CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 19 de noviembre de 2009 [1]

I. Introducción

1. El Derecho tributario neerlandés permite a las sociedades domiciliadas en el interior del país formar una unidad fiscal con sus filiales nacionales. Esto tiene como consecuencia, en particular, que las pérdidas y ganancias de las sociedades del grupo se consolidan a nivel de la sociedad matriz y las transacciones efectuadas dentro del grupo son neutras a efectos fiscales. Las filiales domiciliadas en otro Estado miembro no pueden formar parte de la unidad fiscal.

2. El Hoge Raad alberga dudas acerca de si dicho trato desigual de las sociedades filiales nacionales y extranjeras está justificado por las razones elaboradas en la sentencia Marks & Spencer [2] y en sentencias posteriores, [3] en particular, para salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

3. Los Estados miembros que han presentado observaciones en el procedimiento consideran que las disposiciones neerlandesas sobre la unidad fiscal son compatibles con la libertad de establecimiento. Por el contrario, X Holding B.V. (en lo sucesivo, X Holding) y la Comisión opinan lo contrario. Señalan, en particular, que el Derecho neerlandés permite que los establecimientos extranjeros de una sociedad neerlandesa formen parte de la unidad fiscal. Por consiguiente, esto también ha de ser posible respecto de las filiales domiciliadas en otros Estados miembros.

II. Marco jurídico

4. El Convenio para evitar la doble imposición, de 5 de junio de 2001 [4] (en lo sucesivo, «CDI»), celebrado entre los Países Bajos y Bélgica, dispone en el artículo 7, apartado 1, de

1 — Lengua original: alemán.
2 — Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, Rec. p. I-10837).
3 — Véanse, en particular, las sentencias de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, Rec. p. I-7409); de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, Rec. p. I-6373), y de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Rec. p. I-3601).
4 — *Trb*. 2001, 136.

conformidad con el convenio modelo de la OCDE, que:

«Los beneficios de una empresa de un Estado contratante […] sólo serán imponibles en ese Estado, a menos que la empresa ejerza su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si una empresa ejerce su actividad de tal manera, los beneficios de la empresa serán imponibles en el otro Estado pero solamente en la medida en que sean imputables a este establecimiento permanente.»

5. Si un sujeto pasivo domiciliado en los Países Bajos obtiene ganancias que, de conformidad con el artículo 7 del Convenio están sujetos al impuesto en Bélgica, los Países Bajos eximen dichos ingresos con arreglo al artículo 23, apartado 2, del CDI, al conceder una reducción de su cuota prevista en virtud de las disposiciones neerlandesas para evitar la doble imposición. [5]

6. El artículo 15, apartado 1, de la *Wet op de vennootschapsbelasting 1969,* en su versión de 2003 (Ley neerlandesa del impuesto de sociedades; en lo sucesivo, «Wet Vpb») regula la unidad fiscal del siguiente modo:

«En caso de que un sujeto pasivo (la sociedad matriz) tenga la propiedad jurídica y económica de, por lo menos, el 95 % de las participaciones en el capital nominal desembolsado de otro sujeto pasivo (la sociedad filial), a petición de ambos sujetos pasivos se les exigirá el impuesto como si se tratara de *un solo* sujeto pasivo, de modo que las actividades y el patrimonio de la sociedad filial forman parte de las actividades y el patrimonio de la sociedad matriz. El impuesto se exige a la sociedad matriz. Pueden formar parte de la unidad fiscal más de una filial.»

7. Con arreglo al artículo 15, apartado 3, letra c), de la Wet Vpb, sólo es posible establecer unidades fiscales entre sujetos pasivos establecidos en los Países Bajos. El artículo 15, apartado 4 establece una excepción para las sociedades establecidas en la Unión Europa en la medida en que dispongan de un establecimiento en los Países Bajos cuyos ingresos estén sujetos a tributación en dicho país, como consecuencia de un convenio de doble imposición.

8. Según expuso el órgano jurisdiccional remitente, las normas sobre unidad fiscal tienen como consecuencia que las pérdidas y

5 — Véanse, a este respecto, las disposiciones del *Besluit voorkoming dubbele belasting 2001* (Decreto de prevención de la doble imposición de 2001) expuestas en los puntos 10 y 11 de las presentes conclusiones.

ganancias de diversas empresas pertenecientes a la unidad fiscal pueden compensarse en el mismo ejercicio fiscal. La transmisión de activos entre dos empresas pertenecientes a la unidad fiscal y los servicios prestados dentro de la unidad serán neutros a efectos fiscales.

9. Si una sociedad filial no se integra en una unidad fiscal, las pérdidas de dicha sociedad no podrán ser compensadas con los beneficios de la sociedad matriz. Para la sociedad matriz, las acciones en la sociedad filial constituyen una participación. Con arreglo al artículo 13, apartado 1, de la Wet Vpb, los resultados (positivos o negativos) relativos a una participación no se toman en consideración a la hora de determinar los beneficios. Por tanto, en principio, no puede deducirse de los beneficios imponibles de la sociedad matriz una pérdida relativa a una participación (pérdida por reducción del valor). No obstante, el artículo 13, letra d), de la Wet Vpb permite, en determinadas condiciones, deducir de los beneficios una pérdida producida con motivo de la liquidación de una participación.

10. Por lo que respecta al tratamiento fiscal de los rendimientos de establecimientos extranjeros, el artículo 33 del *Besluit voorkoming dubbele belasting 2001* (Decreto de prevención de la doble imposición de 2001) establece que dichos rendimientos se atribuyen a la base imponible de la sociedad matriz en los Países Bajos. Al mismo tiempo se eximen del impuesto, al deducir del impuesto liquidado un importe equivalente al impuesto de sociedades nacional sobre dichos rendimientos.

11. Si de la base imponible neerlandesa se ha deducido una pérdida de un establecimiento extranjero, los futuros resultados positivos del establecimiento permanente sólo quedarán exentos con arreglo al artículo 35 de la citada disposición en la medida en que superen las pérdidas previamente deducidas (regla de la recuperación).

III. Hechos, cuestiones prejudiciales y procedimiento

12. X Holding B.V. es una sociedad de capital domiciliada en los Países Bajos. Es titular del total de las acciones de la sociedad F N.V. con domicilio en Bélgica. F no tiene establecimiento permanente en los Países Bajos y, por lo demás, no está sujeta en dicho país al impuesto sobre sociedades.

13. En 2003, X Holding y F solicitaron su reconocimiento como unidad fiscal. La administración tributaria denegó dicho tratamiento, porque F no está domiciliada en los Países Bajos. Después de que X Holding impugnara dicha denegación por vía judicial sin que su demanda prosperara en primera instancia, interpuso un recurso de casación ante el Hoge Raad. Basó su recurso en una vulneración del derecho de libre establecimiento garantizado por los artículos 43 CE y 48 CE.

14. El Hoge Raad planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, en el sentido de que se opone a una normativa nacional de un Estado miembro, […], con arreglo a la cual una sociedad matriz y su sociedad filial pueden elegir que la sociedad matriz establecida en dicho Estado miembro tribute por las dos como si fuera un único sujeto pasivo, cuando dicha posibilidad de elección está reservada a las sociedades que, respecto a la tributación por sus beneficios, estén sujetas a la jurisdicción fiscal de dicho Estado miembro?»

15. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones X Holding, los Gobiernos neerlandés, alemán, español, francés, portugués, sueco y del Reino Unido, así como la Comisión de las Comunidades Europeas.

IV. Apreciación jurídica

16. El órgano jurisdiccional remitente solicita que se interprete el artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE para saber si las disposiciones neerlandesas sobre la unidad fiscal son compatibles con la libertad de establecimiento.

17. Las disposiciones nacionales que sólo son aplicables a participaciones que confieren una influencia real en las decisiones de la sociedad y permiten determinar las actividades de ésta pertenecen al ámbito de la libertad de establecimiento. [6] Por tanto, una normativa nacional que sólo tenga por objeto las relaciones en el seno de un grupo de sociedades afecta principalmente a la libertad de establecimiento. [7]

18. Para poder formar una unidad fiscal de conformidad con las normas aplicables al caso de autos se exige que un sujeto pasivo (la sociedad matriz) tenga la propiedad jurídica y económica de al menos el 95 % de las participaciones en el capital nominal desembolsado de otro sujeto pasivo (la sociedad filial).

19. Por consiguiente, las disposiciones neerlandesas sobre la unidad fiscal se aplican únicamente a casos de participación con una influencia dominante. Por consiguiente, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento.

20. No es necesario hacer, además, un análisis separado tomando como criterio las disposi-

6 — Véanse las sentencias de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787), apartado 21; Oy AA (citada en la nota 3), apartado 20; de 2 de octubre de 2008, Heinrich Bauer Verlag (C-360/06, Rec. p. I-7333), apartado 27, y de 22 de diciembre de 2008, Truck Center (C-282/07, Rec. p. I-10767), apartado 25.

7 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753), apartado 118, y Oy AA (citada en la nota 3), apartado 23.

ciones sobre libre circulación de capitales, aunque las operaciones de que se trata también podrían considerarse realizadas en ejercicio de dicha libertad. [8]

A. *Restricción a la libertad de establecimiento*

21. La libertad de establecimiento comprende, para las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad Europea, el derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de filiales, sucursales o agencias. [9]

22. Aunque el objetivo de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento es, según el tenor literal de éstas, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen a que el Estado miembro de origen obstaculice o reste atractivo al establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación. [10]

23. Las normas relativas a la unidad fiscal únicamente permiten incluir a las sociedades filiales nacionales. Por lo tanto, las sociedades neerlandesas y sus filiales domiciliadas en otro Estado miembro están sujetas al impuesto de manera separada. La imposición separada de cada una de las sociedades de un grupo de empresas tiene, según expuso X Holding, cuatro desventajas en comparación con el tratamiento como unidad fiscal:

— Todas las sociedades tienen que presentar declaraciones tributarias propias, lo que supone una carga adicional en comparación con una declaración conjunta para todo el grupo.

— Las pérdidas y ganancias de las sociedades no pueden compensarse de manera directa.

8 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartado 33; Oy AA (citada en la nota 3), apartado 24, y de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Rec. p. I-5145), apartado 35.

9 — Sentencias de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Rec. p. I-6161), apartado 35; Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 30, y Aberdeen Property Fininvest Alpha (citada en la nota 8), apartado 37.

10 — Véanse las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695), apartado 21; Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 31, y de 27 de noviembre de 2008, Papillon (C-418/07, Rec. p. I-8947), apartado 16.

— Es imposible llevar a cabo medidas de reestructuración dentro del grupo de empresas (p. ej. transmitir bienes económicos) sin que esto tenga consecuencias fiscales.

— Las operaciones entre las empresas no son neutras desde el punto de vista tributario. Esto incrementa la carga administrativa, dado que resulta necesario, por ejemplo, documentar los precios de transferencia.

24. Como confirma el órgano jurisdiccional remitente, resulta por lo tanto ventajoso formar una unidad fiscal. A efectos tributarios equipara la forma de organización de un grupo dividido en varias sociedades a una empresa integrada por varios establecimientos. Por el contrario, las posibles desventajas producidas por la unión para formar una unidad fiscal, por ejemplo, que el tipo de gravamen reducido previsto para los ingresos de hasta 22.689 euros únicamente sea aplicable una sola vez, apenas tienen peso.

25. Sin embargo, las sociedades matriz domiciliadas en los Países Bajos únicamente disponen de esta posibilidad de beneficiarse de las ventajas fiscales en relación con sus filiales nacionales. Este trato desigual en función del domicilio de la filial puede obstaculizar o restar atractivo a la constitución, la adquisición o el mantenimiento de participaciones importantes en sociedades domiciliadas en otro Estado miembro. Por lo tanto, supone una restricción de la libertad de establecimiento.

26. Sin embargo, los Gobiernos neerlandés, alemán y portugués alegan que el caso de la filial nacional no es comparable con el de la sociedad domiciliada en otro Estado miembro, dado que esta última no está sometida a la jurisdicción fiscal del Estado en el que la sociedad matriz tiene su domicilio. Por esta razón no puede integrarse en una unidad fiscal cuyos ingresos estén sujetos en su totalidad a impuestos en la sede de la sociedad matriz. Por lo tanto, el trato desigual de dichos casos no constituye una discriminación prohibida ni, en opinión del Gobierno neerlandés, una restricción a la libertad de establecimiento.

27. A estos efectos, procede recordar la jurisprudencia reiterada de que el domicilio de una sociedad, en el sentido del artículo 48 CE, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Es cierto que 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. No obstante, la residencia no constituye en todos los casos un factor que justifica tal distinción. En efecto, permitir al Estado miembro de

establecimiento que aplique libremente un trato diferente por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad esté situado en otro Estado miembro dejaría el artículo 43 CE sin contenido. [11]

28. Así, la jurisdicción fiscal, que se basa en el domicilio, no conduce a que automáticamente se sustraigan a toda comparación los supuestos puramente nacionales y los que guardan relación con otro Estado miembro.

29. Más bien 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. [12] A estos efectos, en el marco del examen de la justificación, puede tenerse en cuenta, en particular, la salvaguarda del reparto de la potestad tributaria de manera diferenciada. [13]

B. *Justificación*

30. Únicamente es admisible una restricción de la libertad de establecimiento si está justificada por razones imperiosas de interés general. Además, en tal caso, es preciso que la restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no puede ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. [14]

31. Como es sabido, en la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia reconoció el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros como razón imperiosa de interés general apta para restringir las libertades fundamentales. [15] A estos efectos consideró en un primer momento que evitar el riesgo de doble desgravación de las pérdidas y luchar contra la evasión/elusión fiscal [16] son elementos relacionados. [17] Posteriormente, el Tribunal

11 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartado 18; de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017), apartado 13; de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727), apartado 42; Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 37; Oy AA (citada en la nota 3), apartado 30, y Papillon (citada en la nota 10), apartado 26.

12 — Sentencia Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 38.

13 — Véanse mis conclusiones de 12 de septiembre de 2006 en el asunto Oy AA (C-231/05, Rec. p. I-6373), punto 27.

14 — Véanse las sentencias Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 35; Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartado 27, y Aberdeen Property Fininvest Alpha (citada en la nota 8), apartado 57.

15 — (Citada en la nota 2), apartado 45.

16 — En la versión francesa de las sentencias pertinentes, es decir, en la versión en la que se delibera sobre los asuntos, se utiliza de manera uniforme el término *«évasion fiscale»*. De este modo, la evasión fiscal y la elusión fiscal aparecen meramente como dos traducciones diferentes del mismo término francés que, por lo tanto, tienen el mismo significado. Por consiguiente, utilizaré en lo sucesivo únicamente la expresión evasión fiscal.

17 — Sentencia Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartados 47, 49 y 51.

de Justicia también reconoció el mantenimiento del reparto equitativo de la potestad tributaria como causa de justificación cuando no estuvieran presentes esos dos elementos adicionales. [18]

32. Mediante el reconocimiento de dicha causa de justificación, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta que la fiscalidad directa es esencialmente competencia de los Estados miembros. [19] A falta de medidas de armonización establecidas por el Derecho comunitario, corresponde igualmente a los Estados miembros adoptar los criterios para el reparto de sus competencias tributarias por medio de acuerdos en materia de doble imposición o medidas unilaterales. [20] Como también ha declarado el Tribunal de Justicia, en orden al reparto de la competencia fiscal es razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y en el modelo de convenio elaborado por la OCDE. [21]

33. En los asuntos Marks & Spencer, Oy AA y Lidl, antes citados, se trataba de la transmisión de pérdidas o ganancias entre sociedades nacionales o extranjeras o entre establecimientos de la misma naturaleza. Sin embargo, las normas sobre la unidad fiscal tienen un mayor alcance. Así, X Holding señala un total de cuatro ventajas fiscales relacionadas con la formación de una unidad fiscal que se le deniegan por lo que a la filial extranjera respecta (véase el punto 23 *supra).*

34. En cuanto a la posibilidad, evocada por X Holding, de una declaración tributaria para toda la unidad fiscal, procede señalar de entrada que la correspondiente ventaja parece quedar excluida en una situación transfronteriza. Para que sociedades domiciliadas en distintos Estados miembros puedan, conforme al reparto de la potestad tributaria, ser sometidas a tributación en el Estado de su domicilio con arreglo a las normas vigentes en éste, han de presentarse declaraciones separadas ante las administraciones tributarias competentes. Únicamente cabe pensar en que los resultados de la filial extranjera de una sociedad neerlandesa se tengan en cuenta *adicionalmente* en la declaración del impuesto de la sociedad matriz cuando se forma una unidad fiscal transfronteriza. Sin embargo, esto no supondría en realidad una ventaja para la sociedad filial, dado que tiene que presentar además una declaración tributaria del impuesto propia en el Estado de su domicilio.

35. En cambio, procede examinar si está justificado no conceder las demás ventajas de la unidad fiscal, en concreto, la consolidación de los resultados antes de impuestos de las sociedades matriz y filial en el caso de participaciones transfronterizas.

18 — Sentencias Oy AA (citada en la nota 3), apartado 60, y Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartado 40.

19 — Véanse las sentencias Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 29; Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (citada en la nota 8), apartado 40, y Aberdeen Property Fininvest Alpha (citada en la nota 8), apartado 24.

20 — Véanse las sentencias de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793), apartados 24 y 30, y de 23 de febrero de 2006, Van Hilten-Van der Heijden (C-513/03 Rec. p. I-1957), apartado 47, y Oy AA (citada en la nota 3), apartado 52.

21 — Sentencias Gilly (citada en la nota 20), apartado 31; Van Hilten-Van der Heijden (citada en la nota 20), apartado 48, y Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartado 22.

1. Sobre la exclusión de la consolidación de pérdidas y ganancias

36. Los Estados miembros que han presentado observaciones en el procedimiento consideran que la restricción del régimen de unidad fiscal a las sociedades nacionales se justifica por el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria.

— Salvaguarda del reparto de la potestad tributaria

37. Los Estados miembros destacan que, de conformidad con el CDI, los Países Bajos no pueden gravar las ganancias de una sociedad establecida en Bélgica. Con arreglo a dicho reparto de la potestad tributaria basado en el principio de territorialidad, el derecho de gravar los ingresos de F corresponde a Bélgica en cuanto Estado en el que está domiciliada dicha sociedad. Por lo tanto, F no puede integrarse en una unidad fiscal bajo el control de X Holding que está sujeta a tributación en los Países Bajos.

38. X Holding y la Comisión no niegan que las ganancias de una filial extranjera no están sujetas al impuesto en los Países Bajos. Sin embargo, señalan que la formación de una unidad fiscal en el interior del país conduce a que las sociedades filiales se equiparen a efectos tributarios a los establecimientos. Exigen, por analogía, que las sociedades filiales extranjeras reciban en el marco de una unidad fiscal transfronteriza un trato como el dispensado a los establecimientos extranjeros. X Holding alega que así se hacía en el pasado y que el Hoge Raad lo permitió en una sentencia de 2002. [22]

39. Las pérdidas de un establecimiento extranjero pueden compensarse con las ganancias de la matriz en el mismo período impositivo. Según la denominada regla de recuperación, las ganancias del establecimiento en los Países Bajos no estarían exentas del pago del impuesto en los ejercicios posteriores hasta que hayan alcanzado el importe de las pérdidas transferidas. De este modo no se pone en peligro el mantenimiento de la potestad tributaria, sino que únicamente se evita la desventaja de tesorería que se produciría si las pérdidas del establecimiento únicamente pudieran compensarse en un ejercicio posterior con ganancias propias obtenidas en el Estado de domicilio.

40. A este respecto procede señalar que para mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría ser necesario aplicar a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos

22 — Sentencia de 24 de mayo de 2002 (Nº 37220, BNB 2002/320).

Estados únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas. [23] Así lo exige el principio de simetría en el trato fiscal de pérdidas y ganancias. [24]

41. Sin embargo, la alternativa a la plena aplicación del régimen de unidad fiscal propuesta por X Holding y la Comisión, conduce precisamente a que se consideren las pérdidas en la sede de la sociedad matriz de manera aislada.

42. Según la jurisprudencia, se pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros si se diera 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 ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas. [25]

43. En este contexto, la Comisión alega que, a diferencia de un puro régimen de transmisión de pérdidas *(group relief),* como el que se examinó en el asunto Marks & Spencer, antes citado, la inclusión de filiales extranjeras en una unidad fiscal no permite transmitir libremente las pérdidas de un Estado miembro a otro. La unidad fiscal, la única a la que pueden imputarse las pérdidas, siempre está sujeta al impuesto en el domicilio de la sociedad matriz.

44. Sin embargo, esta alegación de la Comisión no elimina la injerencia en el reparto de la potestad tributaria que podría producirse de admitirse una unidad fiscal transfronteriza en el sentido que pretende X Holding.

45. Dado que los sujetos pasivos son libres de formar una unidad fiscal o de disolverla, el grupo puede elegir libremente el régimen fiscal aplicable a las pérdidas de la sociedad filial y el lugar en que éstas han de tenerse en cuenta. Si F no se incluye en la unidad fiscal, sus pérdidas únicamente se tendrían en cuenta en su domicilio en Bélgica. Si, por el contrario, X Holding y F pudieran formar una unidad fiscal en la forma descrita, las pérdidas de F disminuirían las ganancias de X Holding sujetas al impuesto en los Países Bajos.

46. El hecho de que la transferencia de las pérdidas con arreglo al modelo defendido por X Holding y la Comisión únicamente

23 — Véanse las sentencias Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 45; Oy AA (citada en la nota 3), apartado 54, y Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartado 31.

24 — Véanse, a este respecto, las sentencias Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartado 33, y de 23 de octubre de 2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, Rec. p. I-8061), apartados 42 y 44.

25 — Véanse las sentencias Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 46, y Oy AA (citada en la nota 3), apartado 55.

funciona en una dirección, a saber, únicamente de la sociedad filial extranjera a la sociedad matriz domiciliada en los Países Bajos, no cambia en nada la injerencia descrita en el reparto de la potestad tributaria. En el asunto Lidl, el Tribunal de Justicia también tenía que pronunciarse únicamente sobre el trato de las pérdidas de establecimientos extranjeros en el marco de la tributación de la sociedad matriz nacional. Es sabido que consideró que, por razones de reparto de la potestad tributaria, no procedía tener en cuenta las pérdidas. [26]

47. No obstante, ha de examinarse si la total exclusión de las sociedades filiales domiciliadas en otro Estado miembro del sistema de consolidación de resultados de la unidad fiscal es desproporcionada y si va más allá de lo necesario para preservar el reparto de la potestad tributaria.

48. A este respecto, procede tener en cuenta que los regímenes de imputación de pérdidas de establecimientos extranjeros por la regla de recuperación, únicamente producen efectos transitorios. Por lo tanto, la aplicación de dichos regímenes a las sociedades filiales extranjeras podría ser un medio menos drástico que la exclusión total de la transferencia de las pérdidas. Éste sería el caso si tal régimen obstaculizara la libertad de establecimiento en menor medida y tuviera en cuenta el reparto de la potestad tributaria de manera adecuada.

49. Sin embargo, en la sentencia recaída en el asunto Lidl, el Tribunal de Justicia no consideró necesario, a diferencia de lo que proponía en sus conclusiones la Abogado General Sharpston, [27] aplicar una transferencia provisional de las pérdidas junto con un régimen de rectificación para evitar una desventaja de tesorería.

50. Naturalmente, los Estados miembros pueden aplicar tales regímenes ventajosos a establecimientos con domicilio en otro Estado miembro. [28] Sin embargo, la libertad de establecimiento no les obliga a ello. Al aceptar un Estado miembro la compensación provisional de las pérdidas de un establecimiento extranjero con las ganancias de la empresa nacional, renuncia al gravamen inmediato de dichas ganancias. Al tener en cuenta las pérdidas extranjeras asume por su parte una desventaja de tesorería, pese a que, en virtud del CDI, tiene que eximir del impuesto los beneficios del establecimiento. [29]

26 — Sentencia Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartados 31 a 34.

27 — Conclusiones de 14 de febrero de 2008, Lidl (C-414/06, Rec. p. I-3601), puntos 23 y ss.

28 — En la sentencia Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (citada en la nota 24), apartado 43, el Tribunal de Justicia consideró que tal régimen era coherente.

29 — A este respecto procede destacar que las circunstancias del presente asunto no son comparables con la situación que dio lugar a la sentencia de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Rec. p. I-2647). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia consideró ilegal una desventaja de tesorería causada por normas de amortización distintas en relación con el valor de participaciones según fueran nacionales o extranjeras. Es decir, se trataba de pérdidas propias de la sociedad matriz que debían tenerse en cuenta a efectos tributarios en el Estado de su domicilio (véase el apartado 48 de la sentencia Rewe Zentralfinanz). Por el contrario, en el presente asunto se pretende que se tengan en cuenta las pérdidas de una sociedad filial, sujeta a tributación en otro Estado miembro, en el domicilio de la sociedad matriz.

De este modo, no queda garantizada la simetría del gravamen de pérdidas y ganancias del régimen con arreglo a la regla de recuperación hasta el posterior gravamen de las ganancias. [30]

51. El hecho de que un Estado miembro decida permitir la imputación temporal de las pérdidas de un establecimiento extranjero a la sede principal de la empresa, no significa que tenga que extender dicha ventaja a las filiales extranjeras. Los establecimientos y las filiales en otro Estado miembro no se encuentran en una situación comparable a efectos del reparto de la potestad tributaria.

52. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que la jurisdicción fiscal se basa, en general, en dos criterios: el domicilio de una empresa y el lugar de su actividad económica. Una sociedad está sujeta ilimitadamente a impuestos en el Estado de su domicilio respecto de todos sus ingresos obtenidos a nivel mundial. Al propio tiempo está sujeta a impuestos de manera limitada en relación con los ingresos obtenidos en los Estados en los que ejerce una actividad económica sin tener en ellos su domicilio.

53. Habida cuenta de que una filial es una persona jurídica autónoma, está sujeta a impuestos de manera ilimitada en el Estado de su domicilio. El Estado del domicilio de la sociedad matriz no tiene el derecho de gravar los beneficios no repartidos de la filial extranjera de dicha sociedad. Por el contrario, un establecimiento no es una persona jurídica autónoma. Sus ingresos se consideran ingresos de la sociedad que lo mantiene y están sujetos a impuestos de manera ilimitada en la sede principal de dicha sociedad. Al mismo tiempo, el Estado en que se ubica el establecimiento tiene un derecho limitado de gravar dichos ingresos.

54. Así, el artículo 7, apartado 1, del CDI reparte la jurisdicción fiscal. Para evitar la doble imposición de los ingresos de los establecimientos, el artículo 23, apartado 2, del CDI obliga al Estado de la sede principal de la sociedad a eximir dichos ingresos del impuesto. Aunque dicho Estado miembro no ejerza su jurisdicción fiscal respecto de los ingresos del establecimiento para evitar la doble imposición, dicha jurisdicción fiscal sigue existiendo de manera latente. Esto queda especialmente patente cuando para evitar la doble imposición se elige el método de crédito en lugar del método de exención.

55. Por lo tanto, con la constitución de una filial extranjera, la sociedad matriz abandona al mismo tiempo la jurisdicción fiscal de su Estado del domicilio y somete la filial a

30 — Así lo reconoce la Abogado General Sharpston. Sin embargo, en definitiva da preferencia a la libertad de establecimiento sobre la obstaculización provisional del reparto de la potestad tributaria [conclusiones Lidl (citadas en la nota 27), puntos 24 y 25].

tributación ilimitada en el Estado miembro de acogida. Es cierto que por la constitución de un establecimiento, la empresa también se somete a la jurisdicción fiscal del Estado de acogida *sin* sustraer, sin embargo, dicha parte de la empresa en su totalidad a la jurisdicción fiscal del Estado de origen.

56. La aplicación por analogía de las normas sobre el trato fiscal de los establecimientos extranjeros a las filiales extranjeras tendría, por lo tanto, el efecto de ampliar la jurisdicción fiscal del Estado del domicilio de la sociedad matriz. [31]

57. Por el contrario, X Holding alega que dicha ampliación de la jurisdicción fiscal no se produce a costa del Estado del domicilio de la sociedad filial si se limita a compensar provisionalmente las pérdidas de la filial con las ganancias de la sociedad matriz. En contra de este argumento procede señalar que la toma en consideración aislada de las pérdidas de la filial extranjera obstaculiza el derecho del Estado en el que está domiciliada la sociedad matriz de gravar las ganancias de ésta y es contraria a la idea del gravamen simétrico de las pérdidas y ganancias.

58. Es cierto que el artículo 43 CE, apartado 1, segunda frase, deja expresamente a los agentes económicos la posibilidad de escoger libremente la forma jurídica apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro. Esta libre elección no debe verse limitada por disposiciones fiscales discriminatorias. [32]

59. Sin embargo, por lo que respecta a las obligaciones del Estado miembro de origen, el Tribunal de Justicia ha declarado que la autonomía fiscal de la que disfrutan los Estados miembros en el estado actual de armonización del Derecho tributario comunitario supone que los Estados miembros tienen libertad para establecer las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables a los distintos tipos de establecimientos de las sociedades nacionales que operen en el extranjero, siempre y cuando les otorguen un trato que no resulte discriminatorio con respecto a los establecimientos nacionales comparables. [33]

60. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que el único criterio de comparación para el trato fiscal dado a actividades que una empresa nacional ejerce en el extranjero son las normas relativas a la forma de establecimiento de que se trate en el interior del país. Los establecimientos nacionales han de compararse con establecimientos extran-

31 — Sin embargo, tal extensión de la competencia fiscal del Estado de domicilio de una sociedad a los beneficios de su filial extranjera no está totalmente excluida desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Puede estar justificada en casos estrechamente delimitados por razones de lucha contra los abusos [véase la sentencia Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (citada en la nota 8), apartado 59]. No obstante, en el caso de autos no estamos ante ese tipo de situación excepcional.

32 — Véanse las sentencias Comisión/Francia (citada en la nota 11), apartado 22; de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA (C-253/03, Rec. p. I-1831), apartado 14; Oy AA, (citada en la nota 3), apartado 40, y el auto de 4 de junio de 2009, KBC-bank (C-439/07 y C-499/07, Rec. p. I-4409), apartado 77.

33 — Sentencia de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Rec. p. I-10451), apartados 51 y 53, y el auto KBC-bank (citado en la nota 31), apartado 80.

jeros y las filiales nacionales con filiales extranjeras. No obstante, el Derecho comunitario no excluye que el Estado miembro de origen aplique a los establecimientos extranjeros un régimen tributario distinto del que se aplica a las filiales extranjeras.

63. Por lo tanto, como conclusión provisional, debe señalarse que la restricción de la libertad de establecimiento que resulta del hecho de que una filial con domicilio en otro Estado miembro no pueda integrarse en una unidad fiscal de Derecho neerlandés para consolidar los resultados está justificada por la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

61. Estas observaciones sobre las obligaciones del Estado miembro de acogida, por una parte, y del Estado miembro de origen, por otra, no son contradictorias, sino que responden al distinto alcance de las potestades tributarias.

— Riesgo de doble imputación de las pérdidas

64. Además, el Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros deben ser capaces de combatir el riesgo de la doble imputación de las pérdidas. [34]

62. Dado que el Estado miembro de acogida somete normalmente a tributación toda actividad económica ejercida en su territorio, ya sea ejercida por una filial (residente a efectos fiscales) o por un establecimiento de una sociedad con domicilio (principal) en otro Estado miembro (no residente a efectos fiscales), no puede tratar tales formas de establecimiento de manera distinta al recaudar el impuesto. Por el contrario, el Estado miembro de origen únicamente puede gravar un establecimiento extranjero, pero no una filial domiciliada en otro Estado miembro. Por esta razón, el Estado miembro de origen tampoco está obligado a tratar estas dos formas de establecimiento en el extranjero de igual manera al recaudar el impuesto.

65. El órgano jurisdiccional remitente y los Gobiernos que han presentado observaciones en el procedimiento consideran que dicho riesgo se presenta si las pérdidas de F pueden compensarse con las ganancias de X Holding en los Países Bajos en el marco de una unidad fiscal. Es posible que las pérdidas de F sean tenidas en cuenta al mismo tiempo en Bélgica, por ejemplo, al incluir a F en una unidad fiscal belga, por transmisión a un tercero o por traslado de las pérdidas a ejercicios siguientes o anteriores.

34 — Sentencias Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 47; Rewe Zentralfinanz (citada en la nota 29), apartado 47, y Lidl Belgium (citada en la nota 3), apartado 35.

66. A este respecto, X Holding alega que la regla de recuperación excluye que en el marco de la unidad fiscal las pérdidas imputadas en los Países Bajos puedan utilizarse varias veces porque F las traslade a ejercicios siguientes. Además, en Bélgica es jurídicamente imposible hacer uso de las vías que indica el Hoge Raad para volver a imputar las pérdidas. La Comisión añade que una compensación de las pérdidas en los Países Bajos podría supeditarse a la prueba de que la pérdida no se ha tenido en cuenta de otro modo en el Estado del domicilio de la filial.

67. Es cierto que, en las circunstancias expuestas por el órgano jurisdiccional remitente y los Gobiernos que han presentado observaciones, es posible que en el mismo ejercicio se tengan en cuenta las pérdidas tanto en el domicilio de la sociedad matriz como en el de la filial. [35]

68. La exclusión de filiales extranjeras de una unidad fiscal neerlandesa puede eliminar el riesgo de doble imputación de las pérdidas, pero podría ir más allá de lo necesario.

69. Los regímenes nacionales no permiten incluir a una filial extranjera en una unidad fiscal aunque las empresas demuestren que queda excluida la doble imputación de pérdidas debido a la normativa fiscal del Estado del domicilio de la filial. Además, como propone la Comisión, como medida menos drástica cabe pensar en que se tengan en cuenta las pérdidas extranjeras si el sujeto pasivo puede demostrar que las pérdidas no han sido utilizadas de otro modo en el domicilio de la filial. [36] No obstante, en aplicación, por ejemplo, de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y de los impuestos sobre las primas de seguros, [37] el Estado del domicilio de la sociedad matriz tiene que poder comprobar dichos datos. [38]

70. No obstante, no es necesario pronunciarse de forma concluyente sobre esta cuestión, dado que, al menos para preservar el reparto de la potestad tributaria, está justificado excluir la formación de unidades fiscales transfronterizas para la imputación de pérdidas. Esta justificación también es válida aunque no exista al mismo tiempo riesgo de

35 — Véase también, sobre el riesgo de doble imputación de las pérdidas en el caso de grupos de empresas, la sentencia Papillon (citada en la nota 10), apartados 46 y ss.

36 — Véase, en este sentido, la sentencia Papillon (citada en la nota 10), apartados 55 y ss.

37 — DO L 336, p. 15; EE 09/01, p. 94, modificada en último lugar por la Directiva 2006/98/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (DO L 363, p. 129).

38 — La citada Directiva no es aplicable a Estados terceros, incluidos los Estados del Espacio Económico Europeo. Sin embargo, en tal supuesto podría garantizarse el intercambio de información necesario para el control mediante cláusulas de información contenidas en los convenios de doble imposición. (véanse, a este respecto, mis conclusiones de 16 de julio de 2009, Comisión/Italia (C-540/07, Rec. p. I-10983), puntos 75 y ss.

doble imputación de las pérdidas, o cuando dicho riesgo pueda eliminarse de otro modo. [39]

— Riesgo de evasión fiscal

71. Por último, en lo relativo al tercer elemento de la tríada de justificación de la sentencia Marks & Spencer, el riesgo de evasión fiscal, [40] ya señalé en mis conclusiones en el asunto Oy AA que, aparte del objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria, no considero que dicho elemento sea justificación autónoma, cuando se trate de excluir la transmisión transfronteriza de ganancias. [41] Lo mismo es válido en el caso de que se compensen pérdidas de una filial extranjera a través de la tributación de la sociedad matriz nacional.

72. Si por evasión fiscal se entiende el hecho de que una empresa puede elegir libremente, en contra del reparto de la potestad tributaria, en qué Estado se someten sus ingresos a tributación, procede acoger en el caso de autos la citada justificación. Si un grupo de empresas puede incluir filiales extranjeras en la unidad fiscal o puede excluirlas de la consolidación, las sociedades podrían orientar la toma en consideración de las pérdidas y de la base imponible en el domicilio de la unidad fiscal. [42]

2. Reestructuración neutra a efectos fiscales y transmisión de bienes económicos

73. X Holding alega además que, de no poder formar una unidad fiscal, también queda excluida, aparte de la compensación, una reestructuración neutra a efectos fiscales. En particular, no sería posible la transmisión de bienes económicos entre una sociedad matriz neerlandesa y su filial domiciliada en otro Estado miembro sin que se produjeran consecuencias fiscales.

74. Del análisis que antecede se deduce que, para tener en cuenta la libertad de establecimiento, el régimen de la unidad fiscal no tiene que ampliarse al menos en partes esenciales a los grupos de empresas transfronterizas. El órgano jurisdiccional remitente considera que es posible aplicar únicamente algunos aspectos parciales de dicho régimen al caso transfronterizo. No obstante, parece dudoso que puedan llevarse a cabo reestructuraciones

39 — Véase el punto 32 de las presentes conclusiones y la jurisprudencia que allí se cita. En el asunto Lidl Belgium es significativo que ni siquiera se alegara dicha justificación de manera separada.

40 — Véase la sentencia Marks & Spencer (citada en la nota 2), apartado 49.

41 — Conclusiones Oy AA (citadas en la nota 13), puntos 62 y 63.

42 — Véanse los puntos 42 y 45 *supra* de las presentes conclusiones.

o transmitirse bienes económicos entre las empresas de manera neutra a efectos fiscales, si no se consolidan al propio tiempo las pérdidas y ganancias de tales empresas.

75. En la medida en que el órgano jurisdiccional remitente considera que pudiera ser así, ha de señalarse en primer lugar que la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, armonizó las consecuencias fiscales de las reestructuraciones transfronterizas. [43] Por lo tanto, se supone que han sido eliminados en su práctica totalidad los posibles obstáculos al ejercicio de la libertad de establecimiento en relación con las operaciones incluidas dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, cuya existencia no se alegó en este caso.

76. Por el contrario, el Derecho comunitario no regula en detalle la cuestión de cómo ha de procederse fiscalmente en lo relativo a las reservas ocultas en el caso de una transmisión transfronteriza de bienes económicos o participaciones que se produce con ocasión de uno de los procedimientos recogidos en la Directiva 90/434. En la medida en que tales procedimientos reciben un trato menos favorable que las transmisiones entre sociedades nacionales, por ejemplo, porque en el momento de la transmisión se descubren reservas ocultas y éstas son gravadas, cosa que no se produce en la transmisión entre empresas nacionales, podría tratarse de una restricción de la libertad de establecimiento.

77. Sin embargo, tal restricción puede estar justificada por el objetivo de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

78. A este respecto procede señalar que la transmisión de bienes económicos entre dos empresas nacionales no afecta a la jurisdicción fiscal del Estado de que se trate. Si se transmiten reservas ocultas, éstas no se sustraen al sistema tributario de dicho Estado. En caso de realización posterior, las ganancias siguen pudiendo gravarse en dicho Estado.

79. Si se considera que la plusvalía latente de un bien económico está en principio sujeta a tributación en el Estado en el que se ha producido, [44] una transmisión transfronteriza

43 — DO L 225, p. 1. El trato fiscal de las reservas ocultas en caso de fusión viene regulado en la Directiva 90/434, modificada en último lugar por la Directiva 2006/98.

44 — Véase, en este sentido, la sentencia N (citada en la nota 3), apartado 46, y el punto 97 de mis conclusiones de 30 de marzo de 2006 en ese mismo asunto.

de bienes económicos puede afectar al reparto de la jurisdicción fiscal. Si de este modo se trasladan reservas ocultas a otro Estado miembro, el Estado en cuyo territorio se crearon no podrá gravar sin más en un momento posterior las ganancias procedentes de la liberación de las reservas.

80. Sin embargo, las normas con las que se pretende evitar tal injerencia en el reparto de la potestad tributaria tienen que ser adecuadas para garantizar que se alcance el objetivo que persiguen y no pueden ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. [45]

81. En su caso es competencia del órgano jurisdiccional remitente examinar en qué medida las normas nacionales relativas a la transmisión de bienes económicos y al trato fiscal de las reservas ocultas, sobre las que el Tribunal de Justicia no dispone de información, son conformes con dichos principios.

45 — Véase el punto 30 *supra* y la jurisprudencia que allí se cita.

3. Neutralización de operaciones dentro de una unidad fiscal

82. Por último, X Holding señala que las operaciones entre empresas nacionales que forman una unidad fiscal siguen siendo neutras a efectos fiscales, mientras que las transacciones transfronterizas similares entre empresas relacionadas que no pueden formar una unidad fiscal se tienen en cuenta en el momento de la exacción del impuesto.

83. Para evitar que en el marco de las operaciones transfronterizas se traslade materia imponible de un Estado miembro a otro, es necesario que dichas operaciones se lleven a cabo en las condiciones habituales del mercado y se contabilicen en la liquidación. [46] Es cierto que la carga adicional relacionada con la documentación de los precios de transferencia dificulta las operaciones entre empresas relacionadas que tienen su domicilio en Estados miembros diferentes. No obstante, las normas nacionales sobre precios de transferencia, en la medida en que constituyen una restricción de la libertad de establecimiento, están justificadas cuando tienen por objeto preservar el reparto de la potestad tributaria, siempre que sean conformes con el principio de proporcionalidad.

46 — Para más detalle sobre las normas internas con las que se pretende garantizar la observación del principio de actuación como partes independientes, véanse mis conclusiones de 10 de septiembre de 2009, SGI (C-311/08, asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia).

V. Conclusión

84. A la luz de cuanto se ha expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión planteada por el Hoge Raad:

«El artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, no se opone a la normativa de un Estado miembro que permite a una sociedad nacional y a una o varias de sus filiales con domicilio en territorio nacional formar una unidad fiscal con la consecuencia de que se recaude el impuesto adeudado por estas últimas de la sociedad matriz como si se tratase de un único sujeto pasivo, pero que no permite que las filiales domiciliadas en otro Estado miembro se integren en una unidad fiscal.»