Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 25 de octubre de 2017 [1]

Asuntos acumulados C-398/16 y C-399/16

X BV (C-398/16),
X NV (C-399/16)
contra
Staatssecretaris van Financiën

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Impuesto sobre sociedades — Libertad de establecimiento — Deducción por una sociedad matriz residente de intereses de un préstamo para la adquisición de participaciones de una filial no residente — Deducción por una sociedad matriz residente de la reducción de valor de las participaciones de una filial no residente por variación del tipo de cambio — Grupo consolidado»

1. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la legislación de los Estados miembros relativa al impuesto que grava los beneficios de las sociedades, en el caso de grupos formados por la matriz y sus filiales. [2]

2. En particular, las normas tributarias de los Países Bajos sobre los grupos consolidados de sociedades han sido analizadas en, al menos, dos sentencias precedentes. [3] Con arreglo a esas normas, un grupo solo podrá acogerse al régimen de consolidación fiscal si todas las sociedades que lo integran son residentes en los Países Bajos, lo que implica descartar las filiales no residentes.

3. En la sentencia X Holding, [4] el Tribunal de Justicia reconoció, en principio, la compatibilidad de esa legislación neerlandesa con el derecho de la Unión (en concreto, con las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad de establecimiento). Aceptó, entonces, que la exclusión de las sociedades no residentes de aquel régimen de consolidación estaba justificada por la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

1 Lengua original: español.

2 Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370); de 18 de noviembre de 1999, X e Y (C-200/98, EU:C:1999:566); de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98, EU:C:2001:134); de 18 de septiembre de 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479); de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763); de 17 de enero de 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24); de 27 de noviembre de 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659); de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532); de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company y otros (C-80/12, EU:C:2014:200); de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50); de 6 de octubre de 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661); y de 17 de mayo de 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379).

3 Sentencias de 25 de febrero de 2010, X Holding (C-337/08, en lo sucesivo, «sentencia X Holding», EU:C:2010:89); y de 12 de junio de 2014, SCA Group Holding y otros (C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758).

4 Apartados 18 y 43.

4. Sin embargo, el alcance de la sentencia X Holding fue matizado más tarde, en la sentencia de 2 de septiembre de 2015, Groupe Steria,[5] al recordar que de ella no podía deducirse que «cualquier diferencia de trato entre sociedades pertenecientes a un grupo fiscal consolidado, por una parte, y sociedades no pertenecientes a dicho grupo, por otra parte, sea compatible con el artículo 49 TFUE».[6] La justificación admitida en la sentencia X Holding se refería, añadió el Tribunal de Justicia, únicamente a la normas del régimen neerlandés que permitían la transmisión de pérdidas dentro del grupo fiscal consolidado.[7]

5. Con las preguntas que suscita en estos dos reenvíos prejudiciales, el tribunal *a quo* pretende, en realidad, clarificar la jurisprudencia recaída sobre esta materia. Necesita esa clarificación para juzgar si es compatible con el derecho de la Unión el régimen de consolidación fiscal neerlandés, en cuya virtud ciertas partidas de gastos financieros son deducibles en las cuentas de la matriz, si su filial es residente, pero no, si la filial es no residente.

6. El derecho neerlandés prevé que los gastos (intereses) en los que incurre una sociedad al obtener financiación de otra entidad del grupo no son deducibles, excepto si entre la matriz y la filial se ha fraguado un esquema de consolidación fiscal, abierto únicamente a sociedades residentes. El asunto C-398/16 versa sobre esta regla nacional.

7. Este mismo criterio se aplica a las plusvalías y a las minusvalías (incluidas las derivadas de pérdidas por variación del tipo de cambio de moneda extranjera), que no se tienen en cuenta al determinar el beneficio. Así, una pérdida de cambio nacida de la participación que una matriz ostente en su filial no será deducible, salvo que, de nuevo, ambas se integren en un grupo consolidado, abierto únicamente a sociedades residentes. En el asunto C-399/16 esta es, precisamente, la regla aplicada.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

8. El artículo 49 TFUE prescribe:

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

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

9. Según el artículo 54 TFUE:

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

5 C-386/14, EU:C:2015:524; en lo sucesivo, «sentencia Groupe Steria».

6 *Ibidem*, apartado 27.

7 *Ibidem*, apartado 27 *in fine*.

Por sociedades se entiende las sociedades de derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

B. Derecho neerlandés

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Ley sobre el impuesto de sociedades de 1969; en adelante, «Ley de 1969»)

10. A tenor del artículo 10a, apartado 2:

«En la determinación del beneficio no se deducirán los intereses devengados por deudas frente a una entidad asociada, siempre que las deudas guarden relación con la adquisición de [...] participaciones en una entidad asociada, salvo en la medida en que resulte adecuada una modificación en la participación última o en el control último de dicha entidad».

11. Conforme al artículo 10a, apartado 3, el apartado 2 no será aplicable si el contribuyente acredita que el préstamo y la operación jurídica a la que aparece ligado se fundan, de manera concluyente, en razones económicas.

12. De acuerdo con el artículo 13, apartado 1, para la determinación del beneficio no se tendrán en cuenta las ventajas derivadas de una participación ni los gastos soportados con ocasión de la adquisición o cesión de esta participación («exención de participación»).

13. El artículo 15 recoge:

«1. En caso de que un sujeto pasivo (la sociedad matriz) tenga la propiedad jurídica y económica de, por lo menos, el 95 % de las participaciones en el capital nominal desembolsado de otro sujeto pasivo (la sociedad filial), a petición de ambos sujetos pasivos, estos tributarán como si formaran un solo sujeto pasivo, es decir, como si las actividades y el patrimonio de la filial formaran parte de las actividades y del patrimonio de la sociedad matriz. La sociedad matriz será la obligada al pago del impuesto. Ambos sujetos pasivos se considerarán conjuntamente como una unidad fiscal. Pueden formar parte de una misma unidad fiscal varias filiales.

[...]

3. El primer apartado solo resultará aplicable en el supuesto de que:

[...]

b. ambos sujetos pasivos estén sometidos a la misma normativa a efectos del cálculo del beneficio;

c. ambos sujetos pasivos estén establecidos en los Países Bajos [...]».

II. Hechos de los litigios y cuestiones prejudiciales

A. Asunto C-398/16

14. La sociedad neerlandesa [8] X BV se integra en un grupo sueco al que pertenece también una sociedad italiana. Para comprar las participaciones de esta última que se hallaban en manos de terceros, X BV creó otra sociedad en Italia, a la que aportó un capital de 237 312 000 euros. Esta aportación se financió mediante el préstamo (con intereses) que una sociedad sueca, del mismo grupo empresarial, hizo a X BV.

15. Como consecuencia de ese préstamo, X BV adeudaba, en 2004, a la sociedad sueca prestamista la cantidad de 6 503 261 euros en concepto de intereses. En su declaración del impuesto sobre sociedades del año 2004, X BV dedujo ese importe, como gasto detraible de sus ingresos. Sin embargo, la Administración fiscal neerlandesa no admitió tal deducción, amparándose en el artículo 10a, apartado 2, letra b), de la Ley de 1969, y le giró la liquidación fiscal que se discute en el pleito.

16. En el recurso presentado contra dicha liquidación, X BV sostuvo que podría haberse deducido los intereses del préstamo si se le hubiera permitido crear una entidad fiscal única con su filial. Como el derecho neerlandés reserva esta posibilidad a las sociedades residentes, X BV afirma haber sufrido una limitación a su libertad de establecimiento, contraria a los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.

17. El Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), al que llegó el asunto en casación, ha dirigido al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE (actualmente artículos 49 TFUE y 54 TFUE) en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual no se permite a una sociedad matriz domiciliada en un Estado miembro deducir los intereses de un préstamo relacionado con un desembolso de capital en una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que sí podría disfrutar de la deducción si la filial estuviera incluida en una unidad fiscal —con las características de la unidad fiscal neerlandesa— junto a la matriz porque en ese caso, en virtud de la consolidación, no se aprecia ninguna relación con tal desembolso de capital?»

B. Asunto C-399/16

18. La sociedad neerlandesa X NV pertenece a un grupo de sociedades que comprende, entre otras y en régimen de unidad fiscal, a la filial A Holdings BV. Esta última es, a su vez, titular, de todas las participaciones de la sociedad británica A Holdings UK.

19. El 11 de noviembre de 2008, A Holdings BV aportó sus participaciones en A Holdings UK a su filial británica C. [9]

8 Empleo el calificativo «neerlandesa» (o italiana, sueca, etc.) aunque, en realidad, sería más apropiado hablar de «sociedad no residente» en los Países Bajos o en cada uno de los respectivos Estados.

9 El camino recorrido por las participaciones fue más complejo y puede resumirse, sin necesidad de describir otras operaciones complementarias, en que, el 12 de febrero de 2009, A Holdings BV transmitió sus participaciones en C a la entidad D, filial de X NV incluida en la unidad fiscal. En la misma fecha, D transmitió las participaciones en C a su filial luxemburguesa A Holdings Luxembourg.

20. En sus declaraciones del impuesto sobre sociedades por los ejercicios 2008 y 2009, X NV pretendió deducir como gasto la pérdida generada en sus participaciones por la variación del tipo de cambio de divisas. La Administración neerlandesa no accedió a esa deducción, con arreglo al artículo 13, apartado 1, de la Ley de 1969.[10]

21. X NV recurrió la decisión administrativa argumentando que, si se le hubiese autorizado a constituir un grupo consolidado con su filial británica, podría haber deducido la pérdida de cambio experimentada. Como esta posibilidad la reserva el derecho neerlandés solo a las sociedades residentes, considera que ha padecido una limitación al ejercicio de su libertad de establecimiento.

22. El Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), que conoce del asunto en casación, ha presentado ante el Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 48 CE (actualmente artículos 49 TFUE y 54 TUFE) en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual una sociedad matriz establecida en un Estado miembro no puede tener en cuenta las diferencias negativas de cambio en relación con el importe que ha invertido en una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que sí podría hacerlo en el caso de que la filial estuviera incluida en una unidad fiscal — con las características de la unidad fiscal neerlandesa— junto a la matriz establecida en el Estado miembro mencionado en primer lugar, y ello como consecuencia de la consolidación en el seno de la unidad fiscal?

2)

En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1, ¿puede o debe partirse, a la hora de determinar las diferencias negativas de cambio que han de tenerse en cuenta, de que también quedarían incluidas en la unidad fiscal las filiales (una o varias de las filiales), directas e indirectas, poseídas indirectamente por la matriz en cuestión a través de la filial y establecidas en la Unión Europea?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿deben tenerse en cuenta únicamente las diferencias negativas de cambio que, en caso de inclusión en la unidad fiscal de la matriz, se hayan manifestado en los ejercicios sobre los que versa el litigio, o deben tenerse en cuenta las diferencias negativas de cambio manifestadas en ejercicios anteriores?»

III. Síntesis de las observaciones de las partes

A. Asunto C-398/16

23. X BV defiende su derecho a deducir los intereses de un préstamo recibido de una filial sueca, que pertenece a su grupo de sociedades. La deducción le habría estado permitida si la filial tuviera su residencia fiscal en los Países Bajos y hubiera formado con ella un grupo consolidado, lo que no es posible conforme a la legislación neerlandesa. La diversidad de trato que conlleva esa legislación provoca que la inversión para crear filiales en otros Estados de la Unión sea menos atractiva que la realizada en los Países Bajos.

24. Añade X BV que esa diferencia solo podría estar justificada por una razón imperiosa de interés general, siempre que no excediera de lo imprescindible para proteger ese interés.

10 Recuerdo que, según ese precepto, ni las ganancias obtenidas ni las pérdidas sufridas a causa de la tenencia de participaciones se aplican para determinar el beneficio.

25. X BV razona, con cita de la sentencia X Holding, que el rechazo de la deducción no responde al objetivo de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la deducción no conduciría a un desplazamiento de la base imponible de un Estado a otro.

26. Según X BV, la limitación aplicada tampoco puede acogerse a la necesidad de asegurar la coherencia del régimen fiscal de los grupos consolidados. Mantiene que el Tribunal de Justicia [11] no admite esta justificación, salvo que haya una relación directa entre la concesión de la ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado. En el supuesto debatido no existiría un enlace directo (en el sentido de que la ventaja compense el gravamen) entre la posibilidad de deducir los intereses del préstamo del resultado del grupo consolidado y las desventajas que apunta el auto de reenvío. [12]

27. Concluye X BV que el Tribunal de Justicia debería responder afirmativamente a la pregunta planteada.

28. Para la Comisión, la relación entre una sociedad matriz neerlandesa y su filial, también neerlandesa, es objeto de un trato dispar al que se da entre esa matriz y una filial no residente. El artículo 10a de la Ley de 1969 permite únicamente en el primer caso, por medio de la consolidación, la deducción de los intereses de un préstamo procedente de una sociedad del grupo, cuyo importe se aplica a la aportación de capital en otra filial.

29. La Comisión precisa que tal disparidad no deriva directamente del artículo 10a de la Ley de 1969, ya que este contempla ciertas operaciones entre entidades asociadas, a fin de prevenir abusos, y es aplicable indistintamente tanto a situaciones internas como transfronterizas. La divergencia entre las relaciones internas y las intracomunitarias es consecuencia del régimen de tributación de los grupos consolidados: mientras que, en una situación transnacional, resulta imposible escapar a la aplicación del artículo 10a de la Ley de 1969, es posible hacerlo en una situación puramente nacional, mediante la creación de un grupo consolidado.

30. Sobre la base de la sentencia X Holding, la Comisión sostiene que la diferencia de trato ha de estar justificada por razones imperiosas de interés general, pues son objetivamente comparables la situación de una sociedad matriz residente que desea constituir una unidad fiscal con una filial también residente y la de una sociedad matriz residente con una filial no residente.

31. Desde la perspectiva del reparto de la potestad tributaria entre los Estado miembros, la Comisión opina que no hay justificación, ya que en este supuesto solo interviene la potestad tributaria de los Países Bajos.

32. En cuanto a la posible afectación a la coherencia del sistema fiscal neerlandés, la Comisión cree que no cabe invocarla, pues no existe relación directa entre la ventaja fiscal obtenida y la compensación de esta mediante un gravamen fiscal determinado. [13] A su juicio, la incoherencia reside en el propio sistema fiscal neerlandés, puesto que, por un lado, considera necesario aplicar las disposiciones antiabuso del artículo 10a de la Ley de 1969 tanto a las situaciones internas como a las transfronterizas, mientras que, por otro, permite a los grupos consolidados puramente nacionales escapar a la aplicación de esas reglas.

11 Cita la sentencia de 12 de junio de 2014, SCA Group Holding y otros (C-39/13 a C-41/13, EU:C:2014:1758), apartado 33.

12 El punto 2.8.2.7 de ese auto menciona, a título de ejemplo, algunas desventajas fiscales: i) a la unidad fiscal se aplicará únicamente una vez el tipo impositivo inferior; ii) si una filial que forma parte de la unidad fiscal deja de existir como consecuencia de la suspensión de una quiebra por falta de beneficios; iii) cada una de las filiales que integran la unidad fiscal es responsable con carácter principal del pago del impuesto de sociedades aplicado a la unidad fiscal; y iv) las inversiones en las sociedades pertenecientes a la unidad fiscal se suman, por lo que el porcentaje que ha de aplicarse a la deducción por inversiones a la unidad fiscal puede ser inferior al que se aplicaría si las sociedades tributasen de forma separada por el impuesto de sociedades.

13 Cita, en esta línea, las sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35), apartado 31 y siguientes; y de 28 de febrero de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), apartado 39.

33. El Gobierno neerlandés afirma que el artículo 10a, apartado 2, de la Ley de 1969 no es, en sí mismo, contrario a la libertad de establecimiento. Los eventuales obstáculos derivan, en este asunto, del hecho de que una sociedad matriz residente no pueda formar una entidad fiscal única con una filial no residente. Sin embargo, invoca razones imperiosas de interés general para justificar esa norma.

34. La deducibilidad de intereses en el seno de un grupo consolidado deriva de su propia naturaleza. A causa de la consolidación, una aportación de capital entre una sociedad matriz y una filial no es fiscalmente visible en el seno de la entidad fiscal única, pues las operaciones intragrupo se neutralizan. Como en el régimen de consolidación no existe sino un solo patrimonio asignado a la sociedad matriz, una aportación de capital no será fiscalmente posible dentro de la entidad fiscal única. Por eso, en tal hipótesis, el artículo 10a de la Ley de 1969 no es aplicable y la deducción de intereses presenta un vínculo directo e indisociable con la consolidación en el seno de la entidad fiscal única.

35. Concluye el Gobierno de los Países Bajos que el llamado «enfoque por elementos concretos» ulterior a la sentencia X Holding no es aplicable a la disposición controvertida. Sin embargo, por si el Tribunal de Justicia acogiese tal enfoque, la diferencia de trato puede justificarse por una razón imperiosa de interés general: la limitación de la deducibilidad de los intereses pretendería impedir montajes artificiales no motivados por razones económicas. La posibilidad que otorga al contribuyente el artículo 10a, apartado 3, de la Ley de 1969, permitiéndole demostrar que no ha incurrido en un montaje artificial, aseguraría la proporcionalidad de la medida.

B. Asunto C-399/16

1. Sobre la primera pregunta prejudicial

36. La sociedad X NV y la Comisión parten de que, en el derecho neerlandés, la pérdida de cambio sufrida en relación con sus participaciones en una filial británica no puede deducirse en la declaración del impuesto de sociedades. Esa misma pérdida hubiera sido deducible en el régimen de consolidación fiscal, si la filial hubiera estado establecida en los Países Bajos, realidad objetivamente comparable a la de una sociedad neerlandesa con una filial asimismo neerlandesa que desarrolle sus actividades en el Reino Unido. El diferente trato a situaciones análogas constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento.

37. Las únicas justificaciones de esa diferencia de trato serían la preservación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros o la salvaguarda de la coherencia del sistema fiscal neerlandés.

38. En cuanto a la primera justificación, X NV y la Comisión estiman que la potestad tributaria de los Países Bajos no está comprometida en este asunto. La pérdida de cambio sufrida por la sociedad neerlandesa respecto de su participación en la filial británica no es visible en la contabilidad de esta última, que se lleva en libras esterlinas.

39. En cuanto a la segunda (eventual) justificación, X NV y la Comisión recuerdan que, para admitir como tal la salvaguarda de la coherencia del sistema fiscal, ha de haber una relación directa entre, por una parte, la concesión de la ventaja fiscal y, por otra parte, la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado. En este asunto, no concurre ese nexo entre la ventaja (esto es, la deducción de la pérdida de cambio) y las desventajas mencionadas por el tribunal de reenvío. [14]

14 Son las mismas ya reseñadas en la nota 12.

40. Para el Gobierno de los Países Bajos, X NV perseguiría evitar la consecuencia negativa del artículo 13 de la Ley de 1969 (imposibilidad de deducir la pérdida de cambio) y beneficiarse, no obstante, de la «exención de la participación». Sin embargo, en virtud del derecho neerlandés, esta aplicación limitada de la «exención de la participación» no podría ser obtenida por una sociedad matriz con una filial residente.

41. Según el Gobierno neerlandés, en las sentencias X Holding y Groupe Steria,[15] el Tribunal de Justicia habría declarado que la compensación de beneficios y pérdidas individuales de las sociedades de una entidad fiscal única, atribuidos a la sociedad matriz, y la neutralización de las operaciones intragrupo están indisociablemente ligadas a la constitución de una entidad fiscal única, en cuyo seno no tendría repercusión fiscal la participación en otra sociedad del grupo ni los resultados de esa participación.

42. La posibilidad de formar un grupo consolidado no implicaría, *a priori*, una ventaja fiscal en relación con el riesgo de pérdida de cambio, ya que, si bien la legislación neerlandesa impide deducir esta última, tampoco incluye las ganancias de cambio en la base imponible del impuesto de sociedades. Por lo tanto, la exclusión de las pérdidas de cambio sobre la participación en una filial no residente no obstaculizaría la libertad de establecimiento.

43. Además, las pérdidas de cambio no podrían ser tenidas en cuenta en la tributación de un grupo consolidado, aun si no se aceptase la aplicación de la «exención de la participación». Como los factores ligados a la tenencia de acciones (tales como la distribución de beneficios y las modificaciones del valor de la participación) no se integran en el resultado final de la entidad fiscal única, no podrán dar lugar a deducción alguna. No existiría, pues, en lo que se refiere a las pérdidas de cambio, diferencia de trato entre una sociedad matriz con una filial no residente y una sociedad matriz con una filial residente (cuando ambas se erigen en un grupo consolidado).

2. Sobre la segunda y tercera preguntas prejudiciales

44. La sociedad X NV y la Comisión observan, en lo que concierne a la segunda pregunta, que el derecho neerlandés deja en libertad a la sociedad matriz para formar o no con sus filiales residentes un grupo consolidado y le permite, además, elegir con qué filiales formarlo. No debería haber un trato desfavorable para los grupos transfronterizos, respecto del dispensado a otro enteramente nacional, en relación con elementos determinados. Es decir, siendo la base de comparación la deducibilidad de la pérdida de cambio en relación con la tributación de las entidades fiscales únicas nacionales, el trato a una sociedad matriz con filial extranjera no puede ser menos favorable.

45. En cuanto a la tercera pregunta, X NV y la Comisión defienden que la sociedad demandante no sea gravada de manera más perjudicial que la correspondiente a un grupo nacional que comprenda la matriz y las filiales en una entidad fiscal única.

46. El Gobierno de los Países Bajos entiende que tanto la segunda como la tercera pregunta merecen la misma respuesta. No cabe admitir que la sociedad matriz pueda escoger qué sociedades y qué ejercicios introducir en la declaración del grupo consolidado ficticio. Si tuviera tal libertad, esta se ejercería *a posteriori*, en función de datos ya conocidos, lo que le posibilitaría tener en cuenta la evolución de los tipos de cambio y seleccionar («cherry picking») qué filial y qué ejercicio es más conveniente incorporar, con riesgo de que la base imponible pueda sufrir erosiones.

15 Apartados 43 y 25, respectivamente.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

47. Las resoluciones de remisión prejudicial tuvieron entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de julio de 2016.

48. El 9 de agosto de 2016 se acordó la acumulación de los asuntos C-398/16 y C-399/16.

49. Han depositado observaciones escritas X BV, X NV, el Gobierno de los Países Bajos y la Comisión Europea. No se ha estimado necesaria la celebración de una vista.

V. Apreciación

A. Consideraciones preliminares

50. Las preguntas que el Tribunal de Justicia debe ventilar en este reenvío conciernen a la tributación de los grupos de sociedades, cuyo régimen fiscal puede presentar diversas modalidades. Con arreglo a una de ellas, cada entidad de las que compone el grupo actúa como un contribuyente independiente, esto es, tributa por la totalidad de las rentas obtenidas, aun cuando alguna de estas rentas provenga de la realización de operaciones con entidades del mismo grupo.

51. Otras legislaciones, por el contrario, confieren a los grupos la opción de tributar conforme al régimen especial de consolidación fiscal, de modo que el impuesto se gira de una sola vez al propio grupo, en cuanto unidad económica (en concreto, a la sociedad matriz). Este modelo implica que las operaciones entre entidades del grupo son fiscalmente neutras, esto es, no se computan para fijar la base imponible del impuesto.

52. En estos dos asuntos concurre la circunstancia común de que la sociedad matriz, residente en los Países Bajos, declara haber sufrido unas mermas económicas, derivadas de las relaciones con sus filiales, que no resultan deducibles en su declaración del impuesto sobre sociedades, porque lo impide la legislación de ese Estado miembro. La deducción le estaría autorizada, añade, si pudiera formar una unidad fiscal (grupo consolidado) con esas filiales no residentes.

53. La legislación neerlandesa prevé que los grupos de sociedades solo puedan acogerse al régimen de consolidación fiscal si están compuestos por sociedades residentes en los Países Bajos. Las sociedades no residentes no pueden acceder a él. Como ya he avanzado,[16] el Tribunal de Justicia admitió, en la sentencia X Holding, que las pérdidas de una filial no residente en los Países Bajos podían no ser tenidas en cuenta para minorar la base imponible de la matriz, porque el derecho neerlandés reserva la consolidación a las filiales residentes. Para el Tribunal de Justicia, esa diferencia de trato estaba justificada por la protección del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

54. El Hoge Raad (Tribunal Supremo) interpretó la sentencia X Holding en el sentido de que los artículos 43 CE y 48 CE admiten no solo «la consecuencia (reservada a las sociedades residentes), derivada de la esencia de la unidad fiscal, de que pueden compensarse las pérdidas en el seno de la unidad fiscal, sino también otras diferencias de trato que, con ocasión de la liquidación del impuesto,

16 Puntos 3 y 4 de estas conclusiones.

se deriven de la consolidación». En sus pronunciamientos, «el Hoge Raad (Tribunal Supremo) no ha permitido a los sujetos pasivos, invocando la libertad de establecimiento, obtener a su discreción las ventajas de elementos específicos vinculados directamente con la esencia de la unidad fiscal (la consolidación)». [17]

55. Así pues, para el órgano jurisdiccional *a quo*, de la sentencia X Holding podría deducirse una regla del «todo o nada», con arreglo a la que no es válido optar solo por ciertos efectos del régimen de unidad fiscal. Cualquier ventaja derivada de formar una entidad única con filiales residentes estaría justificada, ya que no es posible adoptar un «enfoque por elementos concretos» en relación con la unidad fiscal. Se descartaba, así, extender las repercusiones de la consolidación fiscal a entidades no residentes.

56. Los ulteriores pronunciamientos del Tribunal de Justicia en las sentencias Groupe Steria y Finanzamt Linz [18] han provocado las dudas del órgano jurisdiccional de reenvío. En esos dos asuntos, las diferencias de trato desautorizadas por el Tribunal de Justicia afectaban precisamente a «elementos concretos» (los gastos y las cargas de la participación de la matriz, en el primer caso, y la amortización del fondo de comercio, en el segundo) de la relación entre las matrices y las filiales, residentes y no residentes, en el marco de la tributación de los grupos de sociedades.

57. De manera específica, en la sentencia Groupe Steria, el Tribunal de Justicia declaró que se habían de examinar separadamente «las ventajas fiscales distintas de la transmisión de las pérdidas al interior del grupo fiscal consolidado». Solo al término de ese examen sería posible dilucidar «si un Estado miembro puede reservar esas ventajas a las sociedades que forman parte de un grupo fiscal consolidado y, por tanto, excluirlas en situaciones transfronterizas». [19]

58. Abordaré conforme a esta premisa el estudio de las cuestiones prejudiciales, a cuyo término se habrá de resolver si la legislación neerlandesa aplicada en estos dos asuntos puede entrar en conflicto con el artículo 49 TFUE, que obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento.

59. Seguiré el método con el que el Tribunal de Justicia acomete, una y otra vez, el análisis de cuestiones prejudiciales planteadas en asuntos similares a este relativos al ámbito de la fiscalidad directa. Su modo de operar, por fases o etapas, tiende a identificar, en un primer momento, la libertad aplicable y la eventual restricción que de ella se haya producido. En un segundo paso, compara las situaciones en liza, para dilucidar si han sido objeto de un tratamiento distinto, lo que exige un estudio pormenorizado de las normas internas que lo hayan regulado. Por último, indaga sobre las eventuales justificaciones, basadas en razones imperiosas de interés general, y sobre la proporcionalidad de la medida nacional restrictiva de la libertad en juego.

60. Advierto, ya de entrada, que una diferencia de trato fiscal entre filiales residentes y no residentes en el Estado de la matriz puede significar para esta última un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento al disuadirla de crear filiales en otros Estados miembros. [20] El precepto del Tratado FUE que está en juego es, por lo tanto, su artículo 49 y aquella diferencia de trato entre filiales, residentes o no residentes, implica una restricción de la libertad que en él se consagra.

17 Así lo exponen los puntos 2.8.4 y 2.10.1 de los autos de reenvío en los asuntos C-398/16 y C-399/16, respectivamente. Las sentencias del Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) que acogieron esa interpretación son las de 24 de junio de 2011, NL:HR:2011:BN3537; y de 21 de septiembre de 2012, NL:HR:2012:BT5858.

18 Sentencia de 6 de octubre de 2015, C-66/14, EU:C:2015:661.

19 Sentencia Groupe Steria, apartados 27 y 28.

20 Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 32 y 33.

61. Para que ese trato dispar sea compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, es menester que afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o que se justifique por razones imperiosas de interés general.[21] Aun si estuviese justificado, también es indispensable que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.[22]

B. Sobre el asunto C-398/16

62. Sintéticamente, el supuesto de hecho de partida consiste en una relación en la que intervienen tres sociedades del mismo grupo con residencia en varios Estados de la Unión. Por un lado, una sociedad sueca ha otorgado un préstamo con interés a una sociedad neerlandesa. Por otro, esta sociedad neerlandesa ha invertido el capital del préstamo en la adquisición de participaciones de una filial italiana.

63. La controversia surge porque la sociedad neerlandesa pretende deducir en su declaración del impuesto sobre sociedades el importe de los intereses adeudados a la sociedad del mismo grupo.

64. Con carácter general, el artículo 10a, apartado 2, de la Ley de 1969 impide la deducción cuando un préstamo se haya realizado entre empresas del mismo grupo (empresas asociadas). Sin embargo, cabe eludir esta limitación si esas empresas asociadas ejercen la opción de tributar como grupo consolidado o entidad fiscal única.

65. En derecho neerlandés la constitución de grupos consolidados se rige por los siguientes principios:

– Existe libertad de elección de las sociedades que van a formar el grupo consolidado.[23]

– Se restringe la posibilidad de constituir un grupo consolidado a las sociedades que sean residentes en los Países Bajos.[24]

66. La diferencia de trato deriva, tal como resulta del punto 2.8.3 del auto de reenvío, de que, si la sociedad filial estuviera establecida en los Países Bajos, habría podido incluirse en la unidad fiscal junto con la sociedad neerlandesa. En esas circunstancias, el artículo 10a de la Ley de 1969 no se aplicaría y los intereses del préstamo serían deducibles.

67. Así, la inversión para adquirir la totalidad del capital de una filial residente deviene más atractiva que para adquirir el de una filial no residente: los gastos financieros (intereses) del préstamo contraído para comprar las acciones o participaciones sociales son deducibles en el primer caso, pero no en el segundo.

68. ¿Estamos ante situaciones comparables? La respuesta afirmativa la ha proporcionado el Tribunal de Justicia, específicamente en relación con la misma legislación neerlandesa (artículo 15 de la Ley de 1969) que se aplica a estos dos reenvíos prejudiciales.

69. En la sentencia X Holding, el Tribunal de Justicia aseveró que «la situación de una sociedad matriz residente que desea constituir una unidad fiscal con una filial residente y la situación de una sociedad matriz residente que desea constituir una unidad fiscal con una filial no residente son objetivamente comparables a efectos de la finalidad de un régimen fiscal como el controvertido en el litigio principal,

21 Sentencias X Holding, apartado 20, y Groupe Steria, apartado 21.

22 Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 35.

23 Así lo indica el Gobierno de los Países Bajos en el punto 21 de sus observaciones.

24 Se exige también que sean aplicables las mismas normas en la determinación de la base imponible, pero este aspecto no es relevante en el asunto C-398/16, aunque sí en el asunto C-399/16.

en la medida en que ambas sociedades matrices pretenden beneficiarse de las ventajas de dicho régimen, el cual permite, en particular, consolidar en sede de la sociedad matriz los beneficios y las pérdidas de las sociedades integradas en la unidad fiscal y efectuar transacciones dentro del grupo con carácter fiscalmente neutro».[25]

70. La sentencia X Holding versaba sobre la deducibilidad, en la matriz, de las pérdidas de la sociedad filial, para lo que se tenía en cuenta el resultado de la filial en el conjunto del ejercicio. Aunque en este asunto la deducción pretendida no es idéntica,[26] estimo que también se dan dos situaciones objetivamente comparables, pues se trata de un gasto financiero soportado por la sociedad matriz, vinculado a su participación en la filial, haya o no consolidación.

71. Hay, además, un cierto paralelismo con el asunto Groupe Steria. Allí se juzgaba si la denominada «parte proporcional de gastos y cargas» (que representaba los costes a los que hacía frente la matriz por su participación en la filial) era deducible en el régimen de consolidación, del que estaban excluidas las filiales no residentes. Aquí el debate versa sobre otro gasto (los intereses del préstamo) en el que ha incurrido la matriz, para dirimir si su calificación como no deducible hace menos atractivo, en esa misma medida, el ejercicio de la libertad de establecimiento.

72. Así pues, desde la perspectiva del «enfoque por elementos concretos», al que alude el tribunal *a quo*, no creo que pueda negarse la comparabilidad de las situaciones y, por lo tanto, la diversidad del tratamiento otorgado a conductas tributarias análogas.

73. Comprobada la disparidad de trato ante situaciones objetivamente comparables, la atención debe centrarse en si concurre alguna razón imperiosa de interés general que la justifique. El órgano judicial de reenvío alude, en este sentido, a la coherencia del régimen neerlandés de consolidación fiscal.

74. El Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia Groupe Steria que, «para que una argumentación basada en tal justificación pueda prosperar, se exige que se demuestre una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida (sentencia [de 13 de marzo de 2014,] Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, apartado 69 y jurisprudencia citada)».[27]

75. No encuentro en el auto de reenvío ni en las alegaciones del Gobierno neerlandés motivos bastantes para aceptar esa justificación. En realidad, los argumentos de ese Gobierno[28] se circunscriben, más bien, a propugnar la aplicación «sin restricciones» de la sentencia X Holding, rechazando el «enfoque por elementos concretos». Y, al citar la sentencia Groupe Steria, invoca, sin más, la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados, cuestión que no desarrolla (no explica por qué, en este caso, se produciría el desequilibrio).

76. Para el asunto C-398/16, la invocación del Gobierno neerlandés de que el sistema de consolidación fiscal integra un paquete coherente de ventajas y desventajas es excesivamente genérica. No aporta, como acabo de decir, ningún dato concluyente de que, en lo que afecta de modo específico a la deducción de los intereses por el préstamo a una filial, se fracture la coherencia de aquel sistema.

25 Sentencia X Holding, apartado 24.

26 Ahora se atiende exclusivamente a un gasto (los intereses del préstamo) que no afecta al resultado de la filial, sino solo a la matriz, relacionado con la inversión en la adquisición de participaciones de la filial.

27 Sentencia Groupe Steria, apartado 31.

28 Apartados 52 a 55 de su escrito de observaciones, a cuyo contenido se remite (para el asunto C-398/16) el apartado 95 del mismo escrito.

77. Son más explícitas las observaciones de este Gobierno centradas en la lucha contra la evasión fiscal, como razón imperiosa de interés general (a la que, sin embargo, no se refiere el tribunal de reenvío en el apartado 2.8.6 de su auto). Explica que el propósito del artículo 10a de la Ley de 1969 es impedir la realización de montajes artificiales que no obedezcan a verdaderas causas económicas, sino que estén concebidos únicamente para eludir el pago de los tributos exigibles sobre los beneficios obtenidos en territorio neerlandés. [29]

78. En esta misma línea, el Gobierno neerlandés sostiene que admitir la posibilidad de elección por el contribuyente *a posteriori* equivaldría a primar la opción fiscal más favorable. Esta alegación, sin embargo, es muy sucintamente expuesta, en cuanto a los problemas relativos a la deducibilidad de los intereses del préstamo (se desarrolla algo más en lo que concierne a las pérdidas objeto del asunto C-399/16).

79. Una norma como la del artículo 10a, apartado 2, de la Ley de 1969, diseñada para luchar contra el fraude fiscal, podría, efectivamente, justificar ciertas restricciones a la libertad de establecimiento. [30] Como explica el Gobierno de los Países Bajos, mientras que los dividendos percibidos de una sociedad del grupo incrementan la base imponible, los intereses de un préstamo entre las mismas sociedades la disminuyen. Existe, pues, un cierto riesgo para la integridad de la base imponible y lo que se pretende es evitar que se «contrarresten» ingresos bajo la forma de préstamos generadores de intereses que, aparte de no integrarse en la base imponible de la perceptora, posibilitan disminuirla en el importe de esos intereses.

80. Además, el artículo 10a de la Ley de 1969 se aplica a las relaciones entre sociedades del grupo, con independencia de su residencia dentro o fuera de los Países Bajos. Por tanto, las dificultades no surgen como consecuencia de esta norma, pues, en el marco de la lucha contra la elusión fiscal, trata por igual a residentes y a no residentes.

81. Ahora bien, lo que desvirtúa esta explicación es que esa finalidad antielusión no afecte a las sociedades residentes que hayan ejercido la opción de tributar en régimen de consolidación fiscal. La lucha contra el fraude fiscal puede explicar, en efecto, la existencia de la norma, pero es difícil comprender por qué se proporciona un trato tan descompensado a las relaciones entre las sociedades del grupo según que se hayan acogido al régimen de consolidación fiscal o no. Mientras que los intereses de préstamos intragrupo, como regla general, no van a ser deducibles, independientemente de la residencia de las sociedades, para los grupos consolidados sí lo serán.

82. En un préstamo de una sociedad (matriz) neerlandesa a una filial neerlandesa, en un contexto de consolidación fiscal, los intereses serían deducibles para la primera. En cambio, hecho ese mismo préstamo por la matriz a una filial italiana, no cabe la consolidación y los intereses no son deducibles. Desde la perspectiva de la elusión fiscal, si lo que se busca es que no disminuya artificialmente la base imponible de la sociedad matriz en los Países Bajos, no se adivina el motivo por el que se tolera cuando sean sociedades solo neerlandesas y se impide si entra en juego una sociedad de un tercer Estado miembro: la misma elusión puede haber en un caso como en otro.

29 El artículo 10a, apartado 3, de la Ley de 1969 no excluye absolutamente la deducibilidad: permite la deducción si la sociedad afectada prueba que no es una construcción artificial sin relación con la realidad económica.

30 Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 51.

83. En suma, no creo que la lucha contra la elusión tributaria sea una razón imperiosa de interés general que permita validar la desigualdad de trato, ya que es precisamente el diseño de la consolidación fiscal en los Países Bajos lo que propicia una oportunidad de ventaja lícita para los grupos de sociedades residentes, mientras que la excluye respecto de los integrados por sociedades no residentes. [31]

84. Por lo demás, del mismo modo que podría detectarse si la concesión del préstamo entre la matriz y la filial residente encubre un montaje artificial, sin verdadera explicación económica, para disminuir injustificadamente la carga fiscal de la primera, [32] no veo por qué esa misma verificación no podría aplicarse a las relaciones con la filial no residente. Esa posibilidad de acreditar, en cada caso, la realidad económica subyacente es, sin más, rechazada *a priori* por una normativa que, simplemente, no la admite para las sociedades no residentes, a las que prohíbe formar parte del régimen de consolidación de grupos en los Países Bajos.

85. En fin, el Tribunal de Justicia ha ya declarado, entre otras, en la sentencia Euro Park Service, [33] que «el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se han producido o no efectivamente el fraude o la evasión fiscales, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscales [...]».

C. Sobre el asunto C-399/16

86. Antes de acometer el estudio de las cuestiones prejudiciales de este asunto, me parece oportuno hacer dos observaciones. La primera atañe al ámbito preciso de las diferencias negativas de cambio que afectan a las participaciones de la sociedad matriz en sus filiales no residentes, cuando una y otras operan en distintas divisas.

87. Considero, en este aspecto, acertada la matización que realiza el Gobierno de los Países Bajos al distinguir entre «pérdidas de cambio de la filial» y «pérdidas de cambio sobre la filial». Las primeras se refieren a las pérdidas derivadas de las inversiones efectuadas por la filial en divisa extranjera, que se reflejan en el resultado de dicha filial. En cambio, las «pérdidas de cambio sobre la filial» reducen, al menos desde la perspectiva contable, el valor de la inversión de la matriz en sus participaciones (en moneda extranjera) en la filial, y repercuten en el resultado de la matriz.

88. En este asunto, las pérdidas de cambio guardan relación directa con el valor de las participaciones y no con el resultado de las inversiones llevadas a cabo por la filial. Se trata, pues, de la segunda de las dos hipótesis apuntadas.

89. La segunda observación versa sobre el incremento o el decremento del valor de las participaciones que la matriz ostenta en el capital de la sociedad filial, susceptibles de verse afectadas por las variaciones en el tipo de cambio. Ese factor puede contemplarse desde dos enfoques: a) la evolución de ese valor mientras las participaciones se encuentran en el patrimonio de la matriz; y b) la diferencia de valor manifestada en el momento en el que las participaciones se transmiten, esto es, entre el valor de adquisición y el de transmisión.

31 Como ya he avanzado (punto 32), la Comisión pone de relieve, en esta línea, la falta de coherencia del sistema fiscal neerlandés que, si en principio aplica el artículo 10a de la Ley de 1969 tanto a las situaciones internas como a las transfronterizas, consiente a los grupos consolidados puramente nacionales escapar a la aplicación de esa regla antielusión.

32 Véase la nota 33.

33 Sentencia de 8 de marzo de 2017 (C-14/16, EU:C:2017:177), apartado 55.

90. No hay, a mi juicio, demasiada claridad sobre este extremo en el auto de reenvío: la primera pregunta prejudicial parece contemplar la hipótesis del cambio de manos de las participaciones, mientras que la tercera concierne al período en el que dichas participaciones permanecieron, sin ser transmitidas, en poder de la matriz.

91. Por tanto, para delimitar el debate adecuadamente, la respuesta a la primera pregunta habrá de atender a la pérdida de valor, derivada del tipo de cambio, cuando se transmiten las participaciones; la respuesta a la tercera, por el contrario, a su desvalorización mientras siguen en el patrimonio de la matriz, esto es, a la constatación meramente contable de la depreciación de las participaciones.

1. Sobre la primera pregunta prejudicial

92. A la vista de las observaciones de las partes, en especial de la demandante en el proceso principal, la controversia surge porque, en su opinión, la pérdida de cambio, puesta de relieve en el momento de la aportación de participaciones de A Holdings UK a su filial C, habría sido deducible si X NV hubiera podido integrar a la filial británica dentro de su grupo consolidado. [34]

93. La razón se halla en que el artículo 13 de la Ley de 1969 instaura la denominada «exención de la participación»: al determinar el beneficio de la sociedad, no se considerarán las ventajas derivadas de una participación ni los gastos soportados con ocasión de la adquisición o la cesión de esta participación. Esta regla, sin embargo, no es aplicable en caso de consolidación fiscal.

94. El tribunal de reenvío constata la disparidad de trato al indicar que una sociedad matriz establecida en los Países Bajos «no puede tener en cuenta las diferencias negativas de cambio en relación con el importe que ha invertido en una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que sí podría hacerlo en el caso de que la filial estuviera incluida en una unidad fiscal —con las características de la unidad fiscal neerlandesa— junto a la matriz establecida en [los Países Bajos], y ello como consecuencia de la consolidación en el seno de la unidad fiscal».

95. A primera vista, pues, se apreciaría una diferencia de trato apta para limitar el ejercicio de la libertad de establecimiento. Esa diferencia solo podría compatibilizarse con las disposiciones del TFUE reguladoras de esta libertad si afectase a situaciones que no sean objetivamente comparables o se justificara por una razón imperiosa de interés general.

96. El Hoge Raad (Tribunal Supremo) acude a tres vías de solución para el problema suscitado: a) que se aplique el régimen fiscal correspondiente a los establecimientos permanentes en el extranjero; b) que las sociedades filiales residentes actúen con una divisa funcional distinta del euro; y c) que no solo las pérdidas de cambio sean ignoradas en la determinación de la base imponible, sino también las posibles ganancias de cambio.

34 Aunque el punto 2.5 del auto de planteamiento se refiere a la posible integración de C en el grupo consolidado («en su caso»), la propia interesada limita la hipotética integración a A Holdings UK.

97. Me centraré en la última de esas tres vías, sin necesidad de acudir a las dos primeras. El órgano de reenvío invoca, a este respecto, con acierto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias Deutsche Shell [35] y X. [36] Sugiere, con apoyo en esa jurisprudencia, que la imposibilidad de deducir una diferencia negativa del tipo de cambio podría estar justificada por la circunstancia de que tampoco se tengan en cuenta las eventuales diferencias positivas del tipo de cambio. Esta posición [37] estaría respaldada por los apartados 38, 40 y 41 de la sentencia X y por las conclusiones de la abogada general Kokott presentadas en ese asunto. [38]

98. El litigio al que da respuesta la sentencia X versaba igualmente sobre la deducción de las minusvalías generadas, en el valor de las participaciones, por una pérdida derivada de la variación del tipo de cambio. La legislación sueca, si ciertamente impedía deducir las pérdidas derivadas del tipo de cambio cuando una matriz vendía, con minusvalías, sus participaciones en una filial no residente, tampoco gravaba las plusvalías obtenidas, por ese mismo concepto, de esas participaciones.

99. En esas circunstancias, afirmó el Tribunal de Justicia, «no se puede deducir de las disposiciones del Tratado FUE 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 gravados». De lo que infirió que «el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación fiscal de un Estado miembro que, en principio, exime del impuesto sobre sociedades 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». [39]

100. Si no interpreto mal la legislación neerlandesa a la que se refiere el auto de reenvío en este asunto, en lo que concierne a la «exención de la participación» y al resto de las normas aplicables a la tributación de las plusvalías y minusvalías generadas por la variación del tipo de cambio que afecte a las participaciones en filiales no residentes, estimo que le es aplicable la misma solución de la sentencia X.

101. Aunque en el asunto C-686/13, X, el conflicto se suscitaba en el marco de una relación entre la matriz y su filial fuera de un grupo consolidado, no encuentro inconveniente para extrapolar la sentencia dictada en aquel asunto a este. Lo decisivo, a mi juicio, es que las ganancias derivadas de la variación del tipo de cambio tampoco se incluyan en la base imponible del impuesto de sociedades, en circunstancias como las de autos. Es decir, por emplear los términos del tribunal de reenvío, que estemos ante un escenario «en el que no puedan tenerse en cuenta ni las diferencias positivas de cambio ni las diferencias negativas». [40]

102. Si eso es así —como parece propugnar el órgano jurisdiccional nacional al exponer su derecho interno y corrobora el Gobierno de los Países Bajos— la diferencia de trato dispensado a la pérdida de cambio del valor de las participaciones de la matriz en la filial no residente, cuando esta última no puede formar parte del grupo consolidado, no limita la libertad de establecimiento, por los mismos motivos que el Tribunal de Justicia ya expuso en la sentencia X.

35 Sentencia de 28 de febrero de 2008 (C-293/06, EU:C:2008:129).

36 Sentencia de 10 de junio de 2015 (C-686/13, en lo sucesivo, «sentencia X», EU:C:2015:375).

37 Apartado 2.9.5 del auto de reenvío: «las consideraciones que figuran en los apartados 2.9.1, 2.9.2 y 2.9.4 […] abogan en favor de la conclusión de que no se da un trato diferente a supuestos objetivamente comparables ni un obstáculo a la libertad de establecimiento, así como en favor del rechazo de la tesis de la interesada».

38 Conclusiones del asunto X (C-686/13, EU:C:2015:31).

39 Sentencia X, apartados 40 y 41. Previamente, en los apartados 36 a 39, el Tribunal Justicia había explicado por qué la respuesta dada en la sentencia de 28 de febrero de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), no era aplicable al asunto X.

40 Apartado 2.9.4 del auto de remisión.

103. La respuesta a esta pregunta prejudicial cierra el camino de acceso a las otras dos formuladas por el órgano jurisdiccional *a quo*. No obstante, las examinaré someramente y de forma conjunta (siguiendo el criterio del Gobierno neerlandés), por si el Tribunal de Justicia optara por contestar a la primera de manera afirmativa.

2. Sobre la segunda y la tercera preguntas prejudiciales

104. Si la sociedad matriz pudiera contar entre sus pérdidas las minusvalías de sus participaciones en filiales no residentes que deriven de la variación del tipo de cambio, el tribunal de reenvío quiere saber: a) si esa posibilidad se extiende a «las filiales (una o varias de las filiales), directas e indirectas, poseídas indirectamente por la matriz en cuestión través de la filial y establecidas en la Unión Europea»; y b) si cabe englobar solo las minusvalías que «se hayan manifestado en los ejercicios sobre los que versa el litigio» o también en otros ejercicios anteriores.

105. De los datos normativos que obran en autos, parece desprenderse que el régimen de consolidación instaurado por el derecho neerlandés ofrece la posibilidad de elegir las sociedades que se integran en el grupo (concebido como unidad fiscal) y las que no.[41] No habría, pues, en principio, razones para negar a las filiales no residentes lo que se permite a las residentes.

106. Ahora bien, el litigio principal no afecta sino a la integración de las pérdidas, por variaciones del tipo de cambio, correspondientes a las participaciones en una determinada filial no residente. De ahí que el contenido de la segunda pregunta sea más bien hipotético: lo que se debate es la posibilidad de la incorporación en el grupo consolidado de la filial británica y no de cualesquiera otras filiales, directas o indirectas. Planteada en esos términos, la pregunta deviene inadmisible.

107. Tampoco creo que el Tribunal de Justicia pudiera responder de manera útil a la tercera pregunta prejudicial. En realidad, ninguna de las partes del procedimiento le sugiere que lo haga directamente, sobre la base del derecho de la Unión. Incluso la sociedad demandante en el litigio principal (X NV) propugna que la solución a la duda se encuentra más bien en el derecho nacional, y no en el de la Unión, pues son las reglas internas las que disciplinan la noción de beneficio anual imponible.

108. Recordaré que, conceptualmente, podría distinguirse la pérdida de valor de las participaciones mientras permanecen en poder de A Holdings BV y la manifestada por su transmisión. La pregunta parece versar sobre la depreciación de las participaciones, en tanto que componentes del patrimonio social, por las variaciones del tipo de cambio.

109. Si la contabilidad ha de informar sobre la situación financiera de la empresa en una fecha precisa, la depreciación de las participaciones puede plasmarse, contablemente, con diversos criterios. En cuanto esas participaciones son elementos del activo de la sociedad inversora, el reflejo de su depreciación en las cuentas de la sociedad podrá realizarse, por ejemplo, llevando a cabo los ajustes correspondientes para dotar la pérdida por deterioro.

110. Cuando las participaciones se expresan en una divisa que no es la utilizada por la matriz, la evolución en el tipo de cambio podrá generar fluctuaciones económicas, más o menos permanentes. Ahora bien, para que estas oscilaciones tengan repercusión en la base imponible, a efectos del impuesto sobre sociedades, será, normalmente, necesario que constituyan una verdadera pérdida económica.

41 Véase la nota 23.

111. El Tribunal de Justicia no puede analizar si la constancia contable de la devaluación de las participaciones repercute en la fijación de la base imponible, según el derecho nacional. Compete al órgano judicial de reenvío, con arreglo a su normativa tributaria, dilucidar si se produjo una pérdida económica real con incidencia en los resultados de la sociedad matriz, bien únicamente en el año en el que se produjo la transmisión de las participaciones, bien en cada uno de los ejercicios precedentes. [42]

VI. Conclusión

112. A tenor de todo lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia responder al Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) de la siguiente manera:

«El artículo 49 TFUE:

– Se opone a una normativa nacional en virtud de la que una sociedad matriz domiciliada en un Estado miembro no puede deducir los intereses de un préstamo relacionado con un desembolso de capital en una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que sí podría disfrutar de esa deducción si se tratase de una filial residente en el mismo Estado miembro que la matriz.

– No se opone a una normativa nacional en cuya virtud una sociedad matriz establecida en un Estado miembro no puede deducir de sus beneficios las diferencias negativas (minusvalías) derivadas de las variaciones del tipo de cambio, en relación con el importe de sus participaciones en una filial establecida en otro Estado miembro, cuando esa misma normativa no gravaría, simétricamente, las ganancias (plusvalías) derivadas de aquellas variaciones».

42 En esta línea, véase por analogía la sentencia de 28 de febrero de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), apartados 24 y 25.