Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 19 de julio de 2012 [1]

Asunto C-123/11

A Oy

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)]

«Derecho tributario — Libertad de establecimiento — Directiva 2009/133/CE — Legislación nacional del impuesto sobre los beneficios — Fusión de dos sociedades establecidas en distintos Estados miembros — Posibilidad de deducir las pérdidas de la sociedad absorbida en el Estado miembro de la sociedad absorbente»

I. Introducción

1. En principio, el nombre de Marks & Spencer designa una cadena de grandes almacenes. Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de legislación tributaria, ese nombre representa el reconocimiento expreso de que el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede justificar restricciones a la libertad de establecimiento. [2] En cambio, en la jurisprudencia y en la doctrina de los Estados miembros el nombre de Marks & Spencer también parece ser sinónimo de caos y desesperación. [3]

2. Esto se debe a una frase de unas cien palabras que incluyó el Tribunal de Justicia en la resolución conocida como «Marks & Spencer» y en la que describió las circunstancias en que los Estados miembros excepcionalmente pueden estar obligados a considerar las pérdidas de sociedades filiales no residentes en la tributación de su sociedad matriz residente. A pesar de la abundancia de palabras, no existe ninguna claridad acerca del alcance de dicha excepción y de si, a la vista de la posterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia, subsiste siquiera dicha excepción.

3. La presente petición de decisión prejudicial bien podría brindar una ocasión para resolver la confusión generada a raíz de dicha excepción. La contribuyente finlandesa del procedimiento principal invoca en dicho procedimiento la excepción formulada por el Tribunal de Justicia: tiene intención de fusionarse con una filial sueca y, en el futuro, pretende deducir en Finlandia las pérdidas registradas en Suecia, lo que, en cambio, impide la normativa fiscal finlandesa.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Véase la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Rec. p. I-10837).

3 — Véase, por ejemplo, *Cordewener*, Cross-Border Loss Relief and the 'Effet Utile' of EU Law: Are We Losing It?, EC Tax Review 2011, 58.

II. Marco legal

A. *Derecho de la Unión*

1. Libertad de establecimiento

4. El artículo 49 TFUE regula como sigue la libertad de establecimiento:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

5. El artículo 54 TFUE extiende el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento del siguiente modo:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

[...]»

2. Directiva 2009/133

6. La Directiva 2009/133/CE[4] (en lo sucesivo, «Directiva 2009/133») regula las consecuencias tributarias de determinadas concentraciones transfronterizas de sociedades. Los considerandos segundo y tercero explican en extracto como sigue el objetivo de la Directiva 2009/133:

«(2) Las fusiones […] entre sociedades de diferentes Estados miembros pueden ser [necesarias] para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el buen funcionamiento de dicho mercado. Dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. […]

(3) Las disposiciones de orden fiscal penalizan en la actualidad dichas operaciones en relación con las de sociedades de un mismo Estado miembro. Es necesario eliminar dicha penalización.»

4 — Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO L 310, p. 34), por la que se refunde la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, de idéntico título (DO L 225, p. 1). Esta Directiva no se ha de confundir con la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO L 310, p. 1), que se ocupa de los aspectos jurídico-societarios de determinadas concentraciones transfronterizas.

7. El cuarto considerando describe el camino trazado para ello con la Directiva 2009/133:

«No es posible alcanzar dicho objetivo mediante una ampliación a escala comunitaria de los regímenes internos vigentes en los Estados miembros, ya que las diferencias entre dichos regímenes podrían provocar distorsiones. Solo un régimen fiscal común puede constituir una solución satisfactoria al respecto.»

8. En especial sobre el trato de las pérdidas fiscales de sociedades, el noveno considerando dispone:

«Conviene igualmente definir el régimen fiscal que deba aplicarse a determinadas provisiones, reservas o pérdidas de la sociedad transmitente y regular los problemas fiscales que se plantean cuando una de las dos sociedades posee una participación en el capital de la otra.»

9. Por último, del decimocuarto considerando se desprende lo siguiente:

«Uno de los objetivos de la presente Directiva es eliminar obstáculos al funcionamiento del mercado interior, como la doble imposición. Si las disposiciones de la presente Directiva no lo logran, los Estados miembros deberían tomar las medidas necesarias para alcanzarlo.»

10. El ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133 se extiende, conforme a su artículo 1, letra a), a las operaciones de «fusión […] en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros». El artículo 2, letra a), inciso iii), de la Directiva define «fusión», entre otras operaciones, como aquella por la que «una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio, activo y pasivo, a la sociedad que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social». El artículo 3 de la Directiva 2009/133 establece qué sociedades se consideran «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de la Directiva.

11. En relación con las pérdidas de la sociedad transmitente, la Directiva 2009/133 sólo dispone, en su artículo 6, lo siguiente:

«En la medida en que, cuando las operaciones a que hace referencia el artículo 1, letra a), se efectúen entre sociedades del Estado miembro de la sociedad transmitente, dicho Estado miembro aplique disposiciones que permitan a la sociedad beneficiaria asumir las pérdidas de la sociedad transmitente no compensadas a efectos fiscales, el Estado miembro deberá ampliar estas disposiciones para que abarquen la asunción de dichas pérdidas por parte de los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria situados en su territorio.»

B. *Derecho finlandés*

12. Con arreglo al artículo 7, apartado 1, del Convenio celebrado entre la República de Finlandia y el Reino de Suecia para evitar la doble imposición en el ámbito del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre el patrimonio, sólo están sometidos a tributación en Finlandia los beneficios de una sociedad establecida en Suecia en la medida en que sean atribuibles a un establecimiento permanente en Finlandia.

13. Con arreglo a la legislación finlandesa en materia del impuesto sobre la renta, las pérdidas sufridas en un período impositivo pueden imputarse en los siguientes períodos impositivos. El artículo 119, apartados 1 y 2, de la Tuloverolaki (Ley finlandesa del impuesto sobre la renta) dispone a este respecto lo siguiente:

«Las pérdidas derivadas de actividades económicas y de la agricultura registradas en un ejercicio fiscal se deducirán de los beneficios obtenidos por las actividades económicas y la agricultura durante los siguientes diez ejercicios fiscales en la medida en que se produzcan beneficios.

Se entenderá por pérdidas derivadas de actividades económicas el resultado negativo establecido con arreglo a la Ley sobre la tributación de los ingresos procedentes de actividades económicas, y por pérdidas derivadas de la agricultura el resultado negativo establecido con arreglo a la Ley del impuesto sobre la renta de la agricultura.»

14. En caso de fusión de sociedades, el artículo 123, apartado 2, de la Tuloverolaki contiene, en extracto, la siguiente disposición relativa al destino de las pérdidas constatadas por una sociedad transmitente:

«En caso de fusión de sociedades o de escisión de una sociedad, la sociedad beneficiaria tiene derecho a deducir de sus ingresos sometidos a tributación las pérdidas de la sociedad absorbida o de la sociedad escindida con arreglo a los artículos 119 y 120 en la medida en que la sociedad beneficiaria o sus accionistas o miembros o la sociedad beneficiaria y sus accionistas o miembros conjuntamente hayan sido titulares, desde el comienzo del ejercicio negativo, de más de la mitad de las acciones o participaciones de la sociedad absorbida o de la sociedad escindida […]»

15. Asimismo, conforme a la jurisprudencia finlandesa, este derecho a la asunción de las pérdidas de la sociedad transmitente se supedita a la condición de que la fusión no se realice exclusivamente con ese fin.

III. Hechos y cuestiones prejudiciales

16. El objeto del procedimiento principal es un dictamen previo relativo al impuesto de sociedades finlandés (yhteisöjen tulovero). La sociedad A Oy (en lo sucesivo, «contribuyente») solicitó dicho dictamen previo al Keskusverolautakunta (Comisión central en materia tributaria; en lo sucesivo, «CCT») para aclarar de forma vinculante una cuestión relativa a la imputación de pérdidas.

17. La contribuyente, residente en Finlandia, ostenta todas las participaciones de la sociedad sueca B AB. Esta filial ha cesado recientemente en su actividad, que consistía en la explotación de tres establecimientos de comercio minorista en Suecia. Sin embargo, aún tiene obligaciones derivadas de dos contratos de arrendamiento de locales comerciales a largo plazo. Por esta actividad, la filial registró a efectos del procedimiento tributario sueco pérdidas por importe de 44,8 millones de coronas suecas en los ejercicios de 2001 a 2007, que con el cambio actual equivalen aproximadamente a 5 millones de euros.

18. La contribuyente planea ahora una fusión con su filial sueca. Con la fusión, la filial sueca quedaría disuelta y todo su patrimonio sería asumido por la contribuyente.

19. En su dictamen previo de 25 de marzo de 2009, la CCT consideró que la contribuyente, tras la fusión, no puede deducir las pérdidas de su filial sueca en el marco del impuesto de sociedades finlandés.

20. En consecuencia, el Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), que ahora debe conocer del asunto, ha declarado que la legislación finlandesa no permite la asunción de las pérdidas de una sociedad absorbida si ésta tiene su domicilio social en el extranjero y sus pérdidas no se pueden imputar a ningún establecimiento permanente en Finlandia. Sin embargo, alberga dudas acerca de si esta interpretación es compatible con el Derecho de la Unión, especialmente con la libertad de establecimiento. Así pues, ha remitido al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Exigen los artículos 49 TFUE y 54 TFUE que una sociedad absorbente pueda deducir, en el marco de su tributación, las pérdidas de una sociedad que ha estado establecida en otro Estado miembro y que ha sido absorbida por aquélla, pérdidas derivadas de la actividad desarrollada en

dicho Estado en los años anteriores a la fusión, cuando la sociedad absorbente no tenga establecimientos permanentes en el Estado de residencia de la sociedad absorbida y cuando la sociedad absorbente, con arreglo a la normativa nacional, sólo puede deducir las pérdidas de la sociedad absorbida si ésta es una sociedad nacional o si las pérdidas se han producido en un establecimiento permanente situado en dicho Estado?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Son pertinentes los artículos 49 TFUE y 54 TFUE para determinar si el importe de las pérdidas deducibles debe calcularse con arreglo al Derecho tributario del Estado de residencia de la sociedad absorbente o si las pérdidas constatadas en el Estado de residencia de la sociedad absorbida con arreglo al Derecho de dicho Estado deben considerarse pérdidas deducibles?»

IV. Apreciación jurídica

21. Las cuestiones prejudiciales se plantean –de forma admisible [5]– en el contexto de un procedimiento principal referido a las consecuencias fiscales de un hecho que aún no se ha producido. Por eso basaré la respuesta en el Derecho de la Unión actualmente vigente.

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial: asunción de las pérdidas*

22. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que, en caso de fusión, permite en principio a la sociedad absorbente imputar las pérdidas de la sociedad absorbida, pero que excluye esa posibilidad en relación con las pérdidas procedentes de una actividad que no se someta a la tributación finlandesa (imputación de pérdidas extranjeras).

23. Para poder dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente con respecto al Derecho de la Unión aplicable, [6] no limitaré mi examen a la libertad de establecimiento consagrada en los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, pues el Derecho de la Unión prevé una norma jurídica propia relativa a las consecuencias fiscales de las concentraciones transfronterizas de sociedades: la Directiva 2009/133. Para mi análisis partiré de esta norma especial.

1. Aplicación de la Directiva 2009/133

24. Con arreglo a su artículo 1, letra a), los Estados miembros deben aplicar la Directiva 2009/133 a toda operación de fusión en la que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros. Con arreglo al artículo 2, letra a), inciso iii), de la Directiva 2009/133, existe una fusión cuando se absorbe una filial participada al 100 %. La contribuyente, residente en Finlandia, planea la absorción de su filial sueca, de la que posee todas las participaciones. Además, el órgano jurisdiccional remitente ha constatado que ambas sociedades cumplen las disposiciones relativas a la forma societaria, de manera que también se dan los requisitos del artículo 3, letra a), de la Directiva 2009/133, el cual, en relación con el anexo I, parte A, establece las formas que se deben considerar como «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de la Directiva. Asimismo, es de suponer que en el presente procedimiento se cumplen también los requisitos de las letras b) y c) de dicha disposición en cuanto al domicilio fiscal y a la sujeción fiscal con arreglo a la Tuloverolaki. En consecuencia, a unos hechos como los del procedimiento principal les es de aplicación la Directiva 2009/133.

5 — Véase la sentencia de 18 de noviembre de 1999, X e Y (C-200/98, Rec. p. I-8261), apartados 21 y 22, que versó sobre una normativa sueca similar.

6 — Véanse a este respecto, sobre la posibilidad de una interpretación amplia de una petición de decisión prejudicial, entre otras, las sentencias de 12 de julio de 1979, Union Laitière Normande (244/78, Rec. p. 2663), apartado 5, y de 26 de abril de 2012, van Putten (C-578/10 a C-580/10), apartado 23.

25. Por lo tanto, acto seguido se suscita la cuestión de qué consecuencias jurídicas prevé la Directiva 2009/133 en relación con la consideración transfronteriza de pérdidas. El órgano jurisdiccional remitente afirma a este respecto que la Directiva 2009/133 no contiene ninguna disposición acerca de cómo ha de tratar el Estado miembro de la sociedad absorbente las pérdidas que otro Estado miembro ha constatado respecto de la sociedad absorbida. En sentido similar se han pronunciado otros intervinientes en el procedimiento. Esto parece llevar a la conclusión de que la Directiva 2009/133 no regula el supuesto del procedimiento principal, por lo que tampoco se podría extraer de ella ninguna orientación en relación con la conformidad de la normativa finlandesa con el Derecho de la Unión.

26. Pero ese punto de vista precisa de una matización. Como ya se ha expuesto, unos hechos como los del procedimiento principal están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133. Conforme a sus considerandos segundo y cuarto, ésta pretende introducir un régimen común para eliminar, en interés del mercado interior, las desventajas fiscales para las fusiones transfronterizas en comparación con las fusiones internas. El noveno considerando incluye en este objetivo expresamente la consideración fiscal de las pérdidas.

27. En ese sentido, en su artículo 6 la Directiva contiene también una norma relativa a la asunción por la sociedad absorbente de pérdidas de la sociedad absorbida aún no compensadas a efectos fiscales. Conforme a dicha disposición, la sociedad beneficiaria puede transferir las pérdidas de una sociedad transmitente residente en otro Estado miembro a un establecimiento permanente en dicho Estado miembro, siempre que tal transferencia también sea posible entre sociedades de ese Estado miembro.

28. Por lo tanto, el artículo 6 de la Directiva 2009/133 prevé la consideración de las pérdidas de la sociedad absorbida sólo en su propio Estado miembro, y no en el Estado miembro de la sociedad absorbente. Conforme a dicha disposición, la contribuyente del procedimiento principal tendría derecho tras una fusión, con arreglo al Derecho tributario sueco, a imputar las pérdidas de su filial sueca a un establecimiento permanente situado en Suecia en el marco del procedimiento tributario sueco. Pero al parecer ese derecho reconocido en Suecia carece de interés para la contribuyente, pues, según informa el órgano jurisdiccional remitente, tras la fusión la contribuyente ya no dispondrá de ningún establecimiento permanente en Suecia. Según la exposición del órgano jurisdiccional remitente, la contribuyente no mantiene ningún establecimiento permanente en Suecia ni podrá absorber un establecimiento permanente de la sociedad absorbida, pues ésta ha cesado en su actividad en Suecia.

29. No obstante, en definitiva, se ha de concluir que la Directiva 2009/133 sí regula el caso del procedimiento principal. Lo único que no prevé son las consecuencias jurídicas deseadas por la contribuyente, es decir, la consideración de las pérdidas suecas a los efectos de la tributación finlandesa. Con arreglo a la Directiva 2009/133, la imputación de las pérdidas suecas sólo es posible en el marco de la tributación sueca. Por lo tanto, la Directiva 2009/133 precisamente no obliga al Estado miembro de la sociedad absorbente a considerar las pérdidas de la sociedad absorbida que procedan de otro Estado miembro.

2. Vulneración de la libertad de establecimiento

30. Sin embargo, con esta conclusión no se ha resuelto aún la cuestión de si el Derecho de la Unión en su conjunto se opone a una normativa nacional que excluye la asunción de pérdidas extranjeras. Tal exclusión podría ser incompatible con la libertad de establecimiento de la sociedad absorbente, consagrada en los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

31. En tal caso, con la adopción de la Directiva 2009/133 el legislador de la Unión no habría hecho todo lo necesario conforme al Tratado para garantizar el funcionamiento del mercado interior, eliminando las desventajas fiscales para las fusiones transfronterizas. El decimocuarto considerando de la Directiva 2009/133 pone de manifiesto que el legislador de la Unión al menos consideró esa posibilidad, pues en él se conmina a los Estados miembros a tomar, en caso necesario, las medidas unilaterales que eliminen los obstáculos al funcionamiento del mercado interior.

32. Por eso, a continuación debemos aclarar si vulnera la libertad de establecimiento la prohibición de asumir pérdidas extranjeras que contiene el Derecho tributario finlandés en caso de fusión.

a) Restricción de la libertad de establecimiento

33. Con arreglo a los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, en principio están prohibidas las restricciones a la libertad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro para establecerse en el territorio de otro Estado miembro.

34. Es jurisprudencia reiterada que deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad.[7] Si bien las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen por objeto, conforme a su tenor literal, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, conforme a jurisprudencia asentada se oponen asimismo a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.[8] El Tribunal de Justicia aprecia tal obstaculización desde el momento en que el Estado miembro de origen trata de forma diferenciada a esa sociedad en comparación con sociedades que operen únicamente en el interior del país y cuando dicha diferenciación pueda disuadir a dicha sociedad de ejercitar su derecho a establecerse en otro Estado miembro.[9]

35. Según las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, los artículos 119 y 123 de la Tuloverolaki excluyen la imputación de pérdidas procedentes de una actividad que no se someta a la tributación finlandesa. Aunque una sociedad matriz puede asumir en Finlandia a efectos fiscales las pérdidas de una filial nacional en caso de fusión, esto no es posible en el caso de las pérdidas de una filial extranjera procedentes de su actividad en otro Estado miembro. Por lo tanto, al no poder asumir a efectos fiscales en Finlandia las pérdidas sufridas en el marco de una actividad ejercida en otro Estado miembro, una sociedad finlandesa podría verse disuadida de constituir o adquirir una filial en otro Estado miembro. Así, la legislación tributaria finlandesa puede disuadir a las sociedades finlandesas de emprender actividades en otros Estados miembros por medio de filiales, de modo que dicha legislación restringe la libertad de establecimiento.

36. De esta constatación se ha de distinguir la cuestión de si la contribuyente, en un caso como el del procedimiento principal, puede invocar la libertad de establecimiento. En particular, el Gobierno del Reino Unido ha alegado que en el presente caso, debido al cese de la actividad de la filial sueca, no se trata de un ejercicio de la libertad de establecimiento, sino más bien de lo contrario. Ciertamente, la respuesta a esta cuestión sólo será relevante si se llega a la conclusión de que la legislación tributaria finlandesa vulnera la libertad de establecimiento. Sin embargo, a mí me parece de antemano evidente que las restricciones provocadas por las consecuencias jurídico-tributarias abstractas de una fusión, que obstaculizan la asunción misma de una actividad transfronteriza, no se pueden evitar de forma

7 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia (C-439/99, Rec. p. I-305), apartado 22, y de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, Rec. p. I-12273), apartado 36.

8 — Véanse, entre otras, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail y General Trust (81/87, Rec. p. 5483), apartado 16, y National Grid Indus, citada en la nota 7, apartado 35.

9 — Véanse, entre otras, las sentencias de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Rec. p. I-2409), apartado 46, y National Grid Indus, citada en la nota 7, apartado 37.

concreta hasta el momento de la fusión. En ese momento la contribuyente ya había ejercido la libertad de establecimiento a pesar de la restricción existente, pero para que la libertad de establecimiento ejercida pueda desplegar todos sus efectos la contribuyente puede oponerse también a la aplicación concreta de la restricción. Por eso, también en el presente caso la contribuyente puede invocar el ejercicio de su libertad de establecimiento.

37. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido ha señalado acertadamente que no se puede apreciar una restricción de la libertad de establecimiento en los casos en que el Derecho finlandés, en relación con la asunción de las pérdidas, no diferencia entre pérdidas nacionales y extranjeras. Así sucede, según expone el órgano jurisdiccional remitente, cuando la asunción de las pérdidas es el único motivo de la fusión, pues la legislación finlandesa prohíbe en ese caso la asunción a todo tipo de sociedades. En este sentido, a falta de un trato diferenciado, estaría descartada toda restricción a la libertad de establecimiento y, por ende, cualquier vulneración de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE por parte de la disposición nacional.

38. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar si éste es el caso en el procedimiento principal y si, por tanto, es irrelevante la interpretación de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE. No obstante, en este contexto y para responder a las cuestiones prejudiciales, voy a suponer que la cuestión del órgano jurisdiccional remitente relativa a la interpretación de la libertad de establecimiento se limita a los casos en que la asunción de las pérdidas no sea el único motivo de la fusión.

39. Por lo tanto, en el presente asunto no son precisas tampoco mayores consideraciones sobre la relevancia de una eventual actuación abusiva por parte de la contribuyente, a la que se han referido diversos intervinientes en el procedimiento, ya que, en cualquier caso, el solo hecho de que una decisión de fusión basada en razones económicas tenga como consecuencia la asunción de pérdidas de la sociedad absorbida no basta para imputar una conducta abusiva, cuando eso mismo lo prevé la legislación finlandesa para fusiones relacionadas con la asunción de pérdidas nacionales.

40. Tras apreciar una diferencia de trato, en ocasiones el Tribunal de Justicia examina también, en cuanto a la restricción de la libertad de establecimiento, si las situaciones son objetivamente comparables.[10] Sin embargo, a mí me resulta cada vez más confuso el contenido que atribuye exactamente el Tribunal de Justicia a este requisito cuando, como aquí sucede, se debe examinar la restricción de la libertad de establecimiento por el Estado miembro de origen y, por tanto, el carácter comparable de la situación de los residentes. Si el Tribunal de Justicia considera suficiente, a este respecto, que en ambos casos sujetos pasivos residentes deseen acogerse a los beneficios de una normativa fiscal,[11] entonces el examen de dicha condición será meramente formal, pues siempre se va a cumplir (también en el presente caso). Lo mismo sucede cuando el Tribunal de Justicia constata que las situaciones son objetivamente comparables sin fundamentarlo.[12]

41. Así las cosas, me parece prudente seguir el ejemplo de algunas sentencias del Tribunal de Justicia y renunciar a un examen de si las situaciones son comparables objetivamente al apreciar una restricción de la libertad de establecimiento por parte del Estado miembro de origen.[13] En este sentido se puede aducir también que un examen de si las situaciones son comparables objetivamente, a mi juicio, no puede ser completo sin entrar a valorar el motivo del trato diferenciado, lo que, en cambio, es una cuestión de la justificación de la restricción, a la cual me dedicaré en la sección siguiente.

10 — Véanse, entre otras, las sentencias de 25 de febrero de 2010, X Holding (C-337/08, Rec. p. I-1215), apartados 20 a 24, y National Grid Indus, citada en la nota 7, apartado 38.

11 — Véase la sentencia X Holding, citada en la nota 10, apartado 24.

12 — Véase la sentencia National Grid Indus, citada en la nota 7, apartado 38.

13 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Rec. p. I-3601), apartados 18 a 25, y de 23 de octubre de 2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Rec. p. I-8061), apartados 27 a 39.

42. Como primera conclusión parcial, procede declarar que una normativa nacional que en caso de fusión permite en principio a la sociedad absorbente imputar las pérdidas de la sociedad absorbida, pero que excluye esa posibilidad en relación con las pérdidas procedentes de una actividad en otro Estado miembro que no se someta a la tributación nacional, constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

b) Justificación

43. No obstante, según reiterada jurisprudencia, una restricción a la libertad de establecimiento puede admitirse si está justificada por razones imperiosas de interés general. [14] Tal justificación, según asentada jurisprudencia, puede consistir en el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. [15] En ese sentido, los Estados miembros están facultados para adoptar medidas dirigidas a asegurar el ejercicio de su potestad tributaria. [16] Esto puede requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas. [17]

44. Como ya expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto Philips Electronics, la potestad fiscal de un Estado miembro se ve afectada si se toman en consideración pérdidas generadas en el marco de la competencia tributaria exclusiva de otro Estado miembro. [18] Las pérdidas de cuya consideración se trata en el presente asunto se produjeron con motivo de la actividad de una sociedad sueca en Suecia, actividad que, con arreglo al artículo 7, apartado 1, del Convenio sobre doble imposición aquí aplicable, se somete a la competencia tributaria exclusiva del Reino de Suecia. Por lo tanto, la consideración de esas pérdidas afectaría a la competencia tributaria finlandesa. La República de Finlandia tendría en cuenta las pérdidas de una actividad que ella misma no puede gravar. Por eso, en principio la República de Finlandia está facultada para negar a la contribuyente la consideración de las pérdidas de la filial sueca.

45. Sin embargo, la cuestión que se suscita en la presente petición de decisión prejudicial es si esto es aplicable también en el caso de una fusión con la que la sociedad absorbida deja de existir jurídicamente y, por tanto, pierde toda posibilidad de imputar pérdidas en el marco de la tributación sueca.

i) Necesidad de la normativa finlandesa

46. A este respecto, la norma finlandesa podría ir más allá de lo necesario para el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Según reiterada jurisprudencia, una medida restrictiva no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos. [19]

14 — Así, entre otras, las sentencias de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, Rec. p. I-6373), apartado 44, y de 13 de octubre de 2011, Waypoint Aviation (C-9/11, Rec. p. I-9697), apartado 27.

15 — Véanse, entre otras, las sentencias Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartado 45, y National Grid Indus, citada en la nota 7, apartado 45.

16 — Véanse, en particular, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartado 56, y National Grid Indus, citada en la nota 7, apartado 46.

17 — Véase la sentencia X Holding, citada en la nota 10, apartado 28.

18 — Conclusiones presentadas el 19 de abril de 2012 en el asunto Philips Electronics (C-18/11), puntos 50 y 51.

19 — Entre otras, las sentencias de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 49; Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartado 53, y Waypoint Aviation, citada en la nota 14, apartado 27.

– Sobre la aplicabilidad de la «excepción Marks & Spencer»

47. En la sentencia Marks & Spencer, al examinar si las medidas eran necesarias y si existían otras menos gravosas, el Tribunal de Justicia apreció excepcionalmente una vulneración de la libertad de establecimiento en el caso de que la filial no residente haya aprovechado todas las posibilidades de que sean tenidas en cuenta las pérdidas en su Estado miembro de residencia y no exista ninguna posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta allí en ejercicios futuros. [20] Consideró que, por lo tanto, se ha de conceder a la sociedad matriz residente la deducción de las pérdidas de su filial no residente procedentes de su actividad en su Estado de residencia «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». [21]

48. En mi opinión, esta excepción sólo se puede comprender atendiendo a los motivos de justificación examinados en la sentencia Marks & Spencer. El Tribunal de Justicia basó la justificación en dicha sentencia no sólo en el objetivo del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sino también, en particular, en la facultad de los Estados miembros de combatir la doble imputación de las pérdidas. [22] Pero ya no se ha de temer una doble imputación de las pérdidas cuando éstas ya no pueden ser consideradas por la filial extranjera en su Estado de residencia. Por eso, una normativa nacional que incluso en ese caso impida la consideración de las pérdidas por la sociedad matriz va más allá de lo necesario para evitar la doble imputación de las pérdidas.

49. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido desarrollándose tras la sentencia Marks & Spencer. Como ya expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto Philips Electronics, conforme a esa más reciente jurisprudencia lo único decisivo para la justificación es, en último término, que con la normativa nacional se persiga el objetivo de salvaguardar el reparto de la potestad tributaria. [23] El objetivo de evitar la doble imputación de las pérdidas no puede constituir un motivo de justificación independiente. [24]

50. No obstante, la excepción desarrollada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Marks & Spencer ya no es adecuada en relación con el motivo de justificación del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria, que entre tanto ha sido reconocido de forma autónoma en la jurisprudencia, [25] pues para salvaguardar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros resulta irrelevante que exista la posibilidad de una imputación de las pérdidas en el Estado miembro al que le corresponde la competencia tributaria relativa a una determinada actividad. Lo único importante a este respecto es a qué actividad y, por tanto, a qué competencia tributaria, se han de asignar las pérdidas.

20 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartados 54 y 55.

21 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartado 55.

22 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartados 47 y 48.

23 — Véanse las conclusiones presentadas en el asunto Philips Electronics, citadas en la nota 18, puntos 40 a 42.

24 — Véanse las conclusiones presentadas en el asunto Philips Electronics, citadas en la nota 18, puntos 58 y ss.

25 — Véanse las sentencias X Holding, citada en la nota 10, apartados 28 a 33, y National Grid Indus, citada en la nota 7, apartados 45 a 49; en este sentido se pronunció ya la sentencia de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, Rec. p. I-7409), apartado 42.

51. Si se atiende al motivo de justificación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, esto implica una perspectiva totalmente diferente a la hora de valorar la necesidad de una medida nacional. En efecto, en cuanto a dicha causa de justificación, no representa una medida menos gravosa que el Estado miembro al que no le corresponde la potestad tributaria deba considerar las pérdidas generadas en el marco de la competencia tributaria de otro Estado miembro en caso de que en éste ya no exista tal posibilidad, pues en ese caso ya no se alcanzaría en absoluto el objetivo del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria.

52. Por eso, la evolución del significado de los motivos de justificación a los que se recurrió, al principio de forma paralela, en la sentencia Marks & Spencer también ha desplazado el ámbito de aplicación de la excepción allí desarrollada. Esta excepción sólo se puede seguir invocando a los efectos de comprobar la necesidad de una medida nacional en la medida en que se reconozca como motivo de justificación independiente la prevención de la doble imputación de pérdidas. En cambio, si la justificación se basa únicamente en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la posterior jurisprudencia ya no permite aplicar la excepción Marks & Spencer.

53. El Tribunal de Justicia también ha motivado conforme a este punto de vista su más reciente sentencia en materia de consideración transfronteriza de pérdidas. Aunque en su sentencia X Holding basó la justificación únicamente en el objetivo del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria, consecuentemente ya no mencionó la excepción esbozada en la sentencia Marks & Spencer, pese a ocuparse extensamente de la necesidad de la normativa nacional. [26]

54. Por lo tanto, la restricción de la libertad de establecimiento que representa la denegación de la asunción de pérdidas extranjeras es necesaria para alcanzar el objetivo del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria, con independencia de si la filial sueca tiene aún posibilidad de considerar en su Estado de residencia sus pérdidas.

– Sobre la aplicación de la «excepción Marks & Spencer»

55. Sin embargo, aunque se continuase otorgando relevancia a dicha cuestión, se ha de considerar que en un caso de fusión como el presente no se cumplen los requisitos que en la sentencia Marks & Spencer se establecen para la consideración excepcional de las pérdidas de la filial no residente en el Estado miembro de la sociedad matriz.

56. En la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia sólo quiso admitir una excepción como *ultima ratio*. Así se pone de relieve en el hecho de que el Tribunal de Justicia apreciase la posibilidad de otras medidas menos gravosas cuya regulación, no obstante, explícitamente dejó en manos del legislador de la Unión. [27] Por este motivo, la excepción recibió una formulación muy restrictiva. Conforme a la sentencia, en el Estado de residencia de la filial debe estar excluida la posibilidad misma de que las pérdidas sean tenidas en cuenta por ella o por un tercero en períodos impositivos pasados o futuros. [28]

57. Aunque en el presente caso de fusión se puede decir que la filial, al dejar de existir jurídicamente, pierde toda posibilidad de considerar las pérdidas en el procedimiento tributario sueco, esto sería sólo la consecuencia de la decisión de fusionarse. En cambio, la fusión en sí misma se basa en una decisión libre de la sociedad matriz. Si se atribuyese la imposibilidad de tener en cuenta las pérdidas únicamente

26 — Véase la sentencia X Holding, citada en la nota 10, apartados 27 y ss.

27 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartado 58.

28 — Sentencia Marks & Spencer, citada en la nota 2, apartado 55.

a las consecuencias de la decisión de fusión, cualquier otra actuación de la filial en el procedimiento tributario sueco (por ejemplo, la solicitud deliberadamente extemporánea de utilizar un traslado de pérdidas, o la renuncia a su utilización) debería poder justificar también la exclusión de la consideración de las pérdidas en el sentido de la excepción Marks & Spencer.

58. En estas circunstancias, sería la propia contribuyente quien se privaría de la posibilidad de considerar las pérdidas en el Reino de Suecia al optar por una fusión con su filial. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha subrayado reiteradamente que a un contribuyente no le asiste la libertad de elegir el régimen fiscal aplicable a las pérdidas de sus filiales y el lugar de imputación de esas pérdidas. [29] Pero, como acertadamente ha argumentado el Gobierno finlandés, en el presente caso existiría tal libertad de elección si las pérdidas de la filial sueca tras la fusión también hubieran de tenerse en cuenta a los efectos de la tributación finlandesa.

59. Por otro lado, a mi parecer la contribuyente tampoco puede alegar que ya antes de la fusión era imposible la consideración de las pérdidas suecas debido a la cesación de la actividad de la filial sueca, pues, al contrario, le sigue asistiendo la posibilidad de reemprender la actividad e imputar en el futuro las pérdidas para compensar las ganancias así generadas. En cambio, si se considerase que lo único decisivo es el cese de la actividad por el contribuyente, esto significaría de nuevo la posibilidad de elección, posibilidad que, como hemos visto, la jurisprudencia le niega al contribuyente, pues normalmente no es posible apreciar de forma objetiva si es económicamente necesaria la cesación de una actividad económica porque su continuación ya no va a poder generar beneficios.

60. Por último, la propia contribuyente ha alegado en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia que en determinadas condiciones las pérdidas de su filial sueca también podrían ser imputadas a otra de sus filiales suecas. En qué medida esto constituye una posibilidad real de consideración de las pérdidas en Suecia es algo que, en su caso, debe aclarar el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, tal posibilidad no debe descartarse sólo por el hecho de que las condiciones de una imputación de pérdidas con arreglo al Derecho sueco sean menos favorables que con arreglo al Derecho finlandés, ya que el Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con la consideración de pérdidas de un establecimiento extranjero, que no se puede obligar a un Estado miembro a tener en cuenta, a efectos de la aplicación de su normativa fiscal, las consecuencias en su caso desfavorables derivadas de las particularidades de una normativa de otro Estado. [30]

ii) Adecuación de la norma finlandesa

61. De la necesidad, ya constatada, de la normativa finlandesa para alcanzar el objetivo de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros se ha de distinguir la cuestión de si los perjuicios causados en cuanto a la libertad de establecimiento guardan una proporción adecuada con el objetivo perseguido (proporcionalidad en sentido estricto). [31]

62. Cabe plantearse esta cuestión, pues, como se ha comprobado hasta ahora, nunca, tras una fusión, la sociedad absorbente puede imputar pérdidas extranjeras en el procedimiento tributario finlandés. No hay supuestos en que, con motivo de una fusión, excepcionalmente sea posible tal imputación de pérdidas procedentes de otra jurisdicción fiscal.

29 — Véase la sentencia X Holding, citada en la nota 10, apartados 29 a 32; en este sentido, véase también la sentencia Oy AA, citada en la nota 14, apartados 64 y 65.

30 — Véase la sentencia Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, citada en la nota 13, apartado 49.

31 — Véanse al respecto las conclusiones de la Abogado General Trstenjak, de 28 de marzo de 2011, Comisión/Austria (sentencia de 16 de junio de 2011, C-10/10, Rec. p. I-5389), puntos 67 y 68, y mis conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2006 en el asunto Oy AA, citado en la nota 14, puntos 32 y 66; véase también la sentencia de 9 de marzo de 2010, ERG y otros (C-379/08 y C-380/08, Rec. p. I-2007), apartado 86.

63. Sin embargo, entiendo que, en cualquier caso, la restricción de la libertad de establecimiento en el presente asunto no es especialmente gravosa. En último término, en ciertos casos un contribuyente debe asumir económicamente una pérdida fiscal de forma definitiva. Este resultado no es nada extraordinario en los regímenes fiscales de los Estados miembros, y puede derivarse del simple transcurso de los plazos para la imputación de pérdidas. En el caso de la normativa finlandesa, son pocas las sociedades a las que afecta: únicamente aquellas en que, a pesar de no disponer de un establecimiento permanente en otro Estado miembro tras una fusión (lo que impide la imputación de las pérdidas con arreglo al artículo 6 de la Directiva 2009/133), la imputación de las pérdidas no es el único motivo de la fusión.

64. Ciertamente, a este último argumento se puede objetar que con ello el perjuicio que se causa en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros tampoco es de un peso considerable. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el legislador de la Unión en la Directiva 2009/133 ya tomó ciertas decisiones fundamentales en relación con el reparto de dicha potestad, y entiendo que esas decisiones se han de respetar.

65. En el cuarto considerando de la Directiva 2009/133, en primer lugar, el legislador de la Unión dejó claro que, para evitar distorsiones en la competencia, prefería un régimen fiscal común para la Unión antes que extender los regímenes internos vigentes en los Estados miembros. Pero una extensión así del régimen fiscal finlandés significaría la asunción de pérdidas extranjeras en caso de fusión y, en consecuencia, todas las filiales residentes en la Unión de sociedades matrices finlandesas, con motivo de una fusión, se beneficiarían de la normativa finlandesa sobre consideración de pérdidas. En cambio, fuera de Finlandia esto generaría distorsiones en la competencia, pues no todos los Estados miembros disponen de la misma normativa de asunción de pérdidas que prevé la legislación tributaria finlandesa. [32] Así, por ejemplo, las filiales residentes en Suecia recibirían un trato diferente en cuanto a la asunción de pérdidas en caso de fusión, en función del régimen fiscal del Estado miembro en que tenga su residencia la sociedad matriz.

66. Por este motivo, el artículo 6 de la Directiva 2009/133 prevé para toda la Unión de manera uniforme una consideración de las pérdidas en el Estado miembro en que tenía su residencia la sociedad absorbida. Por lo tanto, el legislador de la Unión se ha decidido conscientemente por que, en caso de fusión, en principio las pérdidas se tengan en cuenta en el Estado miembro de la sociedad absorbida. Pero, si en el caso concreto no se cumplen los requisitos de esa regla básica, la consideración de las pérdidas en el Estado miembro de la sociedad absorbente, dispuesta para tal supuesto, sería contraria a la decisión fundamental del legislador de la Unión y, además, comprometería la vigencia de las condiciones establecidas en el artículo 6 de la Directiva 2009/133. [33]

67. Por último, a mi parecer fomenta la seguridad jurídica, en el presente caso, conceder una importancia preponderante a la clara delimitación entre las potestades tributarias de los Estados miembros. Distinciones detalladas como las que, por ejemplo, se establecieron en la sentencia Marks & Spencer no redundan en beneficio de la libertad de establecimiento, cuando en la realidad jurídica llevan a la inseguridad y a la controversia. A este respecto, la contribuyente ha expuesto muy expresivamente en la vista la complejidad que tienen las cuestiones fiscales y societarias que puede suscitar por tal excepción. Pero, si se dejase exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales la aclaración de estas cuestiones (como propone la Comisión), se comprometería la vigencia uniforme del Derecho de la Unión.

32 — Véase también la propuesta de la Comisión de Directiva del Consejo relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros estados miembros, de 24 de enero de 1991, COM(90) 595 final, apartado 12 de la exposición de motivos.

33 — Sobre la obligatoriedad terminante de los requisitos de hecho, véase la sentencia de 11 de diciembre de 2008, A.T. (C-285/07, Rec. p. I-9329), apartado 27, acerca del artículo 8 de la Directiva 2009/133.

68. Por todo ello, a mi parecer los perjuicios causados en cuanto a la libertad de establecimiento por la normativa finlandesa guardan una proporción adecuada con el objetivo perseguido de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

3. Conclusión parcial

69. Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión prejudicial que ni la Directiva 2009/133 ni los artículos 49 TFUE y 54 TFUE se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad absorbente residente no puede deducir, en el marco de su tributación, las pérdidas de una sociedad que ha estado establecida en otro Estado miembro y que ha sido absorbida por aquélla, pérdidas derivadas de la actividad allí desarrollada y sometida a la competencia tributaria exclusiva del otro Estado miembro.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial: cálculo de las pérdidas*

70. Con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si las pérdidas extranjeras que, en su caso, deben tenerse en cuenta se han de calcular con arreglo al Derecho tributario del Estado de residencia de la sociedad absorbente o de la sociedad absorbida.

71. A la vista de mi respuesta a la primera cuestión prejudicial, no es preciso ya responder a la segunda. El Estado miembro de la sociedad absorbente no está obligado, en virtud del Derecho de la Unión, a tener en cuenta las pérdidas extranjeras.

72. Sin embargo, en caso de que el Tribunal de Justicia no siga mi propuesta de respuesta a la primera cuestión prejudicial y, por el contrario, considere que la sociedad absorbente puede deducir las pérdidas de la sociedad absorbida, también se habrá de responder a la segunda cuestión prejudicial.

73. En ese caso, entiendo que la respuesta a la segunda cuestión prejudicial debe formularse en el sentido de que las pérdidas que se han de tener en cuenta, *en principio*, se deben calcular con arreglo a la legislación tributaria del Estado de residencia de la sociedad absorbente. Tal como ha argumentado el Gobierno francés, sólo así se lograría una igualdad de trato entre las situaciones puramente nacionales y las transfronterizas, es decir, una igualdad de trato fiscal entre una fusión con una filial nacional y una fusión con una filial extranjera. Con esa igualdad de trato se eliminaría la restricción a la libertad de establecimiento, restricción que, como hemos visto, se basa en la diferencia de trato a una y otra situación. [34]

74. A este respecto, no se puede compartir la postura de la Comisión y del Gobierno finlandés de que las pérdidas se deben tener en cuenta, como máximo, con el importe calculado con arreglo a la legislación tributaria del Estado de residencia de la sociedad absorbida, es decir, en el presente caso, del Reino de Suecia. Precisamente en ese caso no estaría garantizada la igualdad de trato en cuanto a las consecuencias fiscales de una fusión puramente nacional y otra transfronteriza. Seguiría existiendo una restricción a la libertad de establecimiento, pues la consideración de las pérdidas en las fusiones transfronterizas se efectuaría con un importe menor que en las fusiones puramente nacionales.

75. Sin embargo, en función de la causa de un cálculo de las pérdidas que difiera del resultado económico, puede ser preciso limitar el principio de cálculo de las pérdidas compensables con arreglo a la legislación tributaria del Estado de residencia de la sociedad absorbente. Por ejemplo, podrían regir excepciones para las ayudas fiscales del Estado de residencia de la sociedad absorbente que (como pueden ser unas mayores amortizaciones) derivasen en pérdidas mayores. A este respecto, no se

34 — Véanse los puntos 33 y ss. de las presentes conclusiones.

puede descartar que esté justificado limitar la aplicación de esas disposiciones a las actividades puramente nacionales. Esto tendría como consecuencia que, en este sentido, el cálculo de las pérdidas no debiera realizarse con arreglo a la legislación tributaria del Estado de residencia de la sociedad absorbente.

76. No obstante, dado que la petición de decisión prejudicial no facilita información acerca de en qué consisten las eventuales diferencias en el cálculo de las pérdidas con arreglo a la legislación finlandesa y a la sueca o la aplicación de qué disposiciones del cálculo de pérdidas resulta dudosa, no se puede ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta definitiva a este respecto.

V. Conclusión

77. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales del Korkein hallinto-oikeus:

«Ni la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, ni los artículos 49 TFUE y 54 TFUE se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad absorbente residente no puede deducir, en el marco de su tributación, las pérdidas de una sociedad que ha estado establecida en otro Estado miembro y que ha sido absorbida por aquélla, pérdidas derivadas de la actividad allí desarrollada y sometida a la competencia tributaria exclusiva del otro Estado miembro.»