



Libertad de establecimiento y pérdidas derivadas del tipo de cambio en la cesión de participaciones de una filial no residente. El asunto X AB C-686/13.

José Antonio Barciela Pérez.

Inspector de Hacienda del Estado. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid

Publicación: Revista Quincena Fiscal num.4/2016 parte Comentario de Jurisprudencia

Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016.

I. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha admitido con carácter general la necesidad de reconocer la deducción o la compensación de las pérdidas transfronterizas, so riesgo de vulneración del derecho a la libertad de establecimiento, si bien ha fijado las posibles y justificadas excepciones.

Así, en el asunto AMID¹, el TJUE señaló que la normativa de un Estado miembro que instaura un trato fiscal diferenciado entre las sociedades constituidas conforme al Derecho nacional que sólo tienen establecimientos en el territorio nacional y las que disponen de establecimientos en otro Estado miembro, puede resultar discriminatoria. En efecto, cuando tales sociedades tienen un establecimiento permanente en un Estado miembro distinto del de origen y un convenio para evitar la doble imposición vincula a los dos Estados, dichas sociedades pueden sufrir una desventaja fiscal que no deberían soportar si todos sus establecimientos estuvieran en el Estado miembro de origen.

¹ [Sentencia de 14 de diciembre de 2000 \(TJCE 2000, 329\)](#), asunto C-141/99, Rec.2000, p. I-11619.

En el mismo sentido, la sentencia habida en el asunto Oy AA² reconoce que una diferencia de trato entre filiales residentes en función del lugar en que tiene su domicilio la sociedad matriz puede constituir una restricción a la libertad de establecimiento, puesto que hace menos atractivo el ejercicio de dicha libertad por parte de sociedades establecidas en otros Estados miembros, las cuales, en consecuencia, podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adoptase esa disposición. No obstante, el TJUE consideró justificada la restricción en el régimen fiscal controvertido, puesto que perseguía objetivos legítimos compatibles con el Tratado amparados por razones imperiosas de interés general, y resultaba adecuado para garantizar la consecución de tales objetivos.

² [Sentencia de 18 de julio \(TJCE 2007, 202\)](#), asunto C-231/05, Rec.2007, pl-6373.

Como se declara en el apartado 35 de la sentencia Marks & Spencer³, sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, es preciso, además, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo así perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

³ [Sentencia de 13 de diciembre de 2005 \(TJCE 2005, 372\)](#), asunto C-446/03, EU:C:2005:763. En relación con esta sentencia puede consultarse: Ruiz Hidalgo, C., «Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005: Asunto Marks &



Spencer», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 7/2006 - 8/2006 paraf. 9. [\(BIB 2006, 865\)](#); Raventós Calvo, S., «La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida», *Quincena Fiscal*, núm. 6/2006 [\(BIB 2006, 376\)](#).

Así pues, en distintas sentencias se ha puesto de manifiesto que si un Estado miembro impide la deducción de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente o una filial, puede constituir una restricción del derecho a la libertad de establecimiento⁴. No obstante, en determinadas ocasiones y cuando concurren ciertas circunstancias, la limitación o el no reconocimiento de las pérdidas transfronterizas pueden estar justificados y, en consecuencia, no ser contrarios al Derecho de la Unión.

⁴ [SS de 15 de mayo de 1997 \(TJCE 1997, 90\)](#), Futura Participations y Singer, asunto C-250/95, Rec., 1997, pl-2471; [13 de diciembre de 2005 \(TJCE 2005, 372\)](#), Mark & Spencer, asunto C-446/03, Rec.2005, p.I-10837; [28 de febrero de 2008 \(TJCE 2008, 39\)](#), Deutsche Shell, asunto C-293/06, Rec.2008,p.I-1129; y [15 de mayo de 2008 \(TJCE 2008, 108\)](#), Lidl Belgium, asunto C-414/06, Rec.2008, p.I-3601.

El objeto del presente trabajo es el análisis de la sentencia habida en el [asunto X AB C-686/13 \(TJCE 2015, 211\)](#). En ésta se cuestiona la compatibilidad de una normativa nacional con la libertad de establecimiento, en relación a la compensación de pérdidas transfronterizas por diferencias de cambio en la enajenación de participaciones societarias. Previamente se procederá al estudio de la jurisprudencia más significativa al respecto, así como de las causas de justificación de las medidas nacionales restrictivas/discriminatorias basadas en la territorialidad frecuentemente argumentadas por los Estados miembros.

II . Territorialidad y medidas fiscales restrictivas o discriminatorias

El TJUE utiliza indistintamente, entre otros, los términos discriminación y restricción, lo que dificulta extraordinariamente cualquier precisión teórica al respecto⁵. En principio, discriminación fiscal consiste en la aplicación de normas tributarias distintas a situaciones comparables, o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes⁶, y restricción es toda medida que dificulte el ejercicio de las libertades comunitarias fundamentales⁷.

⁵ Véase:De Juan Casadevall, J., «La cláusula comunitaria de no discriminación en la tributación directa: el enfoque analítico del TJCE», *Quincena Fiscal*, núm. 21/2009 [\(BIB 2009, 1833\)](#) .González García, G.: «Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario». IEF, núm. 8. Madrid. 2004.Iglesias Casais, J. M., «No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea», Aranzadi, 2007 [\(BIB 2007, 991\)](#).

⁶ Sentencia de 13 de julio de 1962, Klöckner-Werke, asunto 17/61.

⁷ Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville, asunto 8/74.

En cualquier caso, para que se trate de una situación de discriminación/restricción es necesario que nos encontremos ante situaciones comparables, lo cual requiere un análisis previo en ese sentido. Por otra parte, según la jurisprudencia del TJUE, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo⁸. Por tanto, además de que el TJUE considere que, en el caso concreto, la medida nacional está justificada por razones imperiosas de interés general, es necesario que supere el «test de la proporcionalidad» a efectos de que pueda prosperar⁹.

⁸ [Sentencia de 9 de marzo de 1999 \(TJCE 1999, 47\)](#), Centros, asunto C-212/97, Rec.1999, p.I-1459, apartado 34.

⁹ Así, el TJUE ha señalado que «... dicha medida debería perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado y estar justificada por razones imperiosas de interés general. Pero además, en tal supuesto, sería preciso que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no fuera más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (sentencia de 15 de mayo de 1977, Futura, asunto C-250/95, apartado 26).

Entre las razones imperiosas de interés general alegadas por los Estados miembros para justificar la adopción de medidas fiscales restrictivas o discriminatorias, están la coherencia del sistema fiscal y el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ambas basadas en la territorialidad. La primera de ellas supone un enfoque puramente interno, y la segunda un enfoque supranacional. El interés de los Estados por proteger el ejercicio de su potestad tributaria sobre las actividades desarrolladas en su territorio frente a posibles usos abusivos de las posibilidades que a los operadores (sobre todo en el caso de las sociedades) conceden los Tratados, se ha traducido en una creciente utilización de estas dos causas de justificación¹⁰.

¹⁰ Iglesias Casais, J. M., y Lobato Mosqueira, N., «La vigencia del principio de territorialidad fiscal como mecanismo corrector de la extensión de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales de los Estados miembros», IEF, *Doc. 9/2013*, p. 6.

En cuanto se refiere a la coherencia del sistema fiscal, para que una alegación basada en dicha justificación pueda prosperar, el TJUE ha declarado que es preciso que se demuestre la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal considerada y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado¹¹. El carácter directo de esa relación debe acreditarse, en vista del objetivo perseguido por la normativa fiscal controvertida, en relación con los contribuyentes de que se trate, mediante una correlación rigurosa entre el elemento de deducibilidad y el relativo a la tributación¹². Asimismo, la ventaja y el gravamen fiscal deben guardar relación con el mismo impuesto y con un mismo y único contribuyente¹³, si bien en fechas más recientes el ámbito de aplicación de la coherencia fiscal ha sido ampliado en las sentencias Lenz¹⁴ y Manninen¹⁵, de tal forma que en ciertas situaciones puede tener virtualidad cuando va referida a impuestos y contribuyentes distintos. La doctrina subraya que «nos encontramos ante una razón imperativa de interés general elaborada por el TJCE, sin apoyatura directa en el texto del TCE, acuñada en Bachmann y en Comisión c. Bélgica»¹⁶, y que «el respeto de la coherencia fiscal sirve para proteger la integridad de los regímenes tributarios nacionales, cuya concepción compete a los Estados miembros, siempre y cuando no menoscabe más de lo necesario el funcionamiento del Mercado Interior»¹⁷.

¹¹ [SS de 14 de noviembre de 1995 \(TJCE 1995, 204\)](#), Svensson y Gustavsson, C-484/93, Rec. p. I-3955, apartado 58; de [21 de noviembre de 2002 \(TJCE 2002, 344\)](#), X e Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, apartado 52; de [23 de febrero de 2006 \(TJCE 2006, 57\)](#), Keller Holding, Rec.2006, C-471/04, p.I-2107, apartado 40, y de [14 de septiembre de 2006 \(TJCE 2006, 254\)](#), Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Rec. p. I-8203, apartados 54 a 56; y [Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), apartado 38.

¹² [Sentencia de 11 de agosto de 1995 \(TJCE 1995, 134\)](#), Wielockx, C-80/94, Rec. p. I-2493, apartado 24.; y [Deutsche Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), apartado 39.

¹³ SS Svensson y Gustavsson; [13 de abril de 2000 \(TJCE 2000, 87\)](#), Baars, asunto C-251/98, Rec.2000, p.I-2787; de [6 de junio de 2000 \(TJCE 2000, 120\)](#), Verkooijen, asunto C-35/98, Rec. 2000, pl 4071; y de [18 de septiembre de 2003 \(TJCE 2003, 274\)](#), Bosal, asunto C-168/01, Rec. 2003, pl-9409; entre otras.

¹⁴ [Sentencia de 15 de julio de 2004 \(TJCE 2004, 205\)](#), asunto C-315/02, Rec. 2004, pl-7063.

¹⁵ [Sentencia de 7 de septiembre de 2004 \(TJCE 2004, 225\)](#), asunto C-319/02, Rec.2004, pl-7477.

¹⁶ De Juan Casadevall, J., ob. cit., [\(BIB 2009, 1833\)](#). Ambas SS son de [28 de enero de 1992 \(TJCE 1992, 10\)](#), Bachmann, asunto C-204/90, Rec. 1992, p. I-249 y [Comisión/Bélgica \(TJCE 1992, 11\)](#), asunto C-300/90, Rec.1992, p.I-305.

¹⁷ Iglesias Casais, J. M., y Lobato Mosqueira, N., ob. cit., p. 7.

En cuanto se refiere a la salvaguardia del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros como motivo de justificación de medidas fiscales restrictivas o discriminatorias, fue admitida por primera vez en la [sentencia Marks & Spencer \(TJCE 2005, 372\)](#). En dicha sentencia se planteaba si las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento 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.

A este respecto, el TJUE consideró que en la medida en que los ingresos de tales filiales establecidas en otros Estados miembros eran gravados en su respectivo Estado, era allí donde debían tenerse en cuenta tales pérdidas y no en el Estado donde estaba domiciliada su sociedad matriz, en el que tampoco se habría podido tener en cuenta los ingresos obtenidos por sus filiales no nacionales para calcular los resultados, dado que estaban sometidos a la «potestad tributaria» de otro Estado. Además, se esgrimieron como otras causas de justificación, tanto la posible doble compensación de pérdidas, como el riesgo de evasión fiscal mediante la transferencia de pérdidas a las sociedades residentes en los Estados que tengan un tipo impositivo más alto.

Si bien el TJUE consideró que, vistos en su conjunto estos tres motivos de justificación, una normativa restrictiva como la controvertida perseguía 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. Sin embargo, el Tribunal también consideró algunas medidas menos restrictivas, como 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, o de supeditar la consolidación al requisito de reintegrar, en los beneficios imponibles de la sociedad que haya deducido las pérdidas gracias a la consolidación, los beneficios posteriores de la filial no residente por el valor de las pérdidas imputadas anteriormente, llegando a la conclusión de que la medida restrictiva aplicada en determinados casos va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo propuesto.

En cuanto se refiere a la evolución de este motivo de justificación en relación con la compensación fronteriza de pérdidas, procede remitirse al asunto Lidl Belgium¹⁸ donde, a diferencia de Mark & Spencer, dicha compensación estaba referida a establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros no a filiales. Como justificación de la normativa controvertida se aducía, junto con la salvaguardia del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, el riesgo de una doble imputación de pérdidas. Dado que los elementos justificativos enunciados en la sentencia Mark & Spencer incluían también la necesidad de prevenir el riesgo de evasión fiscal, en Lidl Belgium se planteaba si tales elementos justificativos tenían carácter cumulativo o si bastaba la existencia de uno de ellos para que el régimen fiscal controvertido pueda, en principio, considerarse justificado¹⁹.

¹⁸ [Sentencia de 15 de mayo de 2008 \(TJCE 2008, 108\)](#), asunto C-414/06, Rec.2008, p.I-3601. En relación con esta sentencia puede verse: Casas Agudo, D., «Respeto a la soberanía fiscal de los estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas», *Quincena Fiscal*, núm. 22/2009 ([BIB 2009, 841](#)).

¹⁹ En opinión de la doctrina la [Sentencia Lidl \(TJCE 2008, 108\)](#) ha generado polémica, entre otras cosas, porque de forma errónea, desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, el TJUE equipara, a todos los efectos, establecimientos permanentes con filiales. Martín Jiménez, Carrasco González y García Heredia, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Civitas Revista española de Derecho Financiero*, núm. 141/2009, p. 321 ([BIB 2009, 1766](#)).

A este respecto, el TJUE señaló que, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones en las que un

Estado miembro puede invocar estos motivos, no se puede exigir que todos estén presentes, como ocurrió en el [asunto Oy AA \(TJCE 2007, 202\)](#), donde el TJUE admitió que la normativa fiscal de que se trataba podía estar justificada sobre la base de dos de los tres motivos recogidos en la sentencia Marks & Spencer.

Por último, procede destacar la importancia de la sentencia X Holding BV²⁰, por cuanto que viene a reconocer la posibilidad de apreciar de una manera autónoma la causa basada en salvaguardar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros²¹. En X Holding BV, la cuestión controvertida era si el derecho a la libertad de establecimiento se opone a la normativa de un Estado miembro que permite a una sociedad matriz constituir una unidad fiscal con su filial residente, pero no permite la constitución de dicha unidad fiscal con una filial no residente si los beneficios de esta última no están sometidos a la legislación fiscal de dicho Estado miembro.

²⁰ [Sentencia de 25 de febrero de 2010 \(TJCE 2010, 42\)](#), asunto C-337/08, Rec. p. I-1215. En relación a esta sentencia puede verse: Calderón Carrero, J. M., «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades. La "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea», IEF, *Doc. núm. 20/10*.

²¹ Iglesias Casais, J. M., y Lobato Mosqueira, N., ob. cit., p. 25.

No obstante, el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podía 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 pérdidas²². Dado que la sociedad matriz podía optar libremente por la constitución de una unidad fiscal con su filial y decidir con la misma libertad la disolución de dicha unidad de un ejercicio a otro, permitirle incluir en la unidad fiscal a una filial no residente supondría dejarle libertad para elegir el régimen fiscal aplicable a las pérdidas de dicha filial y el lugar de imputación de esas pérdidas.

²² SS Marks & Spencer (TJCE 2005, 372), apartado 45 y [Lidl Belgium \(TJCE 2008, 108\)](#), apartado 31.

A la vista de que dicho régimen era adecuado para garantizar la realización de ese objetivo, procedía examinar si no iba más allá de lo necesario para alcanzarlo, y en ese sentido se argumentó que la constitución de una unidad fiscal en el territorio nacional supone una asimilación, en el ámbito fiscal, de las filiales residentes a los establecimientos permanentes y, por analogía, se consideró el supuesto de que las filiales no residentes podrían tratarse en el marco de una unidad fiscal transfronteriza, del mismo modo que los establecimientos permanentes sitos en el extranjero. Tal sería el caso de que las pérdidas de un establecimiento permanente sito en el extranjero podrían imputarse temporalmente a los beneficios de la casa central, mediante un mecanismo de transferencia provisional de pérdidas vinculado a un régimen de recuperación en ejercicios posteriores.

A este respecto, el Tribunal aclaró que los establecimientos permanentes sitos en otro Estado miembro y las filiales no residentes no se encuentran en una situación comparable a efectos del reparto de la potestad tributaria regulado en el convenio de doble imposición. Mientras que la filial, en tanto que persona jurídica autónoma, está íntegramente sujeta a tributación en el Estado contratante en el que se halle su domicilio social, no sucede lo mismo con el establecimiento permanente sito en otro Estado miembro, el cual, en principio, queda sometido parcialmente a la competencia fiscal del Estado miembro de origen. Por tanto, el Estado miembro de origen no está obligado a aplicar a las filiales no residentes el mismo régimen fiscal aplicado a los establecimientos permanentes sitos en el extranjero²³.

²³ [Sentencia X Holding BV \(TJCE 2010, 42\)](#), apartados 38 y 40.



III . Las SS Deutsche Shell y K

En el [asunto X AB \(TJCE 2015, 211\)](#), dicha entidad alegó en su favor la sentencia habida en el asunto Deutsche Shell²⁴. Ello motivaría que el TJUE tuviera especialmente en cuenta tal jurisprudencia. En el asunto Deutsche Shell se cuestionaba si las disposiciones del Tratado en relación a la libertad de establecimiento, en conjunto, se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado miembro, con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.

²⁴ Sentencia de 28 de febrero de 2008, asunto C-293/06, Rec. p. I-1129. Referencias a la [sentencia Shell \(TJCE 2008, 39\)](#) puede encontrarse en: Burlada Echeveste, J. L. y I. M., «Los Impuestos de salida», *Quincena Fiscal*, núm. 13/2014, [\(BIB 2014, 2230\)](#). Calderón Carrero, J. M., «La Autonomía de los Estados para luchar contra la Competencia Fiscal a través de los métodos para eliminar la doble imposición internacional y las reglas de Calificación de Entidades Extranjeras: la STJCE en el caso Columbus Container Services», *Quincena Fiscal*, núm. 18/2008, [\(BIB 2008, 240\)](#). Casas Agudo, D., «Respeto a la soberanía fiscal de los estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas», ob. cit.

Así pues, por ejercer la libertad de establecimiento, la entidad Deutsche Shell había sufrido una pérdida económica que no fue tenida en cuenta por las autoridades tributarias nacionales para la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades en Alemania, y que tampoco lo fue en Italia en el marco de la tributación de su establecimiento permanente.

El TJUE aceptó el razonamiento de la Abogada General en sus conclusiones, en el sentido de que el régimen fiscal controvertido aumenta el riesgo económico asumido por una empresa establecida en un Estado miembro que desee crear una entidad en otro Estado miembro, cuando se usa una divisa distinta de la del Estado de origen. En tal situación, el establecimiento principal debe hacer frente no sólo a los riesgos habituales ligados a la creación de ese tipo de entidad, sino que también ha de soportar un riesgo adicional de naturaleza fiscal cuando proporciona a ésta un capital de dotación.

Por consiguiente, el régimen fiscal controvertido constituía un obstáculo a la libertad de establecimiento, y en tal caso, era necesario abordar la posible justificación de tal obstáculo. En ese sentido, las argumentaciones se basaban en la coherencia del sistema tributario y en el reparto de las competencias tributarias entre los dos Estados miembros de que se trataba.

En cuanto se refiere al argumento basado en la coherencia del régimen fiscal, el TJUE declaró que la comparación entre las pérdidas en el cambio, por un lado, y las ganancias en el cambio, por otro, carece de pertinencia, dado que no existe entre esos dos elementos ninguna relación directa como la exigida por la jurisprudencia. En efecto, la falta de cómputo de la pérdida en el cambio para la determinación de la base imponible de Deutsche Shell a efectos del ejercicio fiscal controvertido, no se compensaba con ninguna ventaja fiscal en el Estado miembro en el que esa sociedad tiene su domicilio social, ni en el Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente²⁵.

²⁵ Se argumentaba que el hecho de tener en cuenta la pérdida en el cambio de divisas, a la hora de determinar la base imponible de Deutsche Shell en Alemania, conduciría a un régimen fiscal incoherente, dado que las posibles ganancias obtenidas en el cambio en una situación comparable no se tienen en cuenta. Así, la desventaja resultante de no tener en cuenta una pérdida en el cambio es el corolario de la ventaja resultante del hecho de que una ganancia en el cambio también está excluida de dicha base imponible.



En cuanto se refiere al argumento basado en la existencia del convenio, el cual hace un reparto de competencias tributarias entre los dos Estados miembros, el Tribunal, remitiéndose a la jurisprudencia, consideró que al no existir medidas de unificación o de armonización comunitarias, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar los criterios de tributación de los ingresos y del patrimonio, con el fin de eliminar, en su caso, mediante convenio, la doble imposición²⁶, y que la libertad de establecimiento no puede entenderse en el sentido de que un Estado miembro esté obligado a dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales, dado que las decisiones adoptadas por una empresa acerca del establecimiento de estructuras comerciales en el extranjero pueden, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para ella²⁷.

²⁶ [SS de 3 de octubre de 2006 \(TJCE 2006, 282\)](#), FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, Rec. p. I-9461, apartado 54; de [12 de diciembre de 2006 \(TJCE 2006, 355\)](#), Test Claimants in Class. IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Rec. p. I-11673, apartado 52; y Oy AA, apartado 52.

²⁷ [Sentencia de 12 de julio de 2005 \(TJCE 2005, 221\)](#), Schempp, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 45.

No obstante, el TJUE declaró que en el supuesto considerado, la desventaja fiscal controvertida se refiere a una circunstancia operativa particular que sólo las autoridades tributarias alemanas pueden tener en cuenta. Si bien incumbe a cualquier Estado miembro que haya celebrado un convenio para evitar la doble imposición la labor de dar ejecución a dicho convenio mediante la aplicación de su propio Derecho fiscal y de determinar, así, los ingresos que se imputan a un establecimiento permanente, no puede admitirse que un Estado miembro excluya tener en cuenta las pérdidas en el cambio para determinar la base imponible del establecimiento principal, las cuales, por su propia naturaleza, jamás puede sufrir el establecimiento permanente.

Por consiguiente, en relación a la primera cuestión planteada, el Tribunal señaló que las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado miembro, con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.

La segunda cuestión sólo se planteaba en el supuesto de respuesta afirmativa a la primera cuestión, y consistía en determinar si las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se oponen también a que la pérdida en el cambio de la que se trata sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro, en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya tenido beneficio alguno libre de impuestos.

De forma similar a la primera cuestión planteada, el TJUE consideró que, efectivamente, en tal caso había un obstáculo a la libertad de establecimiento, siendo también similares los argumentos relativos a la justificación de esta restricción por los dos motivos anteriormente expuestos.

Además, se argumentaba también que el régimen fiscal controvertido tenía por objeto evitar que se duplique el cómputo de las pérdidas, al excluir la deducción de los gastos efectuados en relación con la obtención de ingresos en el extranjero, ya que estos últimos están exentos en virtud del convenio. En efecto, de computar la pérdida en el cambio como cargas de explotación de la empresa en Alemania, Deutsche Shell se beneficiaría de una doble ventaja fiscal, dado que el resultado positivo de su

establecimiento permanente está exento del impuesto en Alemania en virtud del convenio, sin que la pérdida en el cambio pueda tenerse en cuenta para la tributación en Italia. En otras palabras, una misma y única operación económica quedaría dividida de manera artificial en favor de la sociedad Deutsche Shell, puesto que los ingresos del establecimiento permanente estarían exentos del impuesto en virtud del convenio, y la pérdida en el cambio recibiría el trato de una carga de explotación de la empresa distinta de las demás cargas en que haya incurrido ésta.

El TJUE rechazó por motivos similares los de justificación de la restricción que reproducían sustancialmente las consideraciones formuladas en la primera cuestión prejudicial. En cuanto al argumento específico basado en que existe el riesgo de que Deutsche Shell obtenga una doble ventaja en relación con la pérdida en el cambio, el Tribunal señaló que un Estado miembro que ha renunciado a ejercer sus competencias en materia tributaria, al celebrar un convenio fiscal bilateral, como el aplicable en el actual supuesto, no puede invocar la falta de competencia tributaria respecto a los resultados de un establecimiento permanente que pertenece a una empresa establecida en el territorio de ese mismo Estado para justificar que no se deduzcan las cargas en que haya incurrido dicha empresa, las cuales, por su naturaleza, no pueden computarse en el Estado miembro en que se halla ese establecimiento. El hecho de que el establecimiento permanente haya obtenido beneficios carece de pertinencia respecto al derecho de Deutsche Shell a deducir, en su totalidad, en concepto de cargas de explotación de la empresa, la pérdida en el cambio que resulta de repatriar el capital de dotación concedido a ese establecimiento. De no ser así, la pérdida en el cambio no podría tenerse en cuenta ni en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social la empresa, ni en el Estado en que se sitúa el establecimiento permanente, puesto que la contabilidad de este último, efectuada en la moneda nacional, no puede revelar la depreciación monetaria que sufrió el capital de dotación.

En consecuencia, el Tribunal declaró que las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento se oponen también a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro, en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.

En cuanto se refiere a la sentencia K²⁸, en sus conclusiones al asunto X AB²⁹, la Abogada General, Sra. Kokott, puso de manifiesto que también en el asunto K se debatía la consideración fiscal de una pérdida en la enajenación de una inversión extranjera. En [K \(TJCE 2013, 437\)](#) se trataba de dilucidar si los artículos 63 y 65 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(RCL 2009, 2300\)](#) (en adelante, TFUE) relativos a la libre circulación de capitales se oponían a una normativa tributaria de un Estado miembro, que no permite que un contribuyente que reside en dicho Estado, y que es allí sujeto pasivo por obligación personal del impuesto sobre la renta, deduzca las pérdidas resultantes de una transmisión de un inmueble situado en otro Estado miembro de los rendimientos mobiliarios sujetos a imposición en el primer Estado miembro, mientras que eso habría sido posible, bajo determinadas condiciones, si el inmueble hubiera estado situado en el primer Estado.

²⁸ [Sentencia de 7 de noviembre de 2013 \(TJCE 2013, 437\)](#), asunto C-322/11, EU:C:2013:716.

²⁹ Conclusiones presentadas el 22 de enero de 2015.

Una vez admitida por el TJUE la existencia de una restricción, se trataba de determinar si ésta podía estar justificada por las razones imperiosas de interés general invocadas, y relativas a la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria, evitar el doble cómputo de las pérdidas, evitar el fraude fiscal y garantizar la coherencia del régimen tributario finlandés.

El TJUE declaró que la necesidad de evitar la evasión y el fraude fiscales no podía justificar la normativa tributaria controvertida.

Sin embargo, en cuanto se refiere a la necesidad de garantizar el reparto equilibrado de la potestad tributaria, el Tribunal consideró que la aplicación conjunta del convenio franco-finlandés y de la legislación fiscal finlandesa conducía a que Finlandia no ejerciera ninguna competencia tributaria sobre los beneficios procedentes de la transmisión de bienes inmuebles situados en Francia, toda vez que dichos beneficios ni se gravan ni se tienen en cuenta de otro modo en Finlandia. Ahora bien, admitir que las pérdidas registradas por la venta de un bien inmueble situado en otro Estado miembro deben ser deducidas en el Estado miembro de residencia del contribuyente, con independencia del reparto de la competencia tributaria acordada entre los Estados miembros, equivaldría a permitir a dicho contribuyente elegir libremente el Estado miembro en el que la toma en consideración de tales pérdidas sea más ventajosa desde un punto de vista tributario³⁰. En estas circunstancias, la negativa a admitir la deducción de las pérdidas resultantes de la transmisión de un bien inmueble situado en Francia permite salvaguardar la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir las pérdidas. Esta medida contribuye, además, al objetivo de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

³⁰ El Tribunal se remite a la [sentencia Lidl Belgium \(TJCE 2008, 108\)](#), apartado 34.

En relación al mantenimiento de la coherencia del sistema tributario, como ya se ha hecho constar, la aplicación conjunta del convenio y de la legislación fiscal finlandesa conduce a que los beneficios procedentes de la transmisión de bienes inmuebles situados en Francia están libres de cualquier forma de tributación en Finlandia, toda vez que dichos beneficios ni se gravan ni se tienen en cuenta de otro modo en este Estado miembro. Ahora bien, en tales circunstancias, al establecer que un contribuyente residente que incurre en pérdidas al vender un inmueble situado en Francia no puede alegar estas pérdidas en Finlandia, el régimen finlandés refleja una lógica simétrica. Por lo tanto, habida cuenta del objetivo perseguido por la normativa controvertida, existe una relación directa, por cuanto respecta al mismo contribuyente y al mismo impuesto, entre, por un lado, la ventaja fiscal concedida –a saber, la toma en consideración de las pérdidas generadas por una inversión en capital– y, por otro, el gravamen de los beneficios obtenidos de dicha inversión. En este contexto, debe recordarse que para demostrar la existencia de tal relación, el TJUE ha considerado suficiente la concurrencia de esos dos requisitos, a saber, el mismo contribuyente y el mismo impuesto.

Una vez aceptado por el TJUE que la legislación controvertida podía estar justificada por razones imperiosas de interés general relativas a la necesidad de mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de garantizar la coherencia del régimen tributario finlandés, y es adecuada para alcanzar dichos objetivos, el Tribunal se remite a la jurisprudencia, declarando que la libre circulación de capitales no puede entenderse en el sentido de que un Estado miembro esté obligado a dictar normas tributarias en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales, dado que las decisiones adoptadas por un contribuyente acerca de la inversión en el extranjero pueden, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para él³¹.

³¹ A este respecto, el TJUE se remite por analogía a las [SS Deutsche Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), apartado 43; y de [23 de octubre de 2008 \(TJCE 2008, 247\)](#), *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, asunto C-157/07, Rec. p. I-8061, apartado 50.

En consecuencia, el TJUE consideró que el régimen tributario controvertido no va más allá de lo

necesario para alcanzar los objetivos que persigue.

A tenor de lo expuesto, puede apreciarse que en Deutsche Shell la libertad cuestionada era la de establecimiento, y la normativa controvertida era en relación al impuesto sobre sociedades, mientras que en K se cuestionaba la libre circulación de capitales y la normativa nacional se refería al impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En la [sentencia Deutsche Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), el TJUE declaró que no existía una relación directa entre la no consideración de las pérdidas y las ganancias en el cambio, pues la falta de cómputo de la pérdida en el cambio sufrida por el sujeto pasivo afectado no se compensaba con ningún beneficio fiscal para el mismo. Sin embargo, en la sentencia K el Tribunal sí reconoció una relación directa entre tomar en consideración las pérdidas de una inversión de capital y la tributación de las ganancias con ella obtenidas, subrayando que tanto la ventaja como la desventaja se habían producido en la persona del mismo sujeto pasivo, aunque la no consideración de la pérdida sufrida por el sujeto pasivo no podía ser compensada por él mismo con un posterior beneficio fiscal.

En K el Tribunal consideró suficiente que el sujeto pasivo no hubiera debido tributar por sus ganancias si las hubiese obtenido. De esta manera, antes del comienzo de la inversión en un Estado miembro, se ve como beneficio para el sujeto pasivo que éste no tenga que tributar por una eventual ganancia, si bien no existirá para él beneficio alguno si finalmente su inversión concluye con pérdidas.

IV . La sentencia de 10 de junio de 2015, X AB, C-686/13

El artículo 13 del capítulo 24 de la Ley sueca del impuesto sobre la renta (inkomstskattelag 1999:1229), por el que tributan también los ingresos obtenidos con la enajenación de participaciones en sociedades anónimas, define el concepto de participación³². No obstante, con arreglo al capítulo 25a, artículo 5, apartado 1, en principio no se tienen en cuenta las ganancias obtenidas con la enajenación de las participaciones que poseen determinadas sociedades, especialmente sociedades anónimas, con fines comerciales. Por otra parte, conforme al apartado 2 de la citada disposición, sólo se puede deducir una minusvalía en caso de que estuviera gravada la correspondiente plusvalía.

³² «Se entiende por participación la tenencia de una participación en el capital social de una sociedad anónima o en una cooperativa cuando dicha participación cumpla los requisitos previstos en el artículo 14 y pertenezca a una persona jurídica (empresa propietaria) que sea: 1. una sociedad anónima sueca o una cooperativa sueca que no sea un fondo de inversión, 2. una fundación sueca o una asociación sin ánimo de lucro sueca a la que no se apliquen las disposiciones sobre exenciones fiscales previstas en el capítulo 7, 3. una caja de ahorros sueca, 4. una mutua de seguros sueca, o 5. una sociedad extranjera residente en un Estado del Espacio Económico Europeo y que sea similar a alguna de las entidades suecas indicadas en los puntos 1 a 4.»

Para la no tributación de las plusvalías y minusvalías, con arreglo al capítulo 24, artículo 14, apartado 1, de la Ley sueca del impuesto sobre la renta, la participación debe cumplir alguno de los requisitos citados en dicho precepto³³.

³³ «1. Que la participación no cotice en bolsa; 2. que el total de los derechos de voto correspondientes a todas las participaciones de la sociedad propietaria en la sociedad participada asciendan por lo menos al 10 % de los derechos de voto correspondientes a todas las participaciones de la sociedad participada; 3. Que la tenencia de la participación venga exigida por la actividad económica desarrollada por la empresa propietaria o por una empresa que, habida cuenta de las relaciones de propiedad o por motivos de organización, se considere vinculada a la anterior.»

Similares disposiciones se aplican para los dividendos obtenidos por tal participación, que también

están exentos, en principio, de tributación. Con la no tributación fiscal de los dividendos y de las plusvalías se pretende evitar la múltiple tributación de las ganancias de las sociedades. No obstante, las plusvalías obtenidas sobre participaciones no estarán exentas cuando la cesión se refiera a una sociedad pantalla o cuando se trata de determinados tipos de compras³⁴.

³⁴ En virtud de las disposiciones del artículo 9 en relación con el artículo 18 del capítulo 25a, que derogan la regla general establecida en el artículo 5 de dicho capítulo.

En el [asunto X AB \(TJCE 2015, 211\)](#) se cuestionaba la Ley del impuesto sobre la renta sueco. Básicamente, el problema consistía en que en el Reino de Suecia las pérdidas y las ganancias derivadas de la enajenación de determinadas participaciones en sociedades no se tienen en cuenta a efectos del impuesto sobre la renta³⁵. Si bien puede resultar favorable en unos casos, tal normativa perjudica a quienes han sufrido pérdidas, y si éstas derivan de un riesgo de cambio y dicho riesgo existe sobre todo en caso de actividad transfronteriza, la cuestión a debatir sería si las libertades fundamentales podrían exigir que se tomasen en consideración tales pérdidas.

³⁵ El citado régimen era consecuencia de la aplicación de los artículos 13 y 14 del capítulo 24 y los artículos 5, 9 y 18 del capítulo 25a de la «IL».

El litigio se suscitó como consecuencia de la solicitud de la entidad X AB de un dictamen previo en relación con su tributación por el impuesto sobre la renta.

En el año 2003, X AB, con domicilio social en Suecia, creó una filial en Reino Unido: Y Ltd., cuyas participaciones en el capital social fueron emitidas en dólares estadounidenses, y recibió, entre 2003 y 2009, aportaciones de capital mediante emisiones reservadas a X AB. Ésta última vendió participaciones de la filial a su propia matriz en dos ocasiones. Tras dichas ventas, X AB poseía alrededor de un 45 % de las participaciones de Y Ltd, tanto por lo que se refiere al capital como a los derechos de voto.

No obstante, X AB se planteó vender sus participaciones en Y Ltd, pero esta operación presentaba el riesgo de generar una pérdida derivada del tipo de cambio debido a que, entre los años 2003 y 2009, X AB aportó capital a Y Ltd en efectivo a un tipo de cambio más ventajoso que el aplicable en la fecha del proyecto de cesión. Sin embargo, según la legislación fiscal sueca, las minusvalías derivadas del tipo de cambio generadas sobre participaciones de una sociedad residente en otro Estado miembro no son, en principio, deducibles de la base imponible del impuesto.

El Skatterättsnämnden (Comisión de Derecho Tributario) entendía que en el Derecho tributario sueco, ni las plusvalías ni las minusvalías generadas sobre las participaciones en el capital social consideradas como participaciones son, en principio, tomadas en consideración para el cálculo de la base imponible del impuesto, por lo que la legislación sueca era compatible con el Derecho de la Unión.

En ulterior recurso ante el Tribunal Supremo, X AB alegó esencialmente que, como consecuencia de la normativa sueca, las inversiones que hizo en Y Ltd eran más arriesgadas que inversiones nacionales comparables, puesto que una inversión realizada en coronas suecas, en una sociedad anónima de esa nacionalidad, no implicaba ningún factor aleatorio equivalente al riesgo de cambio al que puede quedar sometido una inversión en otro Estado miembro. X AB entendía que el sistema fiscal sueco constituía un obstáculo a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, siendo extrapolable en ese sentido la sentencia Deutsche Shell.



La controversia suscitada motivaría que el órgano jurisdiccional nacional acabase planteando la cuestión prejudicial.

El TJUE, en los apartados 16 a 25, consideró que la cuestión planteada se refería a la vez a las libertades de establecimiento y a libre circulación de capitales, recogidas, respectivamente, en los artículos 49 y 63 [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), siendo necesario, con carácter previo, establecer cuál de estas dos libertades puede resultar afectada por una normativa nacional como la controvertida, siendo para ello necesario, conforme a reiterada jurisprudencia, tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate³⁶.

³⁶ [SS 13 de noviembre de 2012 \(TJCE 2012, 338\)](#), Test Claimants in the FII Group Litigation, asunto C-35/11, EU:C:2012:707, apartado 90 y jurisprudencia citada; y de [5 de febrero de 2014 \(TJCE 2014, 30\)](#), Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, apartado 21.

Así, estaría comprendida por tanto en el ámbito de la libertad de establecimiento, una legislación nacional destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia real en las decisiones de una sociedad y determinar las actividades de ésta³⁷. En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa, deben examinarse exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales³⁸.

³⁷ [SS Test Claimants in the FII Group Litigation](#), apartado 91 y jurisprudencia citada, y [Hervis Sport- és Divatkereskedelmi](#), apartado 22.

³⁸ [Sentencia Test Claimants in the FII Group Litigation](#), apartado 92 y jurisprudencia citada.

En principio, en la legislación sueca cuestionada, según apreciación del TJUE, la categoría «participaciones» no permitía determinar por sí mismo si está comprendida de modo preponderante en el artículo 49 TFUE o en el artículo 63 TFUE.

En tales casos, según reiterada jurisprudencia, el TJUE debe tomar en consideración los elementos fácticos del caso concreto para determinar si la situación contemplada está comprendida en el ámbito de aplicación de una u otra de dichas disposiciones³⁹. Dado que X AB poseía el 45 % tanto del capital como de los derechos de voto de Y Ltd, conforme a la jurisprudencia, tales participaciones pueden conferir a su titular, en principio, una influencia real sobre las decisiones y las actividades de la sociedad en cuestión⁴⁰. En todo caso, como recuerda la Abogada General, Sra. Kokott, en el punto 24 de sus conclusiones, la libertad de establecimiento, por razones de especialidad, es de aplicación preferente respecto a la libre circulación de capitales. Así pues, la cuestión prejudicial se refiere a la interpretación de las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de establecimiento.

³⁹ [Sentencia Test Claimants in the FII Group Litigation](#), apartados 93 y 94 y jurisprudencia citada.

⁴⁰ [Sentencia de 21 de enero de 2010 \(TJCE 2010, 16\)](#), SGI, asunto C-311/08, EU:C:2010:26, apartado 35.

Por tanto, se trata de la posible existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, en el sentido, esencialmente, de si el artículo 49 TFUE debe interpretarse como que se opone a una legislación fiscal de un Estado miembro que exime de tributación a las plusvalías obtenidas de participaciones, y excluye de forma correlativa la deducción de las minusvalías generadas por dichos títulos, incluso si dichas minusvalías se deben a una pérdida derivada del tipo de cambio.

A este respecto, en los apartados 26 y ss., el Tribunal recuerda que el artículo 49 TFUE obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento. Si bien las disposiciones del TFUE relativas a

ésta, 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 miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación⁴¹.

⁴¹ [SS Marks & Spencer \(TJCE 2005, 372\)](#), apartado 31; de [29 de noviembre de 2011 \(TJCE 2011, 379\)](#), National Grid Indus, asunto C-371/10, EU:C:2011:785, apartado 35; y de 13 de marzo de 2014, Bouanich, asunto C-375/12, EU:C:2014:138, apartado 57.

La Abogada General, Sra. Kokott, en el punto 26 de sus conclusiones recuerda que, con arreglo al artículo 54 TFUE, el derecho de libre establecimiento en la Unión asiste también a las sociedades. En particular, el artículo 49 TFUE prohíbe las restricciones a la constitución y gestión de filiales en otro Estado miembro. Asimismo, el Tribunal señala que conforme a jurisprudencia reiterada, deben considerarse restricciones de esa libertad todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de la misma⁴². Entre tales restricciones se incluye, en especial, una normativa fiscal que pueda disuadir a una empresa de crear entidades subordinadas a ella, como un establecimiento permanente en otros Estado miembros, y de ejercer su actividad por medio de esas entidades⁴³.

⁴² [SS National Grid Indus, apartado 36; de 6 de septiembre de 2012 \(PROV 2012, 293428\)](#), DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C., asunto C-380/11, EU:C:2012:552, apartado 33, y Bouanich, apartado 58.

⁴³ [SS Marks & Spencer \(TJCE 2005, 372\)](#), apartados 32 y 33; de 23 de febrero de 2006, [Keller Holding \(TJCE 2006, 57\)](#), asunto C-471/04, EU:C:2006:143, apartado 35, y [Deutsche Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), apartado 29.---

El Tribunal ha apreciado una restricción por parte de la legislación del Estado miembro de origen, en general, cuando perjudica al establecimiento transfronterizo en comparación con el interior⁴⁴. La discriminación puede ser tanto manifiesta como encubierta⁴⁵.

⁴⁴ [SS AMID \(TJCE 2000, 329\)](#), apartado 27; Marks & Spencer, apartados 32 a 34; de [27 de noviembre de 2008 \(TJCE 2008, 282\)](#), Papillon, asunto C-418/07, EU:C:2008:659, apartados 21 y 22; National Grid Indus, apartado 37; DI VI Finanziaria SAPA di Diego della Valle, apartados 34 a 36; y de [17 de julio de 2014 \(TJCE 2014, 283\)](#), Nordea Bank Danmark, asunto C-48/13, EU:C:2014:2087, apartado 19.

⁴⁵ Punto 28 de las conclusiones de la Abogada General.

A este respecto, en el supuesto considerado (legislación fiscal sueca), como recuerda el TJUE, se excluyen, en principio, de la base imponible las plusvalías obtenidas por la cesión de participaciones. Simétricamente, dicha legislación no prevé ninguna deducción de las minusvalías generadas en dichas operaciones, y ello con independencia de si las sociedades cuyas participaciones se transmiten están establecidas en Suecia o no. Así pues, el Tribunal señala que, en tal caso, las minusvalías generadas por la venta de participaciones que tengan su origen en una pérdida derivada del tipo de cambio no pueden deducirse ni cuando se poseen participaciones de una sociedad establecida en otro Estado miembro, ni cuando se poseen en una sociedad establecida en Suecia —ya esté su capital denominado en coronas suecas o en cualquier otra divisa admitida por la legislación nacional—.

En consecuencia, el TJUE declara que, contrariamente a lo que sostiene X AB, las inversiones en participaciones realizadas en un Estado miembro distinto del Reino de Suecia no son tratadas de forma más desfavorable que las inversiones similares efectuadas en Suecia en lo que respecta a la falta de deducibilidad de las pérdidas derivadas del tipo de cambio.

Además, el Tribunal añade que, incluso suponiendo que tal falta de deducibilidad pudiera perjudicar



a una sociedad que invirtió en participaciones de una sociedad establecida en el territorio de otro Estado miembro —por su exposición a las pérdidas derivadas del tipo de cambio cuando esta inversión se realizó en acciones denominadas en una divisa distinta que la del Estado miembro de acogida—, se deriva de la potestad tributaria de los Estados miembros, que la libertad de las empresas para elegir entre los diferentes Estados miembros no implica en absoluto que estos últimos estén obligados a adaptar su propio sistema fiscal a los diferentes sistemas impositivos de los otros Estados miembros para garantizar que una sociedad que haya optado por establecerse en un Estado miembro sea gravada, a nivel nacional, de la misma forma que una sociedad que haya optado por establecerse en otro Estado de la Unión, dado que dicha opción puede, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para esta última sociedad⁴⁶.

⁴⁶ [SS Deutsche Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), apartado 43; y de [23 de octubre de 2008 \(TJCE 2008, 247\)](#), *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, asunto C-157/07, EU:C:2008:588, apartado 50.

Asimismo, el Tribunal señala que en el estado actual del Derecho de la Unión en materia de fiscalidad directa, las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de establecimiento no pueden interpretarse en el sentido de que obligan a los Estados miembros a adaptar su propio sistema fiscal con el fin de tomar en consideración los eventuales riesgos de tipo de cambio a los que se enfrentan las sociedades como consecuencia de la existencia, en el territorio de la Unión, de una pluralidad de divisas entre las que no existe un tipo de cambio fijo, o de legislaciones nacionales que permiten, como es el caso, denominar el capital de las sociedades en divisas de terceros Estados.

Por tanto, el TJUE rechaza que la normativa nacional controvertida limite la libertad de establecimiento (apartado 35). Asimismo, en los apartados 36 a 40, el Tribunal señala que tal conclusión no puede quedar desvirtuada por la sentencia *Deutsche Shell*, en las que se apoya X AB, puesto que se trataba de un contexto jurídico diferente del que resulta de la aplicación de la legislación nacional controvertida en el presente asunto.

Por otra parte, en el supuesto de que el TJUE hubiese estimado en el asunto X AB que la normativa controvertida vulnerase la libertad de establecimiento, aún hubiese tenido que analizarse si dicha normativa podría estar justificada por una razón imperiosa de interés de carácter general y, en su caso, si responde a las exigencias del principio de proporcionalidad. Dicha eventualidad fue considerada, subsidiariamente, en el punto 46 y ss. de sus conclusiones por la Abogada General, Sra. Kokott, teniendo en cuenta dos razones que pudieran justificar tal restricción: el mantenimiento de la coherencia tributaria y el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

En relación al mantenimiento de la coherencia tributaria, señaló que podría existir tal relación entre la carga fiscal que representa la no consideración de las pérdidas derivadas del tipo de cambio con motivo de una venta de participaciones, y la ventaja fiscal de que tampoco se tengan en cuenta las ganancias derivadas del tipo de cambio. Así pues, la no consideración de una pérdida derivada del tipo de cambio con motivo de la venta de participaciones en una sociedad extranjera, en principio está justificada por la coherencia del régimen tributario sueco, ya que tampoco tributaría la ganancia. Además, responde a las exigencias del principio de proporcionalidad, puesto que no ve en ello una forma menos gravosa de mantener la coherencia tributaria.

En cuanto se refiere al reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, considera la Abogada General que no se ve afectado, pues está fuera de toda cuestión que las ganancias obtenidas con la venta de participaciones en una sociedad establecida en otro Estado miembro se someten a la

potestad tributaria sueca, pero el Reino de Suecia no ejerce su potestad a este respecto.

V . Conclusiones

En [Deutsche Shell \(TJCE 2008, 39\)](#), el TJUE declaró que las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado, con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro. Sin embargo, la legislación nacional cuestionada en la sentencia Deutsche Shell establecía que, como regla general, las ganancias por diferencia de tipo de cambio tributaban y, correlativamente, las pérdidas derivadas del tipo de cambio eran deducibles, salvo disposición contraria en un convenio para evitar la doble imposición.

En el [asunto X AB \(TJCE 2015, 211\)](#), la legislación sueca cuestionada es, en principio, indiferente a los resultados de las operaciones en capital sobre las participaciones, respecto a las cuales el Reino de Suecia había optado, en general, por no ejercitar su potestad tributaria. En tales circunstancias, no puede deducirse de las disposiciones del [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#) relativas a la libertad de establecimiento que este Estado miembro esté obligado a ejercer —por otra parte, de forma asimétrica— su potestad tributaria para permitir la deducibilidad de las pérdidas ocasionadas por operaciones cuyos resultados de todos modos, de haber sido positivos, no habrían sido gravados⁴⁷.

⁴⁷ [Sentencia X AB \(TJCE 2015, 211\)](#), apartados 37 a 40.

En sus conclusiones al asunto X AB, la Abogada General, Sra. Kokott, consideraría que, a la vista del objetivo perseguido por las libertades fundamentales, ha de darse preferencia a la postura de la [sentencia K \(TJCE 2013, 437\)](#) en relación a la sentencia Deutsche Shell, en el sentido de que las libertades fundamentales pretenden que un operador económico no se vea disuadido en el mercado interior de realizar actividades transfronterizas. Por eso, en un caso que, como en la constitución de una filial, se trata de una decisión de inversión anterior al inicio de la actividad, también es decisiva la situación de ese momento. Dicho razonamiento, aplicado al asunto X AB, suponía que la no consideración de una pérdida derivada del tipo de cambio con motivo de la venta de participaciones en una sociedad extranjera en principio está justificada por la coherencia del régimen tributario sueco, ya que tampoco tributaría la ganancia⁴⁸.

⁴⁸ Puntos 50 a 55 de las conclusiones al asunto X AB.

En ese mismo sentido, la Abogada General, Sra. Kokott, recuerda que en el asunto Deutsche Shell, las conclusiones presentadas por la Abogada General Sharpston basaban su propuesta de resolución en el hecho de que las transacciones entre el establecimiento principal de una sociedad y su sucursal sólo están expuestas a riesgo de cambio si la sucursal se encuentra en el extranjero. Por ese motivo, afirmó la existencia de un perjuicio encubierto para la situación transfronteriza frente a las interiores, y no de una restricción no discriminatoria. Tal perjuicio encubierto no se da en el asunto X AB, puesto que en el momento de la decisión de inversión existe tanto la perspectiva de una eventual pérdida derivada del tipo de cambio, que no podrá ser deducida fiscalmente, como la de una posible ganancia, que no deberá tributar. En consecuencia, los efectos restrictivos de la imposibilidad de deducir la eventual pérdida en relación con la participación son demasiado aleatorios e indirectos para poder obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento⁴⁹.



49 Puntos 41 a 44 de sus conclusiones al [asunto X AB \(TJCE 2015, 211\)](#).

En opinión de la doctrina⁵⁰, el TJUE simplemente basa su razonamiento jurídico en el argumento simétrico entre no imputación de plusvalías y, correlativamente, la no deducción de las pérdidas, para justificar la compatibilidad de la legislación tributaria sueca con el Derecho de la Unión. En cambio, la Abogada General Kokott adopta un razonamiento más preciso desde el punto de vista de la técnica jurídica.

50 Dimitrova Slavcheva, S., «Comentario a la Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2015, recaída en el asunto X v Skatteverket (C-686/13), relativa a la deducibilidad de las pérdidas derivadas del tipo de cambio en operaciones de reestructuración empresarial», <http://www.tributacioninternacional.com/wp-content/uploads/2015/06/20th-Newsletter-EU-Law-and-Taxation.pdf>, p. 3. Consultada el 24 de julio de 2015.

VI. Bibliografía

Burlada Echeveste, J. L. y I. M., «Los Impuestos de salida», *Quincena Fiscal*, núm. 13/2014 ([BIB 2014, 2230](#)).

Calderón Carrero, J. M., «La Autonomía de los Estados para luchar contra la Competencia Fiscal a través de los métodos para eliminar la doble imposición internacional y las reglas de Calificación de Entidades Extranjeras: la STJCE en el caso Columbus Container Services», *Quincena Fiscal*, núm. 18/2008 ([BIB 2008, 2240](#)).

— «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades. La "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea», IEF, *Doc. Núm.* 20/10.

Casas Agudo, D., «Respeto a la soberanía fiscal de los estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas», *Quincena Fiscal*, núm. 22/2009 ([BIB 2009, 1841](#)).

De Juan Casadevall, J., «La cláusula comunitaria de no discriminación en la tributación directa: el enfoque analítico del TJCE», *Quincena Fiscal*, núm. 21/2009 ([BIB 2009, 833](#)).

Dimitrova Slavcheva, S., «Comentario a la Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2015, recaída en el asunto X v Skatteverket (C-686/13), relativa a la deducibilidad de las pérdidas derivadas del tipo de cambio en operaciones de reestructuración empresarial», <http://www.tributacioninternacional.com/wp-content/uploads/2015/06/20th-Newsletter-EU-Law-and-Taxation.pdf>, p. 3. Consultada el 24 de julio de 2015.

González García, G.: «Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario», IEF, núm. 8. Madrid. 2004.

Iglesias Casais, J. M., y Lobato Mosqueira, N., «La vigencia del principio de territorialidad fiscal como mecanismo corrector de la extensión de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales de los Estados miembros», IEF, *Doc.* 9/2013.

Iglesias Casais, J. M., «No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea», Aranzadi, 2007 ([BIB 2007, 991](#)).

Martín Jiménez, Carrasco González y García Heredia, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas», *Civitas Revista española de Derecho Financiero*, núm. 141/2009.

Raventós Calvo, S., «La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida», *Quincena Fiscal*, núm. 6/2006 ([BIB 2006, 376](#)).

Ruiz Hidalgo, C., «Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005: Asunto Marks & Spencer», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 7/2006 — 8/2006 paraf. 9 ([BIB 2006, 865](#)).