

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. LA TRIBUTACIÓN DE LOS GRUPOS EUROPEOS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

(Comentario a la STJCE de 18 de julio de 2007, C-231/05, caso Oy AA) *

JUAN FRANCH FLUXÀ

*Doctor europeo en Derecho.
Universitat de les Illes Balears*

Extracto:

TRATADO CE. Libertad de establecimiento. Evasión fiscal. El artículo 43 del Tratado CE no se opone a un régimen establecido por la normativa de un Estado miembro, según el cual una filial, residente en ese Estado miembro, únicamente puede deducir de su renta imponible una transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada por esta a favor de su sociedad matriz en la medida en que esta última tenga su domicilio en ese mismo Estado miembro.

Palabras clave: libertad de establecimiento, restricción, grupos de sociedades europeos y transferencias transfronterizas.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núms. 293-294, agosto-septiembre 2007 o en *Normacef Fiscal* (NFJ025966).

Sumario

1. Introducción.
2. Compensación transfronteriza de rentas en la Unión Europea.
3. Caso y normativa enjuiciada por la sentencia.
4. Precedentes judiciales.
5. Evaluación de la infracción de las libertades fundamentales del Tratado: fallo favorable a la legislación nacional.
6. Consecuencias del fallo.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que es objeto de comentario pretende analizar la reciente resolución al caso Oy AA (de 18 de julio de 2007, C-231/05), en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) examina la regulación prevista para los grupos de sociedades en la legislación tributaria finlandesa. El aumento de las cuestiones prejudiciales en materia de imposición directa implica que esta no sea su primera sentencia sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de aquellas medidas legislativas que abordan el tratamiento fiscal de las situaciones transfronterizas que se generan en un grupo de sociedades con presencia en distintos países de la Unión Europea. En este sentido, las interpretaciones del Tribunal están sentando las bases de cómo debe ser la regulación de los grupos de sociedades europeos. Sobre esta materia existen actualmente importantes propuestas que a duras penas van abriendo una vía de implantación. En este sentido, los pronunciamientos del TJCE pueden suponer un impulso a la modificación de las legislaciones nacionales que son ciertamente conservadoras y excesivamente reacias a regular determinadas relaciones que superan su ámbito territorial. En este sentido, la normativa interna aplicable a estas situaciones no puede restringir la libertad de establecimiento si tenemos en cuenta que cualquier organización empresarial en forma de grupo en distintos países debe entenderse creada al amparo de dicha libertad. Presentando notorias similitudes con el caso Marks&Spencer (M&S), esta nueva resolución aborda la compatibilidad con el Derecho comunitario de las transferencias de rentas entre sociedades que pertenecen a un mismo grupo de ámbito europeo. Dicha materia es actualmente objeto de debate y, hasta el momento, ha sido imposible alcanzar un acuerdo que permitiera la aprobación de normas relativas a la transferencia de rentas entre empresas de un grupo o a la consolidación transfronteriza. De este modo, el Derecho tributario se aleja de una realidad innegable, la importancia de los grupos de sociedades multinacionales en el mercado europeo y en el contexto actual de la globalización.

2. COMPENSACIÓN TRANSFRONTERIZA DE RENTAS EN LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea existen actualmente importantes diferencias entre los distintos regímenes de tributación de los grupos de sociedades, sin olvidar que algunos Estados miem-

bros carecen de un régimen especial que regule la tributación de los grupos de sociedades (Bélgica, Grecia, República Checa). La multiplicidad normativa puede encontrarse tanto en aspectos materiales del propio contenido tributario, así como en aspectos estrictamente formales que afectan a la aplicación del régimen de consolidación o tributación global del grupo ¹. Sucintamente cabe indicar que en el entorno europeo existen tres modalidades para regular la tributación de los grupos de sociedades cuyo contenido esencial se dedica a establecer el método de determinación de la base imponible: así se habla de unidad fiscal/consolidación, seguida en países como Alemania, Austria, Luxemburgo, Francia o España; otra opción sería el *Group contribution*, propio de los Estados escandinavos a excepción de Dinamarca (*Joint taxation*) y, finalmente, el *Group (loss) relief*, característico del ordenamiento jurídico del Reino Unido.

El modelo más extendido, de consolidación, parte del resultado contable de cada una de las entidades que forma el grupo y que posteriormente se computa a nivel de grupo mediante la práctica de determinados ajustes. En el modelo anglosajón, de desgravación de grupo, se produce una transferencia de pérdidas de un Estado miembro a otro, que se aplicará a los resultados positivos que obtenga en ese período otra sociedad del grupo. De este modo, observamos que propiamente no nos encontramos ante un sistema de consolidación sino más bien de compensación de pérdidas ². El sistema de *Group contribution* o aportación de grupo, enjuiciado en el presente caso por el TJCE, se caracteriza por la contribución de beneficios a otras sociedades del grupo que hayan obtenido pérdidas y que, por lo tanto, tras ser incluidas en los resultados de las sociedades receptoras, podrán deducirse por la sociedad aportante ³.

Si atendemos a las características de la mayoría de estos regímenes previstos para la tributación de los grupos, se observa claramente una orientación estrictamente nacional, a excepción de algunos países que contemplan bajo ciertos requisitos la compensación de resultados obtenidos en el extranjero. Este hecho impide y condiciona las propuestas normativas que desde las instituciones comunitarias se han realizado para superar esta situación ⁴.

Respecto al caso que ahora se comenta es importante tener presente que la Comisión Europea en su reciente Comunicación, *Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo*,

¹ Para un estudio más detallado pueden consultarse la ponencia europea y las distintas ponencias nacionales recogidas en AA.VV. *Group Taxation*, Cahiers de droit fiscal international (Vienna Congress of IFA), vol. 89 b, Kluwer law international, 2004.

² Un didáctico y clarificador comentario a este régimen puede encontrarse en el manual de TILLEY, J. *Revenue Law* (vol. 2), Hart Publishing, London, 2000, págs. 862 y ss. También, en relación al régimen del Reino Unido puede consultarse SAUNDER/ANTCZACK. *Tolley's corporation tax 2003-04*, Lexis Nexis UK, 2003, págs. 369 y ss.

³ Una interesante y detallada descripción del sistema generalizado en los países escandinavos WIMAN, B. «Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies», *Intertax*, vol. 28, núm. 10, 2000, págs. 352 y ss. Analizados comparativamente con el Derecho alemán y canadiense, LOCKWOOD, E/PANTALEO, N. «Group taxation and foreign affiliates: selected FAPI and surplus implications», *Canadian tax journal*, núm. 6, 2002, págs. 2.116 y ss.

⁴ Como documento principal podemos citar la Comunicación COM(2001)582 final, de 23 de octubre de 2001, *Hacia un Mercado interior sin obstáculos tributarios: una estrategia para proporcionar a las empresas una base consolidada del Impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria* que vino precedida de un extenso estudio previo SEC (2001)1681 final, *Fiscalidad de las empresas en el mercado interior*. Posteriormente, Comunicación COM (2003)726 final, de 24 de noviembre de 2003, *Un mercado interior sin obstáculos vinculados al impuesto de sociedades: logros, iniciativas actuales y retos pendientes*.

COM (2006) 824, de 19 de diciembre de 2006, manifiesta que la transferencia de pérdidas entre sociedades de un grupo (*intra-group loss transfer*) comprende tanto la transferencia de pérdidas o «deducción intragrupo» (*group relief*) como la transferencia de beneficios y dividendos o «aportación intragrupo» (*intra-group contribution*)⁵.

Existe una notoria reticencia por parte de los Estados miembros a esta opción. Como muy bien recoge la AG KOKOTT en sus conclusiones sobre este caso, independientemente de sus diferencias terminológicas y de calificación jurídica, la deducción de las transferencias financieras o pérdidas de sociedades que forman parte de un mismo grupo conlleva los siguientes riesgos⁶:

- El principio de coherencia o simetría tributaria implica que dicha deducción solo se permita en Finlandia cuando el fisco de ese país tenga igualmente el derecho a gravar los ingresos de la sociedad beneficiaria.
- Las empresas podrían elegir en qué Estado desean gravar sus ingresos, lo que sería contrario al reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.
- Puesto que no está garantizado que estas transferencias serán efectivamente gravadas en la sociedad beneficiaria en el extranjero, en determinadas circunstancias los ingresos quedarían totalmente exentos de impuestos (doble no imposición o los denominados «ingresos blancos»).

Estas consideraciones son un claro reflejo del temor y el recelo que muestran los Estados miembros ante la posibilidad de usar por duplicado las pérdidas o beneficios transferidos entre las sociedades de un grupo. En este sentido, respecto a la compensación de pérdidas, el TJCE se ha alineado de manera muy favorable a las pretensiones y alegaciones de los Estados como veremos en los siguientes apartados.

3. CASO Y NORMATIVA ENJUICIADA POR LA SENTENCIA

La Ley del impuesto sobre las transferencias financieras entre sociedades de un grupo –Laki konserniavustuksesta verotuksessa (825/1986) de 21 de noviembre de 1986 (en adelante, KonsAvL)– permite que las sociedades finlandesas pertenecientes a un grupo puedan deducir las transferencias financieras como gasto. La sociedad finlandesa Oy AA es filial de la empresa británica y forma parte de un grupo que tiene como sociedad dominante la matriz inglesa AA Ltd. La complicada situación económica de la matriz pretende paliarse a través de una «transferencia financiera entre sociedades de un grupo» (definida por el art. 2 de la KonsAvL) que la filial finlandesa ordena a favor de la sociedad británica. Este tipo de operación está permitida por la legis-

⁵ Comunicación COM (2006) 824, de 19 de diciembre de 2006, *Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo*, pág. 7.

⁶ Véase el apartado 33 de las conclusiones de la AG.

lación finlandesa siempre y cuando las sociedades implicadas formen parte de un mismo grupo y se encuentren domiciliadas en Finlandia⁷. Por este motivo, la Administración tributaria finlandesa (Keskusverolautakunta) consideró que una transferencia realizada por Oy AA en favor de AA Ltd no constituía una transferencia financiera entre sociedades de un grupo, en el sentido del artículo 3 de la KonsAvL, y que, por lo tanto, no podía reputarse como un gasto deducible a efectos de la tributación de su ordenante. La sociedad AA Ltd, cuyo domicilio se encuentra en el Reino Unido, es titular indirectamente, a través de otras dos sociedades, del 100 % de las acciones de Oy AA y, según la normativa enjuiciada, se considera que dichas transferencias serán deducibles tanto en el caso de ser recibidas por una matriz o una filial cuando la matriz es «titular de al menos nueve décimas partes del capital social de otra sociedad por acciones nacional o de una participación en otra sociedad cooperativa nacional (filial)» o la matriz posea dicho porcentaje «junto con una o varias filiales» (art. 3 KonsAvL). Se observa pues que únicamente se cumpliría uno de los dos requisitos necesarios, la participación que permite configurarse como grupo, faltando la condición de residente en el país.

Ante la posible incompatibilidad del régimen tributario descrito con los artículos 43 y 48 del Tratado CE, el Tribunal competente (Korkein hallinto oikeus) solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la siguiente cuestión prejudicial:

«Habida cuenta del artículo 58 CE y de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, ¿deben interpretarse los artículos 43 y 56 CE en el sentido de que se oponen al régimen establecido por la Ley finlandesa sobre transferencias entre empresas de un grupo, que supedita la posibilidad de deducir las transferencias entre empresas de un grupo al requisito de que el autor y el beneficiario de la transferencia sean sociedades nacionales?».

Observamos que tanto la cuestión como algunos de los apartados de la sentencia hacen referencia a la Directiva 90/435 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que regula el trato fiscal de la distribución de beneficios de una sociedad filial establecida en otro Estado miembro a su sociedad matriz. Por ello entendemos que la AG KOKOTT dictamine que su aplicación no es relevante en el presente caso, por regular una cuestión diferente a la que es objeto de litigio (apdos. 13 y 14 de las conclusiones generales)⁸.

Podríamos por lo tanto concluir que la cuestión controvertida en este caso es la exigencia relativa a la nacionalidad (finlandesa) que se impone a la sociedad beneficiaria de la transferencia financiera y sus efectos sobre la libertad de establecimiento en el seno de la Unión.

⁷ Para una información detallada de la legislación finlandesa, véase la ponencia nacional en AA.VV. *Group Taxation...* ob.cit., págs. 257 y ss.

⁸ Ante esta posición WIMAN lamenta que el TJCE no aprovechase la ocasión para abordar la difícil cuestión de la interrelación entre el sistema de *group contribution* y el reparto de dividendos, ya que el primero puede suponer un reparto de dividendos o una aportación de capital. WIMAN, B. «Cross-border loss relief in Europe—the case of group contributions», en AA.VV. (ed. Luc and Philippe Hinnekens) *Liber amicorum Frans Vanistendael* (próxima publicación).

4. PRECEDENTES JUDICIALES

En las sentencias AMID y Futura, sobradamente conocidas y estudiadas, el TJCE afronta por primera vez el análisis de la compensación de pérdidas transfronterizas con relación a los establecimientos permanentes⁹. Sin embargo, hasta el reciente caso M&S¹⁰, motivado por el régimen anglosajón de transferencia de pérdidas (*Group relief rules*), el Tribunal no se había pronunciado sobre la asunción de las pérdidas obtenidas por las filiales extranjeras de una empresa (en esta ocasión en Francia, Bélgica y Alemania)¹¹. El Tribunal debe determinar, a falta de un derecho vigente que regule este tema, si al amparo de los preceptos del Tratado y desde la preeminencia de las libertades fundamentales, los Estados tienen la obligación de asumir las pérdidas obtenidas por filiales residentes en otros Estados miembros¹².

Ante este primer caso de compensación transfronteriza de pérdidas entre distintas sociedades, el TJCE considera que «dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas» (apdo. 46 de la sentencia).

Según el TJCE la verdadera exigencia del reparto de la potestad tributaria en el marco del Derecho comunitario «podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de este, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas» (apdo. 45 de la sentencia al caso M&S).

Existe, por lo tanto, un importante paralelismo entre el caso M&S y el recientemente enjuiciado por el TJCE: la utilización de los beneficios imposables de una sociedad del grupo para cubrir las pérdidas de otra sociedad del grupo y evitar de este modo la tributación de dichos beneficios. El supuesto opuesto se enjuiciaba en M&S aunque el resultado económico de estos «trasvases de renta» sigue

⁹ Vid. STJCE de 14 de diciembre de 2000, asunto AMID (C-141/99) y STJCE de 15 de mayo de 1997, asunto Futura (C-250/95).

¹⁰ Sobre esta sentencia pueden consultarse, entre otros trabajos: SANZ GADEA, E. «La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks&Spencer», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 276, págs. 89 y ss.; CALDERÓN CARRERO, J.M. «Consolidación fiscal e importación de pérdidas: el caso Marks&Spencer», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 257, 2006, págs. 23 y ss. En la doctrina internacional, entre muchos otros, LANG, M. «The Marks & Spencer Case-The Open Issues Following the ECJ's Final Word», *European Taxation*, 2006, págs.54 y ss.; CORDEWENER, A. «Case C-446/03, Marks&Spencer plc v. David Halsey (HM Inspector of taxes)», *Common market law review*, vol. 43, núm. 3, 2006, págs. 855 y ss.

¹¹ No podemos pasar por alto las discusiones doctrinales sobre el diferente trato que reciben las pérdidas de los establecimientos permanentes en el extranjero frente a las de las filiales extranjeras. GUTMANN, D. «The Marks&Spencer case: proposals for an alternative way of reasoning», *EC Tax review*, 2003/3, págs. 154 y ss.

¹² El marco jurídico en el que se produce este asunto puede resumirse de la siguiente manera: la normativa británica del impuesto de sociedades regula un régimen especial denominado *group relief* (desgravación de grupo), mediante el que toda sociedad miembro de un grupo puede ceder sus pérdidas a otra sociedad del mismo grupo que podrá deducir tales pérdidas de sus beneficios sujetos al impuesto. La sociedad cedente pierde por completo el derecho de utilizar a efectos fiscales las pérdidas que ha cedido. Como condición básica de la aplicación de este régimen, dicho mecanismo de desgravación solo puede concederse cuando la sociedad es residente en el Reino Unido o desarrolla allí una actividad comercial.

siendo el mismo: la compensación de bases imponibles que permite reducir el beneficio gravable. Encontramos, pues, en ambos casos una situación de profundo desequilibrio económico entre los distintos Estados donde las sociedades del grupo realizan sus actividades¹³. Sin lugar a dudas, todas estas circunstancias y las conclusiones de la AG KOKOTT permitían vaticinar que el Tribunal sentenciaría el caso Oy AA de manera muy similar al asunto M&S, donde el equilibrio de las potestades tributarias entre Estados se ve afectado en menor medida que en el caso Oy AA.

Otra importante similitud que presentan ambos casos es el conflicto entre la soberanía fiscal de los Estados miembros a la hora de determinar el ámbito de la compensación de los resultados obtenidos por las sociedades de un grupo y las cuestiones relativas a la supresión de las barreras y obstáculos que impiden el efectivo funcionamiento del Mercado interior.

En el caso M&S el Tribunal afirma que la normativa nacional que impide la compensación transfronteriza de pérdidas no está prohibida por el Derecho comunitario cuando esta pretenda salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados, evitar la doble utilización de las pérdidas o, como tercer motivo, prevenir el riesgo de evasión fiscal ante la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente, que conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor (*loss shopping*). En este sentido eran más favorables para la construcción de un nuevo Derecho comunitario las conclusiones del AG POIARES MADURO que la propia sentencia, cuya excesiva prudencia no pretende más que colmar los intereses de los Estados miembros¹⁴.

Es cierto que este conjunto de riesgos no debe menospreciarse. No obstante, tampoco hay que sobreestimarlos. Es fácil encontrar una respuesta al mismo exigiendo, por ejemplo, que la concesión de la desgravación esté supeditada a determinados requisitos como que las pérdidas de las filiales extranjeras no puedan recibir un trato fiscal ventajoso en el Estado de residencia de las mismas. En este caso, si el Estado de establecimiento de las filiales extranjeras permite que estas imputen sus pérdidas a otra persona o las compensen posteriormente en otros ejercicios fiscales, el Reino Unido estará legitimado para oponerse a la solicitud de cesión transfronteriza de dichas pérdidas. En tales circunstancias, la desgravación deberá solicitarse en el Estado de establecimiento. De este modo, las sociedades no serán libres para elegir el lugar de imputación de sus pérdidas.

Acertadamente el AG POIARES MADURO consideró que la denegación impugnada en el presente asunto constituye una «restricción a la salida», caracterizada por el hecho de someter a un trato desfavorable a las sociedades que desean crear filiales en otros Estados miembros. Cabe destacar que la favorable opinión del AG POIARES MADURO fue asumida por la Comisión que, durante el procedimiento, apoyó las pretensiones del contribuyente al considerar que la compensación

¹³ Los pésimos resultados económicos de las filiales establecidas en Bélgica, Alemania y Francia obligaron a la matriz británica de M&S a cesar sus actividades en estos países y solicitar la compensación de las pérdidas sufridas en el extranjero.

¹⁴ Así lo hemos manifestado en FRANCH FLUXÀ, J. «La resolución del caso Mark&Spencer: ¿conclusión o nueva orientación del debate sobre la regulación de las pérdidas en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 264, 2007, págs. 93 y ss.

transfronteriza de pérdidas es un mecanismo esencial para el desarrollo de actividades a nivel europeo.

A pesar de todo ello, en el fallo se considera que las normas del Reino Unido en materia de grupos (*group relief*) son incompatibles con el Derecho comunitario por ser una medida restrictiva «que va más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos». Lamentablemente el Tribunal no profundiza en esta idea y establece una condición excesivamente abstracta y de difícil interpretación ¹⁵.

De este modo se observa que el TJCE autoriza de manera condicionada la transferencia de pérdidas entre sociedades residentes en diferentes Estados. Sin embargo, el fallo mantiene la crítica situación actual que imposibilita la efectiva compensación.

No podemos concluir este apartado sin recordar que en el caso Cadbury Schweppes –donde se enjuicia la compatibilidad del Derecho comunitario con el régimen de transparencia fiscal británica– el TJCE disiente del AG al interpretar que los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro, cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas ¹⁶. Situación que no ocurre en los casos M&S y Oy AA donde todas las sociedades pertenecientes al grupo desarrollan actividades económicas y mantienen una presencia real y continuada en el territorio del Estado en el que son residentes. La trascendencia del caso M&S radica, como veremos, en la fijación por el órgano jurisdiccional de tres parámetros que permiten determinar la compatibilidad de las normas reguladoras de la transferencia de rentas con el Derecho comunitario.

5. EVALUACIÓN DE LA INFRACCIÓN DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL TRATADO: FALLO FAVORABLE A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La norma finlandesa enjuiciada colisiona con la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, sin embargo, el hecho de que estas dos libertades puedan aplicarse de manera para-

¹⁵ En el caso ahora enjuiciado tanto el Tribunal como la AG KOKOTT consideran que la normativa finlandesa no va más allá de los tres objetivos que permiten restringir la libertad de establecimiento (apdos. 66 y ss. de las conclusiones).

¹⁶ El TJCE considera que las British CFC rules infringen la libertad de establecimiento. Continuada, como señala PALAO en su profuso estudio, de la doctrina sentada en el caso M&S, véase PALAO TABOADA, C. «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 280, 2006, págs. 3 y ss.

lela sin desplazarse mutuamente hace que tanto la AG como el Tribunal examinen prioritariamente la libertad de establecimiento ¹⁷.

Como plantea la compañía litigante y a la luz de la doctrina LANKHORTS-HOHORST (C-324/00) la normativa finlandesa supone una restricción a la libertad de establecimiento, puesto que dichas reglas hacen menos atractivo el establecimiento de filiales en otros Estados miembros. De este modo, únicamente se comunitarizaría dicho régimen si las transferencias financieras también se extienden a las sociedades no residentes (residentes en otro Estado miembro). Esta medida debería reforzarse con el correspondiente reparto de poder tributario entre los Estados implicados que impediría que una corriente y lógica transferencia de rentas entre sociedades participadas pueda observarse como una práctica elusiva.

En este sentido, cabe observar si el tratamiento de los grupos internacionales o europeos recibe un trato discriminatorio respecto de aquellos grupos que tienen un matiz únicamente nacional. No podemos olvidar que el trato favorable a estos últimos puede suponer una medida restrictiva de las libertades previstas en el Tratado ante su potencial colisión con la libertad de establecimiento y de circulación de capitales (como así lo reconoce KOKOTT).

Brevemente debemos recordar que la libertad de establecimiento permite ejercer actividades por cuenta propia y constituir y administrar empresas en otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. En el caso de las personas jurídicas, con arreglo al artículo 48 CE, supone la posibilidad de ejercer su actividad en dicho Estado miembro por medio de una filial, sucursal o agencia.

Mediante este fallo el Tribunal pondera la fuerza de uno de los principios fundamentales, la libertad de establecimiento, que cede ante aquellas normas internas que pretenden impedir la evasión fiscal. No podemos olvidar que el TJCE ha recordado en distintas ocasiones que las medidas nacionales que pueden restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales del Tratado son admisibles siempre y cuando persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas a la obtención de este y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persigue (por todas, sentencia M&S, apdo. 35). La elusión fiscal se conecta con otro de los argumentos constantemente esgrimidos por los Estados miembros ante el que el TJCE ha adoptado una postura clara. En el apartado 44 de dicha resolución (C-446/03), el Tribunal de Justicia confirma en efecto su reiterada jurisprudencia según la cual la reducción de ingresos fiscales no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción del ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado. El Estado miembro en el que está establecida la sociedad matriz no puede oponerse, por tanto, a la creación por esta de una filial en otro Estado miembro con el pretexto, por ejemplo, de que las actividades en él ejercidas por esta podrían serlo en su propio territorio y estar sujetas a su soberanía fiscal.

Tras lo que acabamos de indicar conviene recordar que el ejercicio de las competencias normativas en materia de fiscalidad directa deben ejercerse respetando el Derecho comunitario, abste-

¹⁷ Claramente expresado por las conclusiones de la AG KOKOTT en los apartados 16 a 18.

niéndose, por tanto, de cualquier discriminación manifiesta o indirecta basada en la nacionalidad o que pueda afectar a la integridad de las libertades fundamentales¹⁸.

Vemos, pues, que el Tribunal, no plenamente coherente con la premisa anterior, permite la restricción de las libertades fundamentales, fortaleciendo las legislaciones nacionales frente a una concepción más europea de los distintos Derechos tributarios internos.

La norma finlandesa que regula las transferencias de beneficios supone un claro ejemplo de normativa interna donde se establecen diferencias de trato entre los contribuyentes residentes y los no residentes. Estamos en un supuesto donde es ciertamente discutible que tal circunstancia pueda ser un factor que justifique un trato diferente y, por ello, entendemos que los Estados puedan pronunciarse a favor de dicha situación, pero, desde una perspectiva comunitaria, no podemos olvidar que permitir al Estado miembro de establecimiento que aplique libremente un trato diferente atendiendo al domicilio social o residencia o nacionalidad de la entidad en otro Estado miembro deja sin contenido a la libertad de establecimiento.

En nuestra opinión, en aquellos casos en los que no exista *loss shopping* o posibilidad de utilizar dos veces las pérdidas o deducciones derivadas de la transferencia de resultados debería permitirse la compensación transfronteriza de rentas (como también lo consideran las últimas comunicaciones de la Comisión). Entendemos, como hace la AG KOKOTT, que no puede invocarse constantemente la evasión fiscal ante conductas que pueden ser lícitas y fruto de la economía de opción que permiten las diferencias legislativas de los distintos ordenamientos jurídicos.

La prevención de este tipo de «evasión fiscal» no constituye un motivo que pueda justificar por sí mismo la restricción de una libertad fundamental. Además de la legítima economía de opción, el hecho de que las empresas intenten aprovechar las diferencias entre los regímenes tributarios nacionales resulta inevitable en un mercado interior en el que la tributación de las empresas no está armonizada. Así, por ejemplo, no se puede impedir que una empresa traslade su sede a otro Estado miembro que ofrezca condiciones fiscales más favorables¹⁹.

El Tribunal vuelve nuevamente a analizar el principio de la coherencia en el ámbito tributario²⁰. A dicho principio recurren los Estados que junto a Finlandia presentan sus alegaciones ante el Tribunal. En este sentido la AG desestima esta argumentación alegando que si los sujetos pasivos que hacen uso de sus libertades fundamentales se encuentran en una situación similar a la de los sujetos pasivos

¹⁸ Al respecto véase, en especial, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727) en su apartado 37, y la jurisprudencia allí citada.

¹⁹ Tras este razonamiento, matiza en el apartado siguiente (63) que las restricciones de las libertades fundamentales únicamente se justifican cuando esta «optimización fiscal» socava al mismo tiempo el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

²⁰ Comparando la doctrina Bosal (C-168/2001) con el caso M&S, LYONS, T.J. «Current Notes; Tax in a Single Market- Bosal and Marks and Spencer plc», *British Tax Review*, núm.6, 2003, págs. 446 y ss. Hay que destacar que la AG KOKOTT mantiene la misma valoración que en el asunto Manninen (C- 319/02), conclusiones de 18 de marzo de 2004 (apdos. 57 y ss.). Sobre este principio, pueden consultarse las siempre interesantes aportaciones de VANISTENDAEL, F. «Cohesion: the Phoenix Rises from his Ashes», *EC Tax Review*, 2005, págs. 208 y ss.

favorecidos por el régimen tributario nacional, la normativa nacional debe aplicarse igualmente a los casos de naturaleza transfronteriza, siempre que ello no ponga en peligro la coherencia del régimen nacional²¹. Así lo exige el principio de igualdad de trato que se deriva de la libertad de establecimiento (apdo. 36 de las conclusiones de la AG KOKOTT).

En definitiva, no cualquier argumento puede condicionar la libertad de establecimiento, ni tan siquiera el celo de los Estados por el impacto o los efectos presupuestarios de determinadas resoluciones del TJCE. Jurisprudencia reiterada nos recuerda que una reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental. Por consiguiente, una normativa nacional no puede considerarse coherente o compatible con el Derecho comunitario únicamente porque impida la reducción de los ingresos fiscales²².

No cabe duda de que el pronunciamiento final de este caso viene marcado por las precedentes sentencias que permiten que un Estado miembro apruebe normativa que en mayor o menor medida es restrictiva de las libertades fundamentales. Es más, pensamos que el Tribunal pretende en cierta manera profundizar en las líneas de razonamiento iniciadas por M&S donde somete la compatibilidad de la legislación nacional a los parámetros o condicionantes ya comentados. En esta sentencia se reconoce expresamente que el hecho de dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo en el valor de las pérdidas transferidas a las sociedades²³.

El Tribunal asume en M&S una teoría que favorece el mantenimiento de las legislaciones nacionales restrictivas. Según indica, los beneficios y las pérdidas constituyen, en materia tributaria, «las dos caras de una misma moneda, que habrán de tratarse de modo simétrico en el marco de un mismo sistema fiscal, con el fin de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados. En segundo lugar consideran que si las pérdidas se tomaran en consideración en el Estado miembro de la sociedad matriz, se correría el riesgo de que fueran objeto de una doble imputación. Por último, en tercer lugar, si no se tuvieran en cuenta en el Estado miembro de establecimiento de la filial, existiría un riesgo de evasión fiscal»²⁴.

Claramente estamos ante los tres criterios (mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, el riesgo de doble desgravación de las pérdidas y el peligro de evasión

²¹ Acertadamente indica POIARES MADURO en sus conclusiones al caso M&S que la discriminación respecto a las sociedades extranjeras «en realidad, produce el resultado de introducir objetivos ajenos a la lógica del régimen, ya sea el de proteger los ingresos del Estado miembro de que se trata, ya el de favorecer a los grupos que desarrollen la totalidad de sus actividades económicas en su territorio. Tales objetivos serían, en todo caso, contrarios al Derecho comunitario» (apdo. 75).

²² Véase sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto Manninen (C-319/02), apartado 49, y la jurisprudencia allí indicada.

²³ Véanse las sentencias, antes citadas, M&S, apartado 46, o más recientemente, en Rewe Zentralfinanz, de 29 de marzo de 2007 (C-347/04), apartado 42.

²⁴ Posicionamiento que reproduce los argumentos de los Estados miembros, apartado 43 de la citada sentencia.

fiscal) que en el futuro serán utilizados para determinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de normas relativas a la compensación transfronteriza de resultados. Un claro ejemplo son las conclusiones y la sentencia al caso Oy AA que los acogen y desarrollan en sus distintos apartados sin apartarse en lo general de la doctrina surgida tras el caso M&S²⁵.

Aplicando la misma metodología interpretativa que en el caso M&S el Tribunal examina estos tres criterios determinando que, a pesar de las posibles restricciones que puedan generarse, las normas finlandesas son justas y proporcionales por los siguientes motivos que se detallan en distintos apartados del fallo:

- a) No cabe el doble uso de las pérdidas si se tiene en cuenta la transferencia financiera entre sociedades de un grupo al determinar el resultado imponible de su ordenante, pero no se considera un ingreso imponible de su beneficiario, y ello lleva consigo el riesgo de que los beneficios obtenidos por la filial ordenante de la transferencia queden al margen de toda tributación.
- b) Se tratan simétricamente pérdidas y ganancias en el mismo sistema fiscal, puesto que no cabe la doble desgravación al quedar la contribución sometida a gravamen. La necesidad de proteger el equilibrado reparto de poder tributario entre los Estados miembros con el fin de que se traten simétricamente pérdidas y beneficios en el mismo sistema tributario impide la compensación transfronteriza que rompería dicho equilibrio.
- c) En cuanto a la evasión fiscal, la posibilidad de transferir los ingresos imponibles de una filial a una sociedad matriz cuyo domicilio se encuentre en otro Estado miembro implica el riesgo de que, mediante montajes puramente artificiales se organicen transferencias de ingresos en el seno de un grupo de sociedades a favor de las sociedades cuyo domicilio se encuentre en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más moderados o en los Estados miembros en los que no se graven tales ingresos. Refuerza esta posibilidad el hecho de que el régimen finlandés de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo no exija que el beneficiario de la transferencia financiera haya sufrido pérdidas.

A diferencia del caso M&S, el Tribunal cierra toda opción a este tipo de compensación y no permite que bajo ninguna circunstancia pueda llevarse a cabo. En este sentido, el TJCE ha resuelto de una manera mucho más estricta la posibilidad de aplicar un mecanismo como el *cross-border group contribution* finlandés.

La compensación transfronteriza de pérdidas permite en cierto modo que el contribuyente pueda distribuir sus resultados en diferentes Estados miembros. Sobre este punto el Tribunal considera que el contribuyente no puede decir el lugar donde deben tributar sus beneficios y cierra cualquier posibilidad a esta opción. Por lo tanto, puede decirse que la sentencia sigue respaldando los sistemas de consolidación cuya configuración es estrictamente nacional.

²⁵ Apartados 46 y 47 de las conclusiones de la AG KOKOTT donde recuerda que estos tres elementos deben valorarse en su conjunto.

Concluye el Tribunal sus apreciaciones alegando que «admitir la deducción de la transferencia financiera entre sociedades de un grupo cuando constituye un ingreso imponible de la sociedad beneficiaria o cuando las posibilidades de que la sociedad beneficiaria transfiera sus pérdidas a otra sociedad son limitadas, o incluso admitir únicamente la deducción de la transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada a favor de una sociedad cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro que aplica un tipo impositivo inferior al aplicado por el Estado miembro del ordenante de la transferencia cuando tal transferencia financiera entre sociedades de un grupo está justificada específicamente por la situación económica de la sociedad beneficiaria, como ha propuesto Oy AA, implicaría, no obstante, que la elección del Estado miembro de tributación dependería, en definitiva, del grupo de sociedades, que, de este modo, dispondría de un amplio margen de maniobra al respecto» (apdo. 65).

Es especialmente importante este último inciso por ser uno de los pilares que sustentan la decisión del Tribunal: entender que la potestad tributaria pueda quedar en manos de los contribuyentes; un argumento que, sin duda, contemplamos con total aquiescencia, puesto que facilitar que los contribuyentes eligieran el Estado miembro de tributación limitaría las competencias fiscales de los Estados miembros y supondría un menoscabo del equilibrio en el reparto de tales competencias²⁶. En este punto es importante recordar la opinión del AG LÉGER en el caso Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas cuando indica que: «el hecho de que una sociedad centralice en otro Estado miembro de reducido nivel impositivo la realización de determinadas actividades útiles para el conjunto del grupo y que pretenda por este medio reducir la carga fiscal global soportada por el citado grupo no me parece tampoco que constituya en sí mismo una práctica abusiva. En tal supuesto, dado que la filial que realiza dichas prestaciones intragrupos ejerce una actividad económica real en el Estado de acogida, a cuya soberanía fiscal está sujeta, no se vulnera, *a priori*, el reparto territorial de la potestad tributaria de los Estados miembros. En efecto, la pérdida de beneficios imposables en el Estado de origen es el resultado de la actividad económica que se realiza en el Estado de acogida y se grava en este» (apdo. 102 de las conclusiones).

El fallo que comentamos permite concluir que el Tribunal ratifica el recelo de las políticas fiscales nacionales hacia las transferencias que las empresas pueden realizar entre distintos Estados miembros y que son contempladas como operaciones potencialmente defraudatorias o como decisiones que pueden crear efectos negativos en la competencia fiscal y en los ingresos tributarios internos.

De nuevo el Derecho comunitario cede ante la coherencia de los sistemas nacionales, el reparto del poder tributario entre los Estados miembros, la prevención de la evasión fiscal y el principio de territorialidad, motivos argumentados por Finlandia, Alemania, Holanda y el Reino Unido que son suficientes para ratificar la normativa nacional y rechazar las pretensiones del grupo multinacional.

Para pronunciarse a favor de la legislación nacional, sin la necesidad de tener que entrar en otras consideraciones, la AG argumenta que el presente procedimiento no tiene por objeto apreciar

²⁶ Como indica también la AG KOKOTT, «habría que considerar igualmente evasión fiscal en este sentido aquellos casos en que los ingresos son trasvasados selectivamente mediante transferencias financieras a sociedades que tienen su sede en países de baja presión fiscal». Motivo que no justifica la restricción de una libertad fundamental (apdos. 61 y 62).

un eventual régimen nacional que no se basara en la sede de la sociedad beneficiaria, sino en la tributación preceptiva de las transferencias correspondientes en la sede de esta sociedad (apdo. 31 de las conclusiones).

De manera clara la AG determina que «podemos señalar que la restricción de la desgravación de las transferencias financieras entre empresas de un grupo a las transferencias destinadas a sociedades residentes permite garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, evitar la no imposición de los ingresos transferidos e impedir la evasión fiscal. Esta restricción permite asegurar que los ingresos obtenidos por las sociedades matrices en Finlandia sean gravados en ese país de conformidad con el principio de territorialidad» (apdo. 65).

Observamos, como ya ocurre en M&S, que el argumento de la «jurisdicción fiscal» es tenido en cuenta, pero no es relevante a la hora de resolver el caso. Así en M&S la falta de jurisdicción sobre las filiales residentes en otros Estados miembros se tomó en consideración, aunque tampoco fue determinante (apdos. 28 y ss. de la sentencia).

6. CONSECUENCIAS DEL FALLO

Como ya se ha reiterado en numerosas ocasiones, la fiscalidad directa es materia exclusiva de los Estados miembros y, prácticamente, tan solo se han adoptado medidas para evitar la evasión fiscal o la doble imposición²⁷, sin embargo, llama la atención el aumento de las propuestas que se suceden en el seno de una política fiscal comunitaria tendente a procurar una convergencia entre las legislaciones nacionales con objetivos tan dispares como reducir la competencia fiscal perniciosa o mejorar la tributación empresarial en Europa.

La AG, asumiendo esta ausencia armonizadora, califica las normas enjuiciadas como normas mínimas que permiten garantizar el examen bajo los parámetros enunciados. De este modo, considera que la preservación del reparto de la potestad tributaria, con la que están directamente relacionados los otros dos motivos de justificación, no podría lograrse con una normativa nacional menos restrictiva²⁸. Una normativa que impusiera al Estado de establecimiento de la sociedad que realiza

²⁷ Los Estados no han cedido su soberanía en materia de imposición directa y la armonización de las legislaciones internas en esta materia es facultativa en tanto no es una obligación directamente derivada del Tratado. En este tan solo existe la previsión, que requiere la unanimidad de los Estados miembros y que la materia tenga una repercusión directa en el establecimiento o mejor funcionamiento del Mercado Común, por lo que la armonización de la tributación directa solo debe acometerse en la medida en que sea necesaria para conseguir los objetivos del Tratado. También lo entiende la jurisprudencia más reciente del TJCE en las resoluciones *Metallgesellschaft* y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 37; de 7 de septiembre de 2004, *Manninen* (C-319/02, Rec. p. I-7477), apartado 19, y de 7 de septiembre de 2006, *N* (C-470/04, Rec. p. I-0000), apartado 33.

²⁸ Conviene destacar en este punto las conclusiones del AG POIARES MADURO en el reciente caso *Rewe* donde retoma las reflexiones adoptadas para el caso *M&S*. Según su parecer: «a falta de armonización de las legislaciones fiscales, es de temer que el ejercicio de las libertades de circulación dé lugar a un verdadero "tráfico de pérdidas" a escala comunitaria. En efecto, tal como recuerda el Tribunal de Justicia en esa sentencia, "dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave

la transferencia financiera la obligación de aceptar la desgravación en caso de que fuera gravada en la sociedad beneficiaria, no excluiría precisamente el traslado de la potestad tributaria. Aunque se esgrima el hecho de que las legislaciones nacionales puedan ir «más allá de los objetivos perseguidos», entendemos que la preservación de la potestad tributaria es el elemento vertebrador de cualquier futuro juicio sobre este difícil e incipiente tema de debate.

Sin embargo, la compensación transfronteriza de pérdidas ya fue abordada por una propuesta de directiva en 1990²⁹ y cabe recordar que recientemente la Comisión ha vuelto a insistir en que la prohibición de dicha práctica supone uno de los mayores obstáculos al comercio a nivel europeo. La Comisión ha apoyado en distintos documentos la implantación de un mecanismo que permita a las sociedades de un grupo compensar las pérdidas con independencia del Estado en que se generan, condicionado a un mecanismo de recuperación (*clawback*) en el caso de que fuesen utilizadas previamente en el país donde se originan. El interés de la Comisión por una normativa que pueda regular esta materia puede también observarse en su apoyo al contribuyente en el caso M&S, pues una resolución favorable a la empresa británica hubiese impulsado un importante cambio legislativo³⁰.

Nuestras críticas al TJCE son parciales, pues también aceptamos que en sus resoluciones priorice los objetivos de salvaguarda del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de la evasión fiscal que están íntimamente relacionados. En efecto, los comportamientos que consisten en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica con el fin de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en el territorio nacional pueden comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con dichas actividades y, con ello, poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (sentencias, antes citadas, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, apdos. 55 y 56, así como Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apdos. 74 y 75). Sin embargo, a diferencia de la resolución al caso Cadbury, el Tribunal no se enfrenta a una situación empresarial ficticia donde el empresario acuda a una sociedad pantalla o sin ningún tipo de actividad económica y cuya única justificación sea la evasión fiscal. Lejos de toda práctica elusiva o abusiva la concentración empresarial en forma de grupo debería ser una realidad que supere los límites estrictamente nacionales y, a este fin, poco contribuyen resoluciones como la presente.

peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas". En este caso, sería posible que los operadores económicos organizaran la transferencia de sus pérdidas hacia sociedades establecidas en los Estados miembros que tuviesen los tipos impositivos más elevados, y en los que, en consecuencia, el valor fiscal de las pérdidas fuese mayor. Una situación de este tipo pondría en cuestión la neutralidad que debe tener el Derecho comunitario en relación con los regímenes fiscales nacionales». Apartado 32 de las conclusiones al caso Rewe Zentralfinanz (C-347/04).

²⁹ Propuesta recogida en los documentos COM (90) 595 final, de 6 de diciembre, o COM (84) 404 final, que para fortalecer la libre competencia establece como medida común la posibilidad de compensar pérdidas con beneficios posteriores sin límite temporal y con los obtenidos en los dos ejercicios anteriores, procediéndose a la devolución de lo pagado, retirada junto otras propuestas de la Comisión que ya no revisten carácter de actualidad (2004/C 5/02), publicado en el DOCE C 5, de 9 de enero de 2004.

³⁰ Así lo ha manifestado el comisario Kovács (resumen de prensa de 13 de diciembre de 2005 en la página web de la Comisión relativa a tributos y aduanas).

Por el contrario, sí puede rebatirse que el Tribunal ha mantenido, en la materia que nos ocupa, que las restricciones a la libertad de establecimiento están plenamente justificadas. El proceso interpretativo que el TJCE está implantando puede definirse de este modo: cualquier restricción, además de existir o no, se somete a un segundo examen: estar permitida o justificada, circunstancia que convierte la normativa enjuiciada en compatible con el Derecho comunitario. En este segundo caso el Tribunal está siendo realmente permisivo y, por ello, opinamos tras la resolución al caso Oy AA, que el TJCE evita inferir en la fiscalidad directa de los Estados miembros. Por otro lado, este pronunciamiento no favorece la plena instauración de la consolidación transfronteriza que, sin duda, presenta fuertes conexiones con los mecanismos de base común consolidada que la Comisión piensa adoptar en el futuro. Por el momento puede afirmarse que los grupos transfronterizos no pueden acogerse a los beneficios de compensación de bases imponibles o desgravación de pérdidas previstos para los grupos con un perímetro de consolidación netamente nacional. El TJCE no parece oponer serios problemas al trato discriminatorio en lo que se refiere a la transferencia de pérdidas al extranjero, circunstancia que no incita a otros países a seguir los pasos iniciados por Dinamarca, Francia, Italia o Austria.

Por lo tanto, la situación actual no permite hablar de un beneficio global del grupo (de la empresa europea) fruto de la agregación o compensación de las rentas o pérdidas procedentes de distintos Estados miembros.

Desde nuestro parecer, se está diseñando, a la espera de resoluciones pendientes como el caso LIDL Belgium ³¹, una línea jurisprudencial muy clara en materia del reconocimiento de pérdidas extranjeras y compensación transfronteriza de bases imponibles. Si bien opinamos que para evaluar la posible evolución normativa de esta cuestión tal vez sea más recomendable analizar las conclusiones emitidas por los AG, pues el Tribunal se muestra excesivamente cauteloso y ponderado debido a las consecuencias presupuestarias que se derivan de sus resoluciones en materia de fiscalidad directa.

7. CONCLUSIONES

La lectura de la sentencia y de las conclusiones de la AG KOKOTT dejan claro que la fiscalidad de los grupos societarios nacionales o con sociedades residentes en otros Estados miembros no tiene por qué ser igual. Sin embargo, entendemos que impedir la compensación de pérdidas transfronterizas y admitirla en el caso de las pérdidas generadas en el territorio nacional puede suponer una restricción a las libertades fundamentales del Tratado y una restricción a la libertad de establecimiento.

Desgraciadamente el TJCE no dará el impulso definitivo a materias que, como esta, requieren un consenso absoluto entre los Estados miembros, que estos se niegan a alcanzar ante las importantes consecuencias presupuestarias que podría suponer asumir la compensación de bases imponibles generadas en otros Estados.

³¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Alemania), el 11 de octubre de 2006, Lidl Belgium GmbH & Co. KG/ Finanzamt Heilbronn (Asunto C-414/06).

Esta resolución fortalece aquellas legislaciones internas que impiden o dificultan una expansión de los grupos empresariales a nivel europeo que, en definitiva, soportan una carga fiscal más elevada al no poder compensar pérdidas o transferir beneficios como ocurriría en el caso de desarrollar sus actividades en el territorio nacional. De las distintas sentencias que recientemente se han dictado en materia de grupos parece que el Tribunal reconoce la posibilidad de los Estados de establecer medidas restrictivas hasta que en un momento posterior puedan ser sometidas a su consideración. El argumento, ciertamente comprensible, es que la libertad de establecimiento y el funcionamiento efectivo del Mercado Interior quedan supeditados a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal que afrontan los distintos Estados miembros, aunque a nuestro parecer es reprochable que tal loable objetivo no se consiga por otras vías y deba realizarse a partir de normas nacionales que pueden ser restrictivas de las propias libertades fundamentales previstas en el Tratado.

Por el momento parece que la coordinación u homogeneización de los sistemas fiscales se sigue realizando a partir de la competencia fiscal y no de la armonización fiscal como sería deseable. Ante las dificultades que debe afrontar el proceso de armonización de la fiscalidad directa y la ausencia de unos controles o medidas de carácter formal que permitan la colaboración entre Estados y una eficiente aplicación de sus sistemas tributarios, los Estados tan solo pueden acudir al uso de medidas restrictivas que se someten a un examen de proporcionalidad comunitaria fácilmente superable a la vista de las últimas resoluciones en materia de consolidación de grupos europeos.