

EDUARDO SANZ GADEA*Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas***Extracto:**

EL 13 de diciembre de 2005, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado respecto de la compensación de pérdidas de las sociedades filiales residentes en otros Estados miembros con los beneficios de la sociedad matriz. La Sentencia MARKS & SPENCER, esperada con interés, ha dado una solución basada en una aplicación flexible de las causas de justificación y alambicada de la proporcionalidad. La doctrina habrá de ocuparse con generosidad de sus implicaciones en relación con la tributación de los beneficios en el contexto del mercado interior. La presente colaboración esboza algunas de las cuestiones que, probablemente, se plantearán. En el horizonte se dibuja la interrogación sobre si el Tribunal de Justicia ha configurado, o no, la solución más equilibrada a la vista de los requerimientos del mercado interior y de la soberanía fiscal de los Estados miembros. Aunque proyectada respecto del ámbito comunitario, la Sentencia MARKS & SPENCER también permite entresacar enseñanzas en relación con la autonomía financiera de instituciones políticas en ámbitos puramente nacionales.

Sumario:

1. Introducción.
2. La arquitectura de la sentencia.
3. Examen de la normativa fiscal y constatación de que infringe el derecho de establecimiento.
4. Examen de las causas de justificación y apreciación de su concurrencia.
 - 4.1. La justificación basada en el principio de territorialidad.
 - 4.2. La justificación basada en la coherencia fiscal y otras causas.
 - 4.2.1. La distribución equilibrada de los poderes de imposición.
 - 4.2.2. Evitar los riesgos del doble cómputo de pérdidas.
 - 4.2.3. Evitar los riesgos de elusión fiscal.
 - 4.2.4. La consideración conjunta de las causas de justificación.
5. La proporcionalidad.
6. Descripción del fallo.
7. Crítica del fallo.
 - 7.1. La cuestionable bondad del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.
 - 7.2. La preterición de la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, y el nacimiento de un nuevo esquema argumental.
 - 7.3. El impacto del pronunciamiento sobre los sistemas fiscales de los Estados miembros.
 - 7.4. El impacto del pronunciamiento sobre el sistema de base imponible común consolidada.

NOTA: El autor agradece a Fernando SERRANO ANTÓN sus observaciones al texto. Los errores y deficiencias son exclusivamente imputables al autor.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 13 de diciembre de 2005, el Tribunal de Justicia ha dictado sentencia en el caso C-446/03, MARKS & SPENCER, la cual era esperada con gran interés, ciertamente justificado, habida cuenta del objeto debatido, a saber, la compensación transfronteriza de pérdidas en el contexto de las relaciones matriz-filial ¹.

En síntesis, el Tribunal de Justicia había de pronunciarse respecto de la adecuación al derecho de establecimiento, regulado en los artículos 43 y 48 del Tratado constitutivo, de las normas fiscales británicas, a cuyo tenor las compañías matrices residentes en el Reino Unido no podían compensar las pérdidas de sus filiales residentes en otros Estados miembros, cuando sí podían compensar las pérdidas de sus filiales residentes en el Reino Unido. En suma, el Tribunal de Justicia debía sentenciar si tal régimen fiscal determinaba una restricción al derecho de establecimiento ².

2. LA ARQUITECTURA DE LA SENTENCIA

La arquitectura de MARKS & SPENCER se fundamenta en tres pilares:

- Examen de la normativa y constatación de que infringe el derecho de establecimiento.
- Examen de las causas de justificación y apreciación de su concurrencia.
- Examen de la proporcionalidad y determinación de criterios sobre su cumplimiento.

No difiere dicha arquitectura de la de otras sentencias en materia de tributación sobre la renta ³, pero es de observar que no realiza explícitamente un análisis de la coherencia fiscal ⁴ en cuanto causa de

¹ PISTONE, P.: «Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice». *Ec Tax Review* 2003/3.

² LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «La libertad comunitaria de establecimiento y la transparencia fiscal internacional». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF n.º 54/2003. Estudia, en la parte introductoria, los perfiles y principales componentes del derecho de establecimiento, con vistas a su aplicación en relación con las normas fiscales.

³ TESAURO, F.: Nota entregada en la primera conferencia de la Company Tax, Bruselas 2002. Expone las líneas básicas de los razonamientos y fundamentación jurídica de las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de tributación sobre la renta.

⁴ CALDERÓN CARRERO, J.M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Los principios resultantes de la jurisprudencia comunitaria en materia de Impuesto sobre Sociedades». *Hacienda Canaria* n.º 3. Se advierte, del análisis realizado por estos autores que, a raíz de BACHMANN, la doctrina de la coherencia fiscal ha sido alegada sistemáticamente por los Estados miembros, aunque con escasos resultados.

justificación, a pesar de ser dicho análisis una constante en la forma de razonar del Tribunal de Justicia, y de que el Abogado General, señor POIARES MADURÓ, lo incorporó en su dictamen u opinión.

3. EXAMEN DE LA NORMATIVA FISCAL Y CONSTATAción DE QUE INFRINGE EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

El derecho de establecimiento se sustancia en el ejercicio de actividades en un Estado miembro por residentes de otro Estado miembro. El artículo 43 del Tratado constitutivo prohíbe restricciones al libre ejercicio del derecho de establecimiento. Tratándose de entidades jurídicas, el derecho de establecimiento se ejercita a través de sociedades filiales, sucursales o agencias, las cuales, ya en el ámbito fiscal, no deberán tener un tratamiento menos ventajoso que las sociedades filiales, sucursales o agencias puramente internas.

El primer e inmediato perfil de las restricciones al derecho de establecimiento apunta a la legislación, en este caso fiscal, del Estado miembro en el que se constituyen o establecen los vehículos jurídicos a través de los cuales se ejercita el referido derecho. Pero el Tribunal de Justicia ha venido destacando la existencia de un segundo perfil, llamado a tener un gran protagonismo, en cuya virtud, la legislación, en este caso fiscal, del Estado en el que reside la entidad que ejercita el derecho de establecimiento no ha de obstaculizar, ni siquiera perturbar, dicho ejercicio. Por tanto, las restricciones al ejercicio del derecho de establecimiento pueden provenir tanto de medidas adoptadas por el Estado miembro de recepción de la actividad (*host country*) como del Estado miembro donde reside quien despliega la actividad (*home country*), ya sea directamente o a través de vehículos jurídicos.

Precisamente sobre este segundo perfil de las restricciones al derecho de establecimiento el Tribunal de Justicia establece su reproche a la legislación fiscal británica. En efecto, la compensación fiscal de pérdidas entre las entidades que forman parte de un grupo de sociedades puramente interno (*group relief*) supone una ventaja fiscal, que no opera en relación con los grupos de sociedades intraeuropeos, y esta diferencia de trato, estima el Tribunal de Justicia, es de la suficiente importancia como para «... obstaculizar el ejercicio por parte de la sociedad matriz de su libertad de establecimiento, disuadiéndola de constituir sociedades filiales en otros Estados miembros...» (apartado 33). En suma, el Tribunal de Justicia juzga que es contraria al derecho de establecimiento una normativa, como la británica, que «... aplica diferente tratamiento, a efectos fiscales, a las pérdidas incurridas por una filial residente que a las sufridas por una filial no residente...» (apartado 34).

La constatación de que la normativa fiscal británica relativa a la compensación de pérdidas de las sociedades filiales constituidas en otro Estado miembro vulneraba el derecho de establecimiento era algo, en cierto modo, esperado y previsible⁵. Quizás el precedente más directo sea la Sentencia ICI (264-96),

⁵ VANISTENDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *Ec Tax Review* 2003/3. El autor precisa los diferentes efectos de la aplicación de los principios de no discriminación o de no restricción. Los comisionados británicos (AVERY JONES y MALCOLM GAMMIE) juzgaron el caso bajo el principio de no discriminación, y por eso no hallaron que fuera de aplicación el Derecho comunitario, pues las filiales no residentes no obtenían rentas en el Reino Unido, de manera tal que no teniendo dicho país jurisdicción difícilmente podría discriminar. Sin embargo, bajo el principio de no restricción, la no compensación de pérdidas de las filiales extranjeras, cuando sí lo eran las de las filiales nacionales, suponía una restricción.

relativa al régimen fiscal británico de compensación de pérdidas en los consorcios de empresas ⁶, la cual, precisamente, se negaba por la legislación británica a causa de la existencia de sociedades del consorcio constituidas en el extranjero y, por tanto, en otro Estado miembro. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya apuntó que la restricción al derecho de establecimiento podía proceder tanto del Estado miembro de destino como de origen, como así sucedía en el supuesto enunciado. La Sentencia ICI consolida una protección de amplio espectro en relación con el derecho de establecimiento. En efecto, ya no se trata tan sólo de velar por que las empresas que han ejercitado el derecho de establecimiento tengan en el país de acogida una tributación no discriminatoria respecto de la que afecta a las empresas de dicho país, sino de que el país de aquellas empresas no establezca normas disuasorias del ejercicio de tal derecho. El mismo razonamiento encontramos en la Sentencia AMID ⁷ (141/99). En base a tal doctrina, el Tribunal de Justicia realiza una indagación, en cada caso, y así lo ha hecho en MARKS & SPENCER, consistente en comparar la fiscalidad inherente a la realización de una actividad en el ámbito puramente interno con la relativa a la realización de esa misma actividad en el ámbito intracomunitario, establecida por el Estado miembro de origen, esto es, aquel en el que reside la entidad que ejercita el derecho de establecimiento, de manera tal que si de dicha comparación se desprende una desventaja respecto de la actividad intracomunitaria, aprecia la restricción del derecho de establecimiento ⁸.

Con la referida doctrina el Tribunal de Justicia pretende eliminar los impedimentos fiscales del Estado miembro de origen al ejercicio del derecho de establecimiento por parte de sus residentes. No pasará desapercibido que, en el límite, tal doctrina condena todo tratamiento fiscal divergente, y más gravoso, en relación con las rentas de fuente intracomunitaria y, también, en relación con situaciones intracomunitarias, incluso no determinantes de rentas, respecto de las rentas y situaciones puramente internas.

No es preciso buscar demasiado para proponer un ramillete de supuestos en los que tal diferencia de trato concurre ⁹, y es natural que así sea, porque los sistemas fiscales de los diversos Estados miembros se han ido conformando en el ejercicio de un poder soberano puramente nacional. Nada tiene de extraño que las rentas de fuente extranjera y las situaciones externas hayan recibido un tratamiento dispar y, en ocasiones, aunque no siempre, más gravoso, por más que las normas concernidas no hayan tenido tal objetivo ¹⁰.

La doctrina del Tribunal de Justicia se ancla sólidamente en la filosofía del mercado interior, pero no por ello deja de ser inquietante para los sistemas fiscales de los Estados miembros, y, en ocasiones, para los principios de justicia enraizados en los mismos.

⁶ INGMAR DOER: «A step forward in the field of European Corporate Taxation and Cross-border Loss Relief: Some Comments on the Marks and Spencer Case». *Intertax* 2004/4.

⁷ SERRANO ANTÓN, F.: «Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (2000-2001), dirección de HERRERA MOLINA, P. I.E.F., Madrid, 2002.

⁸ VANISTENDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *Ec Tax Review* 2003/3. El autor distingue entre la metodología de enjuiciamiento según el principio de no discriminación y el principio de no restricción, señalando la mayor potencialidad de este último en orden a la protección de las libertades.

⁹ SERVAAS VAN THIEL. «Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the Community citizen instead of harmonization by the Community legislature?». *Ec Tax Review* 2003/3.

¹⁰ STJCE, Gerritce (-234/1).

Por otra parte, si bien contribuye a la eliminación de ciertos obstáculos fiscales al mercado interior, no es eficaz en la construcción de unos sistemas fiscales plenamente congruentes en el mercado interior. En efecto, la doctrina del Tribunal de Justicia no procurará la remoción de una distorsión tan evidente y potente como la diversidad de los tipos de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades, o de los múltiples incentivos fiscales encubiertos bajo configuraciones de la base imponible desviadas del resultado contable, determinantes de tipos efectivos de gravamen irrisorios.

Con todo, la doctrina del Tribunal de Justicia promoverá el tratamiento igual, en el seno de una misma legislación fiscal, de situaciones internas e intracomunitarias, lo que, en términos generales, encierra un valor positivo ¹¹.

4. EXAMEN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y APRECIACIÓN DE SU CONCU-RRENCIA

La restricción a la libertad de establecimiento, según doctrina del Tribunal de Justicia, es permisible si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado constitutivo y está justificada por razones imperiosas de interés público.

La Sentencia MARKS & SPENCER examina un conjunto de causas de justificación, que podemos agrupar, tal y como lo hizo el Abogado General, en dos conjuntos: el principio de territorialidad y la coherencia fiscal, si bien, ya de entrada conviene notarlo, el Tribunal de Justicia no baraja explícitamente tal concepto.

4.1. La justificación basada en el principio de territorialidad.

El Reino Unido alegó que, en virtud del principio de territorialidad, la competencia para gravar las rentas, positivas y negativas, de las sociedades filiales pertenecía en exclusiva al Estado miembro en el que las mismas residían. Esta falta de jurisdicción fiscal impediría al Reino Unido tomar en consideración las pérdidas sufridas por las sociedades filiales residentes en otros Estados miembros, a efectos de su compensación con los beneficios de la matriz británica.

El Tribunal de Justicia enfoca esta alegación, basada en la ausencia de competencia fiscal, como un alegato relativo a la situación de no comparabilidad de las entidades residentes y no residentes en el Reino Unido, a efectos de su tributación según las leyes fiscales británicas. Y reconoce, como no podía ser de otra manera, que, en principio, la situación de las empresas residentes no es comparable a la de las no residentes. Ahora bien, si es acorde con el principio de territorialidad gravar a las entidades residentes por su renta mundial y a las no residentes por la renta de fuente local, de

¹¹ FARMER, P.: «The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands?». *Ec Tax Review* 2003/2. El autor expone la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia, señalando cómo el análisis de discriminación ha sido complementado por el análisis de no restricción.

ello no se deriva que esté justificado impedir la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras con los beneficios de la matriz británica, observa el Tribunal de Justicia.

La respuesta que da el Tribunal de Justicia a la carencia de competencia para regular, alegada por el Reino Unido es, ciertamente, parca. En efecto, tras reconocer la compatibilidad del principio de territorialidad con el Derecho comunitario, como ya lo había hecho anteriormente en la Sentencia Futura (250-95), se limita a afirmar, básicamente, que «... el hecho de que (el Reino Unido) no grave los beneficios de las filiales no residentes no justifica, en sí mismo, la limitación del régimen de compensación de pérdidas (*group relief*) respecto de las sufridas por entidades residentes...» (apartado 40).

El principio de territorialidad no impide, en modo alguno, la aplicación de la legislación fiscal de un determinado país, en este caso el Reino Unido, en relación con situaciones originadas y perfeccionadas en otros países, a los efectos de regular la tributación de las entidades residentes, en este caso, en el Reino Unido.

La alegación de incompetencia en base al principio de territorialidad es, en sí misma, incorrecta. El Reino Unido puede, en el ejercicio de su soberanía fiscal, regular todos los aspectos de la tributación de las entidades residentes en su territorio, entre ellos el relativo a la compensación de pérdidas, y no sólo no es que el principio de territorialidad mengüe o restrinja tal soberanía fiscal en modo alguno, sino que, por el contrario, en cuanto derivación o consecuencia de la misma, el referido principio se expresa y concreta en la plena competencia para regular cualquier aspecto de la tributación de los residentes por parte de los diferentes países, sin otro límite que el impuesto por los principios constitucionales, cualquiera que sea la forma jurídica de expresión de los mismos, o el respeto al Derecho comunitario, cuando así proceda.

El Abogado General, a su vez, también se aplicó a la tarea de rechazar la falta de competencia alegada por el Reino Unido, afirmando, categóricamente, que estaba basada en una interpretación errónea del principio de territorialidad.

En fin, el principio de territorialidad no impedía ni impide al Reino Unido regular la compensación de las pérdidas sufridas por las filiales extranjeras, sino que, por el contrario, le permite hacerlo, para así atender a las exigencias del Derecho comunitario. En este sentido, el Abogado General tras observar que la función del principio de territorialidad es prevenir los conflictos de competencias fiscales entre los Estados miembros, afirma que: «... No puede ser invocado por los Estados miembros para eludir sus obligaciones comunitarias... en el presente asunto, nada impide que el Reino Unido permita que las sociedades matrices con filiales no residentes se acojan a la desgravación de grupo...».

4.2. La justificación basada en la coherencia fiscal y otras causas.

La causa de justificación que, desde BACHMANN, ha sido alegada con mayor énfasis por los Estados miembros es la coherencia fiscal. Bajo tal concepto se engloba una doctrina de creación jurisprudencial, sustentada en una cierta interpretación de los intereses protegidos por el Derecho comunitario. Uno de estos intereses sería la integridad de los sistemas tributarios de los Estados

miembros. En virtud de esta doctrina, la privación de una ventaja fiscal determinante de una restricción al ejercicio de una libertad comunitaria puede entenderse justificada si está relacionada con una norma o medida de gravamen que, sin embargo, no podrá ser hecha efectiva por razón de las circunstancias concurrentes.

El Tribunal de Justicia puso en circulación la doctrina de la coherencia fiscal, pero, posteriormente, la recortó radicalmente, estableciendo que el juego de la ventaja y la carga debía producirse en el mismo contribuyente y en relación con el mismo impuesto. El resultado de tal recorte, conocido como la doctrina del «vínculo directo», ha sido la desestimación sistemática por parte del Tribunal de Justicia de las alegaciones relativas a causas de justificación basadas en la lógica interna del sistema fiscal concernido.

A la vista de todo lo anterior, el análisis del Abogado General resulta particularmente revelador. En efecto, plenamente consciente de la radicalidad y rigidez de la doctrina del vínculo directo, propone una nueva concepción de la coherencia fiscal más cercana a sus orígenes.

Relata el Abogado General que, en soporte de la coherencia fiscal, los Gobiernos que presentaron observaciones alegaron unánimemente que «... lo coherente es conceder una desgravación de grupo sólo cuando exista la posibilidad de someter a gravamen los beneficios de las sociedades que participan en dicha desgravación...»; por otra parte, al entender de aquéllos, existía un «... vínculo directo entre la desgravación concedida a la sociedad solicitante y la posibilidad de someter a gravamen los rendimientos de la sociedad cedente...». Pero, el Abogado General, en seguida advierte que el vínculo directo no existe, pues la situación tributaria contemplada envuelve a dos contribuyentes: las sociedades matriz y filial.

A partir de aquí el Abogado General propone un nuevo enfoque de la coherencia fiscal, en cuya virtud se contemple la medida o norma controvertida en el contexto de la lógica del sistema tributario en el que se integra, y le otorga la función de «... proteger la integridad de los sistemas fiscales nacionales, pero siempre que ello no se oponga a la integración de dichos sistemas en el marco del mercado interior...».

El Tribunal de Justicia no ha afrontado el reto que le propuso el Abogado General, esto es, esbozar, al hilo del supuesto de hecho controvertido, un nuevo contenido de la doctrina de la coherencia fiscal ¹² capaz de concretar el punto de equilibrio entre la integridad de los sistemas fiscales y el respeto a las libertades comunitarias. Pero tampoco ha sido insensible al mismo, como lo demuestra que ha eludido situar la alegación relativa a la coherencia fiscal en el marco de tal doctrina, y de su compañera inseparable, esto es, la doctrina del vínculo directo. En su lugar, el Tribunal de Justicia ha procedido al examen directo de todas las alegaciones, en orden a justificar la norma controvertida, y esto, de por sí, ya es muy significativo. Las venideras sentencias dirán si, efectivamente, MARKS & SPENCER implica un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

¹² LENZ, C.O.: «The jurisprudence of the European Court of Justice in tax matters». *Ec Tax Review* 1997/2. Los autores que, como el citado, examinaron la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la primera parte de la década de los noventa, auguraron a la doctrina de la coherencia fiscal un papel destacado en la configuración de aquélla.

Tres alegaciones formuló el Reino Unido en orden a justificar la no compensación de pérdidas de las filiales residentes en otros Estados miembros:

- Los beneficios y las pérdidas son las dos caras de la misma moneda y deben ser tratadas simétricamente, a los efectos de proteger una distribución equilibrada de los poderes de imposición entre los distintos Estados miembros.
- Evitar los riesgos de doble cómputo de las pérdidas.
- Evitar los riesgos de elusión fiscal, derivados de la compensación de las pérdidas en la matriz en vez de en las filiales.

El Tribunal de Justicia acoge favorablemente el primer argumento. En efecto, después de recordar su doctrina relativa a que la pérdida de ingresos fiscales no es una razón de interés general, aduce que «... la preservación de la distribución de los poderes de imposición entre los Estados miembros podría hacer necesario aplicar a las actividades y compañías establecidas en uno de esos Estados solamente las normas fiscales del mismo tanto por lo que se refiere a las pérdidas como a los beneficios...». El Tribunal de Justicia explica que la transferencia de las pérdidas desde las filiales a la matriz perturbaría significativamente la distribución del poder de imposición porque aumentaría la base imponible de las filiales y reduciría la de la matriz.

El Tribunal de Justicia también ha sido sensible al segundo argumento. En este sentido, da por sentado que existe el riesgo de doble cómputo de pérdidas, y que los Estados miembros deben ser capaces de evitarlo, para concluir, lacónicamente, que el referido riesgo «... es evitado por una regla, la cual impide la compensación respecto de tales pérdidas...».

Finalmente, el Tribunal de Justicia también asume el tercer argumento, pues entiende que la transferencia de pérdidas desde las filiales a la matriz o a otra u otras compañías del grupo podría implicar la sumisión de la carga tributaria a las decisiones de la matriz, y afirma que «... excluir la compensación (*group relief*) para las pérdidas incurridas por filiales no residentes evita tales prácticas...» (apartado 50).

El Tribunal de Justicia, tomando en su conjunto las tres alegaciones formuladas por el Reino Unido, concluye que las normas que son objeto del procedimiento persiguen objetivos legítimos compatibles con el Tratado constitutivo y justificados en imperiosas razones de interés general.

La naturaleza de las alegaciones es bien diferente. En efecto, la primera alegación contiene un argumento típico de la coherencia fiscal, pero las dos siguientes pertenecen a los concernientes a los controles fiscales y a la necesidad de evitar el fraude o la evasión fiscal. Tal vez la toma en consideración de forma conjunta de las causas de justificación responda, como antes quedó apuntado, al convencimiento de que la doctrina de la coherencia fiscal y su complementaria del «vínculo directo», han agotado su funcionalidad. Si esto fuera así MARKS & SPENCER estaría marcando un hito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Cumple, ahora, analizar las conclusiones a las que llega el Tribunal de Justicia.

4.2.1. La distribución equilibrada de los poderes de imposición.

La alegación primera, relativa al mantenimiento de la distribución equilibrada de los poderes de imposición entre los distintos Estados miembros, es un argumento típico de la coherencia fiscal. En efecto, el fundamento último del mismo descansa en la lógica interna e integridad de los sistemas fiscales, en este caso, el británico.

El Tribunal de Justicia considera que la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras con los beneficios de la matriz podría alterar el equilibrio en la distribución de los poderes de imposición entre los distintos Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no explica en qué consiste dicho equilibrio, ni su fundamento jurídico. Probablemente el Tribunal de Justicia entiende que existe un estado de cosas, amparado por los principios del Derecho Internacional Tributario¹³, que se violentaría si, en virtud de una exigencia del Derecho comunitario, la matriz, u otra filial residente en el Reino Unido, se viera obligada a compensar las pérdidas sufridas por otra u otras filiales residentes en otro u otros Estados miembros. Seguramente el Tribunal de Justicia entiende que tales pérdidas deben ser compensadas exclusivamente por la propia filial que las ha sufrido, con cargo a los beneficios futuros, o pasados, o bien por otra u otras filiales residentes en el mismo Estado miembro.

La distribución de los poderes de imposición de los distintos países que integran lo que podríamos denominar la comunidad internacional¹⁴ deriva, esencialmente, de las legislaciones fiscales de los mismos, atemperadas por los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, los cuales, a su vez, siguen, por regla general, las pautas y criterios del Modelo de Convenio de la OCDE. No existe, por tanto, un tratado internacional que establezca normas relativas a la distribución de los poderes de imposición entre los países integrantes de la comunidad internacional. Por otra parte, el Modelo de Convenio de la OCDE no se refiere a la compensación de las pérdidas sufridas por una filial residente en un Estado contratante, con los beneficios de su matriz, o de otra filial del grupo, residente en el otro Estado contratante.

De acuerdo con lo expuesto, la distribución de los poderes de imposición, cuyo equilibrio teme el Tribunal de Justicia podría verse en entredicho por causa de una hipotética obligación de asumir pérdidas intracomunitarias derivada del Derecho comunitario, es el resultado de la confluencia de las legislaciones fiscales de los mismos, atemperadas por los convenios bilaterales, pero no de una norma fruto del acuerdo entre todos ellos que, eventualmente, podría verse dañada por una decisión del Tribunal de Justicia adversa a la posición del Reino Unido.

Las legislaciones de los distintos Estados miembros muestran que no existe una posición común. Así, Francia permite, con ciertas restricciones y bajo autorización administrativa, que las filiales no residentes se integren en un grupo fiscal, y lo propio acontece en Italia y Dinamarca. Se sigue de ello que las pérdidas de las filiales residentes en otros Estado miembros se compensarán con los beneficios de la matriz y de las filiales de cualquier otro Estado miembro, a los efectos de calcular el importe de

¹³ VOGEL, K.: «Vogel on Double Taxation». El autor entiende que integran el Derecho Internacional Tributario todas las normas, internas o internacionales, que contemplan situaciones tributarias desarrolladas en el territorio de dos o más Estados; capítulo introductorio, párrafo 4. Kluwer Law International, Deventer, 1997, pág. 10.

¹⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, SAENZ DE SANTAMARÍA: *Curso de Derecho Internacional Público*, pág. 64.

la obligación fiscal del grupo fiscal mundial. En Alemania los grupos fiscales son puramente internos, si bien la cabecera puede ser un establecimiento permanente. En España los grupos fiscales son puramente internos, pero las pérdidas sufridas por las filiales no residentes pueden ser compensadas con los beneficios de la matriz residente a través de la provisión por depreciación de valores.

Se aprecia, por tanto, que, lejos de existir una posición común en relación con las pérdidas sufridas por las filiales extranjeras, lo que verdaderamente existe es una diversidad de soluciones, de manera tal que el temor del Tribunal de Justicia respecto a una posible perturbación en el presunto equilibrio en la distribución de los poderes de imposición no parece tener mayor fundamento.

Lo que sí existe es un equilibrio en cada sistema fiscal respecto del tratamiento de las pérdidas extranjeras. Este equilibrio se fundamenta en la correlación entre cómputo de pérdidas y beneficios de las filiales extranjeras. En el régimen de los grupos fiscales basado en la consolidación, la correlación es inherente a la determinación de la base imponible. En el régimen de la provisión por depreciación, la correlación se realiza a través de la reversión de la provisión por razón de los beneficios posteriores.

En este sentido, la primera alegación del Reino Unido, tal y como la relata el apartado 43 de la Sentencia que se comenta, no ha sido bien enfocada por el Tribunal de Justicia. En efecto, tal alegación comienza con la afirmación de que «... a efectos fiscales, beneficios y pérdidas son las dos caras de la misma moneda y deben ser tratadas de manera simétrica en el marco de un mismo sistema fiscal...», y añade que dicho tratamiento simétrico tiene por fundamento y justificación «... proteger una equilibrada distribución del poder de establecer impuestos entre los diferentes Estados miembros concernidos...».

Como ya se apuntó, el Tribunal de Justicia respondió lacónicamente a esta alegación. Una respuesta adecuada y convincente hubiera debido abordar las siguientes cuestiones: ¿Qué significa la simetría en el tratamiento de beneficios y pérdidas? ¿Es simétrico el tratamiento previsto en la legislación fiscal británica? ¿En qué consiste la distribución equilibrada de los derechos de imposición? ¿La compensación intracomunitaria de pérdidas perturba la distribución equilibrada de los derechos de imposición? Sólo tras una respuesta cabal a todas y cada una de las cuestiones referidas hubiera podido el Tribunal de Justicia tomar una decisión fundada respecto de la alegación británica.

En el tiempo en que se produjeron los hechos, los beneficios de las filiales no residentes sólo se computaban en sede de la matriz residente en el Reino Unido cuando eran distribuidos, y tenían derecho a un crédito fiscal en razón del impuesto pagado en el extranjero, en tanto que las pérdidas no se computaban. El razonamiento de la simetría descansaba en que los beneficios no distribuidos y las pérdidas no causaban efectos en la tributación de la matriz. Como ya sabemos ésta no es la única forma de simetría posible, y, además, es una forma de simetría distinta, y más gravosa para el grupo de empresas, que aquella que el Reino Unido tenía establecida a efectos puramente internos.

La distribución equilibrada de los derechos de imposición está vinculada al principio de territorialidad, en cuya virtud se estima correcto que los Estados graven los beneficios mundiales de las entidades residentes en su territorio, incluso cuando consistan en dividendos de filiales extranjeras. En el ámbito de la Unión Europea, en virtud de la Directiva 90/435, matriz-filial, dicha tributación debe incorporar mecanismos correctores de la eliminación de la doble imposición. El criterio rector

de la distribución de la potestad de imposición entre los distintos países es el principio de territorialidad. Pues bien, como afirma VOGEL, el principio de territorialidad no «... prohíbe la aplicación del derecho interno respecto de situaciones con origen en otros países, incluyendo el gravamen de la renta extranjera...»¹⁵.

Así, la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras sería conforme con el principio de territorialidad, y, consecuentemente, no rompería equilibrio alguno en la distribución de poderes de imposición.

El análisis precedente demuestra, a nuestro modo de ver, lo siguiente:

- Que la legislación fiscal británica contenía un tratamiento simétrico de beneficios y pérdidas de las filiales extranjeras, si bien distinto del relativo a las filiales domésticas.
- Que dicho tratamiento simétrico no es el único posible.
- Que el principio de territorialidad contiene el criterio universalmente aceptado para distribuir los derechos o poderes de imposición, y que tal principio no impide el cómputo de las pérdidas de las filiales no residentes.

Con tales materiales, ¿qué hubiera debido contestar el Tribunal de Justicia, si se hubiera limitado a la autodisciplina de la doctrina de la coherencia fiscal y del vínculo directo?

Probablemente hubiera podido mantener la validez de la causa de justificación alegada por el Reino Unido, pero no su proporcionalidad. En efecto, la economía del régimen fiscal de la compensación de pérdidas de filiales no residentes se basa en la denegación de una ventaja fiscal (no compensación de la pérdida), a causa de que tampoco se computan los beneficios (no tributación de los beneficios), y ambos efectos concurren en el mismo sujeto pasivo, esto es, la matriz, y en relación con el mismo impuesto, esto es, el que grava los beneficios de la misma. Por tanto, se configuran y concurren todas las notas propias de la doctrina de la coherencia fiscal y del vínculo directo.

El Abogado General no apreció, por el contrario, la concurrencia de tales notas, pues, a su entender, la relación debía establecerse entre la negativa a la asunción de pérdidas y el gravamen de los beneficios futuros de las filiales extranjeras, de manera tal que los hechos imponderables afectaban a contribuyentes distintos y por distintos impuestos. Por tal razón se mostró de acuerdo con la empresa demandante, MARKS & SPENCER, en el sentido de que, atendiendo al contenido de la doctrina de la coherencia fiscal y del vínculo directo según las reiteradas sentencias del Tribunal de Justicia, no podía apreciarse la alegación británica, y, sin embargo, consciente del fondo de justicia que latía en la misma, propuso una nueva concepción de la doctrina de la coherencia.

Se opina, por el contrario, que la doctrina de la coherencia y del vínculo directo hubiera podido dar cobertura a la legislación británica, si bien, como se verá más adelante, tal vez hubiera fallado su encaje en las exigencias del principio de proporcionalidad.

¹⁵ VOGEL, K.: «Vogel on Double Taxation», capítulo introductorio, párrafos 11-14.

En suma, la negación de la ventaja fiscal (compensación en la matriz de la pérdida de la filial) podría estar correspondida por el no gravamen de los posteriores beneficios de la filial en la matriz (recuperación de pérdidas en la matriz), y ambos efectos se producirían en el mismo sujeto pasivo y en el mismo impuesto: la matriz y su tributación por el «Corporation Tax» británico. Por tanto, un análisis de la coherencia fiscal bajo los criterios expuestos, hubiera permitido al Tribunal de Justicia respaldar la legislación británica.

4.2.2. Evitar los riesgos del doble cómputo de pérdidas.

El Tribunal de Justicia entiende que la compensación de las pérdidas sufridas por las filiales no residentes entraña el riesgo de doble cómputo y, tras reconocer el derecho de los Estados miembros a evitarlo, concluye que «... la forma de eliminarlo es una norma que excluya la compensación de tales pérdidas...» (apartado 48).

Al razonar así, el Tribunal de Justicia se mueve en el contexto de la necesidad de evitar el abuso o la evasión fiscal, en cuanto causa de justificación.

El régimen fiscal británico de no compensación de pérdidas de las filiales no residentes evita, desde luego, el doble cómputo. Pero de ahí no se sigue que la compensación determine, necesariamente, el doble cómputo.

La compensación de las pérdidas de la filial en la matriz tiene un sustrato financiero que la contabilidad refleja a través de la depreciación de la cartera de valores, esto es, del activo financiero en que consiste la participación en la sociedad asociada, dependiente o multigrupo, pero, a su vez, la propia contabilidad refleja, a través de la reversión de la depreciación, la recuperación de beneficios de la filial, sea o no residente en el mismo territorio que la matriz, y cualquiera que sea el régimen de compensación de las pérdidas de la filial con sus propios beneficios futuros. La reversión de la depreciación aumentará el resultado contable de la matriz, y con ello su renta fiscal.

Se concluye de todo ello que las magnitudes proporcionadas por la contabilidad, a cuya llevanza están obligadas todas las sociedades mercantiles de los Estados miembros, son suficientes para evitar el doble cómputo, con tal de que exista una relación de participación entre la matriz y la filial de carácter directo. No existiendo participación de carácter directo, las magnitudes contables no evitan el doble cómputo, pero la información que proporcionan las cuentas consolidadas debería ser un instrumento más que suficiente.

Así pues, en aquellos sistemas de imposición que descansen sobre la contabilidad, el propio reflejo de las magnitudes contables evitará, de manera automática, el doble cómputo, o, en otro caso, proporcionará información suficiente a tal efecto.

De acuerdo con lo expuesto, la compensación de pérdidas sufridas por la filial en la matriz no determina un riesgo de doble cómputo de las mismas que no pueda ser evitado a través de los métodos ordinarios de control, en particular, por medio de la contabilidad.

4.2.3. Evitar los riesgos de elusión fiscal.

La tercera y última justificación versa sobre la necesidad de evitar la elusión fiscal (*tax avoidance*) en un sentido próximo a lo que, en nuestro Derecho, sería una situación fronteriza entre la economía de opción y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Alegó el Reino Unido, según relata la sentencia, que, si las pérdidas no se tomaran exclusivamente en cuenta en el país de establecimiento de la filial, existiría riesgo de elusión fiscal, pues los grupos de empresas multinacionales podrían elegir la jurisdicción fiscal en la que las pérdidas se compensarían.

El Tribunal de Justicia convino que, efectivamente, concurría el riesgo de que las pérdidas fueran imputadas a las sociedades del grupo que tributaban a un tipo de gravamen más elevado si era obligada la compensación de las pérdidas sufridas por las filiales no residentes con los beneficios de su matriz o de otra sociedad del grupo, de manera tal que «... Excluír de la consolidación fiscal las pérdidas sufridas por filiales no residentes impide tales prácticas, que pueden verse alentadas por la existencia de diferencias notables entre los tipos impositivos aplicados en los distintos Estados miembros...» (apartado 50).

La imputación de pérdidas sufridas por la filial de manera caprichosa puede, desde luego, abrir las puertas a las maniobras de planificación fiscal reputada ilegítima, pero tal riesgo puede conjurarse mediante reglas destinadas a evitarlo. Por otra parte, tal vez de manera accesorio, el Tribunal de Justicia, a través de su argumentación, podría estar abriendo la puerta a la mengua de ingresos fiscales como causa de justificación.

No ha sido ésta la línea que el Tribunal de Justicia ha venido recorriendo, por lo menos durante la última década ¹⁶. En efecto, numerosas sentencias habían venido puntualizando que la merma de ingresos derivados del ejercicio de alguna libertad comunitaria no era una causa de justificación. Antes bien, además de rechazar que la pérdida de ingresos fiscales fuera una causa de justificación estimable, el Tribunal de Justicia había venido admitiendo la legitimidad de las conductas y operaciones tendentes a aprovechar las ventajas fiscales derivadas de las diferencias existentes entre los sistemas fiscales de los Estados miembros. Ahora, el Tribunal de Justicia apoya una norma, como la británica, que, pese a provocar una restricción a la libertad de establecimiento, es idónea para evitar una elusión fiscal configurada a través de la compensación de las pérdidas de la filial con los beneficios de la matriz o con los de otra sociedad del grupo, que, eventualmente, tributan a tipos de gravamen elevados.

Ciertamente, la compensación caprichosa de pérdidas puede ser irregular, pero, como antes se apuntó, la compensación podría someterse a un conjunto de normas que la encauzaran debidamente. Por otra parte, tal imputación, en el peor de los casos, no supone un doble cómputo de las pérdidas, sino el cómputo único y más ventajoso fiscalmente.

¹⁶ SERRANO ANTÓN, F.: «Hacia una teoría general del abuso del Derecho comunitario». Inédito. El autor constata la posición del Tribunal de Justicia en el sentido de que, por regla general, la necesidad de evitar la elusión fiscal no puede justificar un trato discriminatorio ni restrictivo de las libertades fundamentales comunitarias.

Pero es que, además, la alegación del Reino Unido y la argumentación del Tribunal de Justicia versan sobre un supuesto que desborda el propio de MARKS & SPENCER. En efecto, el supuesto de MARKS & SPENCER es la compensación de pérdidas en sede de la matriz (apartado 27), pero el supuesto sobre el que gira el razonamiento del Tribunal de Justicia parece ser otro, más amplio, configurado por la compensación en cualquier sociedad del grupo, pues sólo así se entiende que concurra una elección por parte del contribuyente determinante de elusión fiscal. Diríase que el Tribunal de Justicia se ha colocado bajo la hipótesis más adversa, para poder rechazar su legitimidad, pero tal hipótesis no es la del caso enjuiciado, sino otra que la desborda.

La compensación de pérdidas de las filiales no residentes con los beneficios de la matriz, en este caso británica, no entraña un riesgo de elusión fiscal porque el contribuyente no tiene realmente capacidad de elección, ya que, precisamente, ha de ser la matriz la llamada a la compensación. Cuestión diferente es que el contribuyente pueda alterar artificiosamente la condición de matriz, pero, en tal caso, las normas antiabuso de carácter general deberían reconducir la situación.

4.2.4. La consideración conjunta de las causas de justificación.

El análisis que el Tribunal de Justicia realiza de las tres causas de justificación anteriormente comentadas le lleva a concluir que, tomadas en su conjunto, las normas británicas que impiden la compensación de pérdidas de las filiales no residentes «... persiguen objetivos legítimos que son compatibles con el Tratado y constituyen imperiosas razones de interés público y son idóneas para asegurar la consecución de tales objetivos...».

El Tribunal de Justicia, aunque examina una por una las causas de justificación, y acepta su idoneidad en relación con el caso, no extrae una conclusión determinante respecto de cada una de ellas, sino que prefiere efectuar una evaluación global de las mismas. De esta manera, las normas británicas que impiden la compensación de pérdidas están justificadas frente al Derecho comunitario, a pesar de ser restrictivas en relación con el derecho de establecimiento, no porque procuren una distribución equilibrada de los derechos de imposición o eviten el riesgo de doble compensación, o, en fin, contrarresten maniobras elusivas, sino porque, todas esas causas, tomadas en su conjunto, tienen la fuerza de justificación precisa.

Con este enfoque el Tribunal de Justicia se concede a sí mismo una mayor libertad. En efecto, no se somete a la disciplina de las conclusiones predicadas en relación con cada causa de justificación, sino que puede efectuar una apreciación conjunta de todas ellas, lo cual, desde luego, concede una holgura nada despreciable. Y lo que es más importante, le permite arrumbar el examen de coherencia fiscal, en cuanto causa de justificación, para situar la alegación inherente a la función de la norma debatida en relación con la lógica del sistema fiscal concernido, en el contexto de la apreciación conjunta.

Tal vez estemos asistiendo al nacimiento de un nuevo esquema de argumentación en el que la integridad y la lógica del sistema fiscal concernido tenga un mayor peso que en el pasado, y de aquí la mayor flexibilidad en la forma de proyectar las causas de justificación respecto de la norma fiscal controvertida.

5. LA PROPORCIONALIDAD

La norma restrictiva de una libertad o discriminatoria no sólo ha de estar respaldada por una causa de justificación, o un conjunto de causas de justificación, de las que se derive su idoneidad para asegurar la consecución de un objetivo legítimo a la luz del Derecho comunitario, sino que, además, debe establecer, exclusivamente, lo apropiado para lograr ese objetivo, sin ir más allá. En esto consiste la proporcionalidad.

En este sentido, tanto la compañía MARKS & SPENCER como la Comisión entendieron que la norma de exclusión general y absoluta de compensación de las pérdidas sufridas por las filiales no residentes era desproporcionada, y surgieron dos configuraciones de la norma restrictiva que podrían entenderse proporcionadas. La primera consistía en supeditar la compensación al agotamiento de las posibilidades jurídicas de compensación en el Estado miembro de residencia de la filial. La segunda en condicionar la compensación a la posibilidad de integrar los beneficios futuros de la filial no residente que sufrió la pérdida en la base de imposición de la matriz, hasta el importe de la pérdida previamente compensada.

El Tribunal de Justicia no entra a examinar la bondad de tales configuraciones, pero sí efectúa dos consideraciones relativas a la proporcionalidad, a cuyo tenor estima que las normas británicas concernidas van más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos si las pérdidas sufridas por la filial no pueden compensarse en el país de su residencia, sea en el propio período impositivo o en pasados o futuros períodos impositivos, sea contra sus propios beneficios o contra los beneficios de otras entidades, que, suponemos, serán las integrantes del grupo fiscal.

De esta manera, el Tribunal de Justicia pretende haber encontrado un equilibrio: la no compensación de las pérdidas sufridas por la filial no residente con los beneficios de la matriz, aunque provoca una restricción al derecho de establecimiento, está justificada, pero no de manera absoluta, sino matizada, en el sentido de que, cuando la filial no residente hubiera agotado las posibilidades de compensación, la matriz debería asumir tales pérdidas. Así, sobre la base de la legitimidad de la no compensación de las pérdidas de las filiales no residentes con los beneficios de la matriz, se introduce una matización para el caso en que las pérdidas no pudieran, en absoluto, compensarse con los beneficios anteriores, actuales o futuros, de la filial o de otra entidad, que, lógicamente, habría de pertenecer al mismo grupo de empresas.

El Tribunal de Justicia no profundiza en la descripción de los supuestos en los que la filial ha agotado (*exhausted*) las posibilidades de compensación de las pérdidas en el Estado donde reside. Esta labor corresponde al aplicador de la norma. En este sentido, caben varias interpretaciones. En general, parece claro que tal situación concurrirá cuando la legislación fiscal del Estado de residencia de la filial no permita la compensación de pérdidas con los beneficios, sea de forma prospectiva o retrospectiva. No lo es tanto cuando el Estado referido sí permite la compensación pero la limita a un plazo determinado que es consumido sin obtención de beneficios para compensar. En este caso, parece que el Estado miembro de la matriz podría declinar la compensación hasta el período impositivo en el que se hubiera agotado el plazo de compensación sin que ésta se hubiera verificado.

Con todo, el Tribunal de Justicia, parece especificar un supuesto determinante de la imposibilidad de compensar pérdidas con los beneficios de los ejercicios futuros, a saber, cuando la participación sobre la filial ha sido transmitida a terceros. Sin embargo, nada es menos claro que tal transmisión

determine la imposibilidad de compensación. En primer lugar, porque la transmisión de la participación sobre la filial puede determinar una pérdida patrimonial en la matriz, que refleje, precisamente las pérdidas sufridas por la filial, o una ganancia de capital menor de la que, en ausencia de dichas pérdidas, se hubiese producido, y, en segundo lugar, porque las posibilidades de compensación no se agotan, necesariamente, con la transmisión de la participación, siendo variadas las soluciones que al respecto ofrecen los sistemas fiscales de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia ha pretendido encontrar un punto de equilibrio ¹⁷, y ha creído hallarlo a través de la proporcionalidad, descartando, por desproporcionado, un régimen fiscal que determinase la no compensación de la pérdida sufrida por la filial, con los beneficios de la matriz, de manera absoluta, pero admitiendo todos los regímenes fiscales que sólo permitan la compensación cuando la filial ha agotado las posibilidades de efectuarla en el Estado miembro donde reside.

6. DESCRIPCIÓN DEL FALLO

El fallo descansa en dos declaraciones (apartado 59):

- De acuerdo con el Derecho comunitario, los artículos 43 y 48 del Tratado constitutivo no se oponen a las normas de un Estado miembro que impiden, con carácter general, que una entidad matriz residente deduzca de sus beneficios gravables las pérdidas incurridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el mismo, cuando prevé tal posibilidad de compensación en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes.
- Sin embargo, es contrario a los artículos 43 y 48 del Tratado constitutivo prohibir la citada deducción de pérdidas, cuando la filial no residente ha agotado las posibilidades de compensación en el Estado donde reside, en el propio período impositivo o en períodos impositivos previos, y no hay posibilidades de compensación en el Estado de residencia de la filial en períodos impositivos futuros, sea con los beneficios de la filial o con los de un tercero, en particular cuando la filial ha sido transmitida a éste.

Ambas declaraciones están vinculadas. En virtud de la primera se acepta la compatibilidad con el Derecho comunitario de las normas que impidan la compensación transfronteriza de pérdidas, incluso si la compensación interna de pérdidas es plena. En virtud de la segunda, se matiza la primera, de manera tal que el impedimento a la compensación transfronteriza de pérdidas deviene contrario al Tratado constitutivo si la filial no puede compensar las pérdidas sufridas, de manera que para superar tal confrontación habría de permitirse la compensación de las pérdidas con los beneficios de la matriz.

La lectura del fallo produce la impresión de que el Tribunal de Justicia se ha guiado por dos criterios:

¹⁷ HINNEKENS, L.: «The search for the framework conditions of the fundamental Ec Treaty principles as applied by European Court to Member States' direct taxation». *Ec Tax Review* 2002/3. El autor observa que la clave del sistema es el concepto de mercado único. En su defensa no basta el principio de no discriminación sino que ha de acudir también al principio de no restricción. Sin embargo no pueden ser descartados los principios de soberanía fiscal y territorialidad, de manera tal que lo apropiado es lograr una combinación satisfactoria.

- La compensación de las pérdidas sufridas por la filial es responsabilidad del Estado miembro donde se halle establecida. Que esta compensación se haga contra los beneficios anteriores o futuros de la filial, o contra los beneficios de otras empresas del grupo residentes en dicho Estado miembro, es indiferente.
- Las pérdidas de la filial no han de quedar sin compensación, por ello si la legislación del Estado miembro en que reside no lo permite deberá responsabilizarse de tal compensación el Estado miembro de la matriz, la cual podrá efectuarla con cargo a sus beneficios.

Probablemente el Tribunal de Justicia ha buscado una solución equilibrada, antes que una solución derivada de la interpretación estricta de las exigencias del Derecho comunitario, en concreto de la libertad de establecimiento.

7. CRÍTICA DEL FALLO

Como se ha comentado, la Sentencia MARKS & SPENCER era esperada con expectación¹⁸. La importancia de la materia, muy cercana a los debates actualmente en curso concernientes a la base imponible común consolidada, y la recomendación del Abogado General en relación con una revisión de la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, eran ingredientes que alentaban dicha expectación.

Una decisión del Tribunal de Justicia en el sentido de declarar incompatible con el Derecho comunitario la no compensación transfronteriza de pérdidas cuando la interna opera plenamente, hubiera puesto en un dilema a los Estados miembros. En efecto, hubieran debido admitir la compensación de tales pérdidas con los beneficios de la matriz o, alternativamente, abandonar la compensación interna, lo que habría supuesto un duro golpe para los regímenes de consolidación fiscal o asimilados.

Una decisión del Tribunal de Justicia en sentido opuesto era difícilmente concebible bajo el imperio de la doctrina de la coherencia y el vínculo directo, tal y como aquél la había venido configurando de manera reiterada, pero sí lo era en el marco de una doctrina de la coherencia basada en «... la finalidad y la lógica del régimen fiscal...» en el sentido solicitado por el Abogado General.

La expectación no se ha visto defraudada, pues, si bien es cierto que la sentencia no se ha insertado en ninguna de las dos soluciones en abstracto predecibles, incorpora los elementos suficientes como para suscitar importantes debates que, sin duda, irán más allá de su propio contenido para trascender al estado y situación de la tributación sobre los beneficios en la Unión Europea. Seguidamente se esbozan algunos extremos que, seguramente, se insertarán en tal debate:

- La bondad del pronunciamiento del Tribunal de Justicia a la luz del Derecho comunitario.

¹⁸ CORDEWENER, A., DAHLBERG, M., PISTONE, P. y REIMER, E.: «The Tax Treatment of Foreign Losses: Riter, M & S, and the Way Ahead (Part Two)». *European Taxation*. Mayo 2004. La previsión de los autores era que el Tribunal de Justicia obligaría a los Estados miembros a establecer la igualdad de trato entre las pérdidas locales y las transfronterizas, y que de ello se derivaría un serio problema para los mismos. Aluden a la solución propuesta por F. VANISTENDAEL: *Compensación con reintegración por recuperación de valor*.

- La posible preterición de la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, y el nacimiento de un nuevo esquema argumental.
- El impacto del pronunciamiento sobre los regímenes fiscales de los Estados miembros.
- El impacto del pronunciamiento sobre los debates, actualmente en curso, relativos a la base imponible común consolidada.

7.1. La cuestionable bondad del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Respecto de la bondad del pronunciamiento poco cabe añadir a los comentarios formulados al hilo del examen que del mismo se ha realizado en los apartados 3, 4 y 5 anteriores. Podemos sintetizarlos de la siguiente manera:

- La constatación de la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento (apartado 34) responde a la doctrina sentada en numerosas sentencias, a cuyo tenor los obstáculos a dicha libertad pueden provenir tanto del Estado miembro de destino (*host country*) como del Estado miembro de origen (*home country*). No estamos ante un obstáculo directo, en el sentido de que exista una carga fiscal derivada del establecimiento, sino de carácter indirecto, y potencial, pues la carga fiscal asociada al establecimiento se configura por comparación a la inherente a la realización de una inversión puramente interior, y no se materializará mientras la filial no sufra pérdidas. Pues bien, este tipo de obstáculo ha sido, precisamente, el que con mayor frecuencia ha sido desvelado y considerado como tal en las sentencias del Tribunal de Justicia. De acuerdo con lo expuesto, MARKS & SPENCER es continuadora de la doctrina ya conformada por el Tribunal de Justicia.

Cuestión diferente es que se pueda tachar tal doctrina de excesivamente rigurosa, porque se estime que, en la práctica, las empresas no tomarán en consideración, a la hora de ejercitar el derecho de establecimiento, un obstáculo fiscal indirecto y meramente potencial. Puede que así sea, pero, con todo, no dejará de reconocerse que, desde la perspectiva del buen funcionamiento del mercado interior, una fiscalidad efectiva divergente de la compensación intersocietaria de pérdidas, según que las mismas sean transfronterizas o puramente internas, representa un obstáculo.

- El rechazo de la alegación de incompetencia del Estado miembro donde reside la matriz, para regular la compensación de pérdidas de la filial (apartado 40), está basado en una interpretación correcta del principio de territorialidad.
- La aceptación de la alegación de que la compensación, en sede de la matriz, rompería el equilibrio en la distribución del poder de imposición entre los Estados afectados (apartado 46), no está suficientemente justificada, y, por el contrario, a la luz del principio de territorialidad, no se advierte tal ruptura.
- La aceptación de la alegación relativa al riesgo de doble cómputo de pérdidas (apartado 48) desconoce la existencia y efectividad de los controles basados en la contabilidad.

- La aceptación de la alegación relativa al riesgo de elusión fiscal (apartado 49) desconoce que la compensación podría constreñirse a la matriz, excluyendo a cualquier otra empresa del grupo, y que la condición de matriz no es fácilmente manipulable.
- La configuración de la proporcionalidad tiene el mérito de evitar el no cómputo de una pérdida (apartado 55) sufrida por una empresa integrante del grupo, y el inconveniente, en el que se abundará más adelante, de supeditar la tributación de la matriz al régimen fiscal de compensación de pérdidas del Estado miembro donde resida la filial.

De acuerdo con las observaciones precedentes, cabe concluir que la Sentencia MARKS & SPENCER adolece de imperfecciones en relación con la apreciación de las causas de justificación. Finalmente, ha de señalarse que MARKS & SPENCER no ha abordado una cuestión que, sin embargo, fue barajada por los comentaristas. Se trataba de dilucidar si la negativa a la compensación de las pérdidas de las filiales no residentes suponía una restricción a la libertad de establecimiento, considerando que las normas británicas sí permitían la compensación de las pérdidas de los establecimientos permanentes, de manera tal que podría existir una diferencia de trato sin justificación bastante, habida cuenta de que ambas filiales y establecimientos permanentes son instrumento del derecho de establecimiento¹⁹.

7.2. La preterición de la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, y el nacimiento de un nuevo esquema argumental.

Como es sabido, BACHMANN fue el «*leading case*» de la doctrina de la coherencia fiscal. Esta sentencia encontró justificada la privación de una ventaja fiscal a una persona que había ejercitado la libertad de establecimiento, porque tal ventaja estaba ligada con un gravamen futuro cuya exigencia se presumía de difícil realización debido a las circunstancias de la referida persona. Nace, así, la doctrina de la coherencia fiscal.

En su más amplia dimensión, la doctrina de la coherencia fiscal vendría a significar que las discriminaciones o restricciones a las libertades comunitarias provocadas por las normas fiscales de los Estados miembros no violentarían el Derecho comunitario en la medida en que respondieran al mantenimiento de la coherencia interna de sus respectivos sistemas fiscales y fueran proporcionadas en relación con tal objetivo.

¹⁹ MENSSIM, G.: «The Marks & Spencer case: reaching the boundaries of the EC Treaty». *Ec Tax Review* 2003/3. El autor, haciéndose eco de los criterios de WATTEL y ALBERT, formula cuatro cuestiones relevantes en orden a la determinación de la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento: ¿Debe el Estado miembro de origen garantizar la libre elección entre la forma de filial y de establecimiento permanente? (neutralidad de forma jurídica). ¿Debe el Estado miembro de destino tratar por igual a filiales y subsidiarias? (neutralidad de forma jurídica). ¿Debe el Estado miembro de origen tratar por igual a una filial no residente y a una filial residente? (neutralidad de establecimiento en la exportación de capitales). ¿Debe el Estado miembro de destino tratar a una filial de una matriz no residente del mismo modo que a una filial de una matriz residente? (neutralidad de establecimiento en la importación de capitales). Su conclusión, a la vista de tal planteamiento metodológico, es que, toda vez que el Reino Unido permite la compensación de las pérdidas de los establecimientos permanentes con los beneficios de la casa central, debería permitir que la filial no residente compensara sus pérdidas con los beneficios de la matriz. Por el contrario, la compensación de las pérdidas de las filiales domésticas (*group relief*) no obliga, por causa del derecho de establecimiento, a la compensación de las pérdidas de las filiales no residentes.

Puesto que, por definición, e incluso exigencia constitucional, los sistemas fiscales de los Estados miembros han de estar constituidos de manera racional y sistemática, la doctrina de la coherencia fiscal, en su más amplia dimensión, hubiera podido constituir un escudo poderoso para proteger los regímenes fiscales discriminatorios o restrictivos de libertades comunitarias.

Sin embargo, posiblemente por ello, el Tribunal de Justicia no dio cauce a la dimensión amplia de la doctrina de la coherencia, sino que, por el contrario, la desposeyó de gran parte de sus potencialidades a través de la denominada doctrina del vínculo directo, en cuya virtud la coherencia había de ser examinada en el seno de la tributación relativa al mismo contribuyente y por el mismo impuesto ²⁰.

El Tribunal de Justicia generó la doctrina de la coherencia y el Tribunal de Justicia la neutralizó a través de la doctrina, complementaria del vínculo directo ²¹. En rigor, tal operación es difícilmente enjuiciable, tanto desde la perspectiva del Derecho comunitario como del Derecho de los Estados miembros. Desde el Derecho comunitario, porque la doctrina de la coherencia no descansa en una norma comunitaria de contenido preciso y directo, y desde el Derecho de los Estados miembros, porque las normas, incluso constitucionales, que hacen referencia a la sistematicidad del ordenamiento tributario están concebidas, por regla general, desde una perspectiva puramente interna, sin considerar las exigencias que, respecto de dicha sistematicidad, pudieran derivar del Derecho comunitario.

Naturalmente esto no quiere decir que la doctrina de la coherencia carezca de fundamento jurídico. Por el contrario, se opina que tiene un fundamento jurídico suficiente en el Tratado constitutivo. En efecto, en la medida en que la justicia tributaria se concreta en el derecho a satisfacer tributos de acuerdo con el principio de igualdad, ha de entenderse que un ordenamiento tributario es sistemático si, entre otras exigencias, respeta tal principio. Ahora bien, el derecho a satisfacer los tributos de acuerdo con el principio de igualdad puede encuadrarse entre las «... tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros...» a que se refiere el artículo 6 del Tratado constitutivo, y por ello tiene la consideración de principio general del Derecho comunitario. Con palabras más precisas, el artículo I-9 de la Constitución para Europa establece que «... los derechos fundamentales que... son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales...».

Por esta vía, la coherencia de los sistemas fiscales se incardina en el Derecho comunitario. En suma, la protección de la coherencia de los sistemas fiscales es también misión del Tribunal de Justicia en su función de intérprete del Derecho comunitario, y de ahí la pertinencia de la doctrina de la coherencia.

Lo que está en discusión no es la doctrina de la coherencia de los sistemas tributarios, sino la dimensión y eficacia práctica que el Tribunal de Justicia le ha conferido en las múltiples sentencias en las que la ha aplicado. En suma, lo que está en discusión es si el recorte de las potencialidades

²⁰ GARCÍA PRATS, F.A.: «La coherencia fiscal desde la perspectiva interna, internacional y comunitaria». *Diritto e pratica tributaria internazionale*. A juicio del autor, el Tribunal de Justicia ha desalojado la formulación de la coherencia de la concepción sistemática del orden tributario estatal, de manera que la desplaza de su ubicación natural en torno al concepto de sistema tributario.

²¹ ALMUDÍ CID, J.: «Régimen Jurídico de la Transparencia Fiscal Internacional». IEF (2005). El autor constata que el Tribunal de Justicia, en los últimos tiempos, nunca ha apreciado la coherencia fiscal.

de la doctrina de la coherencia, merced a la doctrina del vínculo directo, ha servido para establecer un esquema de razonamiento jurídico que sea idóneo para determinar un punto de equilibrio entre la garantía de las libertades fundamentales y la no discriminación (art. 12 del Tratado constitutivo, y art. 1.4 de la Constitución para Europa) y el respeto de la coherencia de los sistemas fiscales de los Estados miembros, y, por ende, del principio de igualdad.

La respuesta es, cuando menos, incierta, en particular tras LANKHORST²², porque si contemplamos las sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha apelado a la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, podremos llegar a la conclusión de que, en rigor, lo que ha sucedido es que no ha habido un examen en profundidad de la función del régimen fiscal concernido en el contexto del sistema fiscal en el que se integra y, por tanto, de su servicio a los principios de tal sistema, en particular al de igualdad, sino, más bien, una sonora constatación de que no se verificaba el supuesto de hecho de la doctrina del vínculo directo.

En cierto modo, el Tribunal de Justicia, probablemente con la vista puesta, de una parte, en la protección de las libertades comunitarias, y de otra, en la configuración de un razonamiento jurídico predecible, ha puesto en circulación una doctrina, la del vínculo directo, que ha hurtado, en buena parte, de eficacia a la doctrina de la coherencia, a cuyo servicio se vincula, de manera tal que, finalmente, se ha privado a sí mismo de realizar un análisis en profundidad de la norma fiscal combatida. A causa de ello no siempre ha tenido fortuna en el objetivo de alcanzar, en cada caso, el punto de equilibrio entre la igualdad tributaria y las libertades comunitarias²³.

No obstante, los resultados alcanzados a lo largo de los casi tres lustros en los que el Tribunal de Justicia ha venido operando bajo la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, el saldo es razonablemente aceptable, con la excepción, tal vez de LANKHORST (324/00), donde la doctrina del vínculo directo ha impedido al Tribunal de Justicia apreciar que la privación de la deducción de intereses estaba compensada, por aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, con el ajuste de signo contrario o la aplicación de medidas para eliminar la doble imposición. Sin la doctrina del vínculo directo LANKHORST hubiera sido muy diferente porque la protección del principio de libre concurrencia al que, en definitiva, se consagran las normas antisubcapitalización, y la consecuente distribución de ingresos fiscales entre los Estados concernidos, tenía fácil engarce con el principio de igualdad tributaria, y todo ello sin mengua de las libertades comunitarias, puesto que no concurría una mayor carga fiscal en el conjunto de las dos entidades involucradas en el ejercicio del derecho de establecimiento, esto es, la matriz y su filial extranjera. La doctrina de la coherencia en la dimensión estrecha derivada de la doctrina del vínculo directo, impidió, a nuestro modo de ver, realizar un análisis en profundidad de la situación tributaria global, y, por consecuencia, alcanzar una solución equilibrada.

Muy probablemente, el Tribunal de Justicia tenía en mente tales dificultades, abiertamente explicitadas y explicadas, aunque sin referencia a LANKHORST, por el Abogado General, como ya

²² GARCÍA HERRERA, C. y HERRERA MOLINA, P.: «Is tax fairness in Europe under siege? Spanish law and anti-avoidance provisions». *Ec Tax Review* 2004/2.

²³ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Los principios resultantes de la jurisprudencia comunitaria en materia de Impuesto sobre Sociedades». *Hacienda Canaria* 2003/3. Los autores advierten respecto de los problemas que plantea una visión estrecha de las causas de justificación y de la proporcionalidad, como la que, a su juicio, sigue el Tribunal de Justicia.

se ha expuesto. Y tal vez por ello haya eludido un razonamiento en términos de la doctrina de la coherencia fiscal y del vínculo directo. Es difícil precisar si estamos ante el inicio de un camino en el que se abandona tal doctrina o bien se reformula, formal y materialmente²⁴. También es difícil adivinar si el esquema de razonamiento jurídico propuesto en MARKS & SPENCER se reproducirá en futuras sentencias. Y es también difícil pronosticar si, en caso de consolidarse tal razonamiento jurídico, las tesis de los Estados miembros en defensa de los regímenes fiscales concernidos hallarán acogida, en mayor medida, por el Tribunal de Justicia.

Con todo, el abandono, si efectivamente se produce, de la doctrina de la coherencia y del vínculo directo, o su reformulación no habrá de suponer el repliegue de las libertades comunitarias, sino una mayor libertad de examen por parte del Tribunal de Justicia de todos los aspectos de las normas concernidas, y de sus relaciones con otras, no sólo del sistema fiscal en el que se integran, sino de otro u otros sistemas fiscales de los Estados miembros, en orden a la determinación de ese punto de equilibrio al que hemos aludido insistentemente en líneas anteriores. En este esquema de razonamiento jurídico, el principio de proporcionalidad²⁵ está llamado a cumplir un papel fundamental, como así ha sido en MARKS & SPENCER, por más que el contenido del fallo sea, sin duda, discutible.

MARKS & SPENCER es, ciertamente, por comparación con otras sentencias relevantes relativamente recientes, tales como Verkooijen (35-98), Lenz (315-02), Maninnen (319-02), Bosal (168-01) y Lankhorst (324-00), más protectora de lo que podríamos denominar la integridad de los sistemas fiscales de los Estados miembros, y, consecuentemente, menos exigente en la aplicación del principio de no restricción de libertades comunitarias. Ya hemos indicado antes que de ello no ha de derivarse, necesariamente, un repliegue de las libertades comunitarias.

La plena integración de los mercados nacionales en un mercado interior es un objetivo de la Unión Europea (art. 2 del Tratado Constitutivo y art. I.3 de la Constitución para Europa), y las libertades comunitarias se configuran a modo de instrumentos jurídicos para lograr tal objetivo. La diversidad de sistemas fiscales, fruto de la soberanía de los Estados miembros, determina que las empresas y agentes económicos no operen en el marco de un sistema fiscal único, lo que, de por sí, crea, cuando menos, cuatro obstáculos²⁶:

- Los inherentes a las diferencias materiales de los sistemas fiscales, tales como el tipo de gravamen, las reglas determinantes de la renta fiscal o los incentivos fiscales.
- Los que dificultan la realización de actividades económicas en otro Estado miembro, por causa de gravámenes fiscales o la pérdida de ventajas fiscales, en relación con las actividades intracomunitarias.

²⁴ GARCÍA-HERRERA, C. y HERRERA MOLINA, P.: «El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Rectificar la jurisprudencia o desintegrar la fiscalidad internacional en Europa?». En *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, dirigidos por COLLADO YURRITA, M.A., y coordinados por MORENO GONZÁLEZ, S. Los autores abogan, abiertamente, por una reformulación de la doctrina de la coherencia.

²⁵ BAKER, P.: «Protection of the Taxpayer by European Court of Justice». CFE Forum 22 April 2002. *European Taxation CFE News*. El autor sugiere que las normas que preservan la eficiencia del sistema fiscal deberían estar justificadas, con tal de que no representen una desproporcionada interferencia con las libertades fundamentales.

²⁶ VANISTENDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *Ec Tax Review* 2003/3.

- Los que derivan de las normas que regulan de manera diferente la tributación de las actividades económicas realizadas por residentes y no residentes.
- Los que derivan de las normas que regulan de manera diferente la tributación de las empresas, según que sus actividades económicas sean domésticas o intracomunitarias.

El Tribunal de Justicia se ha venido aplicando a la remoción de los referidos obstáculos, excepción hecha del primero que sólo es superable mediante la acción armonizadora, a través de la construcción de una doctrina fundamentada inicialmente en el principio de no discriminación y más tarde en el principio de no restricción.

La Sentencia MARKS & SPENCER no se aparta de esa línea jurisprudencial, pues, como se ha visto, aplica el principio de no restricción, en este caso de la libertad de establecimiento. Lo novedoso de MARKS & SPENCER es la flexibilidad en la apreciación de las causas de justificación, y la alambicada solución derivada de la aplicación al caso del principio de proporcionalidad.

En un orden lógico, la prioridad o preferencia del Derecho comunitario (art. I.6 de la Constitución para Europa), respecto de los ordenamientos puramente internos de los Estados miembros, garantiza que la remoción de los obstáculos fiscales al mercado interior prevalecerá sobre la integridad de los sistemas fiscales de los Estados miembros, pero, en último extremo, el Tribunal de Justicia en aplicación de la doctrina de la «*rule of reason*» intentará alcanzar, en cada caso, la solución más equilibrada. En este sentido, la sentencia MARKS & SPENCER es posible que abra nuevas perspectivas y esquemas de razonamiento jurídico, pero no autoriza a pensar en un giro copernicano.

7.3. El impacto del pronunciamiento sobre los sistemas fiscales de los Estados miembros.

Si tras LANKHORST era meridiano que bastantes Estados miembros debían revisar sus normas antisubcapitalización, y así ha sucedido²⁷, MARKS & SPENCER no permite una previsión semejante. De MARKS & SPENCER no se infiere que las pérdidas sufridas por las filiales residentes en otros Estados miembros han de ser compensadas con cargo a los beneficios de la matriz, o de otra sociedad del grupo, cuando sí lo sean las pérdidas de las filiales puramente locales, pero tampoco que el Estado de residencia de la matriz pueda, sin más, desentenderse de dichas pérdidas, sino que debe permitir su compensación con los beneficios de la matriz, bajo determinadas circunstancias.

MARKS & SPENCER, en principio, sólo afecta a aquellos Estados miembros que tengan establecidos sistemas de tributación que atiendan a la realidad que representa un grupo de sociedades, aunque no se trate de sistemas de consolidación en sentido estricto con tal de que permitan la compensación de las pérdidas de las filiales con los beneficios de la matriz o de otras filiales, cuan-

²⁷ BRUND GOUTHIERE y otros: «A comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member States of the European Union and Certain Other States». *European Taxation*. September/october 2005. Lo relevante de este estudio, aparte de la información sistematizada que proporciona de los distintos Estados miembros, es que muestra la vinculación de bastantes de las regulaciones positivas de la antisubcapitalización con el principio de libre competencia.

do el grupo de sociedades que disfruta de tal régimen es puramente interno. Por tanto, MARKS & SPENCER no afecta a los Estados miembros que no tienen establecidos regímenes de consolidación fiscal o asimilados, o que, teniéndolos, son de proyección europea o mundial, de manera tal que procuran la compensación de las pérdidas sufridas por las filiales no residentes.

En suma, los Estados miembros afectados son aquellos que tienen establecidos regímenes de consolidación fiscal o asimilados de carácter local.

Estos Estados miembros deberán permitir la compensación de las pérdidas sufridas por las filiales residentes en otros Estados miembros, pero sólo cuando las filiales hayan agotado las posibilidades de compensación. Se sigue de ello que la obligación del Estado miembro de la matriz depende de la legislación fiscal del Estado miembro de la filial, de manera tal que cuanto más permisiva sea ésta menor será la probabilidad de que el Estado miembro de la matriz haya de aceptar la compensación y viceversa.

Es difícil encontrar un modelo tributario semejante al que se desprende de la Sentencia de MARKS & SPENCER. Ciertamente el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE establece la obligación de practicar ajustes de signo inverso a la vista de un ajuste al alza sobre la base del precio de mercado, pero tal obligación sólo procede cuando el ajuste practicado por el otro Estado contratante respetó el principio de libre competencia. Por el contrario, tal y como se pronuncia la Sentencia MARKS & SPENCER, la compensación en sede de la matriz no está supeditada a otro requisito que el agotamiento de las posibilidades de compensación por parte de la filial. Se sigue de aquí que cuando la compensación de pérdidas del Estado miembro de la filial sea ilimitada en el tiempo, el Estado miembro de la matriz no soportará la compensación, al menos mientras la empresa que la sufrió continúe perteneciendo al grupo. Por el contrario, cuando la compensación de pérdidas del Estado miembro de la filial sea limitada en el tiempo, el Estado miembro de la sociedad matriz tendrá más posibilidades de soportar la pérdida.

Bajo los criterios de MARKS & SPENCER, la legislación sobre compensación de pérdidas del Estado miembro de la filial define la responsabilidad del Estado miembro de la matriz. Esto no parece correcto. Un sistema fiscal no debe verse supeditado a lo establecido por otro, a menos que ambos deban regirse por los mismos principios y normas que los hagan efectivos, en virtud de las obligaciones contraídas por los Estados concernidos en el contexto de tratados internacionales bilaterales o multilaterales. No es éste el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, pues, en efecto, el Tratado constitutivo no impone exigencias explícitas en relación con los principios y contextura de los sistemas fiscales relativos a la imposición sobre la renta, sin perjuicio de que los mismos no deban contener medidas contrarias a las normas y principios del Tratado.

De acuerdo con lo expuesto, la Sentencia MARKS & SPENCER parece imponer unas obligaciones sobre los Estados miembros de dudoso fundamento jurídico, de las cuales, ciertamente, podrán escapar bajo un diseño de la fiscalidad de los grupos de sociedades que caiga fuera del supuesto contemplado en aquélla.

Es cierto que la solución alcanzada por MARKS & SPENCER encierra aspectos positivos. Así, evita excesos de imposición en la medida en que la pérdida de la filial no quedará sin com-

pensación, y, al tiempo, sólo interfiere en el sistema fiscal del Estado miembro de la matriz en la menor medida posible para lograr la neutralización del exceso de imposición. Pero tales cualidades quedan cegadas por el defecto, capital, de hacer depender la responsabilidad del Estado miembro de la matriz y, por tanto, la obligación fiscal de la misma, del régimen de compensación de pérdidas del Estado de la filial. En este sentido, puede afirmarse que el análisis de proporcionalidad realizado por el Tribunal de Justicia ha podido estar mediatizado por el objetivo de interferir lo menos posible en el sistema fiscal de los Estados miembros.

Tampoco será fácil, en la práctica, la instrumentación de tal régimen de compensación en sede de la sociedad matriz. Son varias las cuestiones que se plantearán, entre otras, las siguientes: ¿Podrá el Estado miembro de la matriz cuestionar el hecho jurídico del agotamiento de las posibilidades de compensación de las pérdidas sufridas por la filial, o deberá atenerse al pronunciamiento en tal sentido del Estado miembro de residencia de dicha filial? ¿Podrá el Estado miembro de la matriz determinar la pérdida compensable de acuerdo con sus propias normas o deberá estar a las normas del Estado de la filial? ¿Podrá el Estado miembro de la matriz, en su caso, cuestionar el importe de la pérdida sufrida por la filial, o deberá atenerse al pronunciamiento del Estado miembro de la filial? ¿Podrá el Estado miembro de la matriz gravar los beneficios posteriores de la filial? ¿Estará obligado el Estado miembro de la matriz a compensar las pérdidas de la filial, por el hecho de la transmisión a terceros de la participación, incluso cuando compute una pérdida o una menor ganancia derivada de la operación de transmisión debido, precisamente, a la minoración del valor de transmisión por causa de la pérdida sufrida por la filial? ¿Estará obligado a soportar tal compensación, incluso cuando la filial objeto de la transmisión conserve la posibilidad de compensación de la pérdida sufrida? ¿Estará obligado el Estado miembro de la matriz a soportar la compensación cuando la pérdida de la filial derive de la aplicación de un convenio bilateral para evitar la doble imposición concertado por el Estado miembro de la filial con otro Estado, sea o no miembro de la Unión Europea? ¿Estará obligado el Estado miembro de la matriz a permitir la compensación de una pérdida que exceda del importe del valor de la inversión financiera en la filial? ¿Quién debe soportar la carga de la prueba de relación con los hechos determinantes de la compensación?

La Sentencia MARKS & SPENCER no permite dar respuesta cabal a las cuestiones precedentes, pero el hecho de que se planteen, ya dice de la endeblez jurídica de la solución alcanzada por la misma a través del principio de proporcionalidad.

Realmente, el Tribunal de Justicia hubiera podido dibujar otra solución en el marco del principio de proporcionalidad. En particular, aquella que parecía contar con una mayor aceptación y difusión, era la compensación con el posterior reintegro de pérdidas. Esta solución, descrita para los establecimientos permanentes por el Modelo de Convenio de la OCDE, había sido propugnada, entre otros, por F. VANISTENDAEL²⁸. Bajo esta solución, las pérdidas de las filiales residentes en otros Estados miembros se compensarían en la misma forma que lo hacen las pérdidas de las filiales domésticas. Se sigue de ello que no sería precisa una norma armonizadora, relativa a tan importante materia para

²⁸ VANISTENDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *Ec Tax Review* 2003/3.

el mercado interior, como la compensación de pérdidas transfronterizas. Sin embargo, la solución del Tribunal de Justicia queda muy lejos del referido método de compensación.

La Sentencia MARKS & SPENCER no tendrá un impacto apreciable en el Impuesto sobre Sociedades español. Es cierto que el grupo fiscal no permite la inclusión de dependientes extranjeras (art. 67 del TRLIS), pero también que la deducción del deterioro de una participación sobre una filial no residente (art. 12.3 del TRLIS) surte el efecto práctico de la compensación de pérdidas. No obstante, podría objetarse que la compensación vía deterioro de la participación tiene el límite de su valor contable, en tanto que la compensación propia del régimen de los grupos fiscales no padece dicho límite.

7.4. El impacto del pronunciamiento sobre el sistema de base imponible común consolidada.

A raíz del Informe Bolkenstein ²⁹, la Comisión ha desplegado una estrategia relativa a la tributación de los beneficios empresariales en la Unión Europea, uno de cuyos pilares es el establecimiento de un sistema de base imponible común consolidada, relativo al grupo de empresas intraeuropeo. Esa base imponible sería distribuida entre los Estados miembros concernidos mediante una fórmula de reparto predeterminada, conservando tales Estados plena competencia para fijar el tipo de gravamen ³⁰. Un grupo de trabajo en el seno de la Comisión labora, actualmente, en el bosquejo de la base imponible común consolidada ³¹. Ahora nos preguntamos por la incidencia que la Sentencia MARKS & SPENCER tendrá en tales trabajos.

En cuanto su objeto es la compensación de pérdidas en el seno de un grupo de empresas, está clara su relación con el sistema de base imponible común consolidada, pues uno de los efectos de la referida base imponible es la compensación de las pérdidas, tanto de la matriz como de las filiales, con los beneficios de otras empresas del grupo.

En este sentido, la primera conclusión que puede extraerse es que, bajo tal sistema de determinación de la base imponible, el supuesto de hecho de la Sentencia MARKS & SPENCER ni siquiera se hubiera planteado. De ahí podría derivarse un cierto impulso hacia el sistema de base imponible común consolidada. Sin embargo, tal impulso hubiera sido mucho mayor, y en cierto modo casi determinante, si el Tribunal de Justicia hubiera sido más audaz. En efecto, si la sentencia hubiera establecido que el régimen de compensación de pérdidas de las filiales residentes en otro Estado miembro debía ser el mismo que se aplica a las filiales domésticas, un aspecto básico de la base imponible común consolidada, a saber, la compensación de pérdidas y beneficios de las empresas del grupo, hubiera quedado definido por el Tribunal de Justicia en cuanto exigencia del Derecho comunitario.

²⁹ Company Taxation in the Internal Market. SEC (2001) 1681.

³⁰ Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. COM (2001) 582, final.

³¹ Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group. General Principles.

Desde esta consideración, la Sentencia MARKS & SPENCER representa una oportunidad perdida que, incluso, tal vez, ya no se repita. Ciertamente, la responsabilidad que impone al Estado miembro de la matriz respecto de las pérdidas de las filiales que han agotado las posibilidades de compensación en el Estado miembro de su residencia, es posible que incite a la Comisión a publicar una comunicación respecto de los efectos que, a su entender, la Sentencia MARKS & SPENCER desplegará sobre los sistemas fiscales de los Estados miembros, pero el efecto de la misma en relación con la base imponible común consolidada no tendrá el impacto que hubiera podido tener una sentencia rotunda en relación con la compensación transfronteriza de pérdidas.

Desde esta perspectiva, la Sentencia MARKS & SPENCER es decepcionante. En efecto, si bien procura la inexistencia de excesos de imposición derivados de la no compensación de pérdidas, la forma en cómo dibuja tal compensación impide que la misma surta los efectos propios de la compensación por pertenencia a un grupo fiscal.