE no solamente ha pesado la monetización de la plusvalía sino también la necesidad de asegurar el pago del impuesto que recae sobre la misma.

Ahora bien, el argumento de asegurar el pago de tal impuesto choca con que la entidad adquirente sea residente en un Estado miembro y, por ende, afectada por el intercambio de información comunitario. En este sentido, el peso que cabe atribuir a la monetización ha podido ser decisivo, de manera tal que, en su ausencia, sería concebible que el TJUE hubiera orientado su decisión en el sentido de no apreciar la concurrencia de causa de justificación alguna, con la consecuencia de que se habría apreciado una restricción injustificada a la libertad de establecimiento.

Esta hipotética apreciación obligaría a los Estados miembros que tuvieran establecido un régimen fiscal de los grupos fiscales de perímetro nacional a conceder el diferimiento a las plusvalías habidas en las transmisiones de activos intragrupo fuera de tal perímetro fiscal, cuando la entidad adquirente residiera en un Estado miembro.

¿Caería esa plusvalía bajo la tributación de salida del artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164, de 12 de julio (se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior)?

La respuesta debe ser negativa, por cuanto, aun cuando la ejecución del contrato de aportación implicaría la salida de activos a otro Estado miembro, tales activos no quedarían en posesión de la entidad que efectúa el traslado sino en el de otra entidad, aun cuando controlada por la primera. Nótese que la tributación de salida versa, exclusivamente, sobre aquellos supuestos en los que el activo trasladado queda en poder de la misma entidad. En consecuencia, la tributación de salida no ampararía una plusvalía así configurada.

4. Reflexión final

La sentencia comentada, en unión de otras precedentes, da un respiro al régimen fiscal de los grupos fiscales, generalmente de perímetro nacional. Si esas sentencias se proyectan sobre el régimen de los grupos fiscales, establecido en el capítulo VI del título V de la Ley 27/2014, se pueden formular las siguientes conclusiones:

- El perímetro del grupo fiscal, constreñido a las entidades residentes en territorio español, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.1, no entra en conflicto con la libertad de establecimiento.
- Las relaciones de control pueden tener carácter transfronterizo, de manera tal que, incluso, la entidad dominante puede no ser residente en territorio español y, adicionalmente, carecer, en el mismo, de establecimiento permanente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2, lo que evita cualquier fricción con la libertad de establecimiento.
- Los establecimientos permanentes pueden formar parte del grupo fiscal, en paridad de condiciones con las entidades residentes, de manera tal que las pérdidas eventualmente sufridas por los mismos pueden compensarse, a los efectos de formar la base imponible consolidada, sin restricción alguna, derivada del cómputo de esas pérdidas en sede de la casa central, lo que también evita cualquier fricción con la libertad de establecimiento. Corresponde a la jurisdicción fiscal de la casa central evitar el doble cómputo de la pérdida. Respecto de las pérdidas ordinarias, así lo prevé el artículo 22, en cuanto rechaza su cómputo, a los efectos de la determinación de la base imponible de la casa central.

- Los dividendos de participaciones significativas (5 %) procedentes de entidades extranjeras disfrutan de una exención, matizada por el denominado gasto estimado del 5 %, el cual también se aplica respecto de la eliminación de los dividendos intragrupo fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64, lo que elude, igualmente, cualquier confrontación con la libertad de establecimiento, si bien a costa de desmerecer la lógica de la consolidación fiscal.
- La restricción a la deducción de los gastos financieros, prevista en relación con la financiación de la adquisición de participaciones entre entidades del grupo por el artículo 15 h), afecta a las realizadas en el seno de un grupo fiscal, de manera tal que, una vez más, no se presenta el supuesto de posible oposición de la libertad de establecimiento.
- Las plusvalías intragrupo transfronterizas no están amparadas por un régimen de diferimiento, a diferencia de las habidas en operaciones entre entidades del grupo fiscal. Sin embargo, esta discriminación está amparada por la causa de justificación consistente en preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria, al menos cuando las plusvalías hayan sido realizadas mediante contraprestación monetaria.
- El perímetro puramente nacional del grupo fiscal, por sí mismo, no implica una restricción a la libertad de establecimiento. En consecuencia, la compensación inmediata de las pérdidas de unas entidades del grupo fiscal con los beneficios de otras del mismo grupo fiscal puede considerarse correcta. Ciertamente, las pérdidas sufridas por las entidades filiales extranjeras no pueden compensarse con los beneficios de la entidad dominante residente, pero debe observarse que los beneficios de aquellas están, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos previstos en el artículo 21.1, exentos, de manera tal que parece concurrir la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria.

La técnica de determinación de la base imponible consolidada, prevista en la Ley 27/2014, procura un tratamiento homogéneo de ciertas operaciones en los ámbitos individual y consolidado, lo que permite evitar conflictos con las libertades comunitarias, en particular con la libertad de establecimiento, sin diluir las ventajas que depara el régimen de los grupos fiscales.

Cuestión distinta es que dichas ventajas puedan considerarse justificadas por el hecho de que el grupo fiscal responda a la existencia de una unidad económica, siendo así que la sujeción pasiva está basada, esencialmente, en la personalidad jurídica.

Los problemas abordados por las sentencias del TJUE han derivado de que esa unidad económica puede rebasar el perímetro nacional, en tanto que, de ordinario, las legislaciones que reconocen la tributación consolidada limitan su aplicación a dicho perímetro nacional. Vistas en su conjunto, esas sentencias han constituido una respuesta equilibrada, asumible por las legislaciones nacionales, en particular por la española, como ha quedado expuesto.