

MEDIDAS DE REVERSIÓN DE PÉRDIDAS INTRAGRUPUO Y DERECHO COMUNITARIO: EL CASO NORDEA BANK

José Manuel Calderón Carrero

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

EXTRACTO

El presente trabajo constituye un breve comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de julio de 2014, C-48/13, en el asunto *Nordea Bank*, que versa sobre el aprovechamiento transfronterizo de pérdidas y sus límites en un contexto comunitario.

En concreto, el caso comentado analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una medida nacional danesa consistente en una reversión íntegra de las pérdidas previamente compensadas en Dinamarca que hubieran sido generadas por establecimientos permanentes en el extranjero respecto de los que se aplicaba el método de imputación; tal cláusula únicamente operaba cuando el contribuyente realizaba una transmisión, total o parcial, del establecimiento permanente a una entidad que formaba parte del mismo grupo de empresas.

El Tribunal de Justicia termina declarando que tal cláusula de reversión íntegra de las pérdidas aplicable en transmisiones intragrupo resulta contraria al Derecho de la Unión Europea, al considerar que va más allá de lo necesario para proteger el objetivo perseguido por la medida, existiendo otros mecanismos menos restrictivos (*arm's length principle*) que permitían garantizar la jurisdicción fiscal sobre la eventual renta generada.

La doctrina establecida a través de este pronunciamiento resulta relevante no solo para clarificar el «estándar comunitario de utilización transfronteriza de pérdidas», sino también a efectos de vislumbrar el margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de articular medidas con tintes antiabuso que limitan tal integración de las pérdidas transfronterizas, como las que se están proponiendo en el marco del proyecto OCDE BEPS o las que se han articulado en nuestro ordenamiento a través de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, modificando de forma relevante el TRLIS.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, reversión/recaptura de pérdidas extranjeras, establecimientos permanentes, cláusulas antiabuso, Derecho fiscal de la Unión Europea y libertad de establecimiento.

Fecha de entrada: 01-09-2014 / Fecha de aceptación: 22-09-2014 / Fecha de revisión: 18-11-2014

MEASURES INTAGROUP LOSSES AND REVERSAL OF COMMUNITY LAW: CASE NORDEA BANK

José Manuel Calderón Carrero

ABSTRACT

This paper is a brief commentary on the judgment of the Court of Justice of 17 July 2014, C-48/13, *Nordea Bank Case*, which deals with cross-border use of losses and its limits within the European Union Law framework.

Specifically, the aforementioned case analyzes the compatibility with European Union Law of a Danish domestic clawback provision that requires full recapture of losses previously offset against the profits of the Danish head office that had been incurred by permanent establishments abroad; the domestic provision referred to operated only when the taxpayer transferred the PE assets to an entity that was part of the same group of companies.

The Court held that a counterbalance clause requiring the full recapture of the losses previously offset against the profits of the head office applicable to intra-group transmissions of PE assets is contrary to European Union Law, considering that goes beyond what is necessary to protect the objective pursued by the measure (principle of territoriality in tax matters), inasmuch as less restrictive mechanisms (arm 's length principle) can be implemented to achieve that legitimate goal.

The jurisprudence so established by this ruling is relevant not only to clarify the «EU standard for cross-border loss utilization», but also in order to determine the competence of the EU Member States to adopt measures that limit the deduction of cross-border losses, such as those being proposed under the OECD-G20 BEPS project (tax planning schemes on losses) or that have been articulated in our domestic legal system through Law 16/2013, of 29 October, relevantly changing the CIT Law.

Keywords: Corporation Income Tax, cross-border loss recapture provisions, permanent establishments, anti-abuse rules, European Union Tax Law and freedom of establishment.

Sumario

- I. Introducción
- II. Antecedentes del caso Nordea Bank
- III. Pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - 1. Enfoque del caso
 - 2. Restricción fiscal prohibida
 - 3. Existencia de situación comparable
 - 4. Justificación de la restricción a la libertad de establecimiento
 - 5. La falta de proporcionalidad de la cláusula específica de recaptura de pérdidas intragrupo
 - 6. Fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- IV. Comentarios adicionales sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Nordea Bank

NOTA: El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2013-47516-P, sobre «La reforma de la Imposición Societaria en la UE».

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye un breve comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de julio de 2014, C-48/13, en el asunto *Nordea Bank*¹, que se refiere y trata una cuestión de gran interés y actualidad como es el aprovechamiento transfronterizo de pérdidas y sus límites en un contexto comunitario.

El caso se plantea en relación con la normativa danesa que establecía una reversión íntegra de las pérdidas previamente compensadas en Dinamarca que hubieran sido generadas por establecimientos permanentes (EP) en el extranjero respecto de los que se aplicaba el método de imputación, de manera que tal cláusula únicamente operaba cuando el contribuyente realizaba una transmisión, total o parcial, del EP a una entidad que formaba parte del mismo grupo de empresas.

El Tribunal de Justicia termina declarando que tal cláusula de reversión íntegra de las pérdidas aplicable en transmisiones intragrupo resulta contraria al Derecho de la Unión Europea, al considerar que va más allá de lo necesario para proteger el objetivo perseguido por la medida, existiendo otros mecanismos menos restrictivos (*arm's length principle*) que permitían garantizar la jurisdicción fiscal sobre la eventual renta generada.

La doctrina establecida a través de este pronunciamiento resulta relevante no solo para clarificar el «estándar comunitario de utilización transfronteriza de pérdidas», sino también a efectos de vislumbrar el margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de articular medidas con tintes antiabuso que limitan tal integración de las pérdidas transfronterizas (y las posibilidades de planificación fiscal)², como las que se están proponiendo en el marco del proyecto OCDE BEPS³ o las que se han articulado en nuestro ordenamiento a través de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, modificando de forma relevante el TRLIS y que podrían formar parte de la futura LIS

¹ ECLI:EU:C:2014:2087 (NFJ054811).

² En relación con los principales mecanismos de planificación fiscal relacionados con el aprovechamiento de pérdidas transfronterizas puede consultarse el trabajo de LÜDICKE, J. *et aliter*: «Cross-Border Loss Utilization», *BIT*, June/July 2014, págs. 381 y ss.

³ OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD, 2011.

de tramitarse sin mayores cambios el proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria⁴.

II. ANTECEDENTES DEL CASO NORDEA BANK

El caso *Nordea Bank* sobre el que se pronuncia el TJUE resulta de una controversia entre un contribuyente danés y las autoridades de tal Estado miembro en relación con la aplicación de la normativa danesa que articulaba un mecanismo dirigido de reversión de pérdidas previamente compensadas que resultaba aplicable en determinados supuestos que podrían determinar la pérdida de la jurisdicción fiscal sobre la unidad económica generadora de las referidas pérdidas. La controversia fiscal que terminó siendo planteada ante el TJUE vía cuestión prejudicial presenta los antecedentes de hecho que pasamos a relatar.

El contribuyente que se opone a la aplicación de la referida medida de reversión de pérdidas viene dado por la sociedad *Nordea Bank Danmark A/S*, una entidad financiera con domicilio social en Dinamarca sucesora de un banco con el que en el año 2000 se asoció con otras entidades financieras de Suecia, Finlandia y de Noruega para el crear el Grupo *Nordea*.

Desde los años 1996/97 hasta el año 2000, la antecesora mantuvo establecimientos en forma de sucursales bancarias en Finlandia, Suecia y Noruega que generaron pérdidas en todos los ejercicios por un importe total de 26 millones de euros, las cuales fueron deducidas legalmente de la base imponible sujeta a gravamen en Dinamarca.

En el año 2000, a raíz de la constitución del grupo *Nordea* se llevó a cabo una reestructuración (*bona fide*) que implicó el cierre de las mencionadas sucursales; asimismo, se ofreció a sus clientes la posibilidad de conservar sus cuentas en idénticas condiciones en las filiales de *Nordea Bank* en los mismos Estados y la mitad de su personal fue contratado por dichas filiales o por otras sociedades locales del mismo grupo. Las sociedades (filiales) absorbentes no podían tener en cuenta las pérdidas obtenidas anteriormente por las sucursales a los efectos de la determinación de su base imponible.

Las autoridades fiscales danesas consideraron que tales operaciones constituían una venta parcial de EP a empresas asociadas sobre las que el Reino de Dinamarca ejercía su potestad tributaria. En concreto, la legislación fiscal danesa objeto de aplicación (el art. 33 D, apartado 5,

⁴ El texto del proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, de 6 de agosto de 2014 (BOCG Serie A, núm. 108-1, expediente núm. 121/000110), que actualmente está siendo objeto de tramitación parlamentaria, sin entrar en detalles sobre el mismo que exceden los límites de este modesto trabajo, puede calificarse como continuista de la regulación precedente en lo que se refiere al tratamiento de las rentas negativas generadas en el extranjero a través de un EP, o de su transmisión y cese. La misma indicación puede realizarse en relación con el tratamiento de las rentas negativas en la transmisión de la participación o en los fondos propios de entidades.

de la Ley del Impuesto sobre la Renta) establecía una *regla de «reversión» íntegra* de las pérdidas de una entidad residente (mientras no hayan sido compensadas con beneficios posteriores) de acuerdo con la cual:

«En el supuesto de transmisión el supuesto de transmisión total o parcial de un establecimiento permanente situado en el extranjero, en las Islas Feroe o en Groenlandia a una sociedad del mismo grupo [...] las pérdidas deducidas que no hayan sido compensadas con beneficios de ejercicios posteriores se tendrán en cuenta en la determinación de la renta sujeta a gravamen, cualquiera que sea el método de desgravación aplicado (...)».

De acuerdo con tal legislación, las autoridades fiscales danesas consideraron que las referidas operaciones constituían una transmisión parcial de EP a empresas asociadas y en tal sentido procedía incrementar la base imponible de la entidad danesa (Nordea Bank) correspondiente a su impuesto sobre sociedades del ejercicio 2000 en la suma de las pérdidas imputadas en los ejercicios precedentes.

Al considerar esta reversión contraria a la libertad de establecimiento, Nordea Bank presentó una reclamación ante el *Landskatteretten* (Comisión tributaria nacional), y posteriormente recurrió la desestimación de dicha reclamación ante el tribunal de apelación competente (el *Østre Landsret*) que decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

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

III. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. ENFOQUE DEL CASO

El TJUE examinó el caso desde la perspectiva de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del TFUE, aunque considerando el impacto del Acuerdo del Espacio Eco-

nómico Europeo (Acuerdo EEE) cuyas disposiciones (arts. 31 y 34) prohíben las restricciones a la referida libertad de forma idéntica a lo recogido en el TFUE, tal y como ha indicado en su jurisprudencia⁵.

La libertad de establecimiento no solo prohíbe las discriminaciones fiscales que puedan derivar de la legislación del Estado miembro de acogida sino también que el Estado miembro de origen de una entidad nacional comunitaria obstaculice el establecimiento en otro Estado, en particular a través de un EP.

En este sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que se obstaculiza la libertad de establecimiento si, en virtud de una legislación de un Estado miembro, una sociedad residente que posee una filial o un EP en otro Estado miembro o en otro Estado parte del Acuerdo EEE sufre una diferencia de tratamiento fiscal desfavorable respecto de una sociedad residente que posea un EP o una filial en el primer Estado miembro⁶.

Entrando ya en el análisis de fondo del caso objeto del litigio y la cuestión prejudicial, el TJUE consideró que una disposición, como la recogida en la legislación danesa reguladora del método de imputación, que permite tener en cuenta las pérdidas de un EP situado en otro Estado miembro o en otro Estado parte del Acuerdo EEE para determinar los beneficios y calcular la base imponible de la sociedad principal, constituye una «ventaja fiscal»⁷. Y en tal sentido la aplicación de la cláusula especial de recaptura recogida en el referido artículo 33 D, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre la Renta conduce a privar de tal ventaja a las sociedades danesas que poseen EP en el extranjero frente a aquellas que poseen EP en Dinamarca. Ello acontece en la medida en que la regla de reversión de las pérdidas legalmente deducidas derivadas de los establecimientos extranjeros transmitidos que *no se aplica en caso de transmisión, en idénticas condiciones, de establecimientos residentes en Dinamarca*. De esta forma, cuando una sociedad danesa explotaba una sucursal residente y la vendía a una empresa asociada que no tributaba en Dinamarca, las pérdidas de dicha sucursal residente previamente compensadas, no se corregían, al contrario de lo que sucedía con las sucursales situadas en el extranjero.

2. RESTRICCIÓN FISCAL PROHIBIDA

Así las cosas, el Tribunal de Justicia consideró que tal tratamiento fiscal desfavorable, que penalizaba fiscalmente la explotación de sucursales en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo EEE, podía disuadir a una sociedad danesa de ejercer sus actividades mediante un

⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia *A*, C-48/11 (NFJ047881).

⁶ Véanse en este sentido, en particular, las sentencias *Papillon*, C-418/07 (NFJ030334), apartados 16 a 22, y *Argenta Spaarbank*, C-350/11 (NFJ051164), apartados 20 a 34.

⁷ Véase, en este sentido, la sentencia *Lidl Belgium*, C-414/06 (NFJ028333), apartado 23.

establecimiento permanente situado en un Estado miembro o en un Estado parte del Acuerdo EEE distinto del Reino de Dinamarca y, en consecuencia, constituye una *restricción en principio prohibida* por las disposiciones del Tratado y del Acuerdo EEE relativas a la libertad de establecimiento.

3. EXISTENCIA DE SITUACIÓN COMPARABLE

Una vez establecida la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia trajo a colación su jurisprudencia de acuerdo con la cual solo puede admitirse tal restricción si afecta a situaciones que no son objetivamente comparables o resulta justificada por una razón imperiosa de interés general⁸.

A este respecto, el TJUE puso de manifiesto que, en principio, los establecimientos permanentes situados en otro Estado miembro o en otro Estado parte del Acuerdo EEE no se encuentran en una situación comparable a los establecimientos residentes en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la doble imposición de los beneficios de una sociedad residente.

Ahora bien, acto seguido puntualizó que Dinamarca, al sujetar al impuesto danés los beneficios de los establecimientos permanentes situados en Finlandia, Suecia y Noruega, asimiló estos últimos a los establecimientos residentes por lo que se refiere a la deducción de las pérdidas⁹. Es decir, el TJUE opta por un análisis de la comparabilidad de las diferentes situaciones de hecho frente a la norma nacional específica que genera la restricción fiscal a efectos de determinar su consistencia técnica, racionalidad fiscal y, por tanto, su justificación. El hecho de que la normativa fiscal danesa fuera simétrica en el gravamen de los beneficios de los establecimientos residentes situados dentro y fuera del territorio nacional condujo al TJUE a un juicio positivo sobre la comparabilidad a los meros efectos de poder trascender al verdadero análisis de fondo referido a la eventual justificación de la restricción fiscal generada por la medida nacional. En este sentido, lleva razón la Abogado General J. Kokott cuando, en sus conclusiones de 13 de marzo de 2014¹⁰, puso de manifiesto las dificultades que conlleva la realización de forma consistente de este test de comparabilidad; por un lado, considera que de la jurisprudencia del TJUE en su conjunto no cabe deducir cuáles son las circunstancias en las que una diferencia entre las situaciones confrontadas impide que puedan compararse objetivamente; por otro lado, la Abogado General argumenta que si se llegara a la conclusión de que las situaciones no son objetivamente comparables, se frustraría el examen de proporcionalidad de la diferencia de trato entre la situación interna y la transfron-

⁸ Véase, en este sentido, la sentencia *Philips Electronics UK*, C-18/11 (NFJ048211), apartado 17 y jurisprudencia citada en la misma.

⁹ Véase, por analogía, la sentencia *Denkavit International y Denkavit France*, C-170/05 (NFJ024423), apartados 34 y 35.

¹⁰ Conclusiones AG: ECLI: EU:C:2014:153, párrafos 21-28.

teriza, a diferencia de lo que ocurriría al examinar la causa de justificación, llegando a mantener que solo es posible garantizar una solución equilibrada si, al examinar la causa de justificación se tiene en cuenta el motivo de la diferencia de trato.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

El test de justificación de una medida restrictiva de una libertad fundamental pasa por la concurrencia de un fundamento válido desde el plano comunitario (una razón imperiosa de interés general) de manera que la medida sea adecuada para garantizar el objetivo legítimo que persigue y, además, no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (test de proporcionalidad).

La principal causa de justificación que fue invocada para justificar la medida danesa pasó por el argumento de su necesidad para garantizar el reparto equilibrado del poder tributario entre Estados miembros en relación con la prevención de la evasión fiscal.

El TJUE admitió la validez en abstracto de tal causa de justificación considerando su jurisprudencia precedente con arreglo a la cual se reconoció que los Estados miembros siguen siendo competentes para definir, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición y que la preservación de dicho reparto es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia¹¹.

A partir de tal punto de partida, se procedió a determinar si tal finalidad estaba presente en la medida nacional objeto del litigio, constatándose que el objetivo de la cláusula específica de recaptura danesa residía en evitar el riesgo de evasión fiscal consistente en que un grupo organiza sus actividades de tal modo que deduce de su renta sujeta a gravamen en Dinamarca las pérdidas de un EP deficitario situado en otros Estados miembros o países miembros del Acuerdo EEE para a continuación, una vez que dicho establecimiento es rentable, transferir las actividades de este establecimiento a una sociedad controlada por el grupo pero que está sujeta al impuesto, no en Dinamarca, sino en tales Estados. En este sentido, el TJUE consideró que la medida danesa estaba amparada por esta causa de justificación, toda vez que la cláusula permitía revertir en el beneficio sujeto a gravamen de la sociedad transmitente danesa las pérdidas deducidas en los ejercicios anteriores, al haber perdido Dinamarca la facultad de gravar los eventuales beneficios futuros del EP como consecuencia de su transmisión (total o parcial), de suerte que en el contexto de las relaciones intragrupo podría articularse un montaje que erosionaría artificialmente la base imponible de la entidad danesa afectando así al reparto de la potestad tributaria derivada del Convenio concluido en 1996 entre los países nórdicos para eliminar la doble imposición, que recogía el método de imputación en relación con el gravamen de los beneficios de los EP situados en los distintos Estados contratantes.

¹¹ Véase, en particular, la sentencia *Argenta Spaarbank* C-350/11 (NFJ051164), apartado 50 y jurisprudencia citada.

5. LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA ESPECÍFICA DE RECAPTURA DE PÉRDIDAS INTRAGRUPPO

A pesar de que se consideró que la medida nacional estaba justificada teniendo en cuenta el objetivo legítimo perseguido por la misma (protección del reparto del poder tributario a través de una medida anti-evasión fiscal), el TJUE terminó pronunciándose en contra de su compatibilidad con la libertad de establecimiento a la vista de la propia configuración (desproporcionada) de la medida al capturar tanto operaciones de reorganización empresarial genuinas como montajes puramente abusivos (*blanket rules vs. targeted rules*).

A este respecto, el Tribunal de Justicia puso de relieve cómo el objetivo del reparto equilibrado del poder tributario tiene como finalidad mantener el equilibrio entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas, esto es, la denominada regla de «simetría». En este sentido, el equilibrio en el reparto del poder tributario que protege la regla de simetría requiere que las pérdidas deducidas derivadas de un EP (integradas en la base imponible de la entidad de la que forma parte en su Estado de residencia) puedan ser compensadas (a efectos recaudatorios) mediante el gravamen de los beneficios de dicho EP obtenidos bajo la competencia o jurisdicción tributaria del Estado miembro considerado, incluyendo tanto los obtenidos durante el periodo en el que dicho EP dependía de la sociedad residente como con los obtenidos en el momento de la transmisión del mismo EP.

La formulación por parte del TJUE de esta importante regla de simetría en el reparto del poder tributario entre los Estados miembros clarifica y refuerza la aplicación de cláusulas de reversión (y recaptura) como la que pretendía articular la legislación danesa a efectos de compensar el efecto recaudatorio generado por la previa integración de las pérdidas del EP en el Estado de residencia de su casa central, en un contexto donde un convenio fiscal (como el Convenio Nórdico) establecía el método de imputación para eliminar o neutralizar el riesgo de una eventual doble imposición.

Ahora bien, una cosa es admitir la validez de la regla de simetría que fundamenta la cláusula de recaptura de pérdidas previamente compensadas con los beneficios futuros del EP en el marco de la aplicación del método de imputación, y otra muy distinta que la concreta medida nacional que se ha articulado con tal finalidad (protección del equilibrio en el reparto del poder tributario) se haya configurado de forma técnicamente correcta desde una perspectiva comunitaria, lo cual requiere que no vaya más allá del cumplimiento de tal finalidad, generando así la menor restricción posible a la libertad comunitaria de que se trate.

El TJUE constató la falta de proporcionalidad de la referida cláusula específica de reversión prevista en la legislación danesa, considerando cómo el artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establecía una regla de *arm's length* con arreglo a la cual los activos transferidos dentro de un grupo mercantil se valoran según las condiciones de mercado. Es decir, la normativa fiscal danesa recogía el principio de plena competencia como norma imperativa de valoración que

determinaba que las operaciones intragrupo y las realizadas con un EP en el extranjero debían valorarse como si se hubiesen realizado entre partes independientes.

El Tribunal de Justicia razonó que una disposición de un Estado miembro –como la cláusula específica de recaptura prevista en el artículo 33.5 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Dinamarca– que establezca, en caso de transmisión, por una sociedad residente, de un EP situado en otro Estado miembro o en otro Estado parte del Acuerdo EEE a una sociedad no residente del mismo grupo, la reversión de las pérdidas anteriormente deducidas derivadas del establecimiento transmitido va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo relativo a la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria, desde el momento en que el primer Estado miembro grava los beneficios obtenidos por dicho establecimiento antes de su transmisión, incluidos los resultantes de la plusvalía generada en la mencionada transmisión.

Tal conclusión, según el propio TJUE, no queda invalidada por la circunstancia, invocada por el Gobierno danés, de que le sería difícil, en el supuesto de transmisión dentro del grupo, comprobar el valor de mercado del fondo de comercio transferido en otro Estado miembro, en la medida en que tales dificultades no son específicas de las situaciones transfronterizas, puesto que la Administración danesa ya lleva a cabo necesariamente comprobaciones similares cuando la venta de un fondo de comercio se inscribe en el marco de la transmisión dentro del grupo de un establecimiento residente. Añadió el TJUE que, en cualquier caso, las autoridades tributarias danesas siempre pueden pedir a la sociedad transmitente los documentos que consideren necesarios para comprobar si el valor del fondo de comercio considerado para calcular la plusvalía de transmisión de un establecimiento extranjero coincide con el del mercado, conforme a la regla establecida en el artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Es decir, la presunción (*iuris et de iure*) de abuso sobre la que se construía la cláusula danesa, impidiendo la prueba por parte del contribuyente del valor de mercado de los activos transferidos (incluyendo el fondo de comercio transferido), se considera inaceptable desde una perspectiva comunitaria que somete tal regulación a un test de proporcionalidad. La misma consecuencia debería seguirse desde un análisis constitucional que verificara la racionalidad y compatibilidad de la medida con los principios constitucionales tributarios del artículo 31.1 de nuestra Constitución, dado que la aplicación de la norma puede traer consigo una sobreimposición sin fundamento económico.

6. FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

De acuerdo con todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declaró que:

Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, así como los artículos 31 y 34 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, se oponen a una legislación de un Estado miembro en virtud de la cual, en caso de transmisión, por una sociedad residente a una sociedad no residente del mismo grupo, de un establecimiento permanente situado en otro

Estado miembro o en otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, las pérdidas anteriormente deducidas derivadas del establecimiento transmitido revierten en el beneficio sujeto a gravamen de la sociedad transmitente, siempre que el primer Estado miembro grave tanto los beneficios obtenidos por dicho establecimiento antes de su transmisión, como los resultantes de la plusvalía generada en la mencionada transmisión.

IV. COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO NORDEA BANK

La sentencia del TJUE en el caso *Nordea Bank* constituye un pronunciamiento que posee gran relevancia por una serie de motivos que pasamos a exponer.

Ciertamente, estamos ante un asunto que debido a su temática y alcance integra un importante nuevo eslabón de la cadena de precedentes jurisprudenciales que delimitan de forma relevante los límites que impone el Derecho de la Unión Europea al ejercicio de la competencia o poder tributario de los Estados miembros en materia de imposición directa.

En este sentido, no puede perderse de vista que la decisión del TJUE en el asunto *Nordea Bank* contribuye a delimitar la jurisdicción fiscal de los Estados miembros sobre la materia imponible sujeta a los impuestos sobre la renta. El Tribunal de Justicia vuelve a abordar la cuestión del ejercicio de la competencia fiscal de los Estados en materia de imposición directa, considerando el equilibrio en el reparto de poder tributario entre los Estados pero fundamentalmente atendiendo al principio de coherencia tributaria, en el sentido de garantizar la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas. De esta forma, los Estados miembros no están limitados a gravar la renta derivada de las actividades realizadas únicamente en su territorio, ni tampoco están obligados a tener en cuenta pérdidas registradas por una actividad que no tribute en su territorio (más allá de lo establecido en la jurisprudencia *Marks & Spencer*, en relación con las pérdidas finales), de manera que el mercado interior no confiere a los sujetos pasivos el derecho a optar por el Estado miembro en el que hayan de considerarse las pérdidas.

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea no interfiere de forma sustantiva en esta delimitación de la competencia fiscal de los Estados miembros a la hora de determinar su modelo impositivo (territorial vs. renta mundial/dual), ni sobre la selección de la materia imponible ni en el reparto del poder tributario que pueda articularse a través de convenios de doble imposición, sin perjuicio de los matices que puedan derivarse del principio de no discriminación (o del régimen de ayudas de Estado).

En este sentido, el Derecho de la Unión Europea permite tanto modelos de impuesto sobre la renta territoriales como los que pivotan sobre la renta mundial (puros o duales), de manera que tanto la aplicación del método de exención como el método de imputación a los efectos de elimi-

nar la doble imposición internacional resulta compatible con el ordenamiento comunitario, siendo conscientes, además, de que la supresión o mitigación de las consecuencias económicas de este fenómeno no resulta una obligación impuesta o derivada del Derecho Comunitario.

Ahora bien, allí donde un Estado miembro haya adoptado el principio de renta eliminando la doble imposición a través del método de imputación y permitiendo la deducción de las pérdidas extranjeras, el Derecho Comunitario admite que tal Estado pueda adoptar medidas generadoras de un cierto nivel de restricción de las libertades comunitarias dirigidas a la protección de su competencia fiscal a efectos de garantizar la «reversión» o «recaptura» de tales pérdidas por la vía del gravamen de los beneficios futuros en el extranjero (regla de simetría). En cambio, allí donde un Estado miembro aplicara el método de exención no sometiendo a imposición la renta extranjera tampoco estará obligado a deducir las pérdidas derivadas de la actividad realizada fuera de su territorio, sin perjuicio de los matices derivados de la jurisprudencia *Marks & Spencer y Lidl Belgium* [C-446/03 (NFJ021162) y C-414/06 (NFJ028333) respectivamente, sobre pérdidas finales] y *Deutsche Shell* [C-293/06 (NFJ027752), sobre pérdidas cambiarias]¹². No obstante, allí donde tal

¹² Los principios derivados de esta jurisprudencia en relación con la obligación del Estado de residencia de permitir la deducción de las pérdidas extranjeras derivadas de la actuación a través de un EP en otro Estado miembro del EEE han sido sintetizados de la siguiente forma: a) Si el contribuyente puede deducir la pérdida en el Estado de localización del EP en un periodo distinto al de su generación, el Estado de residencia no está obligado a conceder la deducción de la pérdida, cuando aplica el principio de simetría a través del método de exención (exclusión de beneficios y pérdidas); tal regla deriva de la jurisprudencia *Lidl Belgium*; b) Si el Estado de residencia del contribuyente sigue el principio de simetría, debe tener en cuenta la pérdida que por su naturaleza (*v. gr.*, cambiaria) no puede ser deducida o compensada en el Estado de la fuente, de acuerdo con la jurisprudencia *Deutsche Shell*; y c) Si el Estado de residencia sigue el enfoque asimétrico permitiendo la deducción de la pérdida extranjera en el periodo en el que se genera o produce, tal Estado puede recapturarla incluso allí donde el Estado de la fuente no permite la deducción de la misma pérdida (jurisprudencia *Krakenheim*) o cuando tal mecanismo de compensación no está previsto en su ordenamiento (caso *K*). Tales principios han sido elaborados por HASLEHNER, W.: «Cross-border Loss Relief for Permanent Establishments under EC Law», *BIT*, November 2009, sección 6. En el caso de las pérdidas propias de filiales extranjeras, téngase en cuenta que la jurisprudencia *Marks & Spencer* parte de la base de que el Estado de la residencia de la matriz otorga un tratamiento discriminatorio respecto de las filiales residentes, de manera que solo se requiere la importación de las pérdidas de las filiales extranjeras cuando sean finales y exista discriminación respecto de la situación interna (*v. gr.*, régimen de grupo fiscal); igualmente, debe apuntarse que en el contexto del análisis de compatibilidad comunitaria de las restricciones a la integración de las pérdidas transfronterizas, el TJUE ha considerado que la situación de una filial extranjera y de un EP situado en otro Estado miembro no son equivalentes o comparables [STJUE de 25 de febrero de 2010, C-337/08 (NFJ037112), *X Holding BV*]. Por otro lado, cabe señalar, a su vez, que las diferencias que puedan existir en el cómputo de las pérdidas como consecuencia de la aplicación de legislaciones distintas constituyen disparidades derivadas de la interacción de ordenamientos generadoras de doble imposición que, en principio, son cuasi-restricciones que el TJUE viene considerando que no son contrarias al Derecho de la Unión Europea, conclusión que también puede ser aplicable al perjuicio financiero (*cash flow temporary disadvantage*) que deriva de la doctrina de las pérdidas finales. A este respecto, el hecho de que la legislación del Estado de la fuente no determine la existencia de una pérdida que sí resulta de la legislación del Estado de la residencia no parece que afecte a la regla de las pérdidas finales, de acuerdo con los principios derivados de las sentencias *Marks & Spencer* y *Lidl Belgium*. También debe destacarse que tal jurisprudencia opera tanto respecto de pérdidas operativas derivadas de la actividad del EP o de una filial, como de las derivadas de la transmisión de los activos del EP y de la filial, siempre que se trate de pérdidas finales. *Vid.* CALDERÓN, «Reflexiones al hilo de la STJUE *X Holding BV* sobre el Régimen

Estado miembro aplicara el método de exención y permitiera la deducción de las pérdidas extranjeras, podría igualmente articular medidas dirigidas a recapturar tales pérdidas (regla de simetría) como excepción a la configuración clásica del método de exención [jurisprudencia *Krakenheim Ruhesitz*, C-157/07 (NFJ030254)]¹³, aunque también aquí se plantean dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una cláusula de recaptura que opera en situaciones de transmisiones intragrupo de un EP donde no se generan beneficios con motivo de tal transmisión, habiéndose compensado pérdidas de tal EP en el pasado con beneficios de la casa central¹⁴.

Nótese que aunque el TJUE parece seguir manteniendo la vigencia y aplicación general de la jurisprudencia *Marks & Spencer* sobre integración de pérdidas finales extranjeras –tal y como se deduce de la sentencia *A Oy*, C-123/11 (NFJ049866), sin perjuicio de los matices derivados de la sentencia *K*, C-322/11 (NFJ052519), que exponemos más abajo–, esta doctrina ha sido objeto de severas críticas llegándose a proponer su supresión o superación¹⁵.

de Consolidación en el Impuesto sobre Sociedades, la Importación de pérdidas extranjeras y el Derecho de la UE», *Crónica Tributaria*, n.º 138/2011, págs. 25 y ss., donde exponemos los diferentes sistemas que afectan a la deducción de las pérdidas de filiales extranjeras y la jurisprudencia comunitaria sobre los mismos.

- ¹³ La jurisprudencia citada aparece comentada en MALHERBE *et alter*, *The Impact of the Rulings of the ECJ in the Area of Direct Tax Matters*, EU Parliament, Brussels, 2008; y MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN: «La Jurisprudencia del TJUE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa», en CARMONA FERNÁNDEZ (coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CISS, Valencia, 2014, lugar al que nos remitimos.
- ¹⁴ El *Finanzgericht* de Colonia, en su decisión de 14 de febrero de 2014 (13 K 3906/09), ha planteado cuestión prejudicial ante el TJUE (caso C-388/14) en relación con la normativa alemana que establece la aplicación de una cláusula de reversión que opera en casos de transmisiones intragrupo de EP, al entender que existen dudas para la aplicación tanto de la jurisprudencia *Krakenheim* (al tratarse de un caso donde la cláusula de recaptura operaba en una situación donde el EP con posterioridad obtuvo beneficios) como de la derivada del asunto *Nordea Bank* (debido a que en este caso se aplicaba el método de imputación y no el de exención). El tribunal alemán plantea en particular si las pérdidas generadas antes de la transmisión intragrupo del EP pueden calificarse como finales a los efectos de la aplicación de la jurisprudencia *Marks & Spencer*, tal y como viene entendiendo el *Bundesfinanzhof* (v. gr., las sentencias de 2 y 5 de febrero de 2014, comentadas por KAHLENBERG, Ch.: «Recognition of Final Losses of Permanent Establishments», *European Taxation*, September 2014, págs. 414 y ss.).
- ¹⁵ Resulta especialmente relevante la crítica formulada por la Abogada General J. Kokott en sus conclusiones en el asunto C-172/13, de 23 de octubre de 2014, que considera que debería suprimirse la «excepción *Marks & Spencer*» y adoptarse una regla de compensación permanente con cláusula de recaptura considerando las enormes dificultades prácticas que existen para determinar el ámbito de aplicación y sentido de esta «excepción». Así, indica que: a) el TJUE 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 tal posibilidad; b) tampoco resulta claro qué pérdidas se deben computar: ¿las pérdidas totales de la filial al cese de la actividad o aquellas que existen en el momento de la solicitud del régimen de consolidación fiscal en el Estado de la matriz?; c) ¿cuándo existen pérdidas finales? Parece admitirse que ello acontece cuando el Estado de establecimiento de la filial no permite tal transferencia de pérdidas (sin perjuicio de los matices de la jurisprudencia *K*), o cuando la filial cesó en su actividad o se inició la liquidación de la filial (salvo matices del caso *A Oy*, C-123/11), o cuando la filial no existe jurídicamente, al dejar de tener patrimonio y poder así adquirir nuevos activos que puedan generar ingresos; no obstante, no resulta pacífico ni evidente que en todas estas circunstancias estemos ante «pérdidas finales», tal y como evidencia la propia jurisprudencia del TJUE y el contencioso que se debate en el asunto C-172/13.

Tal estado de cosas lógicamente posee implicaciones fiscales relevantes. Así, volviendo al caso *Nordea Bank* resulta meridiano que la regla de simetría y la causa de justificación basada en el equilibrio en el reparto del poder tributario protege el derecho de gravamen de Dinamarca (como *home country*) sobre los eventuales beneficios futuros que pudieran obtenerse a través de los EP en el extranjero (incluyendo su transmisión total o parcial), de suerte que tal derecho ya resulta estructural en el modelo impositivo danés basado en el gravamen de la renta mundial combinado con el método de imputación articulado a través de un Convenio fiscal multilateral (Convenio Nórdico de 1996).

Ciertamente, podría considerarse que la cláusula de reversión o de recaptura de las pérdidas extranjeras resulta innecesaria. Sin embargo, frente a tal posición podrían formularse dos apreciaciones dirigidas a contrastar tal idea¹⁶. Por un lado, no puede perderse de vista que la imposibilidad de gravar eventuales beneficios posteriores es algo que puede suceder normalmente en la imposición de una actividad, por ejemplo, cuando esta fracasa económicamente o cuando se pone fin a la potestad fiscal. Por otro lado, tampoco puede dejar de destacarse que el funcionamiento ordinario del método de imputación (sin cláusula de recaptura de pérdidas) permite canalizar una cierta desimposición en el Estado de residencia del contribuyente, en la medida en que la pérdida deducida en un ejercicio no se compensa con el beneficio integrado en ejercicios posteriores allí donde el contribuyente puede deducir en tal país (residencia) el impuesto extranjero que grava el mismo beneficio, de manera que en el mejor de los casos tal país recuperaría un cierto nivel de imposición; de alguna forma, la regla de simetría operaría en estos casos más en un plano formal que en el material pudiendo apreciarse un cierto desequilibrio entre la consideración íntegra de las pérdidas registradas y la imposición de los beneficios futuros, aunque la mayor o menor intensidad de estos efectos variará dependiendo de múltiples factores como los diferentes niveles impositivos entre el Estado de la fuente y el de la residencia y la distinta configuración de la misma base imponible en ambos países. Algunos países, como España, arbitraron medidas para corregir este desequilibrio consistentes en cláusulas de recaptura de pérdidas que operan tanto en el marco del método de exención como en el de imputación (véase el art. 22.2 TRLIS en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 16/2013, sin perjuicio de la disp. trans. 41.3 de esta ley). Cabría considerar que tales cláusulas, en la medida en que articulen tal principio de simetría que protege la competencia fiscal y el equilibrio en el reparto del poder tributario, resultan compatibles con el Derecho de la Unión Europea, siempre y cuando resulten proporcionadas; la interrelación de tales cláusulas con los Convenios de doble imposición, sin embargo, podría ser más problemática dependiendo de la configuración del método de imputación convencional.

Por tanto, la jurisprudencia del caso *Nordea Bank* pone de manifiesto esta tensión fiscal que deriva del principio de simetría y cómo la misma termina proyectándose sobre un conjunto de disposiciones fiscales que los Estados establecen para proteger su competencia fiscal y sus bases imponibles, de suerte que el Derecho Comunitario no se opone a las mismas siempre y cuando

¹⁶ Véanse los párrafos 49-53 de las Conclusiones, de 13 de marzo de 2014, de la Abogado General J. Kokott en el caso *Nordea Bank*.

se configuren de forma consistente técnicamente (coherencia tributaria en el sentido de lógica fiscal) y no vayan más allá de lo necesario para cumplir tal objetivo¹⁷.

Precisamente, lo que aconteció en el asunto *Nordea Bank* fue que Dinamarca articuló una medida nacional inadecuada (desproporcionada) para proteger su competencia fiscal. Como pusieron de relieve las propias autoridades danesas, el objetivo declarado del régimen danés de reversión fiscal no era lograr una adecuada proporción entre la consideración de las pérdidas y de los beneficios de las actividades que tributan con arreglo al método de imputación, sino únicamente evitar, en un caso excepcional, el abuso de la plena consideración de las pérdidas en virtud del método de imputación¹⁸. La fórmula empleada por la normativa danesa dirigida a capturar únicamente operaciones intragrupo (legítimas o no) se consideró contraria al Derecho Comunitario por resultar desproporcionada, al ir más allá de lo necesario para lograr su objetivo.

No obstante, tal y como puso de relieve la Abogado General J. Kokott¹⁹ debe destacarse que una medida nacional de este tipo solo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática, es decir, con la debida consistencia. A su vez, la articulación de una cláusula específica para evitar «transferencias artificiales de beneficios» en determinadas situaciones –operaciones intragrupo– solo puede realizarse de forma compatible con el Derecho Comunitario a través de medidas que sean «técnicamente adecuadas», como el régimen de *transfer pricing* que implementa el principio de plena competencia de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE²⁰, permitiendo al contribuyente presentar elementos relativos a los posibles motivos comerciales de las operaciones, y de manera que la medida fiscal correctora se limite a la fracción que supere lo que se habría convenido de no existir una relación de interdependencia entre las entidades asociadas.

El régimen danés de reversión fiscal, a la postre, articulaba una medida antiabuso que no cumplía los principios establecidos por el TJUE en materia de cláusulas anti-evasión fiscal compatibles con el Derecho de la Unión Europea, pero además tampoco era consistente técnicamente con el propio principio de protección de la competencia fiscal de los Estados miembros, en la medida en que la reversión de todas las pérdidas imputadas no guardaba ninguna proporción con la pérdida de la imposición de los beneficios futuros. La medida de protección de la competen-

¹⁷ Nótese que, en ocasiones, tal principio de simetría resulta matizado por la existencia de discriminaciones entre situaciones internas y transfronterizas como acontece en la jurisprudencia *Bosal* C-168/01 (NFJ015171), o *Keller Holding* C-471/04 (NFJ028808), en relación con la deducción de gastos financieros relacionados con adquisición de participaciones en entidades extranjeras cuyos dividendos o plusvalías están exentas.

¹⁸ Véanse los párrafos 55 y 56 de las Conclusiones, de 13 de marzo de 2014, de la Abogado General J. Kokott en el caso *Nordea Bank*.

¹⁹ Párrafos 56 a 60 de las Conclusiones, de 13 de marzo de 2014, de la Abogado General J. Kokott en el caso *Nordea Bank*, con apoyo en la sentencia *Sokoll-Seebacher*, C-367/12 (NSJ048408), apartado 39 y la jurisprudencia allí citada.

²⁰ Véanse por ejemplo las Sentencias del TJUE en los casos *SGI* [C-311/08 (NFJ036705)], y *Test Claimants in the Thin Cap Litigation Group*, [C-524/04 (NFJ024996)].

cia fiscal solo podía proyectarse, por tanto, sobre la tributación de los beneficios cuya realización se produzca en el momento de la transmisión (total o parcial) del EP, dado que los beneficios o renta que se generen en el futuro corresponderían en principio a otro Estado.

En este sentido se pronunciaron la Comisión y la Abogado General J. Kokott añadiendo que «los beneficios ya producidos en el momento de la enajenación se traducen en la fijación del precio de venta conforme al principio de libre competencia»²¹, afirmación que posee gran interés en el terreno del *transfer pricing* en la medida en que parece limitar enfoques valorativos que pueden trascender el estándar del *arm's length* (v. gr., el *commensurate with income approach*).

Así las cosas, la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Nordea Bank* combinada con su doctrina precedente hace que surjan más dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las disposiciones introducidas en el TRLIS por la Ley 16/2013, que limitan y difieren la imputación temporal de las rentas negativas en la transmisión de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades y EP al periodo en que tales activos sean transmitidos a terceros ajenos al grupo de sociedades, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo (apdos. 11 y 12 del art. 19 TRLIS)²²; tales dudas se proyectarían igualmente sobre la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, en el caso de que se aprobara sin introducir cambios en estos aspectos siguiendo la regulación precedente (modelo de integración diferida de la renta negativa al momento de la transmisión extra-grupo)²³.

²¹ Párrafo 63 de las Conclusiones, de 13 de marzo de 2014, de la Abogado General J. Kokott en el caso *Nordea Bank*.

²² Sobre las implicaciones derivadas de la reforma operada a este respecto por la Ley 16/2013, cfr. los completos análisis recogidos en los trabajos de los siguientes destacados autores: SANZ GADEA, E.: «El IS en 2013 (I). Elenco de modificaciones. Establecimientos Permanentes», *RCyT*. CEF, núm. 372, marzo 2014; y, «El IS en 2013 (II). Establecimientos Permanentes. Uniones Temporales», *RCyT*. CEF, núm. 373, abril 2014; y LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A.: «Proyecto de Ley por el que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras», en *Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, Tomo I, EY Abogados, Thomson Reuters, 2013, págs. 161 y ss.

²³ Véanse los apartados 10 y 11 del artículo 11, y artículos 22 y 31 del proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, de 6 de agosto de 2014 (BOCG Serie A, núm. 108-I, expediente núm. 121/000110), que actualmente está siendo objeto de tramitación parlamentaria. La regulación del método de exención instrumenta el principio de simetría modulado por la integración diferida de las pérdidas extranjeras cuya cuantía es limitada de forma muy relevante. Así, las rentas positivas obtenidas en el extranjero a través de un EP (y las derivadas de su transmisión) no se integrarían en la base imponible de la casa central española. Y por lo que se refiere a las pérdidas, por un lado, cabe referirse a las reglas de diferimiento de su integración, a saber: a) Las rentas negativas ordinarias no se integran en la base imponible española hasta el momento del cese de la actividad, o hasta la transmisión del EP a terceros ajenos al grupo, o bien cuando la entidad transmitente o adquirente dejen de formar parte del grupo, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo; b) La integración de las rentas negativas derivadas de la transmisión del EP queda igualmente diferida en los términos indicados en el apartado anterior. Por otro lado, hay que referirse a las reglas de minoración de la cuantía de las pérdidas o rentas negativas a integrar (diferidamente), a saber: a) El importe de las rentas negativas derivadas de la transmisión de un EP o cese de su actividad se minorará en el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad que hayan tenido derecho a la exención prevista en el artículo 22 o a la deducción por doble imposición prevista en el artículo 31 de la Ley, procedentes del

Como ya hemos indicado, la integración de la pérdida extranjera (o renta negativa) debería tener lugar cuando se verifique que se trata de una «pérdida final» (sin posibilidad real de aprovechamiento en el Estado en cuyo territorio se generó o tiene su origen), de suerte que el mero hecho de que la transmisión de tales activos se realice dentro del mismo grupo no puede construirse como una causa que lo excluya a partir de una presunción de abuso, dado que tal medida puede ser considerada como desproporcionada para lograr el objetivo de la prevención de montajes artificiosos en el sentido comunitario²⁴, existiendo ya mecanismos suficientes en nuestro ordenamiento para contrarrestar tales eventuales operaciones abusivas²⁵.

A este respecto, resulta destacable cómo esta doctrina establecida por el TJUE en el asunto *Nordea Bank* fue mantenida con anterioridad por el *Bundesfinanzhof* (BFH), en diversos pronunciamientos como sus sentencias de 5 de febrero 2014 (I R 48/11, IStR 2014 10, p. 377) y 23 de marzo de 2014 (I R 48/11), que consideró que tal solución resultaba de la jurisprudencia comunitaria precedente. Así, en la sentencia de 5 de febrero de 2014, el BFH abordó un caso donde una entidad alemana transmitió su EP situado en Bélgica a una entidad del mismo grupo localizada en la misma jurisdicción, invocando la deducción de las «pérdidas finales» generadas con motivo de tal transmisión (y la consolidación de las previamente deducidas)²⁶, a lo que se

EP; b) Las rentas negativas generadas en la transmisión a terceros de un EP se integrarán minoradas en el importe de las rentas positivas obtenidas en tal transmisión a terceros; tal minoración de las rentas positivas no se producirá si el contribuyente prueba que esas rentas han tributado efectivamente a un tipo de gravamen de, al menos, un 10%. La regulación del método de imputación pasa por la integración de la renta positiva, con deducción del impuesto extranjero comparable con el límite del gravamen nacional. La renta negativa ordinaria obtenida en el extranjero a través de EP no se integra en la base imponible, salvo en los casos de cese de la actividad del EP y de transmisión del mismo a terceros en los términos antes indicados. En el caso de rentas negativas derivadas de la transmisión de un EP, su importe se minorará en el importe de las rentas positivas netas obtenidas con anterioridad que hayan tenido derecho a la exención prevista en el artículo 22 de esta Ley o a la deducción por doble imposición, procedentes del mismo EP. Se incluye además un mecanismo que articula la no integración de renta positiva obtenida en el extranjero a través de un EP cuando hubieran obtenido en anteriores periodos impositivos rentas negativas que no se hayan integrado en la base imponible de la entidad española, hasta el importe de aquellas; tal mecanismo permite eliminar determinados casos de doble imposición.

²⁴ Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law», *BIT*, April/May 2012, págs. 268 y ss.

²⁵ En la misma línea ya indicamos en su día que: «el TJUE ha declarado, tanto respecto del régimen de *group relief* (jurisprudencia *ICI*), del de *group contributions* (jurisprudencia *X AB e Y AB*, y *Oy AA*), del de consolidación fiscal (jurisprudencia *Papillon*) o del de deducción por deterioro de la cartera (jurisprudencia *Rewe-Zentralfinanz* y *STEKO*) que las medidas que restringen la aplicación de estas ventajas fiscales respecto de situaciones transfronterizas (comunitarias) que no puedan justificarse consistentemente en las referidas causas de justificación (ya evitar de forma combinada la doble compensación de pérdidas, la evasión fiscal y mantener el equilibrio en el reparto del poder tributario, ya garantizar el equilibrio en el reparto de poder tributario) resultarán contrarias al Derecho comunitario» (CALDERÓN, «Reflexiones al hilo de la STJUE *X Holding BV* sobre el Régimen de Consolidación en el Impuesto sobre Sociedades, la Importación de pérdidas extranjeras y el Derecho de la UE», *op. cit.*, pág. 39).

²⁶ La normativa alemana contemplaba una cláusula de recaptura de pérdidas de EP en el extranjero previamente deducidas en la base imponible de la casa central alemana, que operaba, entre otros supuestos, en casos de transmisión del EP a efectos de implementar el principio de simetría, el cual queda excepcionado por la jurisprudencia comunitaria

opuso la Administración tributaria alemana argumentando que se trataba de un montaje artificial dirigido a compensar las pérdidas en el Estado de residencia; el *BFH* rechazó tal «presunción de abuso» al no haberse aportado pruebas de tal artificiosidad declarando que la transmisión intragrupo de un EP no impide que se trate de «pérdidas finales» que deben tomarse en consideración por el Estado de residencia de la entidad²⁷. El tribunal alemán, por tanto, salió al paso frente a los argumentos esgrimidos por las autoridades fiscales en el sentido de que las transmisiones intragrupo de los activos afectados a un EP pueden ser utilizados como mecanismo de generación (artificial) y transferencia de pérdidas al Estado de residencia del contribuyente (*loss trafficking*), considerando que, por un lado, el mero hecho de que se trate de una operación entre partes vinculadas (o intragrupo) no permite presumir el abuso, y, por otro, que la Admi-

sobre «pérdidas finales». El *Bundesfinanzhof*, en reiterada jurisprudencia, viene considerando que se producen tales «pérdidas finales» en los siguientes casos: a) Transmisión (vinculada o no) de un EP; y b) Transmisión (vinculada o no) de una filial. Las pérdidas extranjeras vienen determinadas por la normativa alemana y en tal sentido no se requiere un reconocimiento de acuerdo con la legislación extranjera. Y la cuestión sobre su carácter final se determina a partir de un análisis de hechos y circunstancias y no de un examen de si la normativa extranjera limita o excluye tal compensación, de manera que la clave es verificar que con arreglo a los hechos del caso la deducibilidad de las pérdidas no será posible de acuerdo con un curso normal de acontecimientos; el potencial uso en abstracto de las pérdidas no se considera suficiente para negar la caracterización de las pérdidas como finales, aunque existen mecanismos procedimentales para recapturarlas en el caso de que en el futuro se produzca una doble compensación lo cual resulta especialmente relevante a efectos de alinearse con la filosofía y principios del proyecto OCDE/G20 BEPS. Respecto de los casos de reestructuraciones, la aplicación de la doctrina de las pérdidas finales dependerá de si la normativa nacional excluye (o no) la compensación de las pérdidas en situaciones puramente nacionales, de manera que si ello ocurre no se generaría una restricción injustificada. En relación con esta jurisprudencia alemana, *vid.* PERDELWITZ, A.: «Recent Developments on the deductibility of Foreign Permanent Establishment Losses in Germany», *European Taxation*, January, 2010, págs. 31 y ss.; y KAHLBERG, Ch.: «Recognition of Final Losses of Permanent Establishments», *op. cit.*, pág. 415.

²⁷ Tal y como indicó el *Bundesfinanzhof*, la carga de la prueba de cara a aportar evidencias objetivas que constaten que se trata de pérdidas finales recae sobre el contribuyente. El *BFH* considera que tal requisito se cumple no solo cuando se demuestra la imposibilidad teórica (o legal) de la compensación, sino también cuando existiendo posibilidad teórica de compensación teórica se aportan datos indicativos de que las circunstancias que permitirían tal compensación futura (como una nueva actividad empresarial en el territorio de situación del EP) no constituyen más que un ejercicio especulativo y teórico carente de base en lo concerniente a las posibilidades reales de que tales circunstancias se puedan producir en el futuro. Entiende el referido tribunal alemán que, conforme a la jurisprudencia comunitaria en los casos *Lindl Belgium*, *A Oy*, y *Krakenheim*, la mera posibilidad en abstracto de que puedan utilizarse las pérdidas en el futuro en el Estado de la fuente no es suficiente para rebatir las pruebas aportadas por el contribuyente sobre el carácter final de las pérdidas en las que ha incurrido, incluso en un caso como el resuelto a través de la sentencia de 5 de febrero de 2014, donde las pérdidas del EP derivaban de una transmisión de sus activos a una entidad vinculada situada en el mismo país que el EP (*vid.* KAHLBERG, Ch.: «Recognition of Final Losses of Permanent Establishments», *op. cit.*, pág. 415). El Tribunal Supremo Administrativo de Polonia, por su parte, ha declarado en dos sentencias que a pesar de que la legislación interna no contempla la deducción de las pérdidas obtenidas en el extranjero a través de un EP, la jurisprudencia comunitaria que establece la deducción de las pérdidas finales obliga a tener en cuenta tales pérdidas que se ponen de manifiesto como pérdidas finales en el momento de la liquidación del EP situado en otro Estado miembro, dado que no resulta posible su compensación en tal Estado (Sentencia de 15 de octubre de 2014, caso N.º II FSK 2401/12, y caso N.º Act II FSK 929/11; comentadas por VAN DOOM-OLEJNICKA: «Foreign Losses may be utilized in Poland-decision of Supreme Administrative Court in Warsaw», *TNS-IBFD*, 23 october 2014).

nistración posee mecanismos (Sección 42 AO/Ordenanza tributaria) que le permiten prevenir o contrarrestar montajes puramente abusivos.

Por lo que se refiere a la reducción de la integración de las rentas negativas generadas en la transmisión de un EP cuando en periodos anteriores hubieran existido rentas positivas netas que no se hayan integrado en la base imponible de la entidad (arts. 22.2 y 32.5 TRLIS ex Ley 16/2013), en principio, entendemos que suscita menos evidentes problemas de compatibilidad con la jurisprudencia *Marks & Spencer*, y *Lidl Belgium*²⁸.

²⁸ Nótese que esta jurisprudencia ha sido matizada por pronunciamientos posteriores. En particular, la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, *K*, C-322/11 (NFJ052519) –que parece seguir la línea de razonamiento del caso *Krakenheim*– podría haber limitado los efectos de la doctrina *Marks & Spencer* (la importación de la pérdida final extranjera) en determinados casos donde la legislación del Estado de la fuente no permite en ningún caso tomar en consideración las pérdidas sobre la transmisión de inmuebles; en el asunto *K* debe señalarse, no obstante, que el Tribunal de Justicia hace pivotar la causa de justificación de la «coherencia fiscal» sobre la tributación establecida en el convenio de doble imposición sobre las ganancias derivadas de la transmisión de inmuebles, entendiéndose (erróneamente) que la tributación exclusiva en la fuente y la exención en la residencia constituían un régimen coherente y cerrado que excluía la compensación de pérdidas en la residencia (lógica simétrica), de manera que tal Estado (residencia) no puede gravar ni tener en cuenta de otro modo los beneficios o pérdidas procedentes de la transmisión de inmuebles situados en el otro Estado por la aplicación conjunta del convenio de doble imposición y la legislación fiscal del Estado de residencia. Cabe observar en la misma línea cómo en el caso *Krakenheim* el TJUE –cuya doctrina fue tomada muy en cuenta en el asunto *K*, existiendo claros paralelismos entre los dos pronunciamientos– también se apartó en cierta medida de la jurisprudencia principal sobre «pérdidas finales» (*Marks & Spencer*, y *Lidl Belgium*) cuando consideró compatible con el derecho de establecimiento la cláusula alemana de recaptura de beneficios extranjeros en un caso donde la legislación del Estado de ubicación del EP (Austria) que generó inicialmente las pérdidas (temporales) no permitía la compensación de las mismas con beneficios futuros del EP, de manera que tales pérdidas no se compensan en ningún Estado; la matización de la jurisprudencia *Marks & Spencer* y *Lidl Belgium* por *Krakenheim* (y que el caso *K* extiende a nuevos supuestos) se ha tratado de explicar de muy diversas maneras, pero en particular se ha apuntado que la posible reconciliación entre las mismas podría responder a la circunstancia de que en los dos primeros casos el TJUE falló a favor del contribuyente oponiéndose a una discriminación fiscal provocada por el Estado de residencia, en tanto que en *Krakenheim* tal Estado (residencia) no estableció ninguna discriminación sino que la doble imposición derivaba de la interacción de ordenamientos y a la eventual discriminación del Estado de la fuente al no conceder al EP la posibilidad de compensar sus bases imponibles negativas con beneficios futuros (HASLEHNER, W.: «Cross-border Loss Relief for Permanent Establishments under EC Law», *BIT*, November 2009, sección 6). Curiosamente, el *Bundesfinanzhof* ha tenido en cuenta esta sentencia del TJUE en el caso *K* para extender la doctrina de las «pérdidas finales» a casos donde las pérdidas del EP no pueden tenerse en cuenta (*rectius*, compensarse con beneficios pretéritos o futuros) por parte del contribuyente porque la legislación del Estado donde está situado no lo permite, o porque tal deducción no resulta posible en la práctica (sentencia del *BFH* de 5 de febrero de 2014, I R 48/11, *vid.*: KAHLBERG, Ch.: «Recognition of Final Losses of Permanent Establishments», *op. cit.*, págs. 414 y ss.). Sin embargo, en otros casos, el *BFH* ha adoptado una posición más estricta llegando a negar la deducibilidad en Alemania de los gastos preparatorios de un EP en el extranjero por parte de una *partnership* alemana, integrada por varios miembros alguno de los cuales abandonó el proyecto antes de llegar a constituir el EP (sentencia del *BFH* de 26 de febrero de 2014 I R 56/12). Existen, no obstante, pronunciamientos de otros tribunales (como las sentencias del *Finanzgericht* de Colonia, de 13 marzo de 2013, K 2067/12, y del *Finanzgericht* de Bremen, de 14 de junio de 2012, I K 122/10 6) que han calificado los gastos operativos para la puesta en marcha de un EP fallido como «pérdidas finales» (*vid.* CLOER, A.; CONRAD, A. y VOGEL, N.: «Operating Expenses in the Event of a Failed Start of a Permanent Establishment with Real Estate in the EU», *European Taxation*, May, 2014, pág. 210).

La sentencia *Nordea Bank*, por tanto, constituye un nuevo pronunciamiento del TJUE que pone de manifiesto los límites comunitarios a los que se enfrentan los legisladores nacionales de los Estados miembros a la hora de configurar su sistema tributario. Tales límites comunitarios no solo resultan del Derecho Comunitario Derivado (las Directivas Fiscales de armonización), sino también del Derecho Originario en la interpretación cada vez más expansiva y perfilada que resulta de la jurisprudencia del TJUE en materia de imposición directa. Es cierto que el margen de maniobra del que disponen los legisladores nacionales resulta todavía muy amplio, en el estado actual de evolución del Derecho de la Unión Europea, de manera que las distintas opciones de configuración del sistema fiscal y de los diferentes modelos de impuestos siguen constituyendo un contenido esencial de la política fiscal y económica de los Estados miembros, aunque esta resulta constreñida por múltiples factores (v. gr., desde consideraciones presupuestarias y legales, de competitividad y coordinación internacional, hasta elementos culturales *lato sensu*) que limitan de forma relevante el poder tributario de los Estados (la antigua «soberanía fiscal») ²⁹. Ahora bien, como pone de relieve este caso y otras sentencias guía del TJUE, las distintas opciones de política fiscal que pueden adoptarse a nivel nacional en la configuración de los distintos impuestos deben tener en cuenta el factor comunitario, a efectos de lograr la correspondiente compatibilidad comunitaria de las mismas. A este respecto, cada opción de política fiscal posee su «implicación» o «dimensión comunitaria», la cual debe ser tomada en consideración tanto en lo que se refiere a la adecuada configuración técnica de la medida de que se trate, como en lo que atañe al impacto presupuestario y de política económica que derivan de la misma.

En este sentido, si bien es cierto que en los últimos tiempos el TJUE viene mostrando una mayor sensibilidad por las medidas nacionales que protegen el interés fiscal de los Estados miembros, en lo que concierne a salvaguardar el derecho de gravamen sobre la renta generada en su territorio, reconociendo la protección que merecen las causas de justificación basadas en la coherencia fiscal, el equilibrio en el reparto del poder tributario, el control fiscal y la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, no puede perderse de vista que tales medidas nacionales son consideradas compatibles con el Derecho de la Unión Europea, siempre y cuando cumplan con una serie de condicionantes, a saber: debe tratarse de medidas técnicamente consistentes (no generando restricciones o discriminaciones arbitrarias o carentes de suficiente fundamento técnico), proporcionales a sus objetivos específicos (exigiéndose cada vez con mayor intensidad la proporcionalidad en las medidas de exigencia y pago del impuesto) ³⁰ y configuradas de forma adecuada desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica ³¹.

²⁹ Véase, en este sentido, el reciente trabajo de SANZ GADEA donde plantea las distintas opciones de política fiscal que podrían adoptarse en relación con el futuro de la imposición societaria: SANZ GADEA, E.: «El Futuro del Impuesto sobre Sociedades», en *Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 225 y ss.

³⁰ Véase, por ejemplo, la jurisprudencia en materia de «impuestos de salida»: *National Grid Indus* C-371/10 (NFJ045002), *Comisión/Países Bajos* C-301/11, *Comisión/Portugal* C-38/70, *Comisión/España* C-64/11 (NFJ050566), *Comisión/Dinamarca* C-261/11, y también *DMC* C-164/12 (NFJ053175).

³¹ Véase la sentencia del TJUE, de 5 de julio de 2012, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT)/État belge*, C-318/10 (NFJ047556), comentada por el autor [«La seguridad jurídica como límite comunitario a la ar-

Ciertamente, no puede dejar de reconocerse que el factor comunitario puede contribuir, en cierta medida y determinados casos, a dotar de mayor consistencia al sistema tributario, si bien tal labor, a nuestro juicio, debería realizarse fundamentalmente considerando los principios clásicos y constitucionales de la imposición (principios de capacidad económica, legalidad tributaria y seguridad jurídica) que deberían recuperar su papel central para lograr una imposición más justa en términos de legitimidad e integridad del ordenamiento tributario³². A este respecto y refiriéndonos en particular al tema abordado en este comentario de sentencia, cabría indicar que el tratamiento de las pérdidas derivadas de actividades transfronterizas constituye un caso ilustrativo donde a nivel nacional e internacional se han producido movimientos normativos de orientación esencialmente recaudatoria, existiendo opciones de política fiscal y económica más alineadas con el principio de capacidad económica³³ y que pueden contribuir igualmente a dotar de mayor competitividad internacional al Impuesto sobre Sociedades³⁴.

ticulación de cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal», RCyT. CEF, núm. 356 (noviembre 2012), págs. 81 y ss.]. Véase igualmente la sentencia del TJUE en el caso *Alands Vindkraft*, C-573/12, EU:C:2014:2037, y la jurisprudencia aquí citada.

- ³² Véase en esta misma línea la acertada crítica al actual sistema de fiscalidad internacional de ESSERS, P.: «International Tax Justice between Machiavelli and Habermas», *BIT*, February, 2014, págs. 54 y ss.
- ³³ Vid. LÜDICKE, J. *et alter*, «Cross-Border Loss Utilization», *op. cit.*, págs. 381 y ss. Algunos autores y la propia Confederación fiscal europea postulan una solución, que supera la doctrina de las «pérdidas finales», consistente en permitir la deducción en el Estado de residencia del contribuyente de la pérdida generada en el extranjero en el curso de la realización de actividades por parte de un EP, sujeta a recaptura cuando se obtuvieran beneficios en ejercicios posteriores y con independencia de si el Estado de la fuente permite la compensación de tales pérdidas (*vid.*: HASLEHNER, W.: «Cross-border Loss Relief for Permanent Establishments under EC Law», *op. cit.*, sección 7; y CFE, «Opinion Statement of the CFE ECJ Taskforce on Losses compensation within the EU for Individuals and Companies carrying out their activities through Permanent establishments», *European Taxation*, n.º 10, 2009, págs. 487 y ss.). La Abogado General J. Kokott en sus conclusiones en el asunto C-172/13, de 23 de octubre de 2014, también consideró que «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*» (para. 49).
- ³⁴ Puede citarse a este respecto, el caso de Austria cuya normativa del Impuesto sobre Sociedades permite la integración de las pérdidas de filiales extranjeras en el grupo fiscal, sujeto a un mecanismo de recaptura. En la misma línea se mueve la propuesta de reforma III del Impuesto sobre Sociedades presentada por el Consejo Federal de Suiza el 22 de septiembre de 2014 (Federal Department of Finance, *Federal Council launches consultation on third series of corporate tax reforms*, www.efd.admin.ch).