

CONSOLIDACIÓN FISCAL E IMPORTACIÓN DE PÉRDIDAS: EL CASO MARKS & SPENCER

José Manuel Calderón Carrero

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la
Universidade da Coruña*

RESUMEN:

El trabajo analiza las implicaciones de naturaleza tributaria y presupuestaria derivadas de la sentencia del TJCE en el caso *Marks & Spencer*. Tal decisión ha traído consigo un cambio sustantivo en alguno de los principios estructurales que venían gobernando la imposición societaria en el ámbito de los países de la OCDE y europeos. En particular, esta jurisprudencia pone en tela de juicio la territorialidad impositiva sobre la que se erige de una forma u otra el modelo de imposición societaria europeo. En este caso, fueron las reglas de “consolidación fiscal” las que resultaron afectadas por el pronunciamiento del TJCE. No obstante, la jurisprudencia comunitaria posee una influencia de gran alcance que excede el concreto objeto de la sentencia comentada, en la medida en que está suponiendo una auténtica “deconstrucción” del modelo de imposición sobre la renta en la CE.

Palabras clave: Tributación de grupos de empresas; libertad de establecimiento comunitario; Impuesto sobre sociedades.

ABSTRACT:

This piece of work analyses the ECJ decision on the Marks & Spencer case. In particular, this jurisprudence tackles the compatibility with EC Law of the group taxation rules of the member States. The ECJ's decision overruled some of the most relevant taxation principles of the Member States. In this sense, the ECJ's jurisprudence is changing the very foundations of the income taxation within the EU. This commentary only tries to show and shed light on this ongoing process.

Key words: Fiscal consolidation of company groups; Freedom of establishment; Corporation income tax.

Consolidación fiscal e Importación de pérdidas: el caso Marks & Spencer

1. INTRODUCCIÓN.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las CEE en el caso *Marks & Spencer* (de 13 de diciembre de 2005, C-446/03) no ha dejado indiferente a nadie. Los diferentes Gobiernos nacionales de los Estados miembros, sus autoridades fiscales, la Comisión UE, los grupos de empresas europeos, etc., esperaban con impaciencia esta decisión y, curiosamente, ninguna de las partes ha mostrado su total satisfacción con el pronunciamiento. Posiblemente, ello resulte revelador del equilibrio logrado a través de la misma, aunque tal circunstancia también puede ser indicativa de una cierta porosidad del tribunal en relación con la presión o influencia externa que se ejerció sobre el mismo desde que se planteó la cuestión prejudicial. No puede perderse de vista que la cuestión prejudicial planteada tenía implicaciones de naturaleza tributaria y presupuestaria de gran magnitud. Desde el punto de vista tributario, la ampliación subjetiva del régimen de consolidación interno incluyendo en el mismo no sólo las filiales residentes sino también a las filiales no residentes (sus bases imponibles negativas) posee consecuencias de carácter estructural que pueden llegar a afectar al modelo de impuesto sobre sociedades actualmente vigente en la mayoría de países miembros de la OCDE y de la UE; en este sentido, no ha de extrañar que este pronunciamiento haya sido seguido y analizado con gran interés desde países no europeos como los EE.UU. Desde el punto de vista presupuestario, una decisión a favor de la integración o importación incondicionada de las pérdidas de las filiales extranjeras podría alterar, menoscabar o afectar gravemente al ya difícil equilibrio presupuestario de los Estados miembros de la CE (especialmente, aquellos en los que están situadas las “sedes” de las principales matrices de los grupos multinacionales europeos).

Como veremos a lo largo de este trabajo, la decisión del TJCE en *Marks & Spencer*; a nuestro entender, pretende moverse en un plano de equilibrio que concilie el “interés comunitario” con el “interés fiscal” de los Estados miembros. No estamos ante una decisión revolucionaria, pero tampoco ante una que consolida el estatus quo fiscal. Como se sabe, esta sentencia se pronunció a favor de la importación de pérdidas de las filiales extranjeras en el Estado miembro de residencia de la matriz, pero condicionando tal integración (obligatoria) a la concurrencia de unos requisitos definidos de forma estricta e imprecisa. Al punto, tratamos de analizar este pronunciamiento al objeto de extraer sus principales consecuencias inmediatas o prácticas, así como los efectos colaterales y de política legislativa que pueden resultar de esta línea de jurisprudencia para el actual modelo de impuesto sobre sociedades.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO.

El caso *Marks & Spencer* constituye una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE por la High Court of Justice of England and Wales en torno a la compatibilidad con la libertad de establecimiento comunitaria (arts.43 y 48 CE) del régimen de “consolidación fiscal” británico.

En particular, la referida cuestión prejudicial se planteó en el marco de un litigio entre la entidad británica *Marks & Spencer plc* y la Administración tributaria británica (*UK Inland Revenue*), en relación a la denegación por esta última de una solicitud de

consolidación fiscal presentada por Marks & Spencer con el fin de deducir de su beneficio imponible en el Reino Unido las pérdidas sufridas por sus filiales establecidas en Bélgica, Alemania y Francia.

Con arreglo a la legislación británica aplicable en el momento en que acontecieron los hechos, una sociedad establecida en el Reino Unido que ejerce una actividad comercial en otro Estado miembro por medio de una filial establecida en éste tributa en el Reino Unido por los dividendos abonados por dicha filial y puede acogerse a un crédito fiscal correspondiente a la cuota abonada en el otro Estado miembro por los beneficios sobre cuya base se distribuyen los dividendos y, en su caso, a las retenciones en la fuente. Cuando no sea aplicable la normativa de transparencia fiscal internacional (TFI/CFC), la sociedad matriz británica no tributa por los beneficios de su filial no residente y no puede imputar las pérdidas de éstas a sus beneficios. Asimismo, los dividendos distribuidos a una sociedad matriz establecida en el Reino Unido por una filial establecida también en este Estado miembro están exentos, a diferencia de los abonados por una filial establecida en otro Estado miembro.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación del régimen especial de las pérdidas en el marco de los grupos de sociedades (*group relief*), la legislación británica aplicable desde el ejercicio 2000, tras la modificación operada a raíz de la STJCE de 16 de julio de 1998 (*ICI*, C-264/1996, Rec. P.I.4695), limitaba el ámbito del referido régimen a los beneficios y a las pérdidas comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho tributario del Reino Unido, a saber:

- las pérdidas de una sociedad establecida en el Reino Unido pueden cederse a otra sociedad establecida en el Reino Unido, en la medida en que pertenezcan al mismo grupo, a los efectos de la tributación en el marco del impuesto sobre sociedades de acuerdo con el régimen de consolidación fiscal;
- las pérdidas de una sucursal establecida en el Reino Unido de una sociedad no residente pueden transferirse a otra sociedad del grupo para que se deduzcan de los beneficios de ésta imposables en el Reino Unido;
- las pérdidas de una sociedad del grupo establecida en el Reino Unido pueden transferirse a la sucursal para que sean deducidas de los beneficios de ésta en el Reino Unido.

La controversia que motivó el caso surgió cuando Marks and Spencer, la matriz británica de un grupo de empresas británicas y europeas del sector textil/hogar, solicitó en el Reino Unido la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por sus filiales establecidas en Bélgica, Alemania y Francia durante cuatro ejercicios: los cerrados el 31 de marzo de 1998, el 31 de marzo de 1999 y el 31 de marzo de 2001. Las filiales belga, alemana y francesa habían ejercido sus actividades económicas en los Estados miembros en los que estaban establecidas (donde eran residentes a efectos fiscales), no disponiendo de un establecimiento permanente en el Reino Unido. Resulta igualmente relevante destacar que en marzo de 2001 (antes de solicitar la consolidación fiscal de sus filiales extranjeras), la matriz Marks & Spencer anunció el final de sus actividades en el continente europeo. Tal anuncio se tradujo en la cesión a terceros de la filial establecida en Francia y en el cese total de la actividad comercial de las filiales belga y alemana.

Otro dato particularmente relevante resulta de considerar que las partes en el procedimiento, esto es, Marks & Spencer y la Administración tributaria británica convinieron (en el marco del procedimiento previo al planteamiento de la cuestión prejudicial) en que las pérdidas debían determinarse con arreglo a la normativa fiscal del Reino Unido, de manera que la matriz británica recalculó las pérdidas sobre la base de tal acuerdo.

Con todo, las solicitudes de consolidación fiscal fueron denegadas por la Administración tributaria británica, argumentando que la normativa interna sólo permite la consolidación de las pérdidas registradas en el Reino Unido.

La matriz británica impugnó tal denegación ante los *Special Commissioners of Income Tax*, que también desestimaron su recurso.

Marks and Spencer recurrió igualmente tal decisión ante el *High Court of Justice* (England and Wales), que resolvió suspender el procedimiento y plantear al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Existe una restricción con arreglo al artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, y, de ser así, está justificada con arreglo al Derecho comunitario, cuando:

- las disposiciones de un Estado miembro, tales como las disposiciones aplicables en el Reino Unido en relación con la consolidación fiscal, impiden que una sociedad matriz residente a efectos fiscales en dicho Estado reduzca sus beneficios imponibles en el mismo imputándose las pérdidas registradas en otros Estados miembros por sociedades filiales residentes a efectos fiscales en dichos Estados, mientras que dicha imputación sí sería posible si las pérdidas hubieran sido registradas por sociedades filiales residentes en el Estado de la sociedad matriz, y
- el Estado miembro de la sociedad matriz:
 - somete a las sociedades residentes en su territorio al impuesto sobre sociedades por la totalidad de sus beneficios, incluidos los beneficios obtenidos por sus sucursales en otros Estados miembros, contemplando mecanismos para evitar la doble imposición en relación con los impuestos soportados en otro Estado miembro y para tener en cuenta las pérdidas de las sucursales al determinar dichos beneficios imponibles;
 - no somete al impuesto sobre sociedades los beneficios no distribuidos de las filiales residentes en otros Estados miembros;
 - somete a la sociedad matriz al impuesto sobre sociedades por todas las cantidades que reciba en concepto de reparto de dividendos de las filiales residentes en otros Estados miembros, mientras que no somete a la sociedad matriz al impuesto sobre sociedades por las cantidades que reciba en concepto de reparto de dividendos de las filiales residentes en el Estado de la sociedad matriz, y
 - permite que la sociedad matriz evite la doble imposición reconociéndole un crédito fiscal por la retención en la fuente del impuesto sobre los dividendos y por los impuestos extranjeros que hayan gravado los beneficios con cargo a los cuales las sociedades filiales residentes en otros Estados miembros repartieron dividendos?

2) a) ¿Cómo afecta, en su caso, a la respuesta a la primera cuestión el hecho de que, dependiendo de la legislación del Estado miembro de la filial, sea posible, o pueda serlo en determinadas circunstancias, deducir parcial o totalmente las pérdidas registradas por la filial de los beneficios imponibles obtenidos en el Estado de la filial?

b) En caso de que la respuesta a la primera cuestión se vea afectada por dicha circunstancia, ¿qué trascendencia debe atribuirse, en su caso, al hecho de que:

- una filial residente en otro Estado miembro haya dejado de operar y, aunque dicho Estado permita la deducción de las pérdidas bajo determinadas condiciones, no se haya acreditado que en las circunstancias de que se trata pueda efectuarse dicha deducción;
- una filial residente en otro Estado miembro haya sido vendida a un tercero y, aunque la legislación de dicho Estado permita que el tercero comprador deduz-

ca las pérdidas en determinadas condiciones, no esté claro que haya ocurrido así en las circunstancias del presente asunto;

- los mecanismos en virtud de los cuales el Estado miembro de la sociedad matriz tiene en cuenta las pérdidas registradas por sociedades residentes en el Reino Unido se apliquen con independencia de que las pérdidas puedan deducirse también en otro Estado miembro?

c) ¿Supondría alguna diferencia la existencia de pruebas de que se obtuvo una deducción por las pérdidas en el Estado miembro de residencia de la filial y, de ser así, tendría alguna importancia el hecho de que la deducción de las pérdidas fuera obtenida posteriormente por otro grupo de sociedades no vinculado, adquirente de la filial?»

3. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CEE.

3.1. Planteamiento del caso: la existencia de una restricción fiscal generada por la normativa de consolidación del Estado de la matriz (home country).

La decisión del Tribunal de Justicia CEE resuelve únicamente la primera cuestión planteada por el alto tribunal inglés, dado que la respuesta dada a la misma provocó la improcedencia de la segunda cuestión suscitada.

El TJCE entendió que la primera cuestión prejudicial planteada se reducía a dilucidar si los artículos 43 y 48 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en éste, mientras que lo permite en el caso de pérdidas sufridas por una filial residente.

Es decir, el TJCE enfoca el asunto desde la comparación entre una matriz establecida en un Estado miembro cuyas filiales están establecidas en el mismo Estado miembro, con la situación de una matriz establecida en un Estado miembro cuyas filiales están establecidas en otros Estados miembros. Y, partiendo de este esquema comparativo, lo relevante sería determinar si constituye o no una restricción a la libertad de establecimiento una normativa interna, como la británica, que limita la posibilidad de que la matriz deduzca (sic, compense) de su beneficio imponible las pérdidas sufridas por sus filiales residentes, excluyendo la deducción (compensación) de las pérdidas experimentadas por sus filiales no residentes (establecidas en Estados miembros de la CE).

En este sentido, las cuestiones que deben delimitarse a efectos de considerar compatible o incompatible con la libertad de establecimiento la referida legislación nacional serían las siguientes, a saber:

- a) si la operación está cubierta o amparada por el Derecho comunitario;
- b) si la norma nacional que excluye la importación de pérdidas de filiales extranjeras articula una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento;
- c) si existe una situación comparable frente a la norma controvertida entre el caso de una sociedad matriz con filiales residentes y una matriz con filiales no residentes; y
- d) si tal restricción está justificada y resulta proporcionada a sus objetivos legítimos.

En primer término, el TJCE se refirió a la cuestión a), no sin antes reiterar (a modo de “mantra comunitario”) que “si bien la fiscalidad directa es competencia de

los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho Comunitario”.

Respecto del alcance de la libertad de establecimiento, el TJCE reiteró que, conforme al artículo 48 CE, las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad Europea, ostentan el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (véase, en especial, la sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Rec. p. I-6161, apartado 35). Tal derecho no sólo garantiza el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida (*host country*), sino que impide, asimismo, que el Estado de origen (*home country*) obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (véase, en especial, la sentencia *ICI*, antes citada, apartado 21).

En relación con la existencia de una restricción fiscal al ejercicio de la libertad de establecimiento (cuestión b), el TJCE afirmó que una consolidación fiscal como la controvertida en el asunto principal constituye una “ventaja fiscal” para las sociedades interesadas. Al acelerar la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de otras sociedades de su grupo, le confiere una ventaja de tesorería. En tal sentido, la exclusión de esta “ventaja fiscal” en el caso de las pérdidas sufridas por una filial establecida en otro Estado miembro y que no ejerce una actividad económica en el Estado miembro de la sociedad matriz puede suponer para ésta un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento, al “disuadirla” de crear filiales en otros Estados miembros.

De esta forma, el TJCE consideró que la normativa británica sobre consolidación fiscal articula una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE, ya que establece para las pérdidas sufridas por una filial residente un trato fiscal diferente del dispensado a las sufridas por una filial no residente. Nótese, por tanto, que el pronunciamiento del TJCE atiende únicamente al efecto obstaculizador, restrictivo o disuasorio que puede derivarse de la existencia de una norma nacional sobre el ejercicio de una libertad fundamental. El Tribunal de Justicia no entra a considerar si la situación de una matriz con filiales en el mismo Estado y la situación con filiales en el extranjero son situaciones comparables en relación con la norma nacional controvertida; simplemente, la atención se centra en la existencia de una ventaja fiscal (de la que resultan ventajas económicas: ventaja de tesorería) que resulta reservada a operaciones interiores. Tal enfoque termina articulando una importante regla con arreglo a la cual resulta restrictivo y, por tanto, en principio contrario al Derecho comunitario delimitar el ámbito de aplicación de ventajas fiscales de forma que resulten aplicables única (o incluso principalmente) a situaciones puramente internas. Ciertamente, la aplicación expansiva de esta regla puede tener un importante efecto reconfigurador o incluso “de-constructivo” de los sistemas tributarios de los Estados miembros.

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia recordó que, con arreglo a su jurisprudencia precedente, sólo cabe admitir una restricción de esta índole si la norma nacional restrictiva persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, también es necesario que tal normativa supere el “test de proporcionalidad”, esto es, que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (en este sentido, véanse las sentencias de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations y Singer*, C-250/95, Rec. p. I-2471, apartado 26, y de 11 de marzo de 2004, *De Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 49).

3.2. La Justificación de la restricción fiscal resultante de la normativa británica de consolidación fiscal.

Una vez establecida la existencia de una restricción fiscal al ejercicio de la libertad de establecimiento, la compatibilidad con el Tratado CE de la norma nacional generadora de tal restricción depende de la concurrencia de un motivo legítimo que opere como causa de justificación.

El Reino Unido y los demás Estados miembros que han presentado observaciones en el presente procedimiento trataron de justificar la norma británica de consolidación sobre la base de dos grandes argumentos, a saber: por un lado, el fundamento principialista de la normativa controvertida y, por otro, las consecuencias (tributarias y presupuestarias) derivadas de la extensión incondicional de una ventaja como la controvertida.

3.2.1. El principio de territorialidad como causa de justificación.

En relación con la primera línea argumentativa, los gobiernos nacionales trataron de explicar que la racionalidad técnica subyacente en el régimen de consolidación fiscal británico descansaba en un principio fiscal de carácter internacional y comunitario como era el principio de territorialidad. Se alegó que de acuerdo con este principio las filiales residentes y las filiales no residentes no se encuentran en una situación fiscal comparable en lo que respecta a un régimen de consolidación como el controvertido en el asunto principal. Asimismo, los gobiernos nacionales abundaron en que, con arreglo al principio de territorialidad aplicable tanto en el Derecho internacional como en el Derecho comunitario, el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz carece de competencia fiscal sobre las filiales no residentes. En su opinión, la competencia sobre tales filiales en materia tributaria corresponde, en principio, a los Estados en cuyo territorio están establecidas y ejercen sus actividades económicas, según el reparto habitual en este ámbito.

El Tribunal de Justicia salió al paso frente a esta argumentación realizando dos consideraciones que poseen cierto alcance.

Por un lado, el TJCE señaló que, aunque en Derecho tributario la residencia de los contribuyentes puede constituir un factor que justifique normas nacionales que supongan una diferencia de trato entre los contribuyentes residentes y los no residentes, la residencia (fiscal) no constituye en todos los casos un factor que justifica tal distinción. Ciertamente, si se permitiera al Estado miembro de establecimiento que aplicase libremente un trato diferente por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad esté situado en otro Estado miembro dejaría sin contenido al artículo 43 CE. Y, por ello, termina declarando que “procede examinar en cada caso concreto si la aplicación de una ventaja fiscal que se reserva a los contribuyentes residentes responde a motivos objetivos pertinentes que puedan justificar la diferencia de trato”.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia realizó una importante declaración sobre la aplicación del principio de territorialidad como causa de justificación de la norma controvertida, a saber:

“39. En una situación como la del litigio principal debe reconocerse que el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz, al disponer que las sociedades residentes tributen por sus beneficios mundiales y las sociedades no residentes sólo por los beneficios que procedan de su actividad en dicho Estado, actúa con arreglo al principio de territorialidad consagrado por el Derecho tributario internacional y reconocido por el Derecho comunitario (véase, en especial, la sentencia Futura Participations y Singer, antes citada, apartado 22).

40. No obstante, la circunstancia de que no grave los beneficios de las filiales no residentes de una sociedad matriz establecida en su territorio no justifica, de por sí, que la consolidación fiscal se limite a las pérdidas sufridas por las sociedades residentes.”

Estas dos declaraciones del TJCE frente a la primera línea de argumentos esgrimidos por los Gobiernos de los Estados miembros para justificar la normativa británica de consolidación fiscal, a nuestro juicio, resultan de gran importancia para determinar el actual enfoque comunitario en torno a las justificaciones de discriminaciones/restricciones fiscales. Así, en primer lugar, el TJCE razona considerando que resulta restrictivo y, por tanto, en principio contrario al Derecho comunitario delimitar el ámbito de aplicación de ventajas fiscales de forma que resulten aplicables única (o incluso principalmente) a situaciones puramente internas (operaciones realizadas en el territorio nacional, o con sujetos residentes, o por sujetos residentes); el Estado de residencia (*home country*) no puede utilizar de forma generalizada la “no residencia fiscal” como criterio que delimita negativamente el ámbito operativo de ventajas fiscales. Como ya hemos advertido, la aplicación expansiva de esta regla puede tener un importante efecto reconfigurador o incluso “de-constructivo” de los sistemas tributarios de los Estados miembros.

En segundo lugar, consideramos que de la sentencia puede extraerse que el TJCE adopta la concepción tradicional o clásica del principio (internacional y comunitario) de territorialidad; así, el Tribunal entiende que es coherente con tal principio que el Estado de establecimiento de la matriz someta a imposición a las sociedades residentes por su renta mundial y a las sociedades no residentes sólo por los beneficios que procedan de su actividad en dicho Estado. Sin embargo, considera que la circunstancia de que un Estado miembro no grave los beneficios de las filiales no residentes de una sociedad matriz establecida en su territorio no justifica, de por sí, que la consolidación fiscal se limite a las pérdidas sufridas por las sociedades residentes. Esta concepción del principio de territorialidad puede limitar el empleo de este principio como causa de justificación de restricciones o discriminaciones fiscales. Nótese, igualmente, que la concepción tradicional del principio de territorialidad y su propia coherencia interna están en crisis, especialmente en el ámbito comunitario. No se puede olvidar que el principio de territorialidad, cuando menos en su concepción originaria, experimenta una importante flexibilización cuando operan los mecanismos de asistencia administrativa mutua en el intercambio de información y en la recaudación ejecutiva. A su vez, tampoco debe pasarse por alto que en los ordenamientos de los distintos Estados miembros existen cierto número de cláusulas de las que se deriva una imposición extraterritorial (v.gr, la propia transparencia fiscal internacional, o las normas sobre “consolidación fiscal internacional” de países como Italia y Dinamarca).

Por otro lado, algunos destacados autores, como Sanz Gadea y Lang, mantienen que el TJCE acertó al rechazar el principio de territorialidad como posible causa de justificación de la restricción. Tales autores consideran que no existe en todo caso una contrapartida lógica entre el no gravamen de los beneficios de las filiales extranjeras y la no integración de las pérdidas sufridas por dichas filiales en el Estado de residencia de la matriz. Si los beneficios se gravan cuando son distribuidos ahí residiría la contrapartida, aunque deba reconocerse un crédito de impuesto, o incluso si los dividendos están exentos. Cuestión diferente será que si la filial recupera los beneficios, los mismos deban reintegrarse en los beneficios gravables de la matriz. En este reintegro, propio de la técnica contable del deterioro o provisión, entienden que pueda concretarse el equilibrio (Sanz Gadea).

3.2.2. Las consecuencias (tributarias y presupuestarias) derivadas de la extensión incondicional de la ventaja fiscal controvertida como causa de justificación.

Como ya comentamos más arriba, los Gobiernos nacionales que presentaron observaciones a efectos de justificar la normativa controvertida esgrimieron una segun-

da línea argumentativa que pivotaba sobre las consecuencias (riesgos incluidos) que resultarían de una extensión incondicional de la consolidación fiscal a las filiales extranjeras (comunitarias) de la matriz establecida en un Estado miembro.

En particular, se invocaron tres motivos de justificación en este sentido. En primer lugar alegaron que 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 argumentaron 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, pusieron de relieve que si tales pérdidas no se tuvieran en cuenta en el Estado miembro de establecimiento de la filial, existiría un riesgo de evasión fiscal.

El Tribunal de Justicia llevó a cabo una evaluación conjunta de los tres motivos invocados que le sirvió para considerar que la norma restrictiva controvertida estaba justificada, al perseguir objetivos legítimos compatibles con el Tratado CE que están amparados por razones imperiosas de interés general y resultar adecuada para garantizar dichos objetivos.

Los razonamientos desplegados por el TJCE en relación con cada uno de los tres motivos de justificación invocados por los Gobiernos nacionales poseen gran interés y deben ser convenientemente analizados.

Así, en relación con el primer motivo de justificación (el reparto de poder tributario entre Estados en relación con el gravamen de residentes y no residentes) el TJCE comenzó esgrimiendo su jurisprudencia reiterada sobre el carácter no justificador derivado de la reducción de ingresos fiscales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia aceptó que la normativa de consolidación fiscal británica estaba justificada en la medida en que su configuración (restrictiva) respondía a la salvaguardia del equilibrio en el reparto de poder tributario entre los Estados miembros afectados. Ciertamente, la lectura de los apartados 45 y 46 de la sentencia vuelven a revelar que el TJCE posee una concepción cuando menos confusa de las reglas que ordenan la tributación internacional de los grupos de sociedades. En el fondo, el motivo de justificación invocado resultaba coincidente con el esgrimido anteriormente (el principio de territorialidad) e, incluso, podría afirmarse que esta nueva presentación del argumento encubre de alguna forma el de la prevención de la reducción de ingresos fiscales. Con todo, el TJCE parece más proclive a aceptar restricciones basadas en la preservación de los *principios de reparto de poder tributario entre Estados* que en otro tipo de *principios fiscales consolidados o razones de técnica o política fiscal* que afectan al ejercicio del poder tributario de los Estados. El TJCE ha creado esta distinción entre reparto de poder tributario y ejercicio del poder tributario, de manera que las discriminaciones o restricciones derivadas de normas que afectan sustancialmente a tal reparto, como regla, estarán justificadas, mientras que se muestra más reacio a admitir los “obstáculos fiscales” derivados de normas de ejercicio del poder tributario (repartido). En este sentido, en *Marks & Spencer* el TJCE se muestra continuista de este doble enfoque acuñado en los casos *Gilly* y *Saint-Gobain* y que llega hasta nuestros días (ver igualmente el caso *D*), a pesar de que, como ya hemos comentado en otro lugar, tal enfoque podría carecer de la necesaria fundamentación técnica y coherencia interna (vid la STJCE en el caso *Bouanich*, 2006); el equilibrio en el reparto de poder tributario entre Estados puede resultar afectado, ya alterando las reglas o principios que delimitan tal reparto, ya modificando o condicionando los principios que vienen ordenando el ejercicio del poder tributario distribuido; el reparto del poder tributario y su ejercicio constituyen dos momentos de una misma realidad, cuya interrelación se entiende a partir de la función de su objeto, a saber: el tributo como instrumento de obtención de recursos financieros (hecha abstracción de otras funciones complemen-

tarias: redistributiva, y de ordenación). Cuando se condiciona, modula o limita (“externamente” como acontece en el ámbito comunitario debido a la intervención del TJCE) el ejercicio del poder tributario repartido o asignado (a nivel internacional o a través de un convenio de doble imposición), en último análisis, se está introduciendo una mutación o alteración del poder tributario asignado a un sujeto activo.

Por lo que se refiere al segundo motivo de justificación, esto es, el riesgo de la doble imputación de las pérdidas, el TJCE reconoció que “los Estados miembros deben ser capaces de combatirlo”. En este sentido, el Tribunal de Justicia admitió que una norma que excluya la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras elimina tal riesgo. Esta afirmación del TJCE, ciertamente, merece cierto comentario. Así, en particular, no puede menos que apuntarse que constituye un pronunciamiento de relevancia a favor del interés fiscal de los Estados y de los mecanismos anti-*double dipping*. En este sentido, podría mantenerse que las normas nacionales cuya finalidad sea evitar dobles deducciones, en principio, podrían resultar compatibles con el Derecho Comunitario; piénsese, por ejemplo, en las “cláusulas de recaptura de beneficios” que se aplican en el marco del método de exención. No pensamos, sin embargo, que este pronunciamiento sirva para justificar cláusulas anti-arbitraje fiscal (como las adoptadas recientemente en el Reino Unido), las normas anti-doble no imposición internacional (v.gr., Art.23 A.4 MC OCDE 2000-2005) o las propias *switch-over clauses* utilizadas los CDIs por parte de algunos países (notoriamente Alemania), dado que su *rationale* es distinta.

Por lo que atañe al tercer motivo de justificación, basado en el riesgo de evasión fiscal, el TJCE reconoció que la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente 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. En tal sentido, la exclusión de la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por filiales no residentes impide tales prácticas, las cuales podrían ser tanto más frecuentes en un contexto de creciente competencia fiscal entre Estados miembros. También aquí, el Tribunal de Justicia vino a reconocer y tutelar el “interés fiscal” de los Estados miembros a la vista de las posibilidades de planificación fiscal que abriría la extensión incondicional de la consolidación fiscal en relación con las pérdidas de las filiales extranjeras. Nótese, no obstante, que el riesgo de evasión fiscal al que se refiere aquí el TJCE posiblemente no coincide con el concepto estricto de evasión fiscal que maneja habitualmente el Tribunal (“montajes puramente abusivos o totalmente artificiales dirigidos a eludir la aplicación de una normativa nacional”), sino que posiblemente se está refiriendo a un fenómeno más amplio y no coincidente con la evasión fiscal como puede ser la “transferencia de bases imponibles” (*tax base shifting*), la cual no siempre entraña elusión o fraude fiscal.

3.3. La proporcionalidad de la norma de consolidación fiscal británica.

Una vez que se ha establecido que la norma nacional controvertida persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado que están amparados por razones imperiosas de interés general y que tal norma es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos, debe verificarse si la medida restrictiva no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, esto es, si supera el denominado “test de proporcionalidad”.

A este respecto, debe ponerse de relieve que, durante el procedimiento, el representante legal del contribuyente (P.Farmer) y la propia Comisión CE mantuvieron que podrían articularse medidas menos restrictivas que la exclusión general de la consolidación fiscal. A modo de ejemplo, mencionaron la posibilidad de supeditar la consolidación al requisito de que la filial extranjera haya aprovechado íntegramente las posibilidades de que sean tenidas en cuenta las pérdidas en su Estado miembro de residen-

cia. También se refirieron a la posibilidad de supeditar la consolidación al requisito de reintegrar, en los beneficios imponibles de la sociedad (matriz) que haya deducido las pérdidas gracias a la consolidación, los beneficios posteriores de tal filial no residente por el valor de las pérdidas imputadas anteriormente (solución ya propuesta anteriormente por un sector de la doctrina, v.gr., Vanistendael).

A la vista de tales consideraciones, el TJCE consideró que la normativa de consolidación fiscal británica no superaba el test de proporcionalidad, dado que podían articularse medidas menos restrictivas que salvaguardaran igualmente los objetivos legítimos perseguidos a través de la misma. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró (puntos 55 y 56 de la sentencia) que la medida restrictiva va más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando:

- la filial no residente ha agotado las posibilidades de tomar en cuenta las pérdidas incurridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en ejercicios anteriores, en su caso, mediante una transferencia de dichas pérdidas a un tercero o la imputación de éstas a los beneficios obtenidos por la filial durante ejercicios anteriores, y
- no existe la posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste”.

Cuando en un Estado miembro la sociedad matriz residente demuestra a las autoridades tributarias que se cumplen estos requisitos, resulta contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir la posibilidad de que ésta deduzca de su beneficio imponible en dicho Estado miembro las pérdidas sufridas por su filial no residente.

Además, ha de precisarse que los Estados miembros son libres de adoptar o mantener normas que tengan por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal nacional (en este sentido, véanse las sentencias, antes citadas, ICI, apartado 26, y de Lasteyrie du Saillant, apartado 50) ”.

Ciertamente, el párrafo de la sentencia que hemos transcrito resulta bastante elocuente en lo que se refiere a la concepción que el TJCE posee respecto de la superación del umbral de proporcionalidad. Basta que puedan articularse medidas menos restrictivas de la libertad fundamental afectada para que el Tribunal de Justicia niegue la proporcionalidad de la normativa nacional en cuestión. Nótese que las medidas menos restrictivas que el TJCE considera compatibles con el Derecho comunitario no consiguen salvaguardar todos y cada uno de los objetivos legítimos perseguidos por la norma de consolidación fiscal británica. Es cierto, no obstante, que el riesgo de doble compensación se excluye si se sigue la fórmula indicada por el TJCE.

Asimismo, el referido Tribunal articuló una cláusula de cierre con arreglo a la cual “*los Estados miembros son libres de adoptar o mantener normas que tengan por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal nacional*”. Es decir, las autoridades fiscales del Estado de residencia de la matriz pueden denegar la compensación de las pérdidas de la filial o filiales extranjeras (comunitarias) en el caso en que demostraran que tal compensación constituye una operación puramente abusiva o totalmente artificiosa cuyo fin radica en el aprovechamiento abusivo de tal ventaja fiscal. Ahora bien, no se olvide que, como pusimos de relieve más arriba, el tercer motivo de justificación invocado por los gobiernos nacionales y aceptado por el TJCE se refería a un fenómeno más amplio como es “*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*”. Lo

mismo sucede con el primer motivo de justificación esgrimido por los Gobiernos nacionales y respaldado por el TJCE, a saber: el equilibrio en el reparto de poder tributario entre los diferentes Estados miembros implicados. A nuestro juicio, el mero hecho de que el Estado de residencia de la matriz tuviera que asumir (de forma obligatoria y en todo caso) la compensación de las pérdidas de las filiales extranjeras (en relación con las que no posee competencia de gravamen) puede entrañar una alteración de los principios tradicionales de reparto de poder tributario entre Estados que, además, afecta al propio modelo de impuesto sobre sociedades que se construye y articula sobre la base de tal estructura de reparto de poder tributario.

Del mismo modo, no puede dejar de señalarse que en la sentencia *Marks & Spencer* el TJCE volvió a vestirse el traje de legislador comunitario, supliendo la falta de acción normativa del ECOFIN, a la hora de delimitar los criterios con arreglo a los cuales deben configurarse los regímenes nacionales de consolidación fiscal (o *group relief*) para que resulten compatibles con el Derecho Comunitario. Lógicamente, el Derecho comunitario no obliga a los legisladores nacionales a establecer un régimen especial de consolidación fiscal (o de *group relief* como el británico), de manera que los Estados miembros pueden evitar los efectos derivados de esta sentencia por la vía de derogar (o no crear) este tipo de regímenes especiales. Ahora bien, tras la sentencia *Marks & Spencer* los Estados miembros que tengan regulado en su ordenamiento un régimen específico para los grupos de sociedades deberán reconfigurarlo de forma que se permita la importación de las pérdidas de las filiales extranjeras (comunitarias) cuando concurrieran los requisitos establecidos en los puntos 55 y 56 de la referida sentencia. Nótese en todo caso que tras la sentencia *Marks & Spencer* el tratamiento de las pérdidas de las filiales extranjeras en el Estado miembro de la matriz sigue siendo asimétrico respecto de las pérdidas de las filiales residentes (e incluso en algunos casos con relación a las generadas por los EPs en el extranjero), allí donde tal Estado aplicara su régimen de consolidación de grupo a nivel interno (pero adaptado a los parámetros establecidos por el TJCE en esta sentencia).

3.4. En torno a los requisitos establecidos en la sentencia Marks & Spencer para la deducción de las pérdidas de filiales extranjeras en el Estado miembro de residencia de la matriz.

En primer lugar, debe indicarse que, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, será la sociedad matriz del Estado miembro la que deba demostrar a las autoridades fiscales del mismo que se cumplen los requisitos que hacen posible la deducción de su base imponible de las pérdidas sufridas por su filial no residente. La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos fijados por el TJCE recae, por tanto, sobre la matriz que solicita tal compensación. En este orden de cosas, debe enfatizarse que, como consecuencia de la imprecisión con que se han fijado los requisitos que hacen obligatoria la compensación de las pérdidas de las filiales extranjeras, lo cierto es que el TJCE ha dejado un amplio margen de discrecionalidad a favor de las autoridades fiscales del Estado de la matriz a la hora de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el punto 55 de la sentencia, esto es, que la filial extranjera haya aprovechado íntegramente las posibilidades de que sean tenidas en cuenta las pérdidas en su Estado de residencia.

Ciertamente, no puede dejar de insistirse en que, posiblemente, uno de los talones de Aquiles de esta sentencia —no el único, pero sí uno de los más relevantes desde el punto de vista práctico— resulta de la imprecisión con que se han delimitado los requisitos que obligan al Estado de la matriz a permitir la deducción de las pérdidas de las filiales extranjeras, especialmente considerando que la carga de la prueba de la concurrencia de los mismos recae sobre el contribuyente (la matriz) que deberá acreditarlo ante las autoridades fiscales nacionales. No sorprende por ello que la Comisión UE haya

anunciado que elaborará en breve plazo una comunicación referida a la compensación transnacional de pérdidas en el impuesto sobre sociedades, en aras de delimitar con mayor precisión el alcance de la jurisprudencia *Marks & Spencer*.

A nuestro entender, la importación (sic, deducción) de las pérdidas extranjeras debe aceptarse allí donde no hubo ninguna posibilidad de compensar tales pérdidas en la base imponible de la filial, ni existe ninguna posibilidad de que ello acontezca en el futuro próximo. Si la filial posee expectativas de beneficios en uno, dos o incluso tres años, posiblemente, no debería practicarse la referida compensación. Pensamos que la forma en que el TJCE ha configurado los requisitos que deben concurrir para que el Estado de la matriz resulte obligado a permitir la deducción de pérdidas de filiales extranjeras faculta a las autoridades fiscales del Estado de la matriz a denegar tal deducción allí donde exista una expectativa realista de uso (o compensación) de las pérdidas en un período razonable por parte de la filial; un período que podría considerarse razonable a estos efectos sería entre dos y tres años. Nótese a este respecto que el Tribunal de Justicia, a la hora de configurar los referidos requisitos, utilizó expresiones que delimitan de forma estricta el tipo de supuestos en los que resulta obligatoria la posibilidad de importación de pérdidas; expresiones como que “la filial no residente *ha agotado las posibilidades de tomar en cuenta las pérdidas* incurridas en su Estado de residencia”, o como que “*no existe posibilidad* de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero (...)” son bastante elocuentes de la posición restrictiva fijada por el Tribunal de Justicia. Tal imposibilidad de compensación, lógicamente, debe proyectarse sobre todo mecanismo que articule el Estado de residencia de la filial a efectos de tomar en cuenta las pérdidas generadas por la misma; ello incluye las cláusulas de *carryback* y *carryforward* de las pérdidas, así como la transferencia de dichas pérdidas a un tercero; esta última posibilidad puede acontecer, por ejemplo, en el marco de una operación de reorganización empresarial (véase, por ejemplo, el art.6 de la Directiva 90/434/CEE) o en el caso de cesión de la filial a un tercero; así, el hecho de que las bases imponibles negativas de la filial sean, total o parcialmente, susceptibles de ser compensadas por un tercero también excluiría la obligación del Estado de residencia de la matriz de admitir la compensación de tales pérdidas.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el TJCE rechazó implícitamente la otra medida menos restrictiva que propuso Marks and Spencer y la Comisión, a saber: la posibilidad de supeditar la consolidación al requisito de reintegrar, en los beneficios imponibles de la sociedad que haya deducido las pérdidas gracias a la consolidación, los beneficios posteriores de la filial no residente por el valor de las pérdidas imputadas anteriormente. En este sentido, parece que el TJCE rechazó opciones más flexibles que, posiblemente, resultaban más adecuadas para salvaguardar los intereses comunitarios, toda vez que una medida como la propuesta eliminaba la restricción fiscal al ejercicio de la libertad de establecimiento. Cabe pensar, por tanto, que el TJCE configuró los requisitos cuya concurrencia determina la extensión de la ventaja fiscal en relación con las pérdidas de las filiales extranjeras considerando que el “interés fiscal” de los Estados miembros debía recibir una posición o protección predominante o superior en relación con la de los contribuyentes.

En este punto sí cabe observar un cierto cambio de enfoque del TJCE haciendo prevalecer el “interés fiscal” de los Estados sobre el “interés comunitario” que protege el derecho subjetivo de los contribuyentes al ejercicio efectivo de las libertades comunitarias. Este cambio enfoque no puede, sin embargo, considerarse un cambio de jurisprudencia a la vista de las diferentes sentencias dictadas con posterioridad al caso *Marks & Spencer* (véanse, por ejemplo, las SSTJCE en los casos *Bouanich*, C-265/04, *Ritter-Coulais*, C-152/03, y casos C-471/04 y C-253/03), donde el Tribunal de Justicia adopta una posición garantista de las libertades fundamentales frente a normas fiscales

nacionales restrictivas. En este sentido, la sentencia del TJCE en el caso *Marks & Spencer* posiblemente tenga una lectura más política que técnica, considerando globalmente su jurisprudencia (precedente y posterior), su fundamentación técnica y, especialmente, las presiones políticas a las que se vió sometido el Tribunal desde el mismo momento del planteamiento de la cuestión prejudicial. Un dato particularmente a tener en cuenta a este respecto es que, a petición del Gobierno alemán, el ECOFIN abordó, como punto del orden del día de su reunión de 7 de diciembre de 2005, “*el impacto presupuestario resultante de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en materia fiscal*” (2666th Council meeting, 9202/05, Presse 124, EN). Otros Estados miembros, como el Reino Unido, han tratado igualmente de incluir cláusulas en el Tratado CE dirigidas a limitar los efectos (presupuestarios) resultantes de las sentencias del TJCE, por la vía de excluir los efectos retroactivos de las mismas (y, por tanto, el derecho de devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho comunitario) cuando los Estados miembros hubieran configurado su normativa siguiendo el criterio adoptado por una institución comunitaria o cuando el pronunciamiento del TJCE tuviera graves repercusiones económicas (v.gr., presupuestarios) para un Estado miembro, un ente público o una persona jurídica o física. Curiosamente, tres Abogados Generales, Jacobs, Stix-Hackl y Tizzano (en los casos *Banca Popolare di Cremona*, C-475/03, y *Meilicke*, C-292/04) están empezando a hacerse eco de la necesidad de compatibilizar la efectiva aplicación del Derecho comunitario con el interés nacional de los Estados miembros en limitar los efectos presupuestarios de las sentencias del TJCE en términos próximos a la posición adoptada por algunos Tribunales Constitucionales de países europeos (v.gr, como el alemán y el español).

Volviendo a la cuestión de la prueba de la imposibilidad de compensar las pérdidas en el Estado de residencia de la filial, se ha planteado si tal test probatorio posee carácter objetivo o subjetivo por parte de las autoridades fiscales del Estado de la matriz. A nuestro entender, la carga de la prueba que el TJCE asigna a la matriz debe entenderse cumplida cuando el contribuyente demuestra (objetivamente) que ha agotado todos los mecanismos que le brinda el ordenamiento del Estado de residencia de la filial para compensar las pérdidas en ejercicios precedentes y no existen expectativas razonables de que tal compensación pueda realizarse en el futuro; el contribuyente también debe acreditar que no se han podido transferir las pérdidas a un tercero, esto es, que no se transmitido la empresa, ni existe expectativa de que ello acontezca en el futuro.

A este respecto, podría resultar adecuado introducir una cláusula de recaptura vinculada a la deducción de las pérdidas en el Estado de residencia de la matriz, de manera que si, en un determinado plazo razonable sobreviene la posibilidad de compensar o transferir las pérdidas a un tercero por parte de la filial no residente ésta se vea obligada a ello reajustándose positivamente la base imponible de la matriz en la cuantía objeto de compensación/transferencia de pérdidas que efectuó la filial. Pensamos que una cláusula de este tipo no plantearía problemas de Derecho comunitario y, además, podría contribuir a flexibilizar el test probatorio por parte de las autoridades fiscales del Estado de la matriz.

En todo caso, las autoridades fiscales del Estado de la matriz están limitadas por el Derecho comunitario a la hora de comprobar la concurrencia de los requisitos fijados por el TJCE en la sentencia *Marks & Spencer*; los principios comunitarios de efectividad y no discriminación deben modular en este sentido la práctica administrativa (SSTJCE de 10 de julio de 1980, *Ariete*, C-811/79, de 6 de mayo de 1982, *Fromme*, C-54/81, de 10 de abril de 1984, *Von Colson*, C-14/83, de 2 de agosto de 1993, *Marshall*, C-271/91, de 9 de noviembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, de 8 de febrero de 1996, *FMC*, C-212/94, entre otras). Por un lado, las referidas autoridades no pueden exigir un umbral probatorio de tal rigor que haga excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio del derecho que el ordenamiento comunitario otorga al contribuyente

(principio de efectividad). Por otro lado, tampoco pueden exigir requisitos adicionales (sic, discriminatorios) para la compensación de pérdidas, distintos de los que se exigen para la compensación de pérdidas de filiales nacionales (principio de no discriminación). La compensación de pérdidas debe, por tanto, aplicarse en condiciones de forma y fondo idénticas a las previstas para los casos de pérdidas de filiales residentes. En este sentido, podría ocurrir que las pérdidas de la filial no resulten compensables en su Estado de residencia debido a las estrictas condiciones a que la legislación de tal Estado sujeta tal compensación y, sin embargo, las mismas pérdidas resultaran compensables de acuerdo con la normativa del Estado de residencia de la matriz. Esta circunstancia, ciertamente, podría provocar ciertos movimientos legislativos en algunos Estados miembros dirigidos a evitar tal posibilidad por la vía de “estrechar” el ámbito operativo de su normativa de compensación de pérdidas, por ejemplo, reduciendo el período de compensación de las bases imponibles negativas (la traslación hacia ejercicios anteriores o posteriores); tal movimiento normativo, para ser compatible con el Derecho comunitario, debe articularse de modo que la aplicación de la normativa de compensación de pérdidas (nacionales o extranjeras) no resulte discriminatoria.

No obstante, el Estado miembro de residencia de la matriz “está autorizado a aplicar medidas que permitan la comprobación, de manera clara y precisa, del importe tanto de las bases liquidables en dicho Estado como de las pérdidas que puedan compensarse en él” (punto 32 de la STJCE en el caso *Futura Participations*, C-250/95). Téngase en cuenta que la función de control que las autoridades fiscales del Estado de la matriz pueden ejercer tanto en relación con la acreditación de los requisitos fijados en la sentencia *Marks & Spencer*; como respecto de la comprobación de el importe y la realidad de las pérdidas a compensar debe realizarse con especial flexibilidad y sin crear de facto una restricción (fiscal) adicional. En este orden de cosas, debe traerse a colación la jurisprudencia del TJCE en el caso *Futura Participations*, donde se ventilaba la cuestión de si la sucursal luxemburguesa de una sociedad francesa que invocaba ante el Fisco luxemburgués la compensación de pérdidas debía estar sujeto a las mismas normas y requisitos que la legislación luxemburguesa exigía a los sujetos residentes; muy en particular, se debatió si el requisito exigido al contribuyente (la sucursal luxemburguesa) en el sentido de obligación de llevanza de contabilidad ordenada de acuerdo con la normativa luxemburguesa resultaba compatible con el Derecho comunitario; como se recordará, el TJCE respondió negativamente, esto es, se estableció que tal requisito era restrictivo de la libertad de establecimiento, de manera que el contribuyente ostentaba el derecho a la compensación de pérdidas en Luxemburgo sin necesidad de cumplir el requisito fijado (de forma no discriminatoria) para la compensación de pérdidas (la contabilidad ordenada). No obstante, el TJCE protegió el “interés fiscal” de los Estados miembros modulando el ejercicio de sus potestades de control fiscal, de manera que se aplicaran de forma no restrictiva del Derecho comunitario. En concreto, el Tribunal de Justicia declaró:

“(...) siempre que dicho sujeto pasivo hubiera demostrado, de manera clara y precisa, el importe de las pérdidas de que se trate, dichas autoridades no pueden negarle la compensación de ésta por el hecho de que no haya llevado— y conservado en Luxemburgo—, durante el ejercicio correspondiente, una contabilidad ordenada relativa a sus actividades en el citado Estado.

En una situación como la del presente caso, no es indispensable que los medios a través de los cuales el sujeto pasivo no residente esté autorizado a demostrar el importe de las pérdidas cuya compensación solicita sean los previstos taxativamente por la legislación luxemburguesa.

Procede recordar a este respecto que las autoridades competentes de un Estado miembro pueden en todo momento, con arreglo a la Directiva 77/799/CEE, solicitar a las autoridades competentes de otro Estado miembro que

le proporcionen cualquier información que pueda permitirles determinar, con respecto a la legislación que han de aplicar, la cuota del Impuesto sobre la Renta de un sujeto pasivo que tiene su residencia en ese otro Estado”.

A la vista de esta jurisprudencia, resulta meridiano que el criterio de la eficacia de los controles fiscales autoriza a un Estado miembro a aplicar medidas que permitan comprobar de manera clara y precisa los requisitos para aplicar una deducción o una “ventaja fiscal”, siempre que tales exigencias probatorias no resulten excesivas o desproporcionadas. Y en este contexto, la Directiva 77/799/CEE, sobre asistencia administrativa mutua e intercambio de información opera como “canon de proporcionalidad” al constituir un instrumento que las autoridades fiscales de los Estados miembros deben emplear para llevar a cabo tal control fiscal, sin que ello impida a tales autoridades exigir al contribuyente las pruebas que consideren necesarias para apreciar si procede o no conceder tal deducción o ventaja fiscal. Ahora bien, la exigencia al contribuyente de requisitos probatorios excesivamente estrictos o gravosos puede resultar desproporcionada y, por tanto, contraria al Derecho comunitario, especialmente cuando tales datos pueden ser obtenidos por las autoridades fiscales a través de la Directiva de intercambio de información.

La propia jurisprudencia *Futura Participations* nos conduce a otra cuestión relacionada con el ejercicio práctico de la compensación de pérdidas en el Estado miembro de la matriz. Parece evidente que las pérdidas de la filial extranjera que se pretenden compensar en el Estado de la matriz no habrán sido previamente contabilizadas en tal Estado de acuerdo con la normativa nacional del Estado de la matriz, sin que ello, como hemos visto, pueda esgrimirse como requisito impeditivo. En este sentido, se plantea la cuestión de si puede reclamarse la deducción de las pérdidas de la filial extranjera calculadas de acuerdo con la normativa contable y fiscal del Estado de residencia de la filial o, por el contrario, tales pérdidas deben ser recalculadas de conformidad con la normativa interna del Estado miembro de la residencia de la matriz.

Esta cuestión no fue abordada específicamente en la sentencia *Marks & Spencer*, toda vez que, tal y como consta en el apartado 22 de la sentencia, Marks & Spencer y la Administración tributaria británica convinieron en el marco del procedimiento previo al planteamiento de la cuestión prejudicial en que las pérdidas debían determinarse con arreglo a la normativa fiscal del Reino Unido, de manera que la matriz británica recalculó las pérdidas sobre la base de tal acuerdo.

A nuestro juicio, la posición más razonable resulta de seguir la solución alcanzada por las partes en el caso que nos ocupa, esto es, recalcular las pérdidas de acuerdo con la legislación del Estado de la matriz. De esta forma, las pérdidas de las filiales extranjeras se importan en las mismas condiciones que si se tratara de pérdidas de filiales residentes. Es cierto que actuando de este modo se produce un efecto contrario a la “neutralidad en la importación de pérdidas”, ya que pueden existir grandes diferencias entre las pérdidas calculadas con arreglo a la normativa del Estado de la filial y las recomputadas de acuerdo con la legislación del Estado de la matriz.

No obstante, el Derecho Comunitario, en principio, admite la eliminación de la doble imposición tanto a través de métodos que articulan la neutralidad en la importación de capitales (exención/CIN), como a través de mecanismos que instrumentan la neutralidad en la exportación de capitales (imputación/CEN). Posiblemente, los mecanismos que articulan la neutralidad en la importación de capitales y de pérdidas se ajustan mejor a los fines que persigue el Derecho comunitario. Sin embargo, hasta la fecha el TJCE ha respetado la competencia de los Estados miembros para adoptar la elección de política fiscal que les resulte más adecuada en este ámbito (exención/CIN, imputación/CEN, o ambos) y la sentencia *Marks & Spencer* supone un mantenimiento del status quo en este sentido. Es más, si se toma en consideración en esta materia la jurisprudencia

dencia *Futura Participations* podría concluirse que en la hora actual el TJCE no requiere que el Estado de residencia de la matriz permita la deducción de las pérdidas de la filial extranjera, tal y como han sido calculadas con arreglo a la normativa del Estado de residencia de la filial. Conviene enfatizar que en la referida sentencia *Futura Participations* (vid.: puntos 27-37), la Comisión argumentó durante el procedimiento que las pérdidas de la sucursal luxemburguesa de la sociedad francesa debían de ser compensadas en Luxemburgo utilizando a tal efecto la contabilidad llevada por el sujeto pasivo (la sociedad francesa) en el lugar de su domicilio social (Francia), esto es, de acuerdo con la normativa francesa. Y el TJCE rechazó de plano tal argumento sobre la base de dos argumentos, a saber: a) tal forma de actuar no salvaguardaría la eficacia del control fiscal del Estado miembro donde está ubicada la sucursal (Luxemburgo); y b) en el estado actual del Derecho comunitario no se ha llevado a cabo ninguna armonización (completa) de las normas nacionales relativas a la determinación de la base imponible de los impuestos directos.

Finalmente, entendemos que la deducción de las pérdidas de la filial extranjera en la base imponible de la matriz debería coordinarse con la provisión por depreciación de la cartera de valores (art.12.3 TRLIS) que eventualmente pudo haberse dotado y deducido fiscalmente de la base imponible de la referida matriz (e incluso en la base de otra filial residente dependiente incluida en el grupo fiscal a efectos de consolidación), a efectos de evitar las dobles deducciones que en determinados casos podrían producirse; a este respecto, deberá tenerse en cuenta la eventual reversión de la provisión y el diferente límite que posee la provisión por depreciación de cartera (valor contable de la participación) y la cláusula de compensación de pérdidas. También debe señalarse que allí donde la filial extranjera generadora de las pérdidas sea participada directa y mayoritariamente por una sociedad holding (no residente) será ésta y no la matriz del grupo la que debe solicitar la deducción de las pérdidas de tal filial extranjera (residente en otro Estado miembro). En este caso, entendemos que no se plantea ninguna especialidad en lo que se refiere a la aplicación de la provisión por depreciación de cartera por parte de la matriz del grupo.

4. CONSIDERACIONES FINALES: CUESTIONES NO RESUELTAS POR LA SENTENCIA Y VALORACIÓN GLOBAL DE LA MISMA.

4.1. En torno a algunas cuestiones no resueltas por la sentencia: especial atención a su alcance subjetivo.

Como ya hemos tenido ocasión de indicar a lo largo de este comentario, lo cierto es que el pronunciamiento del TJCE en el caso *Marks & Spencer* se realizó en términos muy imprecisos, de manera que han quedado un buen número de cuestiones (teóricas y prácticas) sin resolver. Más arriba nos hemos referido a alguna de estas cuestiones como, por ejemplo, la relativa a la interpretación de los requisitos cuya concurrencia obliga al Estado de la matriz a permitir la deducción de las pérdidas de las filiales extranjeras (comunitarias).

Al punto, trataremos de abundar en otra serie de temas que, a nuestro entender, también suscita este pronunciamiento.

En primer lugar, debe destacarse que el Tribunal de Justicia no resolvió los más evidentes problemas técnicos que plantea la solución por la que opta. Además de las cuestiones antes esbozadas, se suscitan temas de conversión de moneda extranjera (en relación con las filiales residentes en países no integrados en el sistema monetario euro-

peo) o de integración proporcional de las bases imponibles negativas; igualmente, la interrelación entre las normas españolas de TFI y de compensación de pérdidas de filiales extranjeras podría resultar compleja en determinados supuestos.

Desde una segunda perspectiva, debe abordarse también la cuestión del alcance subjetivo del pronunciamiento del TJCE, esto es, respecto de qué filiales extranjeras resulta operativo, a saber ¿filiales residentes en terceros países, establecimientos permanentes?

Ciertamente, cabe plantearse si la regla establecida en la sentencia *Marks & Spencer* resulta igualmente aplicable en relación con las filiales (extranjeras) residentes en terceros países no miembros de la CE. A este respecto, conviene recordar que el pronunciamiento del TJCE se basó en la interpretación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, las cuales sólo resultan aplicables a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad Europea y garantizan el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia. Por tanto, las entidades residentes en terceros países, con carácter general, no resultan amparadas por las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento. Ahora bien, podría plantearse si las disposiciones del Tratado CE que ordenan la libre circulación de capitales amparan la posición de una matriz situada en un Estado miembro que ostenta una posición mayoritaria en el capital social de una filial residente de un tercer país (v.gr. EE.UU o Suiza). Nótese que el artículo 56 CE prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países sin exigir que los sujetos que realizan las operaciones económicas posean la nacionalidad de un Estado miembro de la CE o de un país tercero. La libre circulación de capitales se aplica y protege las operaciones económicas que generan movimientos de capitales que salen, se transfieren o proceden de un Estado miembro a otro Estado miembro o de un Estado miembro a un país tercero y viceversa. Es decir, la libre circulación de capitales está configurada de forma objetiva (y no subjetivamente) y protege los movimientos de capitales que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros (o los que tienen lugar entre personas residentes en los Estados miembros y personas residentes en terceros países) (así lo anticipó ya la Directiva 88/361, del Consejo para la aplicación del antiguo artículo 67 del Tratado; véanse los arts.1 y 7 de tal Directiva). En la medida en que la participación directa en el capital social de la filial extranjera por parte de la matriz comunitaria constituye una operación cubierta por la libre circulación de capitales y considerando que la exclusión de la ventaja fiscal de la consolidación de las pérdidas de tal filial integra una “restricción fiscal”, la cuestión clave para determinar si tal normativa nacional resulta contraria a la libre circulación de capitales reside en la concurrencia de un motivo legítimo que pueda justificar la medida restrictiva. A este respecto, puede razonarse que las causas de justificación que pueden esgrimir los gobiernos de los Estados miembros y la Comisión en relación con operaciones intracomunitarias, esto es, realizadas dentro del “mercado interior” son distintas y merecen distinta valoración por el TJCE que las que pueden invocarse en relación con operaciones extracomunitarias, esto es, las realizadas entre residentes de Estados miembros con personas residentes de países terceros. Por poner un ejemplo, las posibilidades de control fiscal a través de la asistencia administrativa mutua (intercambio de información y recaudación ejecutiva) que existen a nivel comunitario no resultan equiparables con las que eventualmente están disponibles en relación con países terceros; igualmente, no puede pasarse por alto la importancia que en este ámbito posee la armonización comunitaria de determinada normativa mercantil, financiera, contable, de prevención de blanqueo de capitales, etc... Aunque el TJCE todavía no se ha pronunciado sobre esta cuestión, pensamos que, especialmente en un caso

como en el de la consolidación fiscal de pérdidas de filiales no comunitarias, podría considerar que la situación de una filial comunitaria y una extracomunitaria no resultan comparables o que concurren razones imperiosas de interés general específicas que justifican la restricción.

El caso de las filiales residentes en países miembros del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) no es exactamente igual al de los terceros países, toda vez que en este ámbito se aplica la libertad de establecimiento en términos prácticamente idénticos que en el ámbito del Tratado CE. No obstante, tampoco puede excluirse que el TJCE razonara de forma distinta que en el caso *Marks & Spencer*; considerando los factores diferenciales que antes apuntamos en relación con las operaciones con países terceros.

En este mismo contexto, podría suscitarse si la exclusión de la importación de las pérdidas de las filiales extranjeras establecida en la normativa interna del Estado de residencia de la matriz resulta contraria a la cláusula de no discriminación (art.24 MC OCDE) prevista en los CDIs que tal Estado ha concluido con los países donde están ubicadas sus filiales extranjeras. A este respecto, cabe decir que en la hora actual la cláusula de no discriminación prevista en los CDIs que siguen el MC OCDE no parece estar pensada para limitar o excluir este tipo de diferencias de trato. Es cierto que existen convenios de doble imposición donde se contempla tal consolidación fiscal, pero son casos aislados resultado de negociaciones específicas. No obstante, no puede dejar de señalarse que existe una tendencia orientada a la reinterpretación de las cláusulas de no discriminación de los CDIs en línea con el principio comunitario de no discriminación; en particular, existen varios pronunciamientos de tribunales alemanes y británicos en este sentido (Morrison 2004). Y, de hecho, actualmente el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE está trabajando en la reconfiguración del art.24 MC OCDE al objeto de adaptarlo al nuevo contexto jurídico y económico. Es posible que cuando cristalice tal reconfiguración resulte más difícil mantener la aplicación de normas discriminatorias como las que estamos analizando en relación con países con los que medie un CDI.

Otra cuestión que puede plantearse reside en si puede o debe trasladarse esta doctrina a los casos de establecimientos permanentes (situados en otro Estado miembro) que tengan bases imponibles negativas. A nuestro juicio, la respuesta debería de ser negativa por una serie de argumentos. Por un lado, la situación de los EPs en el extranjero y la de las filiales en el extranjero no es comparable desde la perspectiva del Estado miembro de residencia de la casa central o de la matriz en el caso de las filiales; el Estado de la casa central ostenta competencia fiscal respecto de la imposición del EP, lo cual no acontece, con carácter general, en relación con las filiales extranjeras. Por otro lado, no tendría mucho sentido supeditar la compensación de las pérdidas de los EPs en el extranjero a los requisitos que fija el TJCE en el caso *Marks & Spencer*; en la medida en que los Estados miembros vienen admitiendo tal compensación cuando operan con el método de imputación e, incluso, cuando utilizan el método de exención con cláusula de recaptura de pérdidas. Lo que posiblemente haya puesto en tela de juicio el TJCE a través de sus sentencias *Marks & Spencer* y *Ritter-Coulais* es la aplicación del método de exención excluyendo en todo caso la compensación de las pérdidas extranjeras sufridas por el EP situado en otro Estado miembro. En este sentido se posicionó el AG.Alber durante el procedimiento relativo al caso *AMID* (C-141/99) posición que ha sido posteriormente seguida por algunos tribunales austríacos y alemanes (v.gr., el *Finanzgericht Dusseldorf*, sentencia de 14 de septiembre de 2004) al considerar que la libertad de establecimiento obliga a reinterpretar el método de exención (unilateral y convencional) permitiendo la integración de las pérdidas de los EPs en el extranjero (Krammer y Portner). Lo que también parece deducirse tras la sentencia *Marks & Spencer* es la compatibilidad comunitaria de las cláusulas de recaptura que estén configuradas de forma que eviten “dobles compensaciones” de pérdidas. A su vez, debe

apuntarse que el TJCE en la sentencia que comentamos renunció a resolver el caso estableciendo la igualdad de trato fiscal entre los EPs y las filiales en el extranjero de entidades residentes de un Estado miembro; esta neutralidad fiscal en el empleo de formas societarias hubiera resuelto la restricción derivada de la norma controvertida, lo cual evidencia que el TJCE ni lleva hasta sus últimas consecuencias ni la (pretendida) equiparación filial-EP ni el principio de neutralidad en el empleo de las distintas formas jurídicas (vid. el caso *Comisión/Francia*, C-270/83).

4.2. Valoración de la jurisprudencia *Marks & Spencer*.

A la hora de extraer conclusiones de la sentencia *Marks & Spencer*, ciertamente bien podría mantenerse que constituye otra muestra de la “inestabilidad” o “zigzageo” jurisprudencial del TJCE. Sin embargo, a nuestro entender esta sentencia es reveladora del “doble enfoque” que el TJCE despliega en relación con determinados casos donde la norma controvertida posee implicaciones de política fiscal de largo alcance. A este respecto, deben destacarse los condicionantes o presiones a las que fue sometido el TJCE desde que se planteó la cuestión prejudicial referida al caso *Marks & Spencer*. En este sentido, es cierto que el Tribunal de Justicia tuvo especialmente en cuenta el “interés fiscal” de los Estados optando por una solución que protege en mayor medida los intereses de los Estados que el “interés comunitario”. Ya hemos indicado que durante el procedimiento se propuso una medida o solución menos restrictiva de la libertad de establecimiento (la compensación de las pérdidas con cláusula de recaptura), pero el TJCE optó por limitar la importación de pérdidas de las filiales extranjeras a supuestos donde la filial hubiera agotado las posibilidades de compensación en su Estado de residencia. Podría mantenerse que el TJCE está adoptando un enfoque autolimitativo (*self-restraint*) en materias que considera tienen implicaciones sustantivas en relación con la política fiscal de los Estados miembros.

Es decir, en la medida en que la imposición directa es competencia exclusiva de los Estados miembros el TJCE podría estar evitando pronunciarse de forma que condicionara las principales decisiones de política fiscal que corresponden a los Parlamentos nacionales. Así, en el caso *Marks & Spencer* el TJCE procura adoptar un enfoque que no altere de forma sustantiva el reparto de poder tributario entre Estados; lo mismo acontece en el caso *D*, donde se convalida el sistema de reparto de poder tributario a través de CDIs; y otro tanto ha sucedido en otra serie de casos donde el TJCE se ve abocado a aceptar determinadas reglas o principios sustantivos de los sistemas tributarios a pesar de los obstáculos que se derivan de los mismos para el ejercicio de las libertades fundamentales y el buen funcionamiento del mercado común (piénsese en *Schumacker* en relación con la residencia fiscal, en *Gilly* respecto del método de imputación, en *Schemp*, etc). En estos casos, el TJCE acepta las restricciones fiscales derivadas de estas instituciones y principios fiscales sustantivos, en la medida en que no resulten totalmente incompatibles con las libertades comunitarias y los principios del mercado interior; es decir, el TJCE puede estar en disposición de aceptar restricciones de mayor calibre cuando la norma nacional restrictiva posee importantes implicaciones de política fiscal para los Estados miembros, siempre y cuando la norma o principio posea un cierto grado de coherencia interna y no resulte absolutamente desproporcionada (véase en este sentido la distinción entre *blanket rules and targeted rules*, trazada por Gammie 2005). Por el contrario, pensamos que cuando el TJCE percibe que la norma nacional controvertida no posee implicaciones de política fiscal de carácter sustantivo adopta un enfoque más estricto respecto de las condiciones de compatibilidad comunitaria de tal normativa nacional, de manera que se siente más libre para establecer la incompatibilidad de la misma con el TCE o para fijar las condiciones de acuerdo con las cuales debe aplicarse o configurarse tal normativa para que resulte compatible con el Derecho comunitario.

Este doble enfoque del TJCE enlaza igualmente con la nueva concepción desplegada por el propio Tribunal de Justicia en relación con la causa de justificación basada en la “coherencia fiscal”; como se sabe, en los últimos tiempos (véanse los casos *Lenz*, *Manninen*, *Schempp* y *Keller*, C-471/04) se han flexibilizado los presupuestos a partir de los cuales opera esta causa de justificación (identidad de contribuyente, renta e impuesto), exigiéndose ahora un vínculo directo y consistente entre la medida articuladora de la ventaja fiscal y su envés que opere de forma idéntica para casos internos y supuestos transnacionales (redefinición del concepto de vínculo directo y nuevo ámbito de aplicación territorial de la coherencia fiscal); la coherencia del régimen fiscal debe verificarse respecto al objetivo perseguido por la normativa fiscal controvertida. No hay duda de que a través de esta nueva concepción de la coherencia fiscal se protege en mayor medida la “integridad de los sistemas fiscales nacionales” (Vanistendael 2005). De alguna forma, esta nueva línea de jurisprudencia comunitaria que protege en mayor medida la integridad de los sistemas fiscales —considerando los principios fiscales consolidados a nivel internacional o la propia coherencia fiscal y las demás causas de justificación de naturaleza tributaria— bien podría constituir una respuesta conciliadora frente a las demandas que viene formulando un sector relevante de la doctrina reclamando mayor “sensibilidad” del TJCE en relación con los principios, instituciones y mecanismos que preservan la justicia e integridad de los ordenamientos tributarios (Vanistendael, Hinneckens, García Prats, García-Herrera/Herrera Molina, entre otros). Otros autores, sin embargo, consideran que la vía más adecuada para lograr tal objetivo es la armonización de bases y tipos en el impuesto sobre sociedades (Graetz/Warren, Mooij/Stevens).

En relación con este último, algunos comentaristas han indicado que este “doble enfoque” adoptado por el TJCE elimina en buena medida el incentivo que podrían tener los Estados miembros para llegar al consenso (sic unanimidad) necesario para armonizar sus impuestos sobre la renta, toda vez que no perciben que los elementos estructurales de su ordenamiento tributario estén en peligro; por el contrario, ciertos Estados (v.gr, Irlanda) parecen sentirse más cómodos en un entorno no armonizado donde la competencia fiscal es más abierta (vid.Ch.McCreedy, EU Commissioner for Internal market and services, “*Ireland: Making the Most of the internal market*, Speech/05/785, 9 December 2005). En este contexto, *Marks & Spencer* no constituye una reformulación de la causa de justificación basada en la “coherencia fiscal”, pero sí es expresiva de la sensibilidad del TJCE frente a normas nacionales que protegen la “integridad de los sistemas fiscales de los Estados miembros” (Sanz Gadea 2006).

El caso *Marks & Spencer* también resulta revelador de la concepción que hace el TJCE de las libertades comunitarias como “principios de acceso al mercado”, esto es, como reglas que garantizan a un residente de un Estado miembro el acceso al mercado nacional localizado en otro Estado miembro de manera que ni las reglas fiscales del Estado de acogida (*host country*), ni las del Estado de residencia (*home country*) puedan obstaculizar, restringir o disuadir de algún modo tal operación transnacional. Ciertamente, el TJCE comenzó aplicando este enfoque frente al Estado de acogida al objeto de impedir que el no residente accediera a su mercado en condiciones discriminatorias respecto de los operadores económicos establecidos en el mismo, toda vez que tal discriminación fiscal implicaría un falseamiento de las condiciones de competencia y haría menos atractivo el acceso al mercado del Estado miembro de acogida que la realización de las mismas operaciones en su mercado nacional de origen. Sin embargo, el referido enfoque pronto se proyectó sobre el Estado de origen, en particular sobre las normas fiscales de tal Estado que obstaculizan o restringen el acceso de sus nacionales a los mercados de otros Estados miembros (véanse los casos *ICI*, *Verkoijen*, *Danner*, *Lenz*, *Manninen*). Posiblemente, la aplicación de este enfoque respecto de las reglas fiscales del Estado de residencia posea un mayor impacto estructural que en el caso anterior. Ello obedece a que, a pesar de la internacionalización y globalización económica,

los sistemas tributarios de los Estados miembros —en particular, sus impuestos sobre la renta y el patrimonio— siguen conservando un buen número de elementos estructurales más propios de épocas anteriores donde los impuestos se configuraban teniendo en cuenta consideraciones puramente internas (obviando la incidencia de “lo internacional”). En este sentido, puede afirmarse que el modelo de imposición sobre la renta (personas físicas y jurídicas) que ha venido empleándose en las últimas décadas por los países miembros de la OCDE se viene estructurando trazando una línea entre las operaciones internas y las internacionales, de manera que la integridad y lógica del impuesto opera a partir de tal distinción (modelo impositivo “cerrado”). De acuerdo con ello, las operaciones internas e internacionales reciben muy distinto trato e incluso en ocasiones el propio modelo de impuesto penalizaba las operaciones internacionales (piénsese en la normativa de TFI/CFC o simplemente en normativas que excluyen la aplicación de determinadas ventajas fiscales en operaciones transnacionales: doble imposición dividendos, deducción I+D+i, compensación de pérdidas) o trata de diluir los posibles incentivos (de tipo fiscal) que podrían resultar de la realización de determinadas operaciones internacionales (piénsese en el método de imputación) frente a las operaciones del mismo tipo pero de carácter interno. Es cierto, sin embargo, que en los últimos tiempos asistimos a una cierta evolución del impuesto sobre sociedades en los países europeos en el sentido de articular cláusulas que favorezcan la internacionalización de la economía y de las empresas (método de exención, deducción por actividades exportadoras, deducción fondo comercio financiero, etc); en este sentido, podría llegar a mantenerse que tenemos impuestos sobre sociedades de naturaleza “dual”.

Con todo, no puede dejar de señalarse que la estructura de los impuestos sobre la renta sigue respondiendo a un modelo que pivota sobre la distinción entre operaciones internas e internacionales y en el que subyace en gran medida una orientación de política fiscal dirigida hacia la neutralidad en la exportación de capitales. En este sentido, no puede dejar de apuntarse que la jurisprudencia del TJCE que protege el ejercicio de las libertades comunitarias como libertades de acceso al mercado frente a las normas del Estado de residencia (*home country*), en cierta medida, está desmantelando progresivamente este modelo impositivo o todos aquellos elementos del mismo que de una forma u otra tienen un efecto (económico) de segmentación del mercado interior en veinticinco mercados nacionales. Otros destacados autores, como Graetz y Warren, han interpretado esta jurisprudencia comunitaria como el establecimiento de una limitación sustantiva a la facultad (poder tributario) que ostenta(ba)n los Estados miembros a la hora de articular medidas dirigidas a incentivar la inversión nacional; enfatizan estos autores estadounidenses que estamos ante un límite de nueva planta netamente comunitario y de carácter sustantivo, en el sentido que ni los tratados internacionales que ordenan el comercio mundial (GATT/OMC, prohibición de discriminación contra productos extranjeros o de medidas favorecedoras de las exportaciones de productos nacionales), ni los tratados que ordenan las relaciones fiscales entre Estados (CDIs, prohíben trato discriminatorio de productores extranjeros asentados en territorio nacional) limitan la articulación de medidas de política fiscal que favorezcan la producción nacional sobre la producción extranjera realizada por sus propias empresas (nacionales/residentes). Esta limitación de nuevo cuño unida a la derivada de las disposiciones del Tratado CE (arts.87 y 88) sobre ayudas de estado podría terminar reduciendo a la mínima expresión el poder de los Estados miembros de la CE para utilizar su sistema tributario como instrumento de política económica.

En este sentido, el Derecho comunitario puede terminar determinando negativamente el papel de los incentivos fiscales en los Estados miembros. Podría ocurrir, por tanto, que los incentivos fiscales desempeñaran un papel o función distinta en un Estado dependiendo de su pertenencia a la CE. Dicho de otra forma, el papel del tributo como instrumento de política económica resulta altamente influenciado por consideraciones

(sic límites) de Derecho comunitario. Curiosamente, las dificultades que el Derecho comunitario plantea a los Estados para fomentar su economía nacional y establecer impuestos competitivos, por la vía de crear regímenes especiales o incentivos fiscales, ha provocado un movimiento paralelo de competencia fiscal a través de los tipos de gravamen (Graetz/Warren 2006); esta vía, sin embargo, no permite obtener los mismos resultados que los mecanismos antes referidos; antes al contrario, puede tener un efecto estructural de mayor alcance que no se circunscribe a la coherencia del ordenamiento fiscal afectando, en mayor o menor medida, a todo aquello respecto de lo que el tributo es instrumental.

Una última consideración que suscita la sentencia *Marks & Spencer* es si el TJCE ha variado a través de la misma su enfoque sobre la compatibilidad con el Tratado CE de medidas fiscales restrictivas del ejercicio de libertades fundamentales, en la medida en que en esta decisión el TJCE tuvo en cuenta el régimen fiscal aplicable de los dos Estados miembros implicados en la operación transnacional a efectos de determinar la existencia de una restricción y de su justificación; un planteamiento parecido lo encontramos en el caso *Schempp*, C-403/03, pero lo cierto es que tradicionalmente el Tribunal de Justicia atiende fundamentalmente a la normativa de un Estado miembro y los efectos restrictivos que se derivan de la misma, sin tomar en consideración el tratamiento fiscal de la operación en el otro Estado miembro (por ejemplo, la exención de la renta o entidad y/o su tributación a un tipo impositivo más bajo que en el otro Estado, vid. los casos *Eurowings* o *Danner*). A nuestro entender, no estamos ante un cambio de jurisprudencia, sino simplemente ante determinado tipo de casos donde la restricción fiscal deriva precisamente de un condicionante externo a la norma del Estado de acogida como es la imposibilidad de compensar las pérdidas en el Estado de residencia de la filial; en el caso *Schempp*, sin embargo, la justificación (la coherencia fiscal *internacional*) esgrimida requería tener en cuenta la legislación fiscal del otro Estado miembro.

En suma, la sentencia *Marks & Spencer* constituye un pronunciamiento de gran importancia para los Estados miembros, en la medida en que les obliga a reconfigurar su régimen de tributación de grupos de sociedades flexibilizando la restricción a la importación de pérdidas de las filiales extranjeras. Por el contrario, este pronunciamiento no puede interpretarse como una obligación articular regímenes de consolidación fiscal internacional en el sentido de integrar las bases imponibles positivas y negativas de las filiales extranjeras; es más, un régimen de este tipo podría plantear problemas de Derecho comunitario y con los CDIs. Por otro lado, el caso *Marks & Spencer* posee una cierta relevancia en términos de política fiscal, al representar una línea de jurisprudencia que evidencia los límites que impone el Derecho comunitario en relación con la configuración de impuestos sobre la renta concebidos sobre la base de esquemas puramente nacionales o tradicionalmente “cerrados”. En este sentido, esta jurisprudencia podría representar otro eslabón más en el asistemático y silencioso proceso de “deconstrucción” comunitaria de los sistemas tributarios de los Estados miembros.

Desde la perspectiva netamente española, entendemos que las autoridades españolas deberían modificar (incluso con alcance retroactivo, dado que la sentencia no limita sus efectos) la normativa reguladora del régimen de consolidación fiscal (arts.64-82 TRLIS) al objeto de permitir la compensación de las bases imponibles negativas de las filiales extranjeras (cualificadas: comunitarias y que cumplan los requisitos del art.67 TRLIS), allí donde concurrieran los condicionantes fijados por el TJCE en la sentencia *Marks & Spencer*. En este contexto, debe indicarse que las autoridades españolas deberían interpretar y aplicar los requisitos formulados en el artículo 67 TRLIS a la luz de los principios comunitarios de no discriminación y no restricción, a la hora de determinar qué sociedades comunitarias pueden entrar a formar parte del grupo fiscal a los efectos de la compensación de sus pérdidas con las del citado grupo. En particular, las autoridades españolas deberían adoptar una posición flexible cuando determinen la

“comparabilidad” de las formas jurídicas societarias extranjeras con las españolas cubiertas por el referido precepto; no se olvide que el TJCE ya se pronunció en cierto modo a favor del reconocimiento de las sociedades de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro en el que deseen establecerse (sentencia *Überseering*, Asunto C-208/00, 2002). Igualmente, el requisito de la participación, directa o indirecta, del 75 por 100 debería interpretarse en el sentido de que puede cumplirse a través de una sociedad holding residente o no residente (comunitaria) (véase la STJCE en el caso *ICI*). Las reglas de exclusión previstas en el apartado 4º del artículo 67 TRLIS podrían plantear algún problema de compatibilidad con el Derecho comunitario, toda vez que su estricta aplicación de cara a la importación de pérdidas de filiales comunitarias excluiría con carácter general tal posibilidad; muy en particular, la regla que excluye del grupo fiscal a una sociedad dependiente que esté sujeta al impuesto sobre sociedades a un tipo de gravamen diferente al de la sociedad dominante hace prácticamente imposible la compensación de pérdidas de filiales comunitarias en el marco del régimen de consolidación fiscal español, lo cual no parece que se ajuste con el sentido de la decisión del TJCE en el caso *Marks & Spencer*.

Asimismo, ya indicamos más arriba nuestra propuesta para flexibilizar tales condicionantes por la vía de incluir una cláusula de recaptura de bases imponibles positivas en términos similares a los aplicables en el ámbito de los establecimientos permanentes. Esta es la posición que, en nuestra modesta opinión, el legislador español debería adoptar si desea preservar la competitividad internacional del impuesto sobre sociedades español, al objeto de fomentar la atracción de inversiones extranjeras en nuestro país y favorecer y preservar la localización de matrices en territorio español. Un impuesto sobre sociedades poco competitivo en éste y otros aspectos afecta a la competitividad internacional de nuestra economía y podría traer consigo una reducción significativa de la inversión extranjera (empresarial) en España, así como provocar ciertos movimientos de des- o re-localización de empresas españolas hacia países con mejor “clima fiscal”.

5. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

Las principales obras que hemos manejado en relación con la jurisprudencia comunitaria anterior al caso *Marks & Spencer* son las siguientes: En el capítulo de obras generales sobre jurisprudencia tributaria del TJCE hemos tenido en cuenta especialmente las monografías de Van Thiel, *Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court of Justice in search of principles*, IBFD, Amsterdam, 2002, y de García Prats, *Imposición Directa y No Discriminación y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998; la recopilación de jurisprudencia comunitaria editada por el IEF y dirigida por P.Herrera, *Comentarios de jurisprudencia tributaria del TJCE*, tomos 2000-2004 IEF, Madrid, y nuestros trabajos con el profesor Martín Jiménez, “La armonización jurisprudencia de la Imposición Directa: las implicaciones del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades básicas comunitarias”, en *Manual de Fiscalidad Internacional (Dir.T.Cordón)*, IEF, Madrid, 2004, y “Jurisprudencia Tributaria del TJCE” en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2006.

Por otro lado, nos han sido igualmente útiles para analizar la sentencia *Marks & Spencer*, otros trabajos relacionados con su temática como el de A.Cordewener et aliter, “The tax treatment of foreign losses: Ritter, M&S, and the way Ahead”, *European Taxation*, nº44 2004; y el de Wimpissinger, “Beyond Marks & Spencer: Cross-border losses and EC Law”, *Tax Notes International*, vol.38, 2005, pp.923 y ss. El artículo de F.Vanistendael, “Cohesion: the phoenix rises from his ashes”, *EC Tax Review*, nº4,

2005, pp.209 y ss., nos resultó crucial de cara a comprender ciertos matices del nuevo concepto de “coherencia fiscal” que maneja actualmente el TJCE; en este mismo contexto son de obligada cita los trabajos de García Prats, “La coherencia fiscal desde la perspectiva interna, internacional y comunitaria”, *Diritto e Pratica Tributaria*, vol LXXIII, 2002, n°4; y García Herrera/Herrera Molina, “¿Asedio a la justicia fiscal en Europa?”, *RCT*, n°251, por sus reflexiones críticas sobre la doctrina del TJCE sobre la coherencia fiscal y la erosión de la integridad de los sistemas fiscales.

En relación con la sentencia del TJCE en el caso *Marks & Spencer* hemos consultado los siguientes trabajos: el siempre lúcido y protéico comentario de Sanz Gadea, E, “La compensación de pérdidas de las filiales extranjeras: Marks and Spencer”, *RCT, serie verde*, n°276/2006, pp.89 y ss; el trabajo de Sanza Gadea y el de Lang, “The Marks & Spencer Case—The Open issues following the ECJ’s Final Word”, *European Taxation*, February 2006, me resultaron especialmente interesantes para entender la concepción del Tribunal de Justicia sobre el principio de territorialidad. Otros trabajos comentando la sentencia que también fueron de gran utilidad son: J.Ghosh, “The Marks and Spencer case: a prediction of the ECJ’s holding”, *TNI* April 4 2005, pp.33 y ss; Sheppard, “Revenge of the Source Countries, part 4: Who gets the bill?”, *TNI*, October 31, 2005, pp.411 y ss.; Fuese/Hemmelgarn/Ramb, “The tax revenue Implications of the Marks and Spencer for Germany”, *TNI*, May 30 2005, pp.763 y ss.; CFE, “Opinion Statement on the opinion of the A.G Maduro in the case of Marks and Spencer”, CFE 2005; Mbwa-Mboma, “The Push Toward Pan-European Tax Consolidation: a French perspective on Marks and Spencer case”, *TNI*, 5 May 2004, pp.457 y ss. M.Gammie en su artículo “The impact of the Marks & Spencer case on US-European Planning”, *Intertax*, 11, 2005, pp.485 y ss., comenta la decisión adoptada por los Special Commissioners sobre el caso, de acuerdo con la cual se consideró que la normativa británica no vulneraba el Derecho comunitario. En el trabajo de Tomsett, “UK Court sanctions procedure for Group relief claims”, *Tax Notes Internacional*, August 15 2005, pp.583, se analiza una sentencia donde los contribuyentes plantean ante la House of Lords británica si existen vías específicas para lograr la aplicación directa del Derecho Comunitario cuando la norma interna no reconoce su aplicación, declarando el referido tribunal que los contribuyentes deben aplicar directamente el Derecho comunitario en el marco de sus autoliquidaciones al no existir ningún procedimiento específico a tal efecto. El artículo de Portner, R, “Losses from foreign investment: can they be used for offset German taxes?”, *Tax Notes Internacional*, April 4, 2005, pp.51 y ss., aborda la tendencia de los tribunales alemanes a reinterpretar el método de exención de acuerdo con el Derecho comunitario a los efectos de admitir la integración y compensación de las pérdidas extranjeras de los EPs. El artículo de Krammer, “Austrian court rules on proper exemption meted for foreign losses”, *Worldwide Tax Daily*, 17 December 2001, es complementario al de Portner. El trabajo de Graetz y Warren (“Income Tax Discrimination and the Politics and Economic Integration of Europe”, *Yale Law Journal*, April 2006, manejado en versión borrador) aporta una interesante visión en torno al impacto limitador de la jurisprudencia comunitaria sobre la política fiscal de los Estados miembros, y su incidencia sobre terceros países. Es también de interés el artículo de Morrison, “Treaty Nondiscrimination –Will recent EU precedent cross the Atlantic?”, *Tax Mngmt.Int’l J.*, 2004, pp.254 y ss., reflexiona sobre la reinterpretación comunitaria que están haciendo algunos tribunales alemanes y británicos de las cláusulas de no discriminación de los CDI y poniendo de relieve cómo tal tendencia ya está empezando a manifestarse en EE.UU.

En relación con las consideraciones realizadas sobre los efectos presupuestarios de las sentencias tributarias del TJCE, hemos utilizado los trabajos de O.Thömmes, “Effect of the ECJ Decisions on Budgets of EU Member Status: EC Law Without Mercy?”, *Intertax*, vol.33, n°12, pp.560 y ss; y Lyons, T., “A drive to curb the power of

the ECJ?”, *British Tax Review*, nº5, 2005, pp.449 y ss.; y Portner, R., “German tax case covers Manninen ground”, *Tax Notes Internacional*, September 26, 2005, pp.1139 y ss.

En cuanto a la normativa española sobre consolidación, hemos utilizado las siguientes obras: Sanz Gadea, *Impuesto sobre Sociedades*, EF, Madrid, 2005, tomos I y II; la interesante y documentada monografía de Sáenz de Olazagoitia Díaz de Cerio, *La tributación consolidada de los Grupos de Sociedades*, Aranzadi, Pamplona, 2002; Báez Moreno, A, *Normas Contables e Impuesto sobre Sociedades*, Aranzadi, Pamplona, 2005; y Montesinos i Oltra, *La compensación de bases imponibles en el IS*, Aranzadi, Pamplona, 2003. En este ámbito también hemos tenido muy en cuenta las tempranas observaciones de la Cámara de Comercio Internacional reclamando la compensación de pérdidas extranjeras en el marco de los regímenes de consolidación fiscal: ICC, “Fiscal Consolidation and the Treatment of Tax Losses within a Single Tax Jurisdiction”, *Intertax*, 1982, pp.170 y ss.