

Asunto C-446/03

Marks & Spencer plc

contra

David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

[Petición de decisión prejudicial planteada por

la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division]

«Artículos 43 CE y 48 CE — Impuesto sobre sociedades — Grupos de sociedades — Consolidación fiscal — Beneficios de las sociedades matrices — Deducción de las pérdidas sufridas por una filial residente — Autorización — Deducción de las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial no residente — Exclusión»

Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 7 de abril de 2005

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005

Sumario de la sentencia

Libre circulación de personas — Libertad de establecimiento — Legislación tributaria — Impuesto sobre sociedades — Consolidación fiscal — Legislación nacional que no permite a una sociedad matriz deducir las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste — Procedencia — Límites

(Arts. 43 CE y 48 CE)

Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes.

No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración 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.

(véanse el apartado 59 y el fallo)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 13 de diciembre de 2005 (*)

«Artículos 43 CE y 48 CE – Impuesto sobre sociedades – Grupos de sociedades – Consolidación fiscal – Beneficios de las sociedades matrices – Deducción de las pérdidas sufridas por una filial residente – Autorización – Deducción de las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial no residente – Exclusión»

En el asunto C-446/03,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), mediante resolución de 16 de julio de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de octubre de 2003, en el procedimiento entre

Marks & Spencer plc

contra

David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans y A. Rosas, Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann (Ponente), A. La Pergola, J.-P. Puissochet, R. Schintgen, la Sra. N. Colneric y los Sres. J. Klučka, U. Lõhmus, E. Levits y A. Ó Caoimh, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro;

Secretaria: Sra. K. Sztranc, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 1 de febrero de 2005;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Marks & Spencer plc, por los Sres. G. Aaronson, QC, y P. Farmer, Barrister;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. M. Bethell, en calidad de agente, asistido por los Sres. R. Plender, QC, y D. Ewart, Barrister;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing y la Sra. A. Tiemann, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno helénico, por los Sres. K. Boskovits y V. Kyriazopoulos y por las Sras. I. Pouli y S. Trekli, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. C. Jurgensen-Mercier, en calidad de agentes;
- en nombre de Irlanda, por el Sr. D.J. O'Hagan, en calidad de agente, asistido por el Sr. E. Fitzsimons, SC, y la Sra. G. Clohessy, BL;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. H.G. Sevenster, S. Terstal y J. van Bakel,

en calidad de agentes;

- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno sueco, por el Sr. A. Kruse, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. R. Lyal, en calidad de agente;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de abril de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 CE y 48 CE.

2 Dicha petición se ha planteado en el marco de un litigio entre Marks & Spencer plc (en lo sucesivo, «Marks & Spencer») y la Administración tributaria británica, relativo a la denegación por ésta de una solicitud de consolidación fiscal presentada por Marks & Spencer con el fin de deducir de su beneficio imponible en el Reino Unido las pérdidas sufridas por sus filiales establecidas en Bélgica, Alemania y Francia.

Marco jurídico nacional

3 Las disposiciones de Derecho interno aplicables en el asunto principal están recogidas en la Ley de 1988 del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre sociedades (Income and Corporation Tax Act 1988; en lo sucesivo, «ICTA»). A continuación se describe su contenido de acuerdo con la información incluida en la resolución de remisión.

Sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades

4 Con arreglo a los artículos 6, apartado 1, y 11, apartado 1, de la ICTA, el impuesto sobre sociedades grava los beneficios de las sociedades que estén establecidas en el Reino Unido, o que ejerzan en él una actividad comercial por medio de una sucursal o una agencia.

5 Según el artículo 8, apartado 1, de la ICTA, las sociedades residentes están sujetas al impuesto sobre sociedades por sus beneficios mundiales. Según el artículo 11, apartado 1, las sociedades no residentes están sujetas al impuesto sobre sociedades únicamente por los beneficios de sus sucursales o agencias establecidas en el Reino Unido.

6 En virtud de los convenios fiscales celebrados por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el presente caso con el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania y la República Francesa, las filiales extranjeras de sociedades residentes, al ser sociedades no residentes, sólo están sujetas al impuesto sobre sociedades en el Reino Unido por las actividades comerciales que ejerzan en dicho Estado miembro por medio de un establecimiento permanente en el sentido de dichos convenios.

7 Para evitar la doble imposición existe en el Reino Unido un sistema de crédito fiscal.

8 Este sistema presenta dos aspectos que se exponen a continuación.

9 En primer lugar, una sociedad establecida en el Reino Unido que ejerce una actividad comercial en otro Estado miembro por medio de una sucursal establecida en éste tributa en el Reino Unido por los beneficios de dicha sucursal y deduce del impuesto la cuota abonada en el otro Estado miembro o puede deducir dicha cuota en el marco de la determinación del resultado fiscal de la sucursal en el Reino Unido. El beneficio de explotación de la sucursal se determina con arreglo a las normas tributarias del Reino Unido. Las pérdidas de explotación pueden imputarse a los beneficios de la sociedad establecida en el Reino Unido. Las pérdidas no imputadas pueden compensarse en los ejercicios posteriores. La circunstancia de que las pérdidas puedan imputarse en el otro Estado miembro a beneficios futuros de la sucursal no impide su imputación a los beneficios en el Reino Unido.

10 En segundo lugar, una sociedad establecida en el Reino Unido que ejerce una actividad comercial en otro Estado miembro por medio de una filial establecida en éste tributa en el Reino Unido por los dividendos abonados por dicha filial y puede acogerse a un crédito fiscal correspondiente a la cuota abonada en el otro Estado miembro por los beneficios sobre cuya base se distribuyen los dividendos y, en su caso, a las retenciones en la fuente. Cuando no sea aplicable la normativa sobre sociedades extranjeras controladas, la sociedad matriz no tributa por los beneficios de su filial no residente y no puede imputar las pérdidas de éstas a sus beneficios.

11 Con arreglo al artículo 208 de la ICTA, los dividendos abonados a una sociedad matriz establecida en el Reino Unido por una filial establecida también en este Estado miembro están exentos, a diferencia de los abonados por una filial establecida en otro Estado miembro.

Régimen especial de las pérdidas en el marco de los grupos de sociedades (consolidación fiscal)

12 En el Reino Unido, un régimen de consolidación fiscal permite a las sociedades residentes de un grupo compensar entre ellas los beneficios y las pérdidas.

13 El artículo 402 de la ICTA dispone:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente título en el artículo 492, apartado 8, las desgravaciones por pérdidas comerciales y otras cantidades deducibles del impuesto sobre sociedades pueden cederse, en los supuestos definidos en los apartados 2 y 3 [...], por una sociedad (denominada “sociedad cedente”) que forme parte de un grupo de sociedades y, a petición de otra sociedad (denominada “sociedad solicitante”), perteneciente al mismo grupo, pueden atribuirse, a efectos del impuesto sobre sociedades, a la sociedad solicitante en el marco de la llamada “consolidación fiscal”.

2. La consolidación fiscal puede obtenerse si la sociedad cedente y la sociedad solicitante pertenecen al mismo grupo de sociedades [...].»

14 El artículo 403 de la ICTA establece:

«1. Si durante un ejercicio contable (“ejercicio de referencia”), la sociedad cedente sufre:

a) pérdidas de explotación [...] la cuantía de la pérdida podrá deducirse, a efectos del impuesto sobre sociedades, de los beneficios totales de la sociedad solicitante por el período contable correspondiente de ésta, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente título.»

15 En relación con los ejercicios concluidos antes del 1 de abril de 2000, el artículo 413, apartado 5, de la ICTA precisa:

«En el presente título, la palabra “sociedad” sólo se refiere a las personas jurídicas residentes en el Reino Unido [...]»

16 Después de una modificación legislativa realizada a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1998, ICI (C?264/96, Rec. p. I?4695), el régimen de consolidación fiscal se aplica, desde el ejercicio 2000, a los beneficios y a las pérdidas comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho tributario del Reino Unido.

17 A consecuencia de esta modificación legislativa:

- las pérdidas de una sucursal establecida en el Reino Unido de una sociedad no residente pueden transferirse a otra sociedad del grupo para que se deduzcan de los beneficios de ésta imponible en el Reino Unido;
- las pérdidas de una sociedad del grupo establecida en el Reino Unido pueden transferirse a la sucursal para que sean deducidas de los beneficios de ésta en el Reino Unido.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

18 Marks & Spencer es una sociedad constituida y registrada en Inglaterra y Gales. Es la sociedad matriz de sociedades establecidas en el Reino Unido y en otros Estados. Es uno de los minoristas más importantes del Reino Unido en el ámbito de la confección, la alimentación, los artículos del hogar y los servicios financieros.

19 En 1975 comenzó su implantación en otros Estados con la apertura de un establecimiento en Francia. A finales de los años noventa disponía de puntos de venta en más de 36 países dentro de una red de filiales y de un sistema de franquicias.

20 A mediados de los años noventa comenzó a producirse una tendencia al aumento de las pérdidas.

21 En marzo de 2001, Marks & Spencer anunció el final de sus actividades en el continente europeo. A 31 de diciembre de 2001, la filial establecida en Francia había sido cedida a terceros, mientras que las demás filiales, incluidas las establecidas en Bélgica y Alemania habían cesado por completo en su actividad comercial.

22 Marks & Spencer solicitó en el Reino Unido, con arreglo al artículo 6 del anexo 17 A de la ICTA, la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por sus filiales establecidas en Bélgica, en Alemania y en Francia durante cuatro ejercicios: los cerrados el 31 de marzo de 1998, el 31 de marzo de 1999, el 31 de marzo de 2000 y el 31 de marzo de 2001. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que las partes en el procedimiento principal convinieron en que las pérdidas debían determinarse con arreglo a la normativa fiscal del Reino Unido. Por lo tanto, Marks & Spencer recalculó las pérdidas sobre esta base a petición de la Administración tributaria.

23 Las filiales mencionadas habían ejercido sus actividades económicas en los Estados miembros en los que estaban domiciliadas. No disponían de establecimiento estable en el Reino Unido ni habían ejercido actividades económicas en él.

24 Las solicitudes de consolidación fiscal fueron denegadas ya que ésta sólo podía concederse por pérdidas registradas en el Reino Unido.

25 Marks & Spencer impugnó esta denegación ante los Special Comissioners of Income Tax, que desestimaron el recurso.

26 Marks & Spencer recurrió contra esta decisión ante la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, que resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

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

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

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

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

- una filial residente en otro Estado miembro haya dejado de operar y, aunque dicho Estado permita la deducción de las pérdidas bajo determinadas condiciones, no se haya acreditado que en las circunstancias de que se trata pueda efectuarse dicha deducción;
- una filial residente en otro Estado miembro haya sido vendida a un tercero y, aunque la legislación de dicho Estado permita que el tercero comprador deduzca las pérdidas en determinadas condiciones, no esté claro que haya ocurrido así en las circunstancias del presente asunto;
- los mecanismos en virtud de los cuales el Estado miembro de la sociedad matriz tiene en cuenta las pérdidas registradas por sociedades residentes en el Reino Unido se apliquen con independencia de que las pérdidas puedan deducirse también en otro Estado miembro?

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

Primera cuestión

27 Con su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita esencialmente que se dilucide si los artículo 43 CE y 48 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en éste, mientras que lo permite en el caso de pérdidas sufridas por una filial residente.

28 En otras palabras, la cuestión que se plantea es si una normativa de estas características constituye una restricción a la libertad de establecimiento en contra de lo dispuesto en los artículos 43 CE y 48 CE.

29 A este respecto, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario (véase, en especial, la sentencia de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft* y otros, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727, apartado 37, y la jurisprudencia allí citada).

30 La libertad de establecimiento, que el artículo 52 reconoce a los nacionales comunitarios y que implica para ellos el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio en las mismas condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, conforme al artículo 48 CE, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad Europea, el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (véase, en especial, la sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, Rec. p. I-6161, apartado 35).

31 Si bien las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, 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 (véase, en especial, la sentencia *ICI*, antes citada, apartado 21).

32 Una consolidación fiscal como la controvertida en el asunto principal constituye una ventaja fiscal para las sociedades interesadas. Al acelerar la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de otras sociedades de su grupo, le confiere una ventaja de tesorería.

33 La exclusión de esta ventaja en el caso de las pérdidas sufridas por una filial establecida en otro Estado miembro y que no ejerce una actividad económica en el Estado miembro de la sociedad matriz puede suponer para ésta un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento, al disuadirla de crear filiales en otros Estados miembros.

34 Por tanto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE, ya que establece para las pérdidas sufridas por una filial residente un trato fiscal diferente del dispensado a las sufridas por una filial no residente.

35 Sólo cabe admitir una restricción de esta índole si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, también es necesario que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (en este sentido, véanse las sentencias de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations y Singer*, C-250/95, Rec. p. I-2471, apartado 26, y de 11 de marzo de 2004, *De Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Rec. p. I-2409, apartado 49).

36 El Reino Unido y los demás Estados miembros que han presentado observaciones en el presente procedimiento alegan que las filiales residentes y las filiales no residentes no se encuentran en una situación fiscal comparable en lo que respecta a un régimen de consolidación como el controvertido en el asunto principal. Alegan que con arreglo al principio de territorialidad aplicable tanto en el Derecho internacional como en el Derecho comunitario, el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz carece de competencia fiscal sobre las filiales no residentes. En su opinión, la competencia sobre éstas en materia tributaria corresponde, en principio, a los Estados en cuyo territorio están establecidas y ejercen sus actividades económicas, según el reparto habitual en este ámbito.

37 A este respecto, debe señalarse 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 sin contenido al artículo 43 CE (véase la sentencia de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, 270/83, Rec. p. 273, apartado 18).

38 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.

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

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

41 Para apreciar si esta limitación está justificada, hay que examinar las consecuencias de la extensión incondicional de una ventaja como la controvertida en el asunto principal.

42 Sobre este particular, el Reino Unido y los demás Estados miembros que han presentado observaciones invocan tres motivos de justificación.

43 En primer lugar alegan que los beneficios y las pérdidas constituyen, en materia tributaria, las dos caras de una misma moneda, que habrán de tratarse de modo simétrico en el marco de un mismo sistema fiscal, con el fin de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados. En segundo lugar consideran que si las pérdidas se tomaran en consideración en el Estado miembro de la sociedad matriz, se correría el riesgo de que fueran objeto de una doble imputación. Por último, en tercer lugar, si no se tuvieran en cuenta en el Estado miembro de establecimiento de la filial, existiría un riesgo de evasión fiscal.

44 Por lo que se refiere al primer elemento de justificación, ha de recordarse que la reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general susceptible de ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (véase, en especial, la sentencia de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada).

45 Sin embargo, como señala fundadamente el Reino Unido, el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas.

46 En efecto, dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas.

47 Por lo que se refiere al segundo motivo de justificación, basado en el riesgo de doble imputación de las pérdidas, no cabe sino reconocer que los Estados miembros deben ser capaces de combatirlo.

48 Es cierto que se corre este riesgo si la consolidación fiscal se amplía a las pérdidas de las filiales no residentes. La forma de eliminarlo es una norma que excluya la compensación de dichas pérdidas.

49 Por último, en cuanto al tercer motivo de justificación, basado en el riesgo de evasión fiscal, ha de reconocerse que la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor.

50 Excluir de la consolidación fiscal las pérdidas sufridas por filiales no residentes impide tales prácticas, que pueden verse alentadas por la existencia de diferencias notables entre los tipos de

impositivos aplicados en los distintos Estados miembros.

51 Vistos en su conjunto estos tres motivos de justificación, procede afirmar que una normativa restrictiva como la controvertida en el asunto principal persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado que están amparados por razones imperiosas de interés general, por un lado, y que es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos, por otro.

52 En este análisis no influyen las indicaciones contenidas en la segunda parte de la primera cuestión, relativas a los regímenes aplicables en el Reino Unido:

- a los beneficios y las pérdidas de una sucursal extranjera de una sociedad establecida en este Estado miembro;
- a los dividendos distribuidos a una sociedad establecida en éste por una filial establecida en otro Estados miembro.

53 No obstante, debe comprobarse a continuación si la medida restrictiva no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos.

54 Marks & Spencer y la Comisión han defendido que se podrían contemplar medidas menos restrictivas que la exclusión general de la consolidación fiscal. A modo de ejemplo, mencionan la posibilidad de supeditar la consolidación al requisito de que la filial extranjera haya aprovechado íntegramente las posibilidades de que sean tenidas en cuenta las pérdidas en su Estado miembro de residencia. También hacen referencia a la posibilidad de supeditar la consolidación al requisito de reintegrar, en los beneficios imponibles de la sociedad que haya deducido las pérdidas gracias la consolidación, los beneficios posteriores de la filial no residente por el valor de las pérdidas imputadas anteriormente.

55 A este respecto, el Tribunal de Justicia estima que la medida restrictiva que es objeto del asunto principal va más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando:

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

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

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

58 Por otra parte, en la medida en que resulte posible identificar otras medidas menos restrictivas, éstas requerirán, en cualquier caso, normas de armonización adoptadas por el

legislador comunitario.

59 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración 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.

Sobre la segunda cuestión

60 En vista de la respuesta a la primera cuestión, no procede responder a la segunda.

Costas

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

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

Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración 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.

Firmas

* Lengua de procedimiento: inglés.