CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 14 de febrero de 2008 [1]

1. En el presente asunto el Bundesfinanzhof alemán (Tribunal Federal en materia tributaria), pregunta al Tribunal de Justicia si es compatible con los artículos 43 CE y 56 CE que una empresa alemana que obtiene ingresos procedentes de su actividad industrial y mercantil no pueda deducir las pérdidas de un establecimiento situado en otro Estado miembro al calcular sus beneficios porque, conforme al Convenio de doble imposición aplicable, los rendimientos de dicho establecimiento no están sometidos a tributación en Alemania.

Antecedentes de hecho del procedimiento principal

2. Conforme al Convenio germano-luxemburgués de doble imposición (en lo sucesivo, el «Convenio»), [2] los rendimientos obtenidos por un establecimiento permanente situado en uno de los Estados de una sociedad domiciliada en el otro Estado están sometidos a tributación en el primero de ellos. Si la sociedad tiene su domicilio en Alemania, los ingresos gravados en Luxemburgo deben ser excluidos de los ingresos sometidos a impuestos en Alemania. El Bundesfinanzhof indica que interpreta esta disposición en el sentido de que deben excluirse del impuesto alemán tanto las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en Luxemburgo como los beneficios obtenidos por ella. En lo sucesivo me referiré al Convenio así interpretado como la «medida controvertida».

3. Lidl Belgium GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «Lidl»), sociedad domiciliada en Alemania, desempeña su actividad mercantil, en particular a través de un establecimiento permanente situado en Luxemburgo. En 1999, ejercicio de autos, Lidl sufrió en este establecimiento pérdidas por valor de 163.382 DM (83.536 euros), que, en un primer momento, dedujo de los ingresos al objeto de determinar el importe total de la renta imponible. El Finanzamt

1 — Lengua original: inglés.

2 — Convenio entre el Gran Ducado de Luxemburgo y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición y para establecer normas de asistencia administrativa recíproca en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, y en materia del impuesto sobre actividades económicas y de la contribución territorial (en lo sucesivo, «Convenio germano-luxemburgués»), firmado en Luxemburgo el 23 de agosto de 1958 (BGBl. 1959 II, p. 1270).

(Oficina de Hacienda) denegó la deducción. El litigio ha sido sometido al Bundesfinanzhof, que plantea la cuestión reproducida anteriormente.

4. Han presentado observaciones escritas Lidl, los Gobiernos finlandés, francés, alemán, griego, neerlandés, sueco y del Reino Unido y la Comisión. Todos ellos, excepto el Reino Unido, y, además, el Finanzamt estuvieron representados en la vista.

Análisis

5. Todas las observaciones presentadas coinciden en afirmar que el artículo 43 CE (libertad de establecimiento) es la disposición pertinente, de forma que, tomando como base la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el artículo 56 CE (libre circulación de capitales) carece de pertinencia. [3] Comparto este criterio.

6. También coincido con Lidl y la Comisión en que, a primera vista, es contrario al artículo 43 CE el hecho de que una empresa establecida en un Estado miembro no pueda deducir las pérdidas de un establecimiento situado en otro Estado miembro al calcular sus beneficios porque, conforme al Convenio de doble imposición aplicable, los rendimientos de dicho establecimiento no están sometidos a tributación en el primero de dichos Estados.

7. Aunque Francia, Alemania, los Países Bajos y Suecia afirman que no se ha producido una infracción del artículo 43 CE, no puedo compartir su opinión. Una sociedad alemana con un establecimiento permanente en Luxemburgo que ha sufrido pérdidas recibe manifiestamente un trato menos favorable que una sociedad alemana con un establecimiento permanente situado en el propio país que haya sufrido pérdidas: en este caso las pérdidas se computan al calcular los beneficios de la sociedad, en aquél, no. Esto basta para aplicar el artículo 43 CE. [4] Lo que debe analizar este Tribunal es si la medida controvertida puede, no obstante, estar justificada y, en particular, i) si los motivos de justificación aceptados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Marks & Spencer [5] en el contexto de la deducción de pérdidas sufridas por

3 — A este respecto, el Gobierno francés manifiesta su criterio de otra forma, al afirmar simplemente que el análisis y la justificación es la misma en ambos casos.

4 — Si se precisa un argumento de autoridad, puede encontrarse en las sentencias de 14 de diciembre de 2000, AMID (C-141/99, Rec. p. I-11619), apartados 21 a 23, y de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Rec. p. I-10451), apartado 53.

5 — Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, Rec. p. I-10837).

una *filial* es aplicable en el contexto de la deducción de pérdidas sufridas por un *establecimiento permanente* y ii) de ser así, si la medida controvertida es proporcional.

8. En la sentencia Marks & Spencer el Tribunal de Justicia declaró que la normativa de un Estado miembro que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas por una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que lo permite en el caso de pérdidas sufridas por una filial residente constituye una restricción de la libertad de establecimiento contraria los artículos 43 CE y 48 CE. Sin embargo, el Tribunal de Justicia entendió que esta restricción estaba justificada por motivos relativos i) al interés en salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria, ii) al riesgo de que las pérdidas fueran objeto de una doble imputación y iii) al riesgo de evasión fiscal, siempre, claro está, que la medida restrictiva no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

9. Lidl, Alemania y la Comisión señalan [6] que estos motivos de justificación no se aplican a la normativa que restringe la posibilidad de deducir las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente. Finlandia, Francia, Grecia, los Países Bajos (subsidiariamente) y el Reino Unido afirman esencialmente que la situación de los establecimientos permanentes es análoga a la de las filiales domiciliadas en el extranjero; por consiguiente, no es preciso distinguirla de la situación que dio lugar a la sentencia Marks & Spencer.

10. En ese asunto, el Tribunal de Justicia comenzó su análisis de los tres motivos de justificación afirmando que, para apreciar si está justificado que la consolidación fiscal se limite a las pérdidas sufridas por las sociedades residentes, «había que examinar las consecuencias de la extensión incondicional de una ventaja como [la consolidación]». [7] En este contexto el Tribunal consideró y aceptó (sometiéndolos a dos requisitos que reflejaban la necesidad de proporcionalidad) los tres motivos de justificación invocados por el Reino Unido y los demás Estados miembros que habían presentado observaciones. No veo razón alguna para no adoptar el mismo criterio cuando se trata de analizar si una medida que limita la posibilidad de deducir las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente de una sociedad residente a las pérdidas sufridas por sus establecimientos permanentes residentes es compatible con el Tratado. Desde el punto de vista de la sociedad, la posibilidad de deducir las pérdidas de una filial no residente a través de la consolidación fiscal es claramente análoga a la posibilidad de deducir las pérdidas de un establecimiento permanente no residente. De hecho, la finalidad del régimen de consolidación fiscal es evitar penalizar a las empresas

6 — Al menos en el contexto de algunas alegaciones.

7 — Apartados 40 y 41.

que, en vez de crear sucursales, deciden desarrollar su actividad constituyendo sociedades filiales. [8]

11. Una cuestión distinta es la de si a una situación en la que interviene un establecimiento permanente y no una filial pueden aplicarse alguno o todos [9] los motivos de justificación.

12. Por lo que se refiere al primer motivo de justificación, opino que el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría requerir que a las actividades económicas del establecimiento permanente en un Estado miembro de una sociedad domiciliada en otro se les aplique únicamente la normativa tributaria del primer Estado, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas. [10] El Estado miembro afectado en el asunto Marks & Spencer (el Reino Unido) no reclamaba el derecho a gravar las filiales no residentes de sociedades residentes. En el presente asunto, el Estado miembro afectado tendría derecho, de no existir el Convenio, a gravar los establecimientos permanentes situados fuera de sus fronteras, pero renunció a este derecho eximiendo del impuesto los beneficios obtenidos por tales establecimientos. El efecto es el mismo. Como afirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia Marks & Spencer, «dar a las sociedades la facultad de optar entre el Estado miembro de establecimiento y otro Estado miembro para que se tengan en cuenta sus pérdidas pondría en grave peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ya que la base imponible aumentaría en el primer Estado y disminuiría en el segundo por el valor de las pérdidas transferidas». [11] De forma similar, en el presente asunto el hecho de que Alemania acepte la deducción de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente de una sociedad alemana situado en Luxemburgo, mientras que, al mismo tiempo, renuncia al derecho a gravar los beneficios obtenidos por dicho establecimiento supondría una ruptura de la simetría entre sujeción al impuesto y desgravación acordada por Alemania y Luxemburgo y reflejada en el Convenio.

13. Respecto al segundo motivo de justificación, en la sentencia Marks & Spencer el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros deben ser capaces de combatir el riesgo de doble imputación de las pérdidas, que dicho riesgo existe cuando la consolidación fiscal se amplía a las pérdidas de las filiales no residentes y que la forma de eliminarlo es una norma que excluya la compensación de dichas pérdidas. [12]

14. De nuevo no veo razón alguna para no aplicar este principio a supuestos como el

8 — Véase el punto 16 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Poiares Maduro en el asunto Marks & Spencer.

9 — Más adelante se analiza el extremo de si los tres motivos de justificación deben concurrir acumulativamente.

10 — Sentencia Marks & Spencer, apartado 45.

11 — Apartado 46.

12 — Apartados 47 y 48.

del asunto principal. Se trata claramente de evitar que las mismas pérdidas se imputen dos veces. Si acaso, el riesgo es mayor en el caso de pérdidas sufridas por un establecimiento permanente que continúa su actividad mercantil que en el de pérdidas sufridas por filiales que han sido transferidas a terceros o han cesado su actividad (como sucedía en el asunto Marks & Spencer). En el primer supuesto, si las pérdidas pueden imputarse en el Estado miembro del domicilio de la sociedad, existe el riesgo de que sean imputadas de nuevo en el Estado miembro del establecimiento permanente tan pronto como el establecimiento permanente obtenga beneficios, sin que el Estado miembro de residencia de la sociedad tenga la posibilidad de recuperar el beneficio concedido. En efecto, de la respuesta dada por el representante de Lidl a una pregunta formulada por el Juez Ponente en la vista, se desprende que las pérdidas que dieron lugar a la resolución de remisión se han destinado a compensar los beneficios obtenidos en Luxemburgo. [13] Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Marks & Spencer, los Estados miembros deben ser capaces de combatir el riesgo de doble imputación de las pérdidas y la forma de eliminarlo es una norma que excluya la compensación de dichas pérdidas. [14]

15. En cuanto al tercer motivo de justificación, basado en el riesgo de evasión fiscal, en la sentencia Marks & Spencer el Tribunal de Justicia declaró que ha de reconocerse que la posibilidad de transferir las pérdidas de una sociedad no residente a una sociedad residente conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor. A diferencia de lo que sucede en el caso de las filiales, en el que es posible imaginar que la transferencia de pérdidas se organice sistemáticamente dentro del grupo de sociedades y las pérdidas se imputen directamente sólo a las sociedades del grupo establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados, [15] en el caso de establecimientos permanentes es evidente que su objetivo no es «buscar el foro más favorable» si la sociedad residente en un Estado miembro puede deducir las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro. Ello se debe a que, como señala la Comisión, las medidas que permiten la «transferencia» de pérdidas desde un establecimiento permanente, como opuesto a una filial, no son necesarias ni teóricamente posibles: las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente son pérdidas de la sociedad «matriz» contribuyente. Por consiguiente, las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente residente pueden ser deducidas directa e inmediatamente. La única diferencia entre una situación en que tanto la sociedad como el establecimiento son residentes y el presente asunto radica en el reparto de la facultad tributaria entre Estados miembros: si el establecimiento permanente está establecido en otro Estado miembro con el que se ha celebrado un convenio de doble imposición,

13 — Puesto que las pérdidas correspondían al ejercicio de 1999, pero hasta 2003 no pudieron ser imputadas en Luxemburgo, Lidl seguía sufriendo la desventaja de no poder deducir sus pérdidas de los beneficios obtenidos en Alemania en un momento anterior. El aspecto de la tesorería se analiza más adelante, en el marco del examen de la proporcionalidad.

14 — Apartados 47 y 48.

15 — Aunque puede señalarse que la elusión de impuestos a través de tal «tráfico de pérdidas» no parece haber tenido relevancia en el asunto Marks & Spencer, que únicamente se refería a la transferencia vertical de las pérdidas, desde la sociedad filial a la matriz.

como sucede en el presente asunto, este Estado es el único facultado para gravar los ingresos del establecimiento permanente de que se trate. Ello no es óbice para que las pérdidas correspondan a la sociedad contribuyente, reduciendo directamente sus ingresos imponibles en el Estado de residencia. La facultad tributaria del otro Estado simplemente crea un segundo elemento de conexión con las mismas pérdidas y, consiguientemente, el riesgo de que se produzca una doble deducción. Por consiguiente, en asuntos como el presente considero que el tercer motivo de justificación indicado en la sentencia Marks & Spencer no añade nada al primero y al segundo.

16. Por lo tanto, coincido, entre otros, con Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, los Países Bajos, Suecia, el Reino Unido y la Comisión en que el hecho de que una normativa nacional que limite la posibilidad de que una sociedad deduzca las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro puede estar justificado, en primer lugar, por la necesidad de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros interesados y, en segundo lugar, por el riesgo de que las pérdidas sean objeto de una doble imputación.

17. En su resolución de remisión, el Bundesfinanzhof señala que no resulta claro si el Tribunal de Justicia consideró que los tres motivos de justificación indicados en la sentencia Marks & Spencer son acumulativos, de forma que deban concurrir los tres.

18. Es cierto que, en la sentencia Marks & Spencer, el Tribunal de Justicia se refirió a «estos tres motivos de justificación vistos en su conjunto», lo que podría apoyar este punto de vista. Sin embargo, en la sentencia dictada en el asunto N, el Tribunal de Justicia declaró que «la preservación del reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia», sin hacer referencia a otros motivos. [16] En la sentencia dictada en el asunto Oy AA, el Tribunal de Justicia aceptó que la normativa de un Estado miembro, que impide a una filial residente en su territorio deducir de sus rendimientos imponibles una transferencia financiera a su sociedad matriz a no ser que la sociedad matriz esté establecida en el mismo Estado miembro, puede estar justificada por dos de los tres motivos indicados en la sentencia Marks & Spencer, en concreto, el primero y el tercero. [17] Y, en la sentencia dictada en el asunto Amurta, el Tribunal de Justicia, tras señalar que no se había alegado que concurrieran los motivos segundo y tercero de justificación reconocidos en la sentencia Marks & Spencer, sin embargo, analizó (y desestimó) una alegación basada en la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. [18] Por tanto, parece que los tres motivos de justificación no tienen por qué aplicarse conjuntamente en un caso concreto. En mi opinión, la

16 — Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (C-470/04, Rec. p. I-7409), apartado 42.

17 — Sentencia de 18 de julio de 2007 (C-231/05, Rec. p. I-6373), apartados 51 a 60.

18 — Sentencia de 8 de noviembre de 2007 (C-379/05, Rec. p. I-9569), apartados 57 a 59.

normativa controvertida en el procedimiento principal puede ampararse, en principio, en los motivos primero y segundo de justificación reconocidos en la sentencia Marks & Spencer, esto es, la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la de evitar el riesgo de doble imputación de las pérdidas.

19. Para que una medida restrictiva esté justificada, debe respetar, además, el principio de proporcionalidad, en el sentido de que ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo.

20. En el presente asunto nada indica que la medida controvertida no sea adecuada para alcanzar los objetivos mencionados anteriormente. En cambio, no puedo aceptar que no excede de lo necesario para alcanzarlos o, en otras palabras, que no se podía llegar al mismo resultado con medidas menos restrictivas.

21. El Tribunal de Justicia ha declarado que la observancia del principio de proporcionalidad es especialmente importante cuando una normativa nacional excluye el trato nacional, de manera absoluta, a las operaciones transfronterizas. [19] En una situación en la que la normativa nacional controvertida es, por definición, considerablemente restrictiva, es tanto más importante examinar cuidadosamente si sus objetivos no pueden alcanzarse recurriendo a medidas menos restrictivas.

22. En el presente asunto, la medida controvertida impide a una sociedad imputar a sus beneficios las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro. Tal medida tiene como efecto que, en determinadas circunstancias, una sociedad tendrá que tributar por una cantidad superior al total de sus beneficios netos. Considero que esto es un medio manifiestamente desproporcionado para alcanzar los objetivos de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros y de evitar el riesgo de doble imputación de las pérdidas.

23. Además, es evidente que existen medidas menos restrictivas. Es sabido que, antes de 1999, la normativa alemana [20] permitía expresamente a las sociedades deducir las pérdidas sufridas por sus establecimientos permanentes situados en otro Estado miembro en la medida en que fueran superiores a los beneficios obtenidos por el establecimiento permanente y sin perjuicio de una rectificación posterior en el caso de que, en alguno de

19 — Sentencia de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-334/02, Rec. p. I-2229), apartado 28.

20 — Artículo 2a, apartado 3, de la Einkommensteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la Renta) de 1997 (BGBl. 1997 I, p. 821).

los ejercicios tributarios consecutivos posteriores, el establecimiento permanente obtuviera beneficios.

24. Tal norma, que permitía la deducción de las pérdidas al mismo tiempo que estipulaba la recuperación de la deducción de las pérdidas en años consecutivos en los que se hubieran obtenido beneficios, sería manifiestamente una medida menos restrictiva para evitar el riesgo de doble imputación de las pérdidas que una medida que excluye completamente la deducción de tales pérdidas. Aunque la norma de deducción y recuperación implica una pérdida de simetría y, por tanto, no alcanza completamente el objetivo de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros, esta asimetría es meramente temporal cuando el establecimiento permanente obtiene, posteriormente, beneficios. Además, se puede establecer la recuperación automática de las cantidades previamente deducidas si la recuperación no se ha producido después de, por ejemplo, cinco años, o si el establecimiento permanente desaparece como tal. [21]

25. Tal régimen de deducción y recuperación es indiscutiblemente menos restrictivo del derecho fundamental de establecimiento del sujeto pasivo que una prohibición absoluta de deducir de los beneficios de una sociedad las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro. Al mismo tiempo, también es más adecuado para alcanzar los objetivos de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la facultad tributaria entre los Estados miembros y de evitar el riesgo de doble imputación de las pérdidas. Considero que de esta manera se atiende manifiestamente mejor a la necesidad de proporcionalidad que con la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Marks & Spencer.

26. En la sentencia Marks & Spencer el propio Tribunal de Justicia declaró que la medida restrictiva (exclusión de la consolidación fiscal las pérdidas sufridas por filiales no residentes) iba más allá de lo necesario para alcanzar lo esencial de los objetivos perseguidos cuando se hubieran agotado las posibilidades de tomar en cuenta las pérdidas incurridas en el Estado de residencia de la filial. [22] Por consiguiente, aunque la sentencia es extremadamente lacónica a este respecto, puede partirse de la base de que el Tribunal de Justicia consideró que, en otras circunstancias, la medida restrictiva habría sido proporcionada.

27. Sin embargo, no debemos olvidar que las pérdidas de que se trataba en el asunto Marks & Spencer habían sido sufridas por filiales que habían sido liquidadas o vendidas. Por

21 — Como se sugiere en la propuesta de directiva del Consejo relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estados miembros, COM(90) 595 final; propuesta de la Comisión, de 24 de enero de 1991 (DO C 53, p. 30): véanse los artículos 5 a 8 y la memoria explicativa.

22 — Apartado 55. El Tribunal de Justicia lleva a cabo una comprobación doble: que se haya agotado la posibilidad de tener en cuenta las pérdidas sufridas en el período impositivo correspondiente y en ejercicios anteriores, y que «no exista la posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros».

consiguiente, no había ninguna posibilidad (al menos en el primer caso) de recuperar posteriormente la eventual deducción de las pérdidas. [23] Posiblemente, en estas circunstancias es comprensible que el Tribunal de Justicia limitara su respuesta como lo hizo y no completara su análisis examinando en detalle si las desventajas de tesorería que supone trasladar las pérdidas a ejercicios posteriores en lugar de imputarlas inmediatamente no constituía una forma excesivamente restrictiva de alcanzar el objetivo perseguido.

28. Por el contrario, en casos como el presente, que se refieren a un establecimiento permanente que sigue operando, no puede aducirse que la posibilidad de imputar las pérdidas en el Estado del establecimiento permanente sea una alternativa aceptable a conceder la deducción en el Estado de residencia de la sociedad. Aunque la pérdida que se impute se compense posteriormente, la sociedad habrá sufrido, por definición, una desventaja de tesorería en el ínterin.

29. El Tribunal de Justicia es plenamente consciente de la importancia de la tesorería para las empresas. Ha declarado repetidamente que excluir la ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras que se acepta en una situación equivalente sin tales elementos constituye una restricción de la libertad de establecimiento. [24] En efecto, así lo destaca con especial ahínco en la sentencia Marks & Spencer. En ella lo explica señalando que, al acelerar la liquidación de pérdidas de las sociedades deficitarias por medio de su imputación inmediata a los beneficios de otras sociedades de su grupo, la consolidación fiscal controvertida confiere al grupo de sociedades una ventaja de tesorería. La exclusión de esta ventaja en el caso de las pérdidas sufridas por una filial establecida en otro Estado miembro puede suponer para la sociedad matriz un obstáculo al ejercicio de su libertad de establecimiento, al disuadirla de crear filiales en otros Estados miembros. Por tanto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento. [25]

30. Esta declaración se hizo en el contexto (previo desde el punto de vista del análisis) de si la imposibilidad de deducir pérdidas sufridas en otro Estado miembro constituía una restricción contraria al artículo 43. Parece anómalo que, habiendo aceptado claramente las consecuencias potenciales de denegar la ventaja de tesorería y habiendo calificado (acertadamente), a primera vista, esta negativa de infracción del artículo 43 CE, el Tribunal de Justicia no examinara también

23 — En las conclusiones que presentó en el asunto Oy AA, citadas en la nota 16, la Abogado General Kokott opinaba que, en el asunto Marks & Spencer, la apreciación de la proporcionalidad tuvo en cuenta el carácter excepcional de la situación (apartados 70 y 71). Comparto su criterio.

24 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (C-397/98 y C-410/98; Rec. p. I-1727), apartados 44, 54 y 76; de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartados 36 a 38; el auto de 8 de junio de 2004, De Baeck (C-268/03, Rec. p. I-5961), apartado 24; las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753), apartados 96, 97, 153 y 154, y de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz (C-347/04, Rec. p. I-2647), apartado 29.

25 — Apartados 32 a 34.

expresamente si, en el supuesto de que la restricción estuviera justificada a primera vista, la denegación de la ventaja de tesorería, consecuencia inevitable de ella, era desproporcionada.

31. Alemania, Suecia y el Reino Unido alegan que considerables dificultades prácticas impiden aplicar un sistema que permita la deducción de las pérdidas en combinación con la recuperación de la deducción de las pérdidas. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, al parecer la anterior normativa alemana establecía tal régimen: en efecto, Lidl y la Comisión han afirmado, sin ser contradichas a este respecto, que, desde 1969 [26] y hasta su derogación, en 1999, [27] estuvo en vigor en Alemania una normativa que producía esencialmente el mismo efecto. Es más, conforme a una comunicación reciente de la Comisión, [28] actualmente cinco Estados miembros permiten la deducción de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, incluso aunque los beneficios estén exentos conforme a un convenio de doble imposición. Ante estos hechos es difícil tomar en serio la alegación de que grandes dificultades prácticas impiden adoptar tal régimen. [29] En cualquier caso, las dificultades prácticas no pueden justificar la violación de una libertad establecida en el Tratado. [30]

32. Por consiguiente, también estoy de acuerdo con Lidl, el Gobierno finlandés y la Comisión cuando afirman que la normativa nacional va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de evitar el riesgo de doble imputación de las pérdidas.

33. Por último, Alemania alega con carácter aún más subsidiario que, si el Tribunal de Justicia considerara que se había violado la libertad de establecimiento, debería limitar los efectos de la sentencia en el tiempo.

34. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las consecuencias financieras que podrían

26 — Artículo 2 de la Gesetz über steuerliche Massnahmen bei Auslandinvestitionen der deutschen Wirtschaft (Ley sobre medidas fiscales aplicables a las inversiones en el extranjero de la economía alemana) de 18 de agosto de 1969 (BGBl. 1969 I, pp. 1211 y 1214).

27 — Mediante la Steuerentlastungsgesetz (Ley de exenciones fiscales) 1999/2000/2002 de 24 de marzo de 1999 (BGBl. 1999 I, p. 402).

28 — Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo — Consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo [COM(2006) 824 final, 19 de diciembre de 2006]; véase el punto 2.2(b)(2).

29 — Nótese que la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos indirectos y de los impuestos sobre las primas de seguros (DO L 36, p. 15; EE 09/01, p. 94), permite a los Estados miembros recabar de las autoridades competentes de otros Estados miembros todas las informaciones necesarias para la liquidación correcta del impuesto de sociedades.

30 — El apartado 29 de la sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 19, se remite al apartado 30 de las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en el que éste señala que «una vez comprobado que el objetivo perseguido puede ser satisfecho con otros instrumentos, el principio de proporcionalidad impide que meras dificultades de administración se erijan en razones absolutas para legitimar un trato discriminatorio que, por ser contrario a las mencionadas libertades, necesita importantes argumentos para ser lícito.». Véase asimismo la sentencia Test Claimants in the FII Group Litigation, citada en la nota 23, apartados 155 a 157.

derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esa sentencia y que dicha limitación únicamente puede imponerse en circunstancias muy determinadas, en concreto a) cuando exista un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y b) sea patente que los particulares y las autoridades nacionales han sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que han contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión. [31]

35. En el presente asunto, coincido con Lidl en que no se cumple el segundo de estos requisitos acumulativos. No puedo aceptar que quepa afirmar de manera plausible que, al derogar su normativa anterior y poner de nuevo en vigor la medida controvertida, Alemania había sido incitada a observar tal conducta en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance del artículo 43 CE. Ya en 1999 el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional que, en esencia, deniega a las sociedades de consorcio la consolidación de las pérdidas si la mayor parte de sus filiales tienen su domicilio en otros Estados miembros es contraria al artículo 43 CE [32] y que la libertad de las sociedades que hacen uso de su derecho de libre establecimiento para elegir hacerlo mediante la creación de filiales o sucursales (establecimiento permanente) no puede verse limitada por disposiciones fiscales discriminatorias. [33] Además, la propuesta de directiva del Consejo relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estados miembros, [34] que data de 1991, aclara el punto de vista de la Comisión: las legislaciones nacionales que no permiten que las empresas asuman las pérdidas de sus establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros son incompatibles con el mercado común. [35]

36. Por consiguiente, no estoy convencida de que, en el presente asunto, exista alguna justificación para limitar los efectos temporales de la sentencia.

31 — Véase, en último lugar, la sentencia de 18 de enero de 2007, Brzeziński (C-313/05, Rec. p. I-513), apartados 57 y 58.

32 — Véase la sentencia de 16 de julio de 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695).

33 — Sentencia de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartado 22.

34 — Citada en la nota 21.

35 — Véase el primer considerando y el punto 1 de la memoria explicativa.

Conclusión

37. A la luz de lo anterior, opino que el Tribunal de Justicia debería responder a la cuestión planteada por el Bundesfinanzhof del siguiente modo:

No es compatible con el artículo 43 CE que un Estado miembro impida que una sociedad, al calcular sus beneficios imponibles, deduzca las pérdidas de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro porque, conforme al convenio de doble imposición aplicable, los rendimientos de dicho establecimiento no están sometidos a tributación en el primer Estado miembro.