

Edición provisional

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 19 de junio de 2019 (*)

«Procedimiento prejudicial — Impuesto sobre sociedades — Grupo de sociedades — Libertad de establecimiento — Dedución de las pérdidas generadas por una filial no residente — Concepto de “pérdidas definitivas” — Aplicación a una filial de ulterior nivel — Normativa del Estado de residencia de la sociedad matriz que exige una tenencia directa de la filial — Normativa del Estado de residencia de la filial que limita la imputación de las pérdidas y la prohíbe el año de la liquidación»

En el asunto C-608/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia), mediante resolución de 5 de octubre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de octubre de 2017, en el procedimiento entre

Skatteverket

y

Holmen AB,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. J.-C. Bonichot (Ponente), Presidente de Sala, y la Sra. C. Toader y los Sres. A. Rosas, L. Bay Larsen y M. Safjan, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 24 de octubre de 2018;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Skatteverket, por la Sra. M. Andersson Berg, en calidad de agente;
- en nombre de Holmen AB, por el Sr. H. Andersson, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por las Sras. A. Falk, A. Alriksson, C. Meyer-Seitz, H. Shev, H. Eklinder, L. Zettergren y J. Lundberg, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno alemán, inicialmente por los Sres. T. Henze y R. Kanitz y posteriormente por el Sr. R. Kanitz, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. M.K. Bulterman y el Sr. J.M. Hoogveld, en calidad de agentes;

- en nombre del Gobierno finlandés, por el Sr. S. Hartikainen, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. K. Simonsson y por las Sras. N. Gossement, E. Ljung Rasmussen y G. Tolstoy, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de enero de 2019;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE.

2 Dicha petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Skatteverket (Administración Tributaria, Suecia) y Holmen AB en relación con la posibilidad de que esta deduzca, con cargo al impuesto sobre sociedades, las pérdidas de una filial de ulterior nivel establecida en otro Estado miembro.

Marco jurídico

Derecho sueco

3 El régimen de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo se rige por las disposiciones de los capítulos 35 y 35a de la Inkomstskattelag (1999:1229) [Ley (1229:1999) del impuesto sobre la renta; en lo sucesivo, «Ley del impuesto sobre la renta»].

4 Conforme al capítulo 35, una filial que genera pérdidas puede transferirlas fiscalmente a su sociedad matriz, directa o indirecta.

5 Esta ventaja puede obtenerse cuando una pérdida es definitiva en el sentido del apartado 55 de la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, en lo sucesivo, «sentencia Marks & Spencer», EU:C:2005:763), por lo que respecta a una filial participada al 100 % con domicilio en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que, en particular, se trate de una filial directa, que haya sido liquidada y que la matriz no ejerza, mediante una entidad vinculada, actividad alguna en el Estado de la filial en el momento de la liquidación.

Derecho español

6 De las indicaciones de la resolución de remisión se desprende que el régimen español de consolidación fiscal permite compensar, sin limitación alguna, los beneficios con las pérdidas de entidades del mismo grupo. Las pérdidas que no se utilicen pueden compensarse indefinidamente e imputarse a beneficios futuros.

7 No obstante, desde el año 2011, solo una parte de los beneficios de un ejercicio fiscal puede compensarse con pérdidas de ejercicios anteriores. Las pérdidas que, debido a esta limitación, no puedan deducirse podrán trasladarse, al igual que el resto de pérdidas no compensadas, a ejercicios posteriores.

8 Por otra parte, en caso de disolución de un grupo fiscal debido a la liquidación de una o varias sociedades que lo componen, las restantes pérdidas del grupo se asignarán, en su caso, a las sociedades que las hubieran generado.

9 Por último, el año de la liquidación, dichas pérdidas solo pueden ser utilizadas por la sociedad que las hubiera generado.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

10 Holmen es la sociedad matriz de un grupo sueco. Tiene en España, a través de una filial, varias filiales de ulterior nivel que desarrollan su actividad en los sectores del papel y la impresión; en su conjunto, forman un grupo de consolidación fiscal. Dado que una de las filiales de ulterior nivel acumuló desde el año 2003 pérdidas por un importe aproximado de 140 millones de euros, Holmen contempla el cese de sus actividades españolas.

11 Formuló una consulta vinculante al Skatterättsnämnden (Comisión de Derecho Tributario, Suecia), para determinar si, una vez completada la liquidación, se la autorizaría, sobre la base de la jurisprudencia derivada de la sentencia Marks & Spencer, a llevar a cabo en Suecia la consolidación fiscal de dichas pérdidas, que, de no ser así, no serían deducibles ni en España, debido a la imposibilidad jurídica de transferir las pérdidas de una sociedad liquidada en el año de la liquidación, ni en Suecia, debido al requisito de la tenencia directa de la filial que genera pérdidas definitivas.

12 Más concretamente, Holmen consultó a la Comisión de Derecho Tributario sobre dos supuestos: el primero, relativo a la liquidación de la filial y de las dos filiales españolas de ulterior nivel y, el segundo, relativo a una absorción inversa de la filial por su subfilial deficitaria española, seguida de una liquidación del nuevo conjunto. En ambos supuestos, Holmen ya no desarrollaría actividad alguna en España durante la liquidación y no mantendría ninguna actividad posteriormente.

13 La respuesta a la consulta vinculante emitida por la Comisión de Derecho Tributario se pronuncia en sentido negativo sobre la primera opción y en sentido positivo con respecto a la segunda.

14 La Comisión de Derecho Tributario admitió que su opinión desfavorable sobre la primera opción daría lugar a una restricción a la libertad de establecimiento, pero consideró que, de conformidad con la jurisprudencia resultante de la sentencia Marks & Spencer, esa restricción puede estar justificada siempre que se respete el principio de proporcionalidad y, por tanto, que las pérdidas de que se trata no estén comprendidas en alguna de las situaciones contempladas en el apartado 55 de dicha sentencia, relativas a las pérdidas «definitivas».

15 Tanto la Administración Tributaria como Holmen han impugnado la respuesta a la consulta vinculante ante el Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia).

16 El mencionado órgano jurisdiccional considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no precisa, por un lado, si el derecho a deducir las pérdidas definitivas presupone que la filial pertenezca directamente a la matriz ni, por otro lado, si, para apreciar el carácter definitivo de las pérdidas de la filial, hay que tener en cuenta las posibilidades ofrecidas por la normativa del Estado de residencia de la filial a otras entidades jurídicas para tomar en consideración dichas pérdidas y, en caso afirmativo, cómo debe tomarse en consideración dicha normativa.

17 En estas circunstancias, el Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Presupone el derecho —derivado, entre otros, de [la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763)]— de una sociedad matriz situada en un Estado miembro a deducir, con arreglo al artículo 49 TFUE, las pérdidas definitivas de una filial situada en otro Estado miembro que la sociedad matriz tenga la propiedad directa de la filial?

2) ¿Debe ser considerada definitiva una pérdida en la medida en que, con arreglo a la normativa del Estado de la filial, no pudo compensarse con los beneficios obtenidos en este Estado en un determinado ejercicio sino que, en su lugar, fue arrastrada para poder deducirse, en su caso, en un ejercicio posterior?

3) Para apreciar si una pérdida es definitiva, ¿es pertinente la circunstancia de que, con arreglo a la normativa del Estado de la filial, existan restricciones a la posibilidad de que otra entidad distinta de la que registró las pérdidas deduzca estas de su base imponible?

4) En caso de que sea pertinente la circunstancia descrita en la cuestión prejudicial anterior, ¿procede tener en cuenta la medida en que dichas restricciones han dado lugar en la práctica a que una parte de las pérdidas no pueda compensarse con los beneficios de otra entidad?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

18 Con carácter preliminar, procede recordar que, en los apartados 43 a 51 de la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia declaró que una restricción a la libertad de establecimiento ligada a una limitación al derecho de una sociedad a deducir las pérdidas de una filial extranjera, cuando se permite la deducción de las pérdidas de una filial residente, se justifica por la necesidad de preservar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de impedir el riesgo de doble imputación de las pérdidas, así como el de evasión fiscal.

19 No obstante, en el apartado 55 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que, aunque se trate de una restricción en principio justificada, no deja de ser desproporcionado que el Estado de residencia de la sociedad matriz excluya la posibilidad de que esta compute las pérdidas de una filial no residente, que se consideran definitivas, cuando:

– la filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta las pérdidas en que haya incurrido 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 estas 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 este.

Sobre la primera cuestión prejudicial

20 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de pérdidas definitivas de una filial no residente, en el sentido del apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer, puede aplicarse a una filial de ulterior nivel.

21 Esta cuestión se plantea en el contexto de la legislación sueca controvertida en el litigio principal, que condiciona la consolidación fiscal cuando se trata de pérdidas de una filial no residente a la existencia de una relación directa entre la matriz que la solicita y la filial no residente que genera las pérdidas.

22 Procede recordar que tal requisito, que lleva a excluir la consolidación fiscal transfronteriza en determinados supuestos, puede estar justificado por las razones imperiosas de interés general mencionadas en el apartado 18 de la presente sentencia.

23 En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 45 a 52 de la sentencia *Marks & Spencer*, el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de este, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas. Desde ese punto de vista, dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas. Por otra parte, los Estados miembros deben poder impedir, excluyendo la consolidación fiscal, tanto el riesgo de doble imputación de las pérdidas como el de que los grupos de sociedades practiquen transferencias organizadas de pérdidas a favor de sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen tipos impositivos elevados y en los que, por consiguiente, el valor fiscal de las pérdidas es mayor.

24 Sin embargo, es preciso, además, que los requisitos para una consolidación fiscal como la controvertida en el litigio principal sean adecuados para garantizar la realización de los objetivos perseguidos y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlos.

25 A este respecto, procede distinguir dos supuestos.

26 El primero se refiere al caso en el que la filial o filiales interpuestas entre la matriz que solicita la consolidación fiscal y la filial de ulterior nivel que genera pérdidas que pueden considerarse definitivas no están establecidas en el mismo Estado miembro.

27 En tal caso, no puede excluirse que un grupo pueda elegir el Estado miembro de utilización de las pérdidas definitivas, optando bien por el de la sociedad matriz superior, bien por el de toda filial potencialmente interpuesta.

28 Tal posibilidad de optar podría permitir estrategias de optimización de los tipos impositivos del grupo, que pueden poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y hacerles correr un riesgo de imputación múltiple de las pérdidas.

29 Por tanto, no es desproporcionado que un Estado miembro imponga el requisito de tenencia directa para la consolidación transfronteriza, aun cuando concurren todas las demás imposibilidades mencionadas en el apartado 55 de la sentencia *Marks & Spencer*, máxime cuando la excepción prevista en dicho apartado se aplica, en todo caso, en el Estado miembro de la filial titular directa de la subfilial al que se solicita la consolidación fiscal transfronteriza relativa a las pérdidas de esta última.

30 El segundo supuesto se refiere al caso en el que la filial o filiales interpuestas entre la matriz que solicita la consolidación fiscal y la filial de ulterior nivel que genera pérdidas que pueden considerarse definitivas están establecidas en el mismo Estado miembro. Este parece ser

el caso en el litigio principal, dado que tanto la filial interpuesta de Holmen como su subfilial, que genera pérdidas, tienen su sede en España.

31 En tales circunstancias, los riesgos de optimización del tipo impositivo del grupo mediante la elección del Estado miembro de imputación de las pérdidas y de toma en consideración múltiple de estas por varios Estados miembros se corresponden con los constados por el Tribunal de Justicia en los apartados 45 a 52 de la sentencia Marks & Spencer.

32 Sería en tal caso desproporcionado que un Estado miembro estableciera un requisito de tenencia directa, como el controvertido en el litigio principal, cuando se cumplan los requisitos enunciados en el apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer.

33 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de pérdidas definitivas de una filial no residente, en el sentido del apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer, no se aplica a una filial de ulterior nivel, a menos que todas las sociedades intermedias entre la matriz que solicita la consolidación fiscal y la filial de ulterior nivel que genera pérdidas que puedan considerarse definitivas sean residentes en el mismo Estado miembro.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

34 Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué pertinencia ha de concederse, al examinar el carácter definitivo de las pérdidas de una filial no residente, en el sentido del apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer, a la circunstancia de que el Estado miembro de la filial no permita transferir pérdidas de una sociedad a otro sujeto pasivo el año de la liquidación, pero autoriza, no obstante, la transferencia de tales pérdidas a otros ejercicios fiscales de esa sociedad.

35 De este modo, se pide al Tribunal de Justicia que precise si una situación como las planteadas por Holmen, en la que, el año de la liquidación, el Estado miembro de la sociedad no residente solo permite la utilización fiscal de las pérdidas por parte de la sociedad que las ha generado, está entre las mencionadas por el Tribunal de Justicia en el apartado 55, segundo guion, de la sentencia Marks & Spencer, en las que no existe la posibilidad de tomar en consideración las pérdidas de la filial extranjera en su Estado de residencia en ejercicios posteriores.

36 Pues bien, basta recordar, a este respecto, que las razones esgrimidas por el Tribunal de Justicia en el apartado 55, segundo guion, de la sentencia Marks & Spencer contemplaban expresamente que la imposibilidad que determina el carácter definitivo de las pérdidas pudiera referirse al cómputo de estas en ejercicios futuros por un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a este.

37 De ello se desprende que, en una situación como las planteadas por Holmen, y aun cuando, en su caso, todas las demás imposibilidades mencionadas en el apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer hubieran quedado acreditadas, las pérdidas no pueden calificarse de definitivas si sigue siendo posible obtener rendimiento de ellas, transfiriéndolas a un tercero antes de la conclusión de la liquidación.

38 En efecto, como ha señalado la Abogado General en los puntos 57 a 63 de sus conclusiones, no puede excluirse *a priori* que un tercero pueda computar fiscalmente las pérdidas de la filial en el Estado de residencia de esta última, por ejemplo tras la cesión de esta filial por un precio que incluya el valor de la ventaja fiscal que representa la deducibilidad futura de las pérdidas (véanse, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2013, A, C-123/11, EU:C:2013:84, apartados 52 y siguientes, y la sentencia de hoy, Memira Holding, C-607/17,

apartado 26).

39 Por consiguiente, en una situación como las planteadas por Holmen, si esta no demuestra que la posibilidad mencionada en el apartado anterior está excluida, el mero hecho de que la legislación del Estado de residencia de la filial no permita la transferencia de pérdidas el año de la liquidación no es motivo suficiente, *per se*, para considerar definitivas las pérdidas de la filial o de la filial de ulterior nivel.

40 En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, para apreciar el carácter definitivo de las pérdidas de una filial no residente, en el sentido del apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer, la circunstancia de que el Estado miembro de la filial no permita transferir pérdidas de una sociedad a otro sujeto pasivo el año de liquidación no es determinante, a menos que la sociedad matriz demuestre que le es imposible materializar el valor de dichas pérdidas, en particular mediante una cesión, de modo que un tercero pueda computarlas fiscalmente en ejercicios futuros.

Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta

41 Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y cuarta, que procede examinar conjuntamente y en último lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en el supuesto de que la circunstancia mencionada en la tercera cuestión prejudicial resulte pertinente, debe tenerse en cuenta el hecho de que la legislación del Estado de la filial que genera pérdidas que pueden calificarse de definitivas ha tenido como consecuencia que una parte de las pérdidas haya debido trasladarse a ejercicios futuros como consecuencia de una limitación a la compensación de pérdidas en la misma entidad, o no haya podido imputarse a los beneficios obtenidos por otra entidad del mismo grupo.

42 A este respecto, como se ha indicado en el contexto de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial, las restricciones, sean cuales fueren, a la transferencia de pérdidas derivadas de la legislación del Estado de residencia de la filial no son determinantes mientras la sociedad matriz no demuestre la imposibilidad de que un tercero compute las pérdidas, en particular tras una cesión por un precio que incluya el valor fiscal de estas.

43 Si se aporta tal prueba y se cumplen los demás requisitos mencionados en el apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer, las autoridades tributarias están obligadas a considerar que las pérdidas de una filial no residente son definitivas y que, por consiguiente, no permitir a la sociedad matriz computarlas resulta desproporcionado.

44 Desde esta perspectiva, es irrelevante, para apreciar el carácter definitivo de las pérdidas, en qué medida la sociedad deficitaria ha visto limitadas sus posibilidades de compensación futura de las pérdidas, o en qué medida otras entidades del mismo grupo también situadas en el Estado de residencia de la filial deficitaria hayan podido ver limitadas sus posibilidades de que se les transfirieran pérdidas de la filial.

45 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta que, en el supuesto de que resulte pertinente la circunstancia mencionada en la tercera cuestión prejudicial, es irrelevante en qué medida la legislación del Estado de la filial que genera pérdidas que pueden calificarse de definitivas haya tenido como consecuencia que una parte de dichas pérdidas no haya podido imputarse a los beneficios corrientes de la filial deficitaria o a los de otra entidad del mismo grupo.

Costas

46 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

- 1) **El concepto de pérdidas definitivas de una filial no residente, en el sentido del apartado 55 de la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), no se aplica a una filial de ulterior nivel, a menos que todas las sociedades intermedias entre la matriz que solicita la consolidación fiscal y la filial de ulterior nivel que genera pérdidas que puedan considerarse definitivas sean residentes en el mismo Estado miembro.**
- 2) **Para apreciar el carácter definitivo de las pérdidas de una filial no residente, en el sentido del apartado 55 de la sentencia Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), la circunstancia de que el Estado miembro de la filial no permita transferir pérdidas de una sociedad a otro sujeto pasivo el año de liquidación no es determinante, a menos que la sociedad matriz demuestre que le es imposible materializar el valor de dichas pérdidas, en particular mediante una cesión, de modo que un tercero pueda computarlas fiscalmente en ejercicios futuros.**
- 3) **En el supuesto de que resulte pertinente la circunstancia mencionada en el punto 2 del presente fallo, es irrelevante en qué medida la legislación del Estado de la filial que genera pérdidas que pueden calificarse de definitivas haya tenido como consecuencia que una parte de dichas pérdidas no haya podido imputarse a los beneficios corrientes de la filial deficitaria o a los de otra entidad del mismo grupo.**

Firmas

*