

**CASO PAPILLON, SENTENCIA
DEL TJCE DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2008**

BOSCO MONTEJO ALONSO
Abogado, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

RESUMEN

Con fecha 27 de noviembre de 2008, el TJCE ha emitido su sentencia en el Asunto C-418/07, *Société Papillon/Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*.

En esta sentencia, el TJCE ha concluido sobre la incompatibilidad de determinados preceptos del régimen de consolidación fiscal francés con la libertad de establecimiento, consagrada en el art. 43 del TRATADO CE, por impedir la inclusión en un grupo fiscal francés de aquellas sociedades cuya participación se ostente a través de una sociedad residente en otro Estado miembro.

La similitud del régimen fiscal francés objeto de análisis con el régimen de consolidación fiscal previsto en nuestro TRLIS supone la indudable puesta en cuestión de nuestro propio régimen. En concreto, la sentencia debería implicar la necesaria modificación del régimen de consolidación fiscal español en lo relativo a su ámbito subjetivo de aplicación.

ABSTRACT

On 27 November 2008, the European Court of Justice released its judgement in the Case C-418/07, *Société Papillon/Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique*.

The Court has judged that the French tax grouping regime, which is not available for parent companies holding its sub-subsidiaries through a subsidiary resident in another Member State, is incompatible with the freedom of establishment set out under Art. 43 of the EC Treaty.

The similarities between the French regime and the tax grouping regime set out under the Spanish Corporate Income Tax Act, should serve for discussion as to the compatibility with the EC Treaty of several provisions of the Spanish tax grouping regime. In particular, the judgement should necessarily imply the amendment of the provisions of the Spanish tax grouping regulating its scope of application.

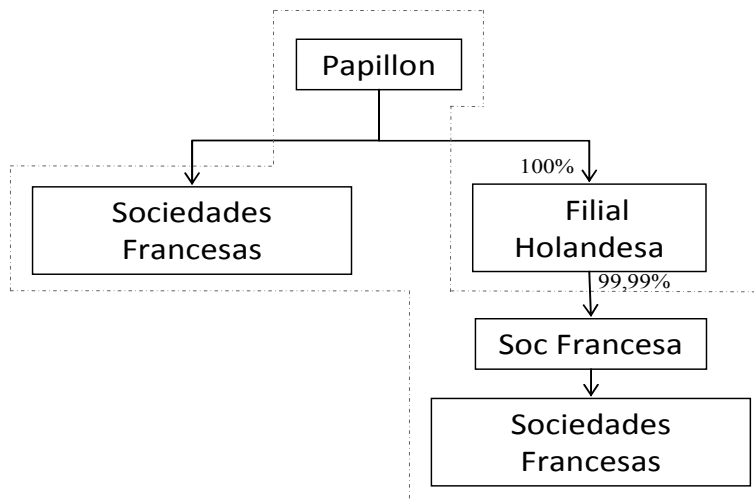
1. HECHOS

La sociedad francesa Société Papillon (en adelante, *Papillon*) era la sociedad dominante de un grupo de entidades que incluía tanto sociedades residentes en Francia, como sociedades residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Con efectos desde 1 de enero de 1989, Papillon optó por la aplicación del régimen de consolidación fiscal francés, previsto en los arts. 223 A y siguientes del Impuesto sobre Sociedades francés (*code général des impôts*). Este régimen especial de tributación permitía, en términos muy semejantes a los previstos por la legislación española actualmente, la tributación de Papillon y el resto de entidades de su grupo por la base imponible consolidada del grupo fiscal, como si de un sujeto pasivo único se tratase, mediante (i) la agregación de las bases imponibles (positivas y negativas) de cada una de las entidades francesas que lo conforman y (ii) la eliminación de los resultados por operaciones realizadas en el seno de dicho grupo, tributando en consecuencia por la base imponible conjunta del grupo fiscal.

La particularidad de la opción de Papillon, y la circunstancia que da lugar al hecho controvertido, es que pretendió la inclusión en el grupo fiscal de determinadas filiales francesas de segundo y ulterior nivel participadas indirectamente a través de su sociedad filial residente en Holanda, Kiron SARL (en adelante, la *Filial Holandesa*) de cuyas participaciones Papillon era titular al 100%. En concreto, su Filial Holandesa era titular del 99,9% del capital social de otra sociedad residente en Francia que, a su vez, participaba en varias sociedades también residentes en Francia.

El siguiente diagrama muestra, muy sintéticamente, la estructura societaria del grupo encabezado por Papillon:



----- Perímetro del grupo fiscal solicitado por Papillon

La normativa francesa, en términos semejantes a las disposiciones del régimen de consolidación español, establecía los siguientes requisitos para la inclusión de una determinada entidad en un grupo fiscal:

— Que se tratara de una entidad sujeta al Impuesto sobre Sociedades francés.

— Que estuviera participada, directa o indirectamente, al menos en un 95% por la sociedad dominante del grupo (nótese que el régimen de consolidación español requiere que esta participación lo sea del 75%).

— Que, en el caso de que la participación se ostentara a través de otra sociedad, esa otra sociedad estuviera sujeta al Impuesto sobre Sociedades francés.

— Que dicha entidad tomara el correspondiente acuerdo por el cual acepta su inclusión en el grupo de la entidad dominante.

A la luz de la anterior normativa, las autoridades fiscales francesas denegaron, en el curso de una inspección, la aplicación del régimen de consolidación al grupo encabezado por Papillon, por incluir entidades en las que la participación del 95% se alcanzaba mediante la participación indirecta a través de la Filial Holandesa. Esta denegación vino a representar, en la práctica, la imposibilidad por parte de Papillon de compensar sus bases imponibles positivas con las bases imponibles, fundamentalmente negativas, generadas por las subfiliales participadas a través de la Filial Holandesa.

Papillon recurrió la liquidación de las autoridades fiscales, siendo desestimado su recurso tanto por el Tribunal Administrativo de París (*Tribunal Administratif de Paris*) como por la Corte de Apelación de París (*Cour Administrative d'Appel de Paris*). En este sentido, resulta interesante señalar que la Corte de Apelación de París reconoce en su sentencia que la normativa francesa de consolidación fiscal representa una restricción a la libertad de establecimiento, sin embargo arguye que la misma está justificada por la necesidad de preservar la coherencia del sistema de consolidación fiscal francés.

El fallo de la Corte de Apelación de París fue recurrido por Papillon ante el Consejo de Estado (*Conseil d'État*), última instancia de la jurisdicción administrativa, el cual decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

— Si la imposibilidad de incluir en el grupo fiscal una filial de segundo o ulterior nivel cuando dicha filial está participada por una entidad que no está sujeta al Impuesto sobre Sociedades francés, constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

— En el caso de que la respuesta a la primera pregunta fuera afirmativa, si dicha restricción pudiera estar justificada, bien por mantener la coherencia del sistema de consolidación fiscal, bien por cualquier otra razón imperiosa de interés general.

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

El TJCE desarrolla sus argumentos siguiendo el esquema básico adoptado en todas sus sentencias. En primer lugar, analiza si la situación objeto de litigio es o no discriminatoria a la luz de las libertades comunitarias consagradas en el TRATADO CE. Posteriormente, analiza si concurre alguna de las circunstancias legitimadoras de la medida restrictiva en cuestión (*i. e.*, si la medida puede estar justificada por razones imperiosas de interés general) y finalmente, para el supuesto de concurrir tal circunstancia legitimadora, analiza si la medida puede considerarse proporcional en relación con la libertad comunitaria conculcada.

Así, el TJCE concluye que la normativa francesa sobre consolidación fiscal supone una restricción de la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 del TRATADO CE. Esa restricción se materializa en el peor trato fiscal que resulta para los grupos de entidades en los que la participación en determinadas filiales francesas de segundo o ulterior nivel se ostenta, indirectamente, a través de una entidad residente en un tercer Estado miembro (frente al tratamiento que recibiría un grupo de iguales características en el que dicha participación se ostente a través de una sociedad residente en Francia).

El TJCE continúa analizando si tal restricción pudiera estar justificada por razones imperiosas de interés general. Así, tras desestimar que pueda estar justificada por la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, el TJCE entiende que la restricción puede estar justificada por la necesidad de garantizar la coherencia del sistema fiscal.

Sin embargo, el TJCE recuerda que, aun estando justificada una determinada restricción a la libertad comunitaria, es necesario que la normativa nacional controvertida no vaya más allá de lo que resulta estrictamente necesario para alcanzar el objetivo pretendido. En consecuencia, sentencia que existen otras medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento para alcanzar el pretendido objetivo de garantizar la coherencia del sistema fiscal y, por lo tanto, que la normativa francesa es contraria al art. 43 del TRATADO CE.

3. COMENTARIO

3.1. Libertad de establecimiento o libertad de circulación de capitales

Como punto de partida de nuestro estudio del fallo, cabe señalar que el TJCE realiza su análisis de compatibilidad de la normativa francesa con el TRATADO CE a la luz del art. 43 del mismo (libertad de establecimiento).

Sin embargo, el Abogado General se centra en primer término en analizar si la compatibilidad de la normativa nacional con las libertades comunitarias debe ser examinada a la luz del citado art. 43 del TRATADO CE o si, por el contrario, el juicio de compatibilidad debe realizarse a la luz del art. 56 del TRATADO CE (libre circulación de capitales).

La respuesta en uno u otro sentido no es baladí, pues el Tratado CE, en el propio art. 56, prevé que la libre circulación de capitales pueda ser aplicada en relación con Estados que no son miembros de la UE (lo que, traducido al asunto Papillon, podría significar la posibilidad de consolidar aquellas entidades francesas de segundo o ulterior nivel participadas a través de entidades no residentes en la UE).

Tal y como recuerda el propio Abogado General, es doctrina reiterada del TJCE que aquellas disposiciones nacionales que sólo son de aplicación a participaciones que confieren una influencia real en las decisiones de la sociedad y permiten determinar las actividades de ésta, se encuentran en el ámbito de la libertad de establecimiento (vid. Asuntos C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, y C-196/04, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*).

En Papillon parece claro que la normativa francesa debe ser analizada a la luz de la libertad de establecimiento. Para la consolidación de una filial, la normativa francesa exigía que la participación del 95% fuera representativa no sólo del capital social sino también

de los derechos de voto, luego no hay duda que el requisito de «influencia real» antedicho necesariamente se tiene que cumplir para poder integrar a una determinada filial en un grupo fiscal. Además, la participación de Papillon en la Filial Holandesa era del 100% y, en consecuencia, le permitía controlar completamente las actividades de ésta y, de manera indirecta, la de las filiales francesas de segundo y tercer nivel.

No obstante, creemos conveniente señalar que lo anterior puede no ser así en todas las jurisdicciones, pues no todos los regímenes de consolidación fiscal exigen el requisito de control para incluir una determinada entidad participada en el grupo fiscal de otra. Tal es el caso de España, pues el régimen de consolidación fiscal español sólo exige que la participación representativa del 75% (que determina la consideración de dependiente de cualquier participada) lo sea del capital social, no haciéndose referencia a que tal participación deba, adicionalmente, otorgar un porcentaje equivalente de derechos de voto en la sociedad filial.

De hecho, en resolución emitida en respuesta a una consulta vinculante planteada durante el año 2008 (LA LEY 2966/2008), la DGT ha venido a confirmar la separación de la normativa fiscal de consolidación del concepto de control que, salvo en raras excepciones, sí es determinante, en cambio, a la hora de configurar el perímetro de consolidación de los grupos de entidades desde un punto de vista contable.

Sin embargo, la interpretación del TJCE del concepto de «influencia real en las decisiones de una sociedad» a propósito de la libertad de establecimiento ha resultado ser muy amplia, separándose del concepto de control. En concreto, el TJCE ha llegado a aceptar que son susceptibles de generar una influencia real aquellas participaciones minoritarias que pueden ser consideradas como significativas (vid. Asunto C-492/04, *Lasertec*, en el que el TJCE viene a concluir que una participación del 25% en el capital puede ser suficiente a los efectos de la existencia de influencia real).

Es más, aunque pudiera justificarse la ausencia de influencia real en un supuesto de consolidación fiscal bajo Derecho español, conviene señalar que el TJCE viene haciendo una interpretación restrictiva de la aplicación de la libre circulación de capitales en aquellos supuestos en que una restricción tiene efectos también respecto de la libertad de establecimiento. En concreto, ha entendido que, en estos casos, cualquier restricción a la libre circulación de capitales es la consecuencia lógica de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y, en consecuencia, no se justifica un análisis aislado de la libre circulación de capitales (*vid. Asunto C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*).

3.2. La existencia de una restricción

Como ya hemos anticipado en la descripción de la resolución jurídica, el TJCE concluye que la normativa francesa de consolidación fiscal supone una restricción a la libertad de establecimiento, veamos por qué.

3.2.1. El ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento

La libertad de establecimiento, en relación con sociedades, consiste en el derecho de las entidades constituidas y residentes en cualquiera de los Estados miembros a ejercer su actividad en otros Estados miembros por medio de filial, sucursal o agencia, en las mismas condiciones que las entidades residentes en dichos Estados.

Sin embargo, en *Daily Mail* (Asunto 81/1987), posteriormente en otros asuntos como *Halliburton* (Asunto C-1/1993) y, desde entonces, de forma consistente, el TJCE ha venido a reconocer que, aunque el art. 43 del TRATADO CE se refiere a la obligación por parte de los Estados miembros de conceder a las filiales y establecimientos permanentes de entidades residentes en otros Estados miembros un tratamiento equivalente al que corresponda a sus propios nacionales, cabe invocar la libertad de establecimiento en aquellos supuestos en

los que un Estado miembro, mediante su normativa, obstaculice el establecimiento de sus nacionales en otro Estado miembro.

Es decir, la libertad de establecimiento se opone tanto a las denominadas restricciones directas o «de entrada», por las cuales un Estado miembro (Estado de la fuente) confiere un trato menos favorable a aquellas filiales o sucursales de entidades residentes en otros Estados miembros, como a las restricciones indirectas o «de salida» en las que un Estado miembro (Estado de residencia) impone un tratamiento más desfavorable para aquellas entidades que eligen desarrollar su actividad mediante una filial o sucursal en otro Estado miembro.

Pues bien, en Papillon es evidente que nos encontramos ante una restricción indirecta o de salida, pues la normativa nacional francesa confería un trato más desfavorable a aquellas entidades que eligieran materializar su inversión en sus filiales de segundo o ulterior nivel y residentes en Francia, a través de una entidad residente en cualquier otro Estado miembro. Esta desventaja se concreta en la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal francés respecto de aquellas sociedades participadas indirectamente a través de sociedades constituidas o residentes en otro Estado miembro.

3.2.2. Comparabilidad

El Gobierno francés argumentó que las situaciones fácticas analizadas para concluir sobre la existencia de una posible restricción, a saber, un grupo formado exclusivamente por entidades francesas y un grupo en el que parte de las sociedades son participadas a través de una filial no residente en Francia, no eran comparables.

En concreto, se argumenta que la falta de comparabilidad viene determinada por el hecho de que la sociedad filial (la Filial Holandesa) no era residente en Francia y que, en consecuencia, no estaba sujeta al Impuesto sobre Sociedades en Francia.

Sin embargo, el argumento es despachado con facilidad, pues es doctrina ya asentada del TJCE que la falta de similitud necesaria para

comparar dos situaciones susceptibles de dar lugar a una restricción de una libertad comunitaria, no puede fundamentarse únicamente en que la sociedad participada no tiene su domicilio y residencia en el país cuya normativa es supuestamente restrictiva. En particular, admitir que un Estado miembro pueda conferir un trato diferenciado a una sociedad de otro Estado miembro vaciaría de contenido el art. 43 del TRATADO CE.

Sólo podemos compartir el análisis realizado por el TJCE, toda vez que el objetivo del régimen de consolidación consiste en ofrecer la posibilidad a los grupos de entidades de gravar su beneficio consolidado, como si de una única entidad se tratara, obviando la estructura y relaciones jurídicas existentes en el seno de los mismos. Como indica el Abogado General, el deseo de optar por la aplicación de este régimen puede existir tanto en grupos formados íntegramente por sociedades francesas como en aquellos que incluyen sociedades intermedias no residentes en Francia, luego parece evidente que ambas situaciones sí resultan comparables.

3.3. Justificación de la restricción

Una vez se ha concluido sobre la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, es preciso analizar en segundo lugar, y así lo hace el TJCE, si la citada restricción puede estar justificada por razones imperiosas de interés general.

En relación con normativas fiscales discriminatorias de alguna de las libertades consagradas en el TRATADO CE, el TJCE ha venido a aceptar cuatro justificaciones diferentes, a saber, el principio de coherencia del sistema fiscal, la supervisión fiscal, la prevención del fraude fiscal y la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria.

Como se ha señalado, una de las particularidades del presente asunto es que, ya en la Corte Administrativa de Apelación de París, se reconoce la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, pero se desestiman las pretensiones de Papillon, sin

sometimiento del asunto a cuestión prejudicial alguna, sobre la base de que dicha restricción se encuentra justificada bajo el principio de coherencia del sistema fiscal. Quizás ello explique que el Tribunal remitente, en la cuestión prejudicial, pregunte expresamente si la posible restricción de la libertad comunitaria pudiera estar justificada por mantener la coherencia del sistema de consolidación fiscal, argumento que, como veremos, es posteriormente aceptado por el TJCE aunque moderado por operación del principio de proporcionalidad.

3.3.1. Justificación de la restricción por la necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria

A pesar de no haber sido invocado por el Gobierno francés, resulta necesario mencionar que, en Papillon, los Gobiernos de Alemania y Holanda presentaron observaciones alegando que la restricción de la normativa francesa podía estar justificada por la necesidad de salvaguardar el reparto de la potestad tributaria (nótese que el Gobierno español presentó igualmente observaciones, pero alegando la aplicación del principio de coherencia del sistema fiscal). En consecuencia, de tal posible justificación se ocupa el TJCE en primer término.

La necesidad de salvaguardar el reparto de la potestad tributaria fue admitida como justificación de una restricción a la libertad de establecimiento en la sentencia *Marks & Spencer* (Asunto C-446/03), siendo nuevamente aceptada en un caso posterior, *Oy AA* (Asunto C-231/05). En ambos supuestos, la normativa objeto de análisis se refería a la imposibilidad por parte de una entidad residente en un Estado miembro de deducir las pérdidas soportadas en el extranjero, ya fuera por una entidad del grupo o por un establecimiento permanente de aquella en otro Estado miembro.

Aunque en *Marks & Spencer* el TJCE vino a relajar su posición de la mano del principio de proporcionalidad (que se materializó en que la justificación no podía ser aplicable cuando la entidad filial no pudiera utilizar las pérdidas en su propio Estado de residencia), con la aceptación de esta justificación, en opinión de muchos de carác-

ter más político que jurídico, se vino a dar una salida a los Estados miembros para no admitir la deducibilidad de aquellas pérdidas generadas en otros Estados miembros.

Sin embargo, en Papillon el TJCE desestima la aplicación de la doctrina de la salvaguarda del reparto de la potestad tributaria pues, al contrario de lo que ocurre en *Marks & Spencer* y en *Oy AA*, no se cuestiona la posibilidad de computar las pérdidas sufridas en un Estado miembro distinto de Francia.

Creemos que la decisión es acertada. De hecho, lo que en Papillon está en juego no es el reparto de la potestad tributaria entre dos Estados, pues las bases imponibles generadas en las entidades de segundo o ulterior nivel que Papillon pretende compensar, lo fueron en Francia y no en Holanda.

En este sentido, el debate en Papillon se centra en el riesgo de que una misma pérdida (generada en Francia) pueda ser deducida en dos ocasiones por un mismo sujeto pasivo y en una misma jurisdicción (una a través de la integración en la base imponible consolidada de conformidad con el régimen de consolidación y otra a través de la deducción de la provisión por depreciación de la participación de Papillon en la Filial Holandesa que tal pérdida pudiera generar) y, en consecuencia, creemos que es procedente el análisis de la normativa francesa a la luz del principio de coherencia fiscal del sistema.

Nótese que podría haberse invocado satisfactoriamente esta restricción si la legislación holandesa permitiera la compensación de las pérdidas generadas en las filiales francesas participadas a través de la Filial Holandesa, pero éste no parece ser el caso tampoco.

3.3.2. *El principio de coherencia del sistema fiscal*

El principio de coherencia fiscal, que fue aceptado por primera vez en la sentencia *Bachmann* (Asunto C-204/1990), pretende evitar, según la doctrina del TJCE, que la lógica interna de los regímenes fiscales de los diferentes Estados miembros pueda verse alterada por la

aplicación de las libertades comunitarias. Con esta doctrina, el TJCE vino a aceptar la existencia de una ventaja fiscal restrictiva de una libertad comunitaria, en aquellos supuestos en los que dicha ventaja tiene, como contrapartida, una carga fiscal correlativa.

Sin embargo, en los numerosos casos en los que los Estados miembros alegaron la aplicación de este principio de coherencia después de *Bachmann*, el TJCE vino a limitar su aplicación haciendo una interpretación muy restrictiva del mismo, pues para alegar satisfactoriamente el principio de coherencia fiscal, es necesaria la existencia de un vínculo directo entre la ventaja y carga fiscal correlativa y el TJCE venía entendiendo que tal vínculo directo suponía que ventaja y carga fiscal correlativas se produjeran respecto de un mismo impuesto y, además, respecto de un mismo sujeto pasivo.

Tal como indica el Abogado General, esta tendencia parece haberse relajado desde la sentencia *Manninen* (Asunto C-319/02), en la que, sin embargo, el principio de coherencia del sistema fiscal fue rechazado como causa de justificación de la libertad conculcada. En concreto, en *Manninen* el TJCE, siguiendo la opinión del Abogado General en ese caso (que es el mismo que en *Papillon*), hizo una interpretación finalista del precepto y concluyó que la coherencia también puede ser apreciada respecto de aquellos supuestos en los que la ventaja fiscal concedida (deducción por dividendos en sede del impuesto del socio persona física) depende de la tributación/carga fiscal de otro sujeto pasivo distinto (sociedad que distribuye el dividendo).

Como hemos dicho, en *Papillon* el TJCE acepta que la normativa francesa podría estar justificada por la aplicación del principio de coherencia fiscal, lo cual indica la confirmación de un cambio de tendencia respecto de una justificación que venía denegando sistemáticamente en los últimos tiempos (nótese que el TJCE había venido a denegar la justificación en muchos de los Asuntos enjuiciados desde *Bachmann* y lo vuelve a aceptar en el Asunto C-157/07, *Krankenheim*). Sin embargo, como veremos, termina concluyendo que tal no es el caso, pues considera que la normativa no es proporcional, ya

que la coherencia del sistema podría igualmente alcanzarse mediante mecanismos menos restrictivos de la libertad de establecimiento. Analicemos el razonamiento del TJCE.

En cuanto a la existencia de ventaja y carga correlativas, en la normativa francesa de consolidación la ventaja fiscal consistiría en la posibilidad por parte de un grupo fiscal íntegramente francés de incluir en su base imponible las pérdidas de todas las entidades del grupo. La carga fiscal correlativa, sería la obligación de eliminar cualquier provisión asociada a la depreciación de cartera que se pueda producir como consecuencia de la pérdida de valor de dichas entidades.

En efecto, siguiendo la argumentación del Tribunal de remisión, el TJCE concluye que, en la medida en que el régimen de consolidación fiscal preveía la eliminación de los resultados producidos por operaciones realizadas dentro del grupo (entre las cuales se incluyen las provisiones por depreciación de cartera), si se permitiera la consolidación de las bases imponibles de aquellas subfiliales participadas a través de una entidad que no forma parte del grupo, como es el caso de la Filial Holandesa, existiría el riesgo de que una misma pérdida fuera considerada dos veces en la base imponible del grupo fiscal (una mediante la imputación de la pérdida con arreglo al régimen de consolidación y otra mediante la deducibilidad de la provisión por depreciación de cartera de la Filial Holandesa, pues al no ser ésta parte del grupo fiscal, la provisión no debe ser eliminada), poniendo, en consecuencia, en riesgo la coherencia del propio sistema de consolidación fiscal.

Conviene señalar en este punto que el TJCE no entra a valorar el cumplimiento de identidad de sujeto pasivo que parecía haberse impuesto hasta la sentencia *Manninen*, lo cual puede ser interpretado como una aceptación tácita de la relajación de los requisitos del principio de coherencia que *Manninen* viene a representar.

Sin embargo, creemos que en el asunto objeto de análisis tal requisito de identidad y sujeto pasivo sí que concurría, puesto que

tanto ventaja fiscal (imputación de la pérdida producida en una filial) como carga correlativa (eliminación de la provisión) se producen en sede del mismo sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades francés, Papillon como entidad dominante del grupo fiscal (pues bajo el régimen de consolidación fiscal francés, la sociedad matriz es gravada, como sujeto pasivo, por los beneficios agregados de todo el grupo).

3.3.3. *Proporcionalidad*

Habiendo concluido sobre la posibilidad de justificar la restricción de la libertad de establecimiento por la necesidad de mantener la coherencia del sistema de consolidación fiscal, el TJCE continúa analizando la proporcionalidad de la norma. Es decir, aunque una determinada norma pueda estar justificada por alguna de las razones de interés general, es necesario que tal norma no vaya más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo.

En consecuencia, el TJCE comprueba si la normativa francesa va más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar su objetivo (*i. e.*, evitar que una misma pérdida pueda ser reconocida dos veces por el mismo sujeto pasivo en Francia) y si dicho objetivo podría alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento.

En este sentido, el Gobierno francés alegó que la normativa de consolidación objeto de análisis era necesaria debido a la dificultad que tienen las autoridades fiscales francesas de comprobar la existencia de un riesgo de doble imputación de pérdidas (en concreto, se alega que sería complejo identificar la parte de la pérdida que ya ha sido reconocida vía provisión por depreciación de cartera).

Sin embargo, el TJCE señala, siguiendo la que es su posición habitual, que las dificultades prácticas no pueden, por sí solas, justificar una restricción a las libertades comunitarias. Además, recuerda que el Gobierno francés tiene a su disposición instrumentos que le permitirían comprobar la existencia de la mencionada doble imputación de pérdidas, a saber:

— Solicitar al Estado miembro correspondiente toda la información necesaria para determinar el impuesto sobre sociedades utilizando los mecanismos que la Directiva 77/799/CEE del Consejo de Asistencia Mutua ofrece.

— Solicitar a la sociedad dominante toda la información que requieran para evaluar si las provisiones registradas se corresponden con pérdidas generadas por la filial de segundo o ulterior nivel (*vid. Asunto Elisa, C-451/05*).

Sobre la base de todo lo anterior, el TJCE concluye que, a pesar de que la restricción a la libertad de establecimiento que representa la normativa francesa puede estar justificada por la necesidad de preservar la coherencia del sistema de consolidación fiscal, existen medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento para alcanzar dicho objetivo y, en consecuencia, concluye que dicha normativa es contraria al art. 43 del TRATADO CE.

Creemos que el análisis del TJCE a propósito de la no proporcionalidad de la normativa francesa es absolutamente acertado. Es más, la desventaja que se deriva de la imposibilidad de aplicar el régimen de consolidación fiscal respecto de entidades participadas a través de entidades residentes en otro Estado miembro no es proporcional en relación con el supuesto riesgo de doble imputación de pérdidas.

No permitiendo la inclusión en el grupo fiscal de una entidad que genera pérdidas, se evita el riesgo de que las pérdidas generadas por la misma se computen en dos ocasiones. Sin embargo, tanto el Gobierno francés como, en algunos apartados de la sentencia, el propio TJCE (apartado 48 de la sentencia) parecen sugerir que la imposibilidad de deducir las mismas por parte del grupo fiscal se compensa como consecuencia de la deducción fiscal de la correspondiente provisión por depreciación de cartera dotada por parte de la matriz.

No podemos compartir ese razonamiento, pues la relación entre pérdidas de la filial y la provisión por depreciación de cartera no es siempre automática, y una y otra no tienen por qué coincidir en el *quantum*, veamos por qué:

— La provisión por depreciación de cartera dependerá de elementos muy variados (y no sólo de las pérdidas generadas por la subfilial) como son el coste de la participación para la matriz o el volumen de reservas expresas generadas por la sociedad filial durante el período en el que dicha participación ha sido mantenida. De hecho, el propio Gobierno francés, en sus alegaciones a propósito de la proporcionalidad de la normativa francesa, viene a señalar que la cuantía de la provisión no se corresponde generalmente con la importancia de la pérdida generada en la sociedad filial (lo que da lugar a la problemática de identificar la parte de la provisión que se corresponde con la pérdida de la filial).

— La provisión por depreciación de cartera tiene como límite el precio de adquisición de la participación para la sociedad matriz, mientras que las pérdidas pueden ser superiores a tal cifra.

3.4. Análisis de la normativa española a la luz del fallo del TJCE

3.4.1. La configuración del perímetro de consolidación fiscal en el régimen de consolidación fiscal español

La trascendencia del fallo en relación con el régimen de consolidación fiscal en España es indudable. Quizás ello explique que el Gobierno español se apresurara a presentar observaciones, argumentando que una normativa como la prevista en el régimen de consolidación francés, puede estar justificada por la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal.

En efecto, en relación con la configuración del perímetro de consolidación fiscal, el apartado d) del art. 67.4 del TRLIS establece que no pueden formar parte de un grupo fiscal (y, en consecuencia, tampoco aplicar el régimen de consolidación fiscal) aquellas sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de una sociedad que no reúna los requisitos establecidos para formar parte del mismo. Toda vez que uno de los requisitos exigidos para formar parte de un grupo fiscal consiste en ser una entidad sujeta al impuesto sobre

sociedades, se deduce fácilmente que aquellas filiales españolas de segundo o ulterior nivel participadas por la sociedad dominante, a través de una entidad no residente en España, no pueden formar parte del grupo fiscal de aquella.

Por lo tanto, el fallo del TJCE en Papillon debería desembocar en la necesaria modificación del apartado d) del art. 67.4 TRLIS con el fin de permitir la inclusión en un grupo fiscal de aquellas entidades respecto de las cuales la participación del 75% se alcance, total o parcialmente, a través de entidades residentes en otro Estado miembro de la UE.

Más aún, si el art. 67.4 TRLIS no fuera modificado para su adaptación a Papillon, creemos que aquellos grupos fiscales cuya participación en filiales españolas de segundo o ulterior nivel es alcanzada a través de entidades residentes en cualquier otro Estado miembro de la UE, deberían poder optar por la aplicación del régimen respecto de éstas, comunicando tal circunstancia a la Administración.

En cuanto a su posible aplicación retroactiva respecto de ejercicios no prescritos, creemos que la sentencia Papillon podría abrir la puerta a analizar una posible solicitud de ingresos indebidos por parte de aquellos grupos fiscales ya existentes cuya cuota por impuesto hubiera sido inferior de haber incorporado filiales de segundo o ulterior nivel participadas a través de entidades residentes en otros Estados miembros.

En este sentido, aunque la devolución de los citados ingresos indebidos pudiera ser denegada sobre la base de que no se optó en tiempo y forma por la inclusión de las citadas filiales en el grupo fiscal, creemos que podría contraargumentarse que el grupo fiscal en el régimen de consolidación español se configura como un régimen obligatorio en cuanto a su perímetro subjetivo de aplicación y, en consecuencia, una vez se ha optado por su aplicación, todas las entidades que cumplen los requisitos para formar parte del mismo deben aplicarlo (a diferencia del sistema francés, que es un régimen «a la carta» en el que la entidad dominante puede elegir la entidades dependientes a incluir en el grupo).

Pero, siguiendo con el análisis de la compatibilidad de nuestra normativa de consolidación fiscal con las libertades comunitarias consagradas en el TRATADO CE, creemos que el apartado d) del art. 67.4 TRLIS no es el único que puede suponer una restricción prohibida a la libertad de establecimiento.

En efecto, la limitación que la normativa española impone para la consideración como dependiente de un grupo fiscal de los establecimientos permanentes de entidades no residentes puede igualmente considerarse como una restricción a la libertad de establecimiento. En consecuencia, creemos que la modificación del art. 67.4 d), en el sentido comentado en los párrafos anteriores, debería ir acompañada de la modificación de la normativa española para permitir que los establecimientos permanentes de entidades residentes en otro Estado miembro puedan ser considerados dependientes de un grupo fiscal siempre que se cumpla el requisito de participación. En este sentido, merece destacar que el régimen de consolidación francés fue modificado en el año 2005 precisamente para incluir la posibilidad de que los establecimiento permanentes en Francia de entidades no residentes pudieran formar parte de un grupo fiscal a los efectos de la aplicación del régimen de consolidación francés.

3.4.2. Posibles implicaciones de Papillon en otros impuestos (IVA)

Papillon podría igualmente tener consecuencias en relación con el régimen de grupo de entidades del IVA, previsto en el Capítulo IX del Título IX de la LIVA. Sin embargo, la posibilidad de incluir entidades de segundo o ulterior nivel participadas a través de otras entidades no residentes sí que está permitida bajo el citado régimen especial.

En efecto, el art. 163 quinquies de la LIVA, que regula el perímetro subjetivo de aplicación del régimen especial del grupo de entidades, no prevé una limitación como la prevista por el art. 67.4 TRLIS.

Cabría, no obstante, hacer el mismo comentario que el realizado en el marco del régimen de consolidación a propósito de la consi-

deración de los establecimientos permanentes como dependientes, pues la ley del IVA prohíbe la consideración como dependientes de los establecimientos permanentes.

4. CONCLUSIONES

La trascendencia de la sentencia del TJCE es indudable, tanto desde un punto de vista de Derecho Comunitario, como desde un punto de vista de Derecho español.

En cuanto a sus implicaciones a nivel de Derecho Comunitario, la sentencia parece confirmar un cambio de tendencia en cuanto a la aceptación del principio de coherencia fiscal del sistema que, aunque aceptado como justificación de una restricción a las libertades comunitarias desde *Bachmann*, venía siendo denegando sistemáticamente en los últimos tiempos de la mano de un endurecimiento de los requisitos para su aplicación.

Sin embargo, a pesar de la posible justificación, el TJCE vuelve a recurrir al principio de proporcionalidad, al establecer que la normativa francesa es contraria al art. 43 del TRATADO CE, argumentando, en línea con *Marks & Spencer*, que existen medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento para alcanzar el objetivo de evitar la doble imputación de pérdidas.

En cuanto a sus implicaciones en España, creemos que la sentencia debería desembocar, al menos, en la modificación del apartado d) del art. 67.4 TRLIS, para incluir en la definición de grupo fiscal aquellas entidades dependientes participadas a través de entidades residentes en otro Estado miembro.