

PAPILLON O RETORNO A MARKS & SPENCER

(Comentario a la Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2008,
asunto C-418/07) *

STELLA RAVENTÓS CALVO

Abogada

Socia de Balaguer-Morera & Asociados

Extracto:

EN la sentencia Papillon (C-418/07) el TJCE dictamina que la norma francesa sobre consolidación, que no permite que una sociedad francesa incluya en su grupo a las filiales residentes en Francia de las que es titular a través de una sociedad residente en Países Bajos, es incompatible con el artículo 43 del Tratado CE. En la sentencia se modifican los requisitos y el ámbito del principio de coherencia del sistema fiscal.

Palabras clave: TJCE, pérdidas, filiales, consolidación, coherencia del sistema fiscal y principio de proporcionalidad.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 310, enero 2009 o en *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ030334).

Sumario

1. Los hechos y la cuestión prejudicial.
2. Restricción a la libertad de establecimiento.
3. «Resucita» la coherencia del sistema fiscal.
4. Pero siempre nos queda la proporcionalidad.
5. Conclusiones.

El 27 de noviembre de 2008 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dado a conocer la sentencia en el caso C-418/07, *Société Papillon v. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*. Se trata de una sentencia que, si bien coherente en principio con la que resolvió la célebre *Marks & Spencer*¹, entraña diferencias importantes con esta última y, a la postre, recorta un poquito más el margen de maniobra de los Estados miembros. Veamos por qué.

1. LOS HECHOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La demandante, *Société Papillon* (en adelante, simplemente *Papillon*) es una sociedad residente en Francia que tiene, por un lado, unas filiales igualmente residentes en Francia y, por otro, una filial en Países Bajos, *APC, BV*, que posee, a su vez, el 99,99% de una sociedad francesa, *Kiron*, que es, a su vez, titular de otras sociedades francesas. Así, *Papillon* es la titular al 99,99% de *Kiron*, aunque indirectamente a través de la sociedad holandesa *APC, BV*.

A partir del 1 de enero de 1989, *Papillon* optó por el régimen francés de consolidación fiscal, establecido en el artículo 223 del *Code Général des Impôts*, incluyendo en el grupo a la sociedad *Kiron*. Obsérvese, y esto es fundamental para entender el caso, que no incluyó en el grupo a *APC, BV*, la sociedad holandesa intermedia, sino a la filial francesa de esta última, *Kiron* y a las filiales de esta última. Es decir, no se pretendía, al contrario de lo que ocurría en *Marks & Spencer*, la inclusión en el grupo consolidado francés de una sociedad no residente en Francia.

La Administración francesa se opuso a la incorporación de *Kiron* al grupo consolidado, sobre la base de que no podía darse «un grupo consolidado del que fueran parte sociedades dominadas indirectamente a través de una sociedad residente en los Países Bajos, la cual no estaba sujeta al impuesto de sociedades en Francia, y por ello no podía incluirse en el régimen de "consolidación fiscal"»².

Hay que decir que la ley francesa impone a las sociedades que pretendan integrarse como dependientes en un grupo consolidado los siguientes requisitos: (1) que la titularidad de la matriz en las filiales dependientes, directa o indirecta, sea, como mínimo, del 95% y se mantenga de forma continuada durante el ejercicio, (2) que las filiales dependientes hayan aceptado el régimen y (3) que los resultados de las filiales dependientes estén sujetos al impuesto sobre sociedades francés. No existe, como puede verse, exclusión específica de la titularidad indirecta a través de una sociedad no residente.

¹ C-446/03.

² Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 4 de septiembre de 2008 (párrafo 11).

Volviendo a Papillon, como se ha dicho, esta no pretendía incluir en el grupo consolidado a una sociedad no sujeta al impuesto de sociedades francés, puesto que, al ser residente en Francia, Kirov lo estaba plenamente. El caso llegó, tras varios años de discusión, hasta el *Conseil d'État*, quien planteó al TJCE la correspondiente cuestión prejudicial en los siguientes términos:

- «1. En la medida en que la ventaja fiscal resultante del régimen de "consolidación fiscal" produce sus efectos en la imposición de la sociedad matriz del grupo, que puede compensar los beneficios y las pérdidas realizados por el conjunto de las sociedades del grupo consolidado y disfrutar de la neutralización fiscal de las operaciones internas de ese grupo, la imposibilidad derivada del régimen definido por los artículos 223 A y siguientes del *Code général des impôts*, de incluir en la composición de un grupo fiscal consolidado a una subfilial de la sociedad matriz, cuando dicha subfilial está dominada a través de otra filial que, al estar establecida en otro Estado miembro de la Comunidad Europea y no ejercitar actividades en Francia, no está sujeta al impuesto francés de sociedades y no puede, por tanto, pertenecer ella misma al grupo, ¿constituye una restricción a la libertad de establecimiento debido a las consecuencias fiscales que tiene el hecho de que la sociedad matriz opte por dominar a una subfilial a través de una filial francesa, o en lugar de ello a través de una filial establecida en otro Estado miembro?
2. En caso de respuesta afirmativa: ¿puede esa restricción estar justificada, bien sea por la necesidad de mantener la coherencia del sistema de "consolidación fiscal", en especial los mecanismos de neutralización fiscal de las operaciones internas del grupo, habida cuenta de las consecuencias que tendría un sistema consistente en considerar a la filial establecida en otro Estado miembro como perteneciente al grupo únicamente a los efectos de la circunstancia de dominación indirecta de la subfilial, pero quedando la primera filial citada excluida necesariamente de la aplicación del régimen de grupo por no estar sujeta al impuesto francés, bien sea por cualquier otra razón imperiosa de interés general?».

El 27 de noviembre el Tribunal emitió su fallo, que hacía suyas, solo hasta un cierto punto, las conclusiones de la Abogada General.

2. RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

No cabe duda de que, al versar sobre un grupo de sociedades, la cuestión debe examinarse a la luz del principio de libertad de establecimiento, y no a la del de movimiento de capitales, puesto que la frontera entre ambos principios la marca la existencia del control, o influencia real, sobre la inversión.

A partir de esa certeza, el Tribunal sigue el *iter* usual de sus análisis, es decir, analiza primero si existe efectivamente una restricción (aplicando la comparabilidad entre las situaciones); si, en caso de que esta restricción exista, puede estar justificada (recurriendo a las justificaciones habituales); y si, en caso de estar justificada, es proporcional porque no va más allá de lo estrictamente necesario.

Para establecer la posible restricción o diferente tratamiento, el TJCE compara (1) la situación de una sociedad matriz que tenga su domicilio en Francia y que controle a sus subfiliales francesas mediante una filial establecida en otro Estado miembro con (2) la de una sociedad matriz, igualmente residente en Francia, que controla a sus subfiliales a través de una filial también establecida en Francia. La última puede beneficiarse de la consolidación fiscal (una ventaja, según el Tribunal, ya que entraña una moderación de la presión fiscal), mientras que la primera no. La diferencia de trato por tanto es obvia. Y esa diferencia de trato es consecuencia de que, en el primer caso, la filial se encuentra en un Estado miembro distinto de Francia. No acepta el Tribunal, y es tajante, el argumento del gobierno francés, según el cual este hecho hace que las situaciones no sean comparables: «En efecto, admitir que un Estado miembro pueda libremente aplicar un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se encuentre en otro Estado miembro dejaría sin contenido las normas relativas a la libertad de establecimiento (...) Para determinar la existencia de una discriminación, debe examinarse la comparabilidad de una situación comunitaria con una situación puramente interna»³. Y puesto que la norma francesa va en detrimento de las situaciones comunitarias en comparación con las situaciones puramente internas, no cabe sino concluir que existe una restricción prohibida, en principio, por el Tratado.

3. «RESUCITA» LA COHERENCIA DEL SISTEMA FISCAL

Establecida la restricción constituida por la norma francesa, es menester analizar si, no obstante, dicha norma puede estar justificada por razones imperiosas de interés general.

El Tribunal rechaza la, últimamente tan invocada, necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, que alegan los gobiernos alemán y holandés, y que se convirtió en la salvación de la normativa nacional en *Marks & Spencer* y *Oy AA*⁴. El TJCE recuerda que, en esos casos, lo que se discutía era la toma en consideración de pérdidas sufridas en un Estado miembro distinto del de la sociedad cabecera del grupo, mientras que en *Papillon* se pretende consolidar solo las pérdidas de las sociedades residentes en Francia.

Y es en este punto donde aparece una justificación que muchos (lo reconoce la propia Abogada General) creían que casi dormía ya el sueño de los justos: la coherencia del sistema fiscal. Recordemos que esta justificación se alegó, y fue aceptada, por primera vez, en las sentencias *Comisión contra Bélgica*⁵ y *Bachmann*⁶ (ambas de 28 de enero de 1992), y luego fue consisten-

³ Párrafos 26 y 27 de la sentencia.

⁴ C-231/05. Párrafos 55 y 60.

⁵ C-300/90. Bélgica supeditaba la deducibilidad de las primas de seguro complementario de vejez o de fallecimiento al requisito de que las primas se pagasen a empresas establecidas en Bélgica o al establecimiento belga de las empresas de seguros extranjeras. La pérdida de ingresos derivada de la deducción de las primas de seguro de vida de los rendimientos totales imponibles se compensaba con la imposición de las pensiones, rentas o capitales pagados posteriormente por los aseguradores.

⁶ C-204/90. En el caso *Bachmann* se discutía la deducibilidad, en el Estado miembro donde un nacional de Alemania, el Sr. Bachmann, percibía los rendimientos del trabajo (Bélgica), de primas de un seguro de vida contratado en otro Estado miembro (Alemania) donde había residido hasta que se trasladó a Bélgica. La sentencia BACHMANN y la justificación de la coherencia del sistema fiscal fueron objeto de grandes discusiones en su momento.

temente desestimada en los numerosos casos en los que se alegó. Es cierto, sin embargo, que en una sentencia muy reciente, *Krankenheim*⁷ tuvo una primera resurrección. En dicha sentencia, efectivamente, el Tribunal concluyó que la reintegración, en sede de una sociedad alemana, de las pérdidas sufridas por su establecimiento permanente en Austria, cuando este último entró posteriormente en beneficios, constituye una restricción, prohibida en principio por el Tratado, pero que dicha restricción «está justificada por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal alemán»⁸. Es difícil saber el origen y las razones de esta resurrección en *Krankenheim*, porque el Tribunal decidió sentenciar sin conclusiones del Abogado General, y el informe sobre la vista es extremadamente breve al respecto. El gobierno alemán se limitó a invocarla (de hecho, la viene invocando en casi todos los casos) y el Tribunal la aceptó. El caso de Papillon es curioso, porque quien alega esta posible justificación no es ninguno de los Estados que presentan observaciones, sino el propio tribunal de remisión (el *Conseil d'Etat*). Y esa coherencia del sistema la describe el *Conseil d'Etat* como «los mecanismos de neutralización fiscal de las operaciones internas del grupo». La interposición de una sociedad no residente en ese grupo impide que se neutralicen las operaciones y «supone el riesgo de que, por ejemplo, se tengan en cuenta más de una vez las pérdidas al calcular el resultado del grupo»⁹.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal al respecto se consolidó en numerosísimos casos entre 1992 y 2007 en el sentido de que, para que una norma nacional, no obstante constituir una restricción prohibida en principio por el Tratado, pueda sin embargo considerarse justificada por la necesidad de mantener la coherencia del sistema fiscal, debe darse un requisito, a saber, que exista una relación directa (un vínculo) entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante una determinada carga tributaria¹⁰. En otros casos, se requirió un requisito adicional, el de la identidad, y no solo en la persona (es decir, que tanto la ventaja como la compensación se den en el mismo contribuyente¹¹) sino en el impuesto de que se trate¹². Menciona la Sra. Kokott

⁷ *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH* (C-157/07), sentencia del 23 de octubre de 2008, párrafo 43. En otros párrafos de la sentencia Papillon –y de las conclusiones– se citan otros casos tales como *Manninen* (C-319/02), sentencia del 7 de septiembre de 2004 (en ese caso la cuestión se centraba en los dividendos distribuidos por una sociedad de un Estado miembro y percibidos por una persona física residente de otro Estado miembro donde los dividendos procedentes de fuente interna se integraban en el impuesto sobre la renta a fin de evitar la doble imposición, mientras que la integración no se preveía para los de fuente extranjera) y *Keller Holding* (C-471/06) sentencia del 23 de febrero de 2006. Esa referencia puede inducir a error, porque si bien en esos casos el Tribunal precisó los requisitos necesarios para poder apreciar la necesidad de conservar la coherencia del sistema fiscal, sin embargo en ninguna de esas dos sentencias se admitió la justificación.

⁸ *Krankenheim*, párrafo 43.

⁹ Párrafo 49 de las Conclusiones de la Abogada General.

¹⁰ La existencia del vínculo se exigió, entre otros, en *Danner* (C136/00) párrafo 36, *Bosal Holding* (C-168/01) p. 36, *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00) p. 20 y *Skandia* (C-422/01) p. 33.

¹¹ Véase *Metallgesellschaft* (C-397/98) p. 70, *Wielockx* (C-80/94) p. 24, *X and Y* (C-436/06) p. 53. Muy claro queda en *Bosal Holding*, p. 29: «En lo que atañe a la alegación relativa a la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, el Tribunal de Justicia recordó, en su sentencia de 6 de junio de 2000, *Verkooijen* (C-35/98), apartado 57, que, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Bachmann* y *Comisión/Bélgica*, antes citadas, existía un vínculo directo, por tratarse de un mismo y único contribuyente, entre la concesión de un beneficio fiscal y la compensación de dicho beneficio mediante un gravamen fiscal, efectuadas ambas en el contexto de un mismo impuesto».

¹² Véase nota a pie de página anterior. Además, de ciertos párrafos de algunas sentencias parece desprenderse que no es compensable el impuesto de renta sobre las personas físicas con el de las sociedades, con el del patrimonio o con los pagos a la Seguridad Social. Véase *Asscher* (C-107/94) p. 61, *Baars* (C-251/98) p. 40 o *Verkooijen* (C-35/98) p. 58.

que el requisito de la identidad parece haber desaparecido a partir de la sentencia *Manninen*¹³ (aunque por «identidad», la Abogada General se refiere tan solo a la de la persona, como si la del impuesto no se hubiera requerido). No es exactamente así: en una sentencia posterior, *Fournier*¹⁴, de 10 de marzo de 2005, en el párrafo 20, se sigue exigiendo: «A este respecto, es cierto que, en las sentencias *Bachmann* (...) y Comisión /Bélgica (...) el Tribunal de Justicia admitió que la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario puede justificar una restricción del ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado ulteriormente que, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias citadas, existía un vínculo directo entre la posibilidad del sujeto pasivo¹⁵ del impuesto sobre la renta de deducir las primas del seguro de los ingresos imposables y la imposición posterior de las cantidades debidas por los aseguradores en virtud de los contratos (...)). Sí que es cierto que ya no se observa en *Meilicke*¹⁶.

De cualquier modo, el TJCE parece dar la razón a la Abogada General, pues ni siquiera menciona esa necesidad de la identidad en la sentencia, limitándose a examinar si existe la relación directa entre la ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, «debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida¹⁷».

La ventaja, en Papillon, consiste en el cómputo inmediato de las pérdidas de algunas de las sociedades miembros del grupo que la consolidación permite. O, en palabras de la Abogada General «la ventaja reside en la consolidación de los resultados de los miembros del grupo: todas las pérdidas y ganancias de las diferentes sociedades se suman en el plano de la sociedad matriz y, constituyen, tras esa consolidación, la base imponible»¹⁸.

Por su parte, la contrapartida o compensación de esa ventaja consiste en asegurar que unas mismas pérdidas no puedan ser deducidas varias veces dentro del grupo, motivo por el que el régimen francés prevé que se neutralicen determinadas operaciones. El gobierno francés y, con él, la Abogada General y el Tribunal, se centra en la neutralización de las pérdidas. El ejemplo que se ofrece es el siguiente: «En efecto, en caso de pérdidas incurridas por la subfilial, la filial procederá normalmente a dotar las provisiones necesarias para reflejar la depreciación de su participación en dicha subfilial, por lo que la sociedad matriz deberá dotar las provisiones necesarias para reflejar la depreciación de su participación en su filial. En relación con una única y misma pérdida que se haya originado en la subfilial, en el supuesto de que todas las sociedades mencionadas estén acogidas al régimen de consolidación fiscal, mediante el mecanismo de la neutralización se prescinde de las provisiones por depreciación en lo tocante a la filial y a la sociedad matriz. No obstante, en el supuesto de que la filial fuera una sociedad no residente, se daría un doble cómputo de las pérdidas sufridas por la subfilial, una primera vez en forma de pérdidas directas de esta y nue-

¹³ La sentencia *Manninen* es de 7 de septiembre de 2004.

¹⁴ C-39/04.

¹⁵ El subrayado es nuestro.

¹⁶ C-292/04, sentencia de 6 de marzo de 2007, p. 26 y en *Heinrich Bauer Verlag* (C-360/06), sentencia de 2 de octubre de 2008, párrafo 37.

¹⁷ Párrafo 44.

¹⁸ Párrafo 54 de las Conclusiones.

vamente en forma de una provisión constituida por la sociedad matriz por depreciación de su participación en dicha filial, ya que no se neutralizarían las operaciones internas, dado que el régimen de consolidación fiscal no es aplicable a la filial no residente. En tal supuesto, debe señalarse que las sociedades residentes gozarían de las ventajas del régimen de consolidación fiscal, en cuanto a consolidación de los resultados y a cómputo inmediato de las pérdidas de todas las sociedades incluidas en ese régimen, sin que las pérdidas de la subfilial y las provisiones de la sociedad pudieran ser objeto de neutralización. En consecuencia, se aniquilaría de este modo la relación directa existente, en el régimen de consolidación fiscal, entre las ventajas fiscales y la neutralización de las operaciones internas del grupo, lo cual afectaría a la coherencia de dicho régimen»¹⁹.

Realmente es un poco difícil asimilar la neutralización de las pérdidas con la compensación de una ventaja, en el sentido tradicional que ello había tenido en la jurisprudencia del Tribunal; y de ello es perfectamente consciente la Sra. Kokott que se esfuerza en dar una explicación plausible: «En los asuntos resueltos hasta ahora, en los que se consideró que la coherencia del régimen tributario era el motivo de justificación decisivo, se trataba, en este sentido, de la desventaja de un ajuste compensatorio, es decir, de una tributación. En el supuesto presente, por el contrario, la desventaja reside en la neutralización de determinadas operaciones dentro del grupo. No se puede considerar que esta constituya, en sentido estricto, una carga tributaria, pues las disposiciones de neutralización no suponen ninguna recaudación fiscal. No obstante, se puede ver en ellas una desventaja fiscal, pues no se tienen en cuenta determinadas medidas, como la depreciación de participaciones, al contrario de lo que ocurría al calcular de modo autónomo el impuesto de una sola sociedad. Entre las disposiciones de neutralización y la consolidación fiscal existe también una relación directa, pues solo se otorgará una consolidación de los resultados de las sociedades del grupo si al mismo tiempo queda asegurado que el objetivo perseguido no se falseará al tener en cuenta varias veces determinadas pérdidas»²⁰. Se entienden los esfuerzos de la Abogada General. Porque la neutralización de las pérdidas no es en puridad una ventaja fiscal sino un mecanismo inherente a la consolidación. En este sentido es, evidentemente, coherente que la consolidación comporte la neutralización de las operaciones intragrupo: las pérdidas son una operación intragrupo más y es lógico que se neutralicen, pero no solo para que dichas pérdidas no se utilicen dos o más veces. Se eliminan precisamente por tratarse de una operación intragrupo.

Pero aunque la coherencia sea fácilmente apreciable, de lo que no cabe duda es de que, en esta sentencia, la coherencia del sistema fiscal, al abandonar definitivamente uno de los requisitos tradicionales (la identidad en el contribuyente), da un giro radical a otra de las conclusiones a que se había llegado en casos como *Bosal Holding*²¹ y *Keller Holding*²², a saber, que el principio de coherencia

¹⁹ Párrafos 47, 48, 49 y 50 de la sentencia.

²⁰ Párrafo 59.

²¹ C-168/01. Párrafo 36: «Por lo demás, es posible interrogarse sobre la coherencia de un sistema fiscal basado en la existencia de una relación entre los gastos de participación y la existencia de beneficios imposables en los Países Bajos en el seno de un mismo grupo de sociedades, cuando las filiales de sociedades matrices establecidas en otros Estados miembros no pueden deducir de sus beneficios imposables en los Países Bajos los gastos de participación de estas sociedades matrices». El Tribunal no aceptó la justificación.

²² «La normativa controvertida en el litigio principal no establece relación alguna entre la deductibilidad de los gastos de financiación relacionados con las participaciones de la sociedad matriz y los beneficios imposables a cargo de la filial

fiscal no es predicable respecto de los grupos de sociedades (porque un grupo lo forman diferentes sociedades). Quien esto suscribe ha mantenido que en *Marks & Spencer* el Tribunal de Justicia aceptó una justificación de nuevo cuño, la del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, precisamente porque no podía aplicar el de coherencia del sistema fiscal debido a los estrictos requisitos que él mismo había impuesto²³. La salida se la había dado el Abogado General de aquel caso, Poiaras Maduro, siguiendo la sugerencia de la Abogado General en *Manninen* que, curiosamente, era Kokott, la misma que en Papillon. Por ello, la cuestión que se plantea es cuál hubiera sido el resultado si el Tribunal, al decidir en *Marks & Spencer*, hubiera, como ha hecho en Papillon, prescindido de los límites que él mismo se había impuesto con respecto del principio de coherencia del sistema fiscal. Quizá el resultado práctico no hubiera diferido demasiado, porque, a la postre, tanto en *Marks & Spencer* como en Papillon se recurre, como veremos, al principio de proporcionalidad, pero, desde luego, otros casos que ha habido entre los dos pronunciamientos hubieran debido enfocarse diversamente, al no haber hecho acto de presencia el ya famoso reparto de la potestad tributaria. Y, quién sabe si, en este momento, la sentencia *Marks & Spencer* hubiera sido menos condescendiente con los Estados miembros.

4. PERO SIEMPRE NOS QUEDA LA PROPORCIONALIDAD

Del análisis anterior, el TJCE concluye que, puesto que, efectivamente, se da una relación directa entre la ventaja y la compensación, puede aplicarse la justificación de la necesidad de salvaguardar la coherencia del sistema tributario. Consecuentemente, las normas sometidas a examen pueden garantizar la coherencia del sistema fiscal francés.

Pero, acto seguido, el Tribunal entra en el examen de la proporcionalidad de la norma con el fin perseguido o, dicho de otra manera, de si la normativa nacional no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la coherencia del sistema fiscal. El TJCE rechaza las dificultades prácticas que alega el gobierno francés para comprobar que no ha existido doble imputación de pérdidas cuando entre la matriz y las subfiliales se interpone una filial no residente. Y lo rechaza por dos razones: la primera porque, como el propio TJCE ha manifestado repetidamente, «las dificultades prácticas no pueden justificar por sí solas ninguna restricción a una libertad garantizada por el Tratado»²⁴. La segunda, porque los Estados miembros tienen a su disposición una serie de instrumentos para obtener la información necesaria, ya sea solicitándola de la propia sociedad matriz (como requisito para poder aplicar la consolidación), o de las autoridades de los otros Estados. Este intercambio de información resulta ahora todavía más fácil por cuanto se están aplicando medidas comunitarias de armonización en materia de contabilidad de sociedades «por lo que existe la posibilidad de presentar datos fiables y que puedan comprobarse en relación con una sociedad establecida en otro Estado

indirecta. Por otro lado, los beneficios obtenidos por dicha filial indirecta y que le han permitido distribuir dividendos están sometidos al impuesto sobre sociedades en Austria, del mismo modo en que están gravados en Alemania los beneficios de una filial indirecta cuyo domicilio social radique en este Estado miembro, resultando indiferente a este respecto el lugar de establecimiento de la sociedad matriz». (p. 43).

²³ «La sentencia *Marks & Spencer*: una ocasión perdida» en *Quincena Fiscal* Aranzadi 6/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona.

²⁴ Párrafo 54.

miembro»²⁵. Puesto que, con la normativa cuestionada en la mano, a las sociedades francesas no se les permite probar la inexistencia de una doble imputación de pérdidas, hay que concluir que la norma francesa va más allá de lo necesario para garantizar la coherencia del régimen fiscal.

Y llegados a este punto hay que congratularse de la decisión del Tribunal. En sus conclusiones, la Abogada General proponía que se dejara en manos del órgano jurisdiccional remitente la apreciación sobre la proporcionalidad de la norma francesa con respecto al objetivo perseguido. Y aquí el Tribunal se aparta de la recomendación de la Sra. Kokott cuando decide que «las disposiciones del CGI controvertidas en el asunto principal van más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y, por lo tanto, no pueden estar justificadas por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal»²⁶. Sin más, sin remisión a la discrecionalidad del juez nacional. Y decimos que hay que congratularse porque, si bien hay casos en los que la apreciación de los hechos en un supuesto concreto resulta imprescindible para hallar una solución y esa apreciación de los hechos puede ser solo accesible al tribunal nacional, el TJCE tiene, por lo general, la información necesaria, y si no la tiene puede pedirla, para poder enjuiciar la compatibilidad, no de una situación concreta, sino de una norma nacional, con los principios del Tratado. Por otro lado, con demasiada frecuencia hacen las autoridades nacionales caso omiso de las sentencias del Tribunal cuando estas son meridianamente claras. Si, además, el sentido de la sentencia queda matizado por la interpretación que pueda hacer el juez nacional, entonces podemos ya prescindir en gran medida de la jurisprudencia comunitaria.

5. CONCLUSIONES

La sentencia es importante. No tanto porque venga a resolver un problema acuciante de índole general²⁷—no creemos que sea un caso que se haya dado hasta ahora con frecuencia en la práctica—sino porque viene a poner un clavo más en el ataúd de los sistemas fiscales nacionales. Al amparo de esta sentencia, las sociedades multinacionales podrán estructurar sus grupos a través de filiales residentes en otros Estados miembros, sin que ello afecte en absoluto a su capacidad de integrarlos en su mismo grupo fiscal. Ello obligará a las administraciones fiscales a tener que establecer un mayor control sobre las eliminaciones que se practiquen y sobre las compensaciones de pérdidas, con el fin de comprobar que no han sido duplicadas. Normalmente la información vendrá dada por la propia empresa, pero en otras se hará imprescindible el recurso al intercambio de información, con lo cual el ámbito de actuación deberá movilizar cada vez en mayor medida a administraciones fiscales de distintos Estados miembros.

En cuanto a España, el impacto de la sentencia debería traducirse en la modificación del apartado 4 d) del artículo 67 del TRLIS: «No podrán formar parte de los grupos fiscales las sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de otra sociedad que no reúna los requisitos esta-

²⁵ Párrafo 57.

²⁶ Párrafo 62.

²⁷ A diferencia, por ejemplo, del tratamiento de los establecimientos permanentes, los dividendos, la subcapitalización o la normas sobre transparencia fiscal, que afectan a gran número de sociedades.

blecidos para formar parte del grupo fiscal». Y decimos debería porque, con respecto a algunas de las sentencias del TJCE, las autoridades fiscales españolas han hecho oídos más que sordos (no son las únicas, eso hay que reconocerlo). Así, mientras en ámbitos tales como la subcapitalización y la transparencia fiscal internacional se fue diligente en la modificación (la percepción de dividendos de sociedades extranjeras por parte de personas físicas residentes en España requirió de dos sentencias²⁸), en otros, tales como la tributación de los no residentes con deducción de los gastos, no ha habido reacción legislativa alguna. Hasta el punto de que la Comisión ha tenido que iniciar el correspondiente procedimiento de infracción²⁹.

Especialmente significativa resulta la (que sepamos, única) reacción de la administración española frente a la famosa sentencia en el caso *Marks & Spencer*, que es la contestación de la Dirección General de Tributos (de 22 de febrero de 2007) a la consulta vinculante V0325/2007, donde se pregunta específicamente si, a raíz de la sentencia mencionada, sería admisible que una sociedad española pudiera compensar las bases impositivas negativas que su sociedad filial en Portugal ha perdido definitivamente la posibilidad de compensar en ese país. La contestación reza de esta guisa: «Apreciar la compatibilidad entre el derecho interno y las disposiciones del Tratado de la Unión Europea, en adelante TCE, es competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 220 del TCE sin perjuicio de las cuestiones prejudiciales que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan interponer ante dichos Tribunales, siguiendo lo dispuesto en el artículo 234 del TCE. Por tanto, este Centro Directivo no es competente para pronunciarse acerca de la primera cuestión planteada por la consultante». La resolución reproduce a continuación el fallo de la sentencia mencionada por la consultante: «Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye **con carácter general**³⁰ la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de este, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes».

No le queda más remedio a la Dirección General de Tributos que reconocer, sin embargo, que «es cierto que las consideraciones del Tribunal profundizan en el carácter proporcionado de esta solución y plantean sobre la existencia de medidas menos restrictivas para hacer efectivo el mercado interior. De hecho el fallo señala lo siguiente: "No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a este"». Y sigue la Dirección General de Tributos «Esta propuesta plantea dificultades para ser llevada a la práctica. Como reconoce la propia resolución europea,

²⁸ *Verkooijen y Manninen*.

²⁹ Por ejemplo, las dos de 16 de octubre de 2008, una sobre el gravamen de la renta bruta de los no residentes, en base a la sentencia *Asscher*, y otra sobre restricciones a la salida de personas físicas, y la de 27 de noviembre sobre la salida de las sociedades, las dos últimas en base a la sentencia *Lasteyrie du Saillant*, etc.

³⁰ La negrita es nuestra.

párrafo 58: "Por otra parte, en la medida en que resulte posible identificar otras medidas menos restrictivas, estas requerirán, en cualquier caso, normas de armonización adoptadas por el legislador comunitario)". En consecuencia:

«Este Centro Directivo considera que las normas del Impuesto sobre Sociedades español antes analizadas ³¹ ofrecen una solución a estos problemas y se consideran adecuadas y proporcionadas para atender a las pérdidas de inversiones internacionales de acuerdo con el contexto jurídico comunitario y español vigente en la actualidad. Si bien se reconoce que son posibles otras medidas que puedan ofrecer mejor solución, las mismas deben pasar, como reconoce la sentencia, por actos normativos europeos hoy inexistentes».

No parece una respuesta satisfactoria. Lo que *Marks & Spencer* dice es que no es incompatible con el Derecho comunitario la norma que, con **carácter general**, excluye la posibilidad de que la matriz residente deduzca las pérdidas de la filial no residente. Repetimos, con carácter general. Pero sí es incompatible la norma que no lo permite en determinadas circunstancias, a saber, cuando la filial no residente ha agotado, en el pasado y para el futuro, las posibilidades de compensar sus pérdidas. Así ocurrió en el caso de *Marks & Spencer* y así debería ocurrir en el caso de la consultante. Y así, en esas circunstancias, debería permitirlo la norma española, sin necesidad de una norma de armonización del derecho comunitario, que podrá ser muy conveniente pero no es imprescindible. Lo contrario significa que la sociedad española tendrá que deducirse las pérdidas de la filial (como le permite el derecho comunitario), aceptar el acta correspondiente, conseguir que el tribunal que vea su caso plantee la cuestión prejudicial ante el TJCE y esperar a que este último emita un auto (porque se trataría de un caso ya decidido). ¿No sería mucho más efectivo, en aras al ahorro de tiempo y esfuerzos por ambas partes, contestar que, sujeto a comprobación de que, efectivamente, esas pérdidas no podrían ya compensarse nunca en sede de la filial, la sociedad podría deducirse las pérdidas, tal y como tiene establecido el TJCE?

³¹ Se refiere a la provisión por depreciación de valores mobiliarios.