Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTHONY MICHAEL COLLINS
presentadas el 10 de marzo de 2022 [1]

Asunto C-538/20

Finanzamt B
contra
W AG,
con intervención de:
Bundesministerium der Finanzen (Ministerio de Hacienda)

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania)]

«Petición de decisión prejudicial — Artículos 43 CE y 48 CE — Libertad de establecimiento — Impuesto sobre sociedades — Impuesto sobre actividades económicas — Deducción de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en un Estado miembro y perteneciente a una sociedad situada en otro Estado miembro — Prevención de la doble imposición mediante la exención de los ingresos del establecimiento permanente no residente — Comparabilidad de las situaciones — Concepto de "pérdidas definitivas"»

I. Introducción

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania), se solicita al Tribunal de Justicia, en esencia, que decida si una sociedad matriz residente está facultada, en virtud del artículo 43 CE en relación con el artículo 48 CE, [2] para deducir de sus ingresos imponibles las pérdidas sufridas por su establecimiento permanente no residente que ha cesado en su actividad —lo que determina que esas pérdidas ya no se pueden tener en cuenta en el Estado en que está situado dicho establecimiento permanente no residente—, cuando las pérdidas y ganancias de dicho establecimiento no residente están exentas de tributación en el Estado de residencia de la sociedad matriz con arreglo a un convenio para evitar la doble imposición.

2. La petición se ha planteado en el contexto de un litigio entre una sociedad domiciliada en Alemania, W., y la Administración tributaria alemana en relación con la negativa por parte de esta a que, a efectos de determinar la deuda del impuesto sobre sociedades de W y la base imponible del impuesto sobre actividades económicas del ejercicio fiscal 2007 correspondiente a

[1] Lengua original: inglés.

[2] Actualmente, artículos 49 TFUE y 54 TFUE. Procede citar las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pues cuando sucedieron los hechos de que se trata en el procedimiento principal aún no había entrado en vigor el Tratado de Lisboa.

dicha sociedad, se tengan en cuenta las pérdidas definitivas [3] sufridas por su sucursal situada en el Reino Unido. En particular, se trata de aclarar si la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Bevola y Jens W. Trock [4] en relación con la comparabilidad objetiva de las situaciones de residentes y no residentes en cuanto a la posibilidad de deducir las pérdidas definitivas es trasladable al presente asunto, en el que la exención de los beneficios (y, simétricamente, de las pérdidas) de un establecimiento permanente no residente se deriva de un convenio bilateral para evitar la doble imposición y no, como sucedía en el asunto que dio lugar a la citada sentencia, de una disposición unilateral de Derecho nacional.

II. Marco jurídico

A. Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Alemania y el Reino Unido

3. El 26 de noviembre de 1964, la República Federal de Alemania y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte celebraron un Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio (en lo sucesivo, «Convenio»). [5]

4. El artículo III, apartado 1, del Convenio está redactado como sigue:

«Los beneficios industriales o comerciales de una empresa de uno de los territorios estarán sujetos a tributación solamente en dicho territorio, a no ser que la empresa ejerza actividades mercantiles en el otro territorio mediante un establecimiento permanente situado en este. Si desarrolla una actividad mercantil en este otro territorio mediante un establecimiento permanente situado en él, dichos beneficios se podrán someter a tributación en este otro territorio, pero solo en la medida en que sean imputables al mencionado establecimiento permanente.»

5. El artículo XVIII, apartado 2, letra a), del Convenio establece:

«En el caso de un residente en la República Federal, la deuda tributaria se determinará del siguiente modo:

a) A no ser que sean de aplicación las disposiciones de la letra b), se excluirá de la base imponible del impuesto aplicable en la República Federal todo rendimiento derivado de fuentes situadas en el Reino Unido, así como todo elemento patrimonial situado en el Reino Unido y que, de conformidad con este Convenio, pueda tributar en el Reino Unido, siempre que los rendimientos patrimoniales a que se refiere el artículo VIII, apartado 1, también estén excluidos solamente en la medida en que estén sujetos a tributación en el Reino Unido. No

[3] El Tribunal de Justicia explicó el concepto de «pérdidas definitivas» en su sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), en la que declaró que una normativa nacional que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de este, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes, constituye una restricción de la libertad de establecimiento que es susceptible de justificación por razones imperiosas de interés general. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que, en el caso de las pérdidas definitivas, la normativa allí controvertida iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos esenciales perseguidos. Respecto a un análisis detallado del concepto de «pérdidas definitivas», véanse las explicaciones formuladas en la respuesta a la tercera cuestión prejudicial.

[4] Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424), apartados 37 y 38.

[5] Convenio de 26 de noviembre de 1964 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, modificado por última vez el 23 de marzo de 1970, *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial Federal) (BGBl. 1966 II p. 358, BGBl. 1967 II p. 828 y BGBl. 1971 II, p. 45).

obstante, la República Federal se reserva el derecho a tener en cuenta, en la determinación de su tipo impositivo, los rendimientos y elementos patrimoniales excluidos de conformidad con lo anterior.

[…]»

B. Derecho alemán

6. El artículo 1 de la Körperschaftsteuergesetz (Ley del Impuesto sobre Sociedades; en lo sucesivo, «Ley del Impuesto sobre Sociedades»),[6] en su versión vigente en el momento de los hechos del litigio principal, establece:

«1. Están sujetas al impuesto por obligación personal las siguientes sociedades, comunidades de bienes y masas patrimoniales que tengan su dirección comercial o su domicilio social en el territorio nacional:

1) las sociedades de capital (en particular, las sociedades europeas, las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada);

[…]

2. La obligación personal de pago del impuesto sobre sociedades abarca todos los ingresos.

[…]»

7. El artículo 8, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en su versión vigente en el momento de los hechos del procedimiento principal, establece que todos los ingresos de un sujeto pasivo por obligación personal se considerarán producto de su actividad industrial o comercial.

8. El artículo 2, apartados 1 y 2, de la Gewerbesteuergesetz (Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas; en lo sucesivo, «Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas»),[7] en su versión vigente en la fecha de los hechos del litigio principal, presenta el siguiente tenor:

«1. [1]Toda actividad industrial o comercial que se ejerza en el territorio nacional estará sujeta al impuesto sobre actividades económicas. [2]Por actividad industrial o comercial se entenderá una empresa industrial o comercial en el sentido de la Einkommensteuergesetz [(Ley del Impuesto sobre la Renta; en lo sucesivo, "Ley del Impuesto sobre la Renta")]. [3]Se considerará ejercida en Alemania una actividad industrial o comercial cuando se mantenga en territorio alemán un establecimiento permanente para dicha actividad […].

2. [1]Las actividades ejercidas por las sociedades de capital (en particular, las sociedades europeas, las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada) […] se considerarán en todo caso y en su totalidad actividades industriales o comerciales.

[6] BGBl. 2002 I, p. 4144, en su versión modificada por última vez, durante el período objeto del procedimiento principal, por la Ley de 7 de diciembre de 2006 (BGBl. 2006 I, p. 2782).

[7] BGBl. 2002 I, p. 4167.

[…]»

9. Con arreglo al artículo 7, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas, en su versión en vigor en el momento de los hechos del procedimiento principal, beneficio comercial es el beneficio determinado con arreglo a las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta o de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, obtenido con una actividad industrial o comercial y que se ha de tener en cuenta para calcular los ingresos del período impositivo, incrementado y minorado en los importes que se mencionan en los artículos 8 y 9 de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas.

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

10. W es una sociedad anónima cuya sede principal y centro de dirección se encuentran en Alemania. Se dedica a la negociación de valores y su ejercicio económico termina el 30 de junio.

11. En agosto de 2004, W abrió una sucursal en el Reino Unido. Al no obtener ningún beneficio con ella, en febrero de 2007 decidió cerrarla. En el registro mercantil del Reino Unido consta que el cese de la actividad de la sucursal se consumó durante el primer semestre de 2007.

12. Debido al cierre, las pérdidas de la sucursal correspondientes a los ejercicios 2004/2005, 2005/2006 y 2006/2007 (años fiscales 2005, 2006 y 2007) ya no pudieron trasladarse a ejercicios posteriores en el Reino Unido a efectos de tributación. Por este motivo, la Administración tributaria del Reino Unido informó a W de que, en los ejercicios financieros 2007/2008 y sucesivos, ya no sería necesario presentar una declaración tributaria en relación con su sucursal.

13. W alegó que, «en virtud del Derecho de la Unión», las mencionadas pérdidas sufridas por su sucursal debían tenerse en cuenta como pérdidas definitivas al determinar sus ingresos imponibles en Alemania correspondientes al ejercicio fiscal 2007, a pesar de que los ingresos de la sucursal estaban exentos de tributación en Alemania en virtud del Convenio. La Finanzamt B (Oficina Tributaria B, Alemania) no admitió que se tuvieran en cuenta dichas pérdidas en la determinación de la deuda del impuesto sobre sociedades de W y en el cálculo de la base imponible del impuesto sobre actividades económicas correspondiente a esa sociedad en el referido ejercicio fiscal.

14. Mediante sentencia de 4 de septiembre de 2018, el Hessiches Finanzgericht (Tribunal de lo Tributario de Hessen, Alemania) estimó el recurso de W contra dicha decisión denegatoria. La Oficina Tributaria B recurrió en casación ante el órgano jurisdiccional remitente. El Bundesministerium der Finanzen (Ministerio Federal de Hacienda, Alemania) se personó en el procedimiento como coadyuvante en apoyo de las tesis de la Oficina Tributaria B.

15. El órgano jurisdiccional remitente considera que el recurso de casación es fundado con arreglo al Derecho alemán.

16. Respecto al cálculo del impuesto sobre sociedades, el órgano jurisdiccional remitente observa que, aunque W está sujeta al impuesto sobre sociedades por obligación personal con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, las pérdidas sufridas por su establecimiento permanente en el Reino Unido no pueden reducir la base imponible de dicho impuesto en virtud del artículo XVIII, apartado 2, letra a), del Convenio, que excluye de la base imponible del impuesto alemán todo rendimiento derivado de fuentes situadas en el Reino Unido

que pueda estar sujeto a tributación en este último Estado. Observa que, aunque el artículo III, apartado 1, del Convenio solo menciona expresamente los «beneficios industriales o comerciales», de conformidad con el artículo XVIII, apartado 2, letra a), del Convenio, los «ingresos negativos» (como las pérdidas alegadas por W) también se excluyen de la base imponible del Derecho alemán. Esto se ajusta a la jurisprudencia reiterada del órgano jurisdiccional remitente y al «principio de simetría». [8]

17. Respecto al cálculo del impuesto sobre actividades económicas, el órgano jurisdiccional remitente señala que, con arreglo al artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas, dicho impuesto se determina en función de las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Dado que, en virtud del Convenio, los ingresos de la sucursal de W en el Reino Unido, incluidos sus «ingresos negativos», están excluidos de la base imponible del impuesto sobre sociedades de W, las pérdidas de dicha sucursal están igualmente excluidas de la base imponible del impuesto sobre actividades económicas de W.

18. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si la libertad de establecimiento consagrada en los artículos 43 CE y 48 CE exige que las pérdidas definitivas sufridas por el establecimiento permanente de W en el Reino Unido se tengan en cuenta al calcular los ingresos imponibles de W en Alemania en el ejercicio fiscal 2007. Observa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aún no ha dado una respuesta suficientemente clara a la cuestión de si las pérdidas definitivas sufridas en otro Estado miembro por un establecimiento permanente no residente se deben tener en cuenta en el Estado miembro de la sociedad matriz cuando un convenio bilateral para evitar la doble imposición dispone la exención de los ingresos del establecimiento permanente no residente. Si se responde afirmativamente a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea aclarar también, en primer lugar, si la obligación de tener en cuenta las pérdidas definitivas también se aplica al cálculo del impuesto sobre actividades económicas y, en segundo lugar, conforme a qué criterios se ha de considerar si las pérdidas son definitivas. Asimismo, se pregunta acerca de la forma en que deben calcularse tales pérdidas definitivas.

19. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 43, en relación con el artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 49 [TFUE], en relación con el artículo 54 [TFUE]), en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad residente deducir de su beneficio imponible las pérdidas de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro cuando, por una parte, la sociedad ha agotado todas las posibilidades de deducción de dichas pérdidas ofrecidas por la legislación del Estado miembro en que está situado dicho establecimiento permanente y, por otra parte, ya no obtiene ingresos por medio de dicho establecimiento permanente, de modo que ya no existe ninguna posibilidad de que las pérdidas sean tomadas en consideración en ese Estado miembro (pérdidas “definitivas”), aun cuando las disposiciones de que se trata se refieren a la exención de pérdidas y ganancias en virtud de un convenio bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre ambos Estados miembros?

[8] De acuerdo con dicho principio, la exclusión de la posibilidad de considerar en Alemania las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en el Reino Unido es consecuencia de que los beneficios derivados de dicho establecimiento estén sujetos al impuesto del Reino Unido.

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial: ¿Debe interpretarse el artículo 43, en relación con el artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 49 [TFUE], en relación con el artículo 54 [TFUE]), en el sentido de que se opone también a las disposiciones de la [Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas] alemana que impiden a una sociedad residente deducir de su beneficio de explotación imponible pérdidas "definitivas" como las descritas en la primera cuestión prejudicial de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial: En el supuesto de cierre del establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, ¿pueden existir pérdidas "definitivas" como las descritas en la primera cuestión prejudicial, cuando existe la posibilidad, al menos teórica, de que la sociedad vuelva a abrir un establecimiento permanente en el Estado miembro de que se trate, con cuyos beneficios podrían, en su caso, compensarse las pérdidas anteriores?

4) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera y tercera: ¿Pueden considerarse también pérdidas "definitivas" como las descritas en la primera cuestión prejudicial, que deben ser tenidas en cuenta por el Estado de residencia de la sociedad matriz, aquellas pérdidas del establecimiento permanente que, con arreglo a la legislación del Estado en cuyo territorio está situado el establecimiento permanente, pudieron ser trasladadas al menos en una ocasión a un período impositivo posterior?

5) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera y tercera: ¿Está limitada la obligación de tomar en consideración las pérdidas "definitivas" transfronterizas por la cuantía de aquellas pérdidas que la sociedad habría podido aplicar en el Estado en que está situado el establecimiento permanente si no estuviera excluida en ese Estado la posibilidad de aplicar dichas pérdidas?»

20. Han presentado observaciones escritas W, los Gobiernos alemán, francés y finlandés y la Comisión Europea.

IV. Apreciación jurídica

A. Primera cuestión prejudicial

21. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, se opone a un régimen tributario de un Estado miembro que excluye la posibilidad de que una sociedad residente deduzca de sus ingresos imponibles, a efectos de calcular la deuda del impuesto sobre sociedades en dicho Estado miembro, las pérdidas definitivas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro cuando, con arreglo a un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre los dos Estados miembros, los beneficios y las pérdidas del establecimiento permanente no residente están exentos de tributación en el Estado de residencia.

22. Tras recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las pérdidas definitivas, derivada de la sentencia en el asunto Marks & Spencer,[9] el órgano jurisdiccional remitente observa que, en una sentencia dictada el 22 de febrero de 2017, aplicó los principios desarrollados por el Tribunal

[9] Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763). Véase la nota 3 de las presentes conclusiones.

de Justicia en su sentencia Timac Agro Deutschland,[10] a raíz de lo cual modificó su jurisprudencia anterior que se había basado en la sentencia Lidl Belgium del Tribunal de Justicia.[11] El Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario) se pregunta si puede continuar resolviendo conforme a su sentencia de 22 de febrero de 2017, habida cuenta de la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Bevola y Jens W. Trock,[12] que podría entenderse en el sentido de que, incluso en una situación como la presente, en que la justificación para no tener en cuenta las pérdidas definitivas se basa en el principio de simetría establecido en un convenio bilateral, una sociedad sujeto pasivo por obligación personal y que posee una sucursal no residente que ha sufrido pérdidas definitivas se halla en una situación comparable a la de una sociedad sujeto pasivo por obligación personal cuya sucursal residente ha sufrido pérdidas similares. No obstante, para algunos autores de la doctrina jurídica alemana, cuyos planteamientos comparte el Ministerio Federal de Hacienda, existe una diferencia esencial entre estos hechos y los del asunto Bevola y Jens W. Trock, pues en este último caso se trataba de una disposición unilateral de Derecho nacional. El órgano jurisdiccional remitente desea saber si el origen de la norma justifica una valoración diferente de la comparabilidad objetiva de ambas situaciones.

23. El órgano jurisdiccional remitente expone que, para alcanzar el objetivo de evitar la doble imposición en el caso de los rendimientos de establecimientos permanentes, en el artículo XVIII, apartado 2, letra a), del Convenio, los Estados contratantes eligieron el método de la exención, en virtud del cual, contrariamente al método de la imputación, la potestad tributaria se atribuye al Estado en el que está situado el establecimiento permanente, renunciando el Estado de residencia por completo a su potestad tributaria basada en su propia soberanía. Dado que, con arreglo al principio de simetría, dicha disposición también somete al método de la exención las pérdidas de los establecimientos permanentes, se infiere que el Convenio también pretende evitar la doble deducción de las pérdidas.

24. Para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, la libertad de establecimiento comprende el derecho a ejercer su actividad en otros Estados miembros por medio de una filial, sucursal o agencia.[13]

[10] Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829). Expongo un análisis más pormenorizado de dicha sentencia en el punto 35 de las presentes conclusiones.

[11] Sentencia de 15 de mayo de 2008 (C-414/06, EU:C:2008:278). El Tribunal de Justicia concluyó que el artículo 43 CE no se opone a que una sociedad establecida en un Estado miembro no pueda deducir de su base imponible las pérdidas de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, en la medida en que, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, los ingresos de dicho establecimiento se gravan en este último Estado miembro, en el que dichas pérdidas, en el contexto de la tributación de las rentas de dicho establecimiento permanente, pueden tomarse en consideración en ejercicios posteriores. El Tribunal de Justicia llegó a esta conclusión tras haber apreciado que el régimen fiscal controvertido, que permitía deducir tales pérdidas cuando las hubiese sufrido un establecimiento permanente residente, implicaba una restricción de la libertad de establecimiento que estaba justificada por razones imperiosas de interés general.

[12] Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424). Tal como voy a exponer con mayor detalle en el punto 42 de las presentes conclusiones, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia consideró que, por lo que respecta a las pérdidas definitivas atribuibles a un establecimiento permanente no residente, la situación de la sociedad residente titular de tal establecimiento no es distinta, a efectos del objetivo de evitar la doble deducción de las pérdidas, de la de una sociedad residente titular de un establecimiento permanente residente, aun cuando las situaciones de estas dos sociedades no son, en principio, comparables.

[13] Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 30.

25. Si bien las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libertad de establecimiento tienen por objeto, según su tenor, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, también se oponen a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación. [14]

26. Estas consideraciones se aplican también cuando, como sucede en el presente asunto, una sociedad establecida en un Estado miembro opera en otro Estado miembro a través de un establecimiento permanente. [15]

27. Cabe señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que las disposiciones que permiten tener en cuenta las pérdidas de un establecimiento permanente para determinar los beneficios y calcular la base imponible de la sociedad a la que pertenece ese establecimiento, constituyen una ventaja fiscal. [16]

28. La concesión de esa ventaja fiscal cuando las pérdidas proceden de un establecimiento permanente situado en el Estado miembro de la sociedad residente pero no cuando proceden de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro tiene como consecuencia que la situación tributaria de una sociedad residente con un establecimiento permanente en otro Estado miembro sea menos favorable que aquella en la que se encontraría si esta última entidad estuviera situada en el mismo Estado miembro que la sociedad residente. Esa diferencia de trato puede hacer que las sociedades residentes consideren menos atractivo ejercer su libertad de establecimiento mediante la creación de establecimientos permanentes en otros Estados miembros, de modo que puede constituir una restricción de la libertad de establecimiento. [17]

29. Es indudable que tal diferencia de trato se da en el presente caso. De la resolución de remisión se desprende que, con arreglo a las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades que tienen su dirección comercial o su domicilio social en Alemania tributan por el impuesto sobre sociedades respecto a la totalidad de sus rendimientos. En cambio, con arreglo al Convenio y al método de la exención que este establece, el Reino Unido tiene la facultad tributaria exclusiva sobre los rendimientos de los establecimientos permanentes residentes en él, que de este modo quedan exentos de tributación en Alemania. [18] De conformidad con el principio de simetría, las pérdidas sufridas por dichos establecimientos permanentes quedan excluidas de la base imponible del impuesto sobre sociedades adeudado por su sociedad matriz en Alemania. Por lo tanto, todos los intervinientes están de acuerdo en que, con arreglo a las disposiciones combinadas de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y del Convenio, una sociedad residente en Alemania no puede deducir las pérdidas sufridas por su establecimiento permanente situado en el Reino Unido, mientras que sí podría hacer tal deducción si su establecimiento permanente estuviera situado en Alemania.

[14] Sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 16 y jurisprudencia citada.

[15] Sentencias de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 20, y de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 17.

[16] Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartado 23, y de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 20.

[17] Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), apartados 24 a 26.

[18] No obstante, la República Federal de Alemania conserva el derecho a considerar dichos rendimientos en el cálculo del tipo impositivo allí aplicable.

30. Sin embargo, de acuerdo con una jurisprudencia reiterada, tal diferencia de trato no constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento cuando afecta a situaciones que no son objetivamente comparables o resulta justificada por una razón imperiosa de interés general y proporcionada a dicho objetivo. [19]

31. La incertidumbre que subyace a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere únicamente a la exigencia de comparabilidad objetiva. A este respecto, los Gobiernos alemán, francés y finlandés aducen que las situaciones de que se trata no son comparables. Invocando, en esencia, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Bevola y Jens W. Trock, W y la Comisión defienden la postura contraria.

32. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la comparación entre una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional aplicable. [20] En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente, el Gobierno alemán y la Comisión afirman que el artículo XVIII del Convenio va dirigido a evitar la doble imposición de los beneficios y, simétricamente, la doble deducción de las pérdidas.

33. Igualmente se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en principio, los establecimientos permanentes situados en un Estado miembro distinto del Estado miembro en cuestión no se encuentran en una situación comparable a la de los establecimientos permanentes residentes en este último Estado miembro en lo que atañe a las medidas previstas por este a fin de evitar o atenuar la doble imposición de los beneficios de una sociedad residente. [21]

34. Como acertadamente observa el Gobierno francés, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, solo es al contrario cuando, al someter a tributación los beneficios de los establecimientos permanentes no residentes o al permitir la deducción de sus pérdidas a la sociedad residente a la que pertenecen, [22] el régimen fiscal del Estado de residencia de esa sociedad equipara dichos establecimientos a los establecimientos permanentes residentes. [23]

35. A este respecto, quisiera remitirme, en particular, a la respuesta que dio el Tribunal de Justicia a la segunda cuestión prejudicial planteada en el asunto Timac Agro Deutschland. [24] Allí se preguntó al Tribunal de Justicia, en esencia, si el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen fiscal de un Estado miembro que, en el caso de que una sociedad residente transmita un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro a una sociedad no residente perteneciente al mismo grupo que la primera sociedad, excluye la posibilidad de que la sociedad residente compute las pérdidas del establecimiento transmitido en su base imponible cuando, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, [25] la competencia exclusiva para gravar los resultados de dicho establecimiento corresponde al Estado

[19] Sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 20 y jurisprudencia citada.

[20] Sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 32 y jurisprudencia citada.

[21] Véase, en este sentido, la sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 37 y jurisprudencia citada.

[22] Tal como evidencian las consideraciones expuestas en el punto 29 de las presentes conclusiones, no sucede así en el presente caso.

[23] Véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartado 24, y de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), apartado 28. Procede hacer remisión también al apartado 68 de la sentencia de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), donde el Tribunal de Justicia declaró que, «a partir del momento en que un Estado miembro, de modo unilateral o por vía convencional, sujeta al impuesto sobre la renta no solo a los accionistas residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de dichos accionistas no residentes se aproxima a la de los residentes».

[24] Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

[25] En dicho asunto, un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre la República Federal de Alemania y la República de Austria establecía la aplicación del método de la exención.

miembro en el que este está situado. El Tribunal de Justicia dio una respuesta negativa. En el apartado 65 de la sentencia, declaró que, «dado que la República Federal de Alemania no ejerce ninguna competencia fiscal sobre los resultados de [un] establecimiento permanente [situado en Austria], al no estar ya más autorizada en Alemania la deducción de sus pérdidas, la situación de [tal] establecimiento permanente […] no es comparable a la de un establecimiento permanente situado en Alemania en lo que atañe a las medidas previstas por la República Federal de Alemania a fin de evitar o atenuar la doble imposición de los beneficios de una sociedad residente».

36. A mi parecer, de la jurisprudencia citada en los puntos anteriores de las presentes conclusiones se desprende que el elemento decisivo para determinar que las respectivas situaciones de residentes y no residentes no son objetivamente comparables en cuanto al régimen fiscal de un Estado miembro (y, en particular, en cuanto a la posibilidad de deducir las pérdidas) es que el Estado miembro carece de competencia para someter a tributación a los no residentes. Es preciso hacer referencia, a este respecto, a las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Timac Agro Deutschland,[26] donde, remitiéndose a las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Miljoen y otros,[27] observó que «el elemento determinante para comparar las situaciones de contribuyentes residentes y no residentes al objeto de calificar una eventual restricción prohibida respecto del tratado, "es *no tanto el objetivo* de la legislación en cuestión […], *sino más bien* el hecho de que una normativa de un Estado miembro no puede establecer una diferencia de trato que tenga como *efecto práctico* que al final los no residentes soporten una *carga impositiva mayor* y que de esta forma pueda disuadirles de utilizar dicha libertad"», y que, «según esta metodología, es preciso examinar previamente si el Estado miembro interesado (en el caso de autos, el Estado de residencia de la sociedad matriz que pretende deducir las pérdidas de su establecimiento permanente situado en otro Estado miembro) está o no facultado para gravar la renta de que se trata».

37. Como señala el Gobierno alemán, el Tribunal de Justicia, en su más reciente sentencia AURES Holdings, ha confirmado el carácter decisivo de la ausencia de competencias fiscales al apreciar la comparabilidad de una situación transfronteriza con una situación interna en cuanto a la deducción de las pérdidas. Así, en el apartado 41 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia, remitiéndose por analogía al apartado 65 de la sentencia Timac Agro Deutschland,[28] declaró que, «si el Estado miembro de acogida carece de competencia fiscal en cuanto al período impositivo en el que se han producido las pérdidas de que se trate, la situación de una sociedad que ha trasladado su residencia fiscal a ese Estado miembro e invocado posteriormente en él las pérdidas sufridas con anterioridad en otro Estado miembro no es comparable a la de una sociedad cuyos resultados estaban sujetos a la competencia fiscal del primer Estado miembro con respecto al período impositivo en el que esta última sociedad sufrió pérdidas».[29]

[26] Conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:533), puntos 31 y 32; el subrayado es del Abogado General.

[27] Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en los asuntos acumulados Miljoen y otros (C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:429), punto 55.

[28] Sentencia de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829).

[29] Sentencia de 27 de febrero de 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127), apartado 41; véase también el apartado 45. Es justo admitir que las circunstancias de aquella sentencia eran diferentes de las del presente asunto. Sin embargo, a mi parecer, el elemento determinante de la ausencia de competencias fiscales, que el Tribunal de Justicia reconoció en dicha sentencia, es válido también en una situación como la del procedimiento principal. Procede señalar que, en sus conclusiones presentadas en el asunto AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2019:879), puntos 28 y 30, la Abogada General Kokott, además de sugerir el abandono del criterio de la comparabilidad, observó que, «en lo que respecta a la cuestión de la comparabilidad, hasta ahora el Tribunal de Justicia también ha atendido a si el Estado miembro en cuestión ejerce la potestad fiscal correspondiente».

38. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, coincido con los Gobiernos alemán, francés y finlandés en que, en relación con un régimen fiscal como el controvertido en el procedimiento principal, en el que un convenio bilateral para evitar la doble imposición aplica el método de la exención y somete a la potestad tributaria exclusiva del Estado miembro donde estén situados a los establecimientos permanentes no residentes que pertenezcan a una sociedad cuyo domicilio social se halle en otro Estado miembro, la situación de dichos establecimientos no es objetivamente comparable a la de los establecimientos permanentes residentes de la referida sociedad.

39. En consecuencia, la diferencia de trato entre estos dos grupos de establecimientos permanentes, descrita en el punto 29 de las presentes conclusiones, no constituye una restricción prohibida por las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento.

40. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si las anteriores conclusiones quedarían desvirtuadas a la luz de la postura sostenida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Bevola y Jens W. Trock. [30]

41. En mi opinión, procede dar una respuesta negativa a esta cuestión.

42. El asunto Bevola y Jens W. Trock [31] versaba sobre una normativa danesa que excluía la posibilidad de que una sociedad residente dedujera de su base imponible pérdidas de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro, aun cuando estas ya no pudieran deducirse en ese otro Estado miembro, a menos que la referida sociedad hubiera optado por un régimen de tributación conjunta internacional sujeto a estrictas condiciones. [32] En cambio, una sociedad residente sí hubiera podido practicar tal deducción si su establecimiento permanente se hubiese situado en Dinamarca. El Tribunal de Justicia consideró que dicha normativa establecía una diferencia de trato entre las sociedades danesas que poseían establecimientos permanentes en Dinamarca y las que poseían establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros, lo que podía hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de una sociedad danesa que crease establecimientos permanentes en otros Estados miembros. Respecto a la comparabilidad de las situaciones, tras recordar el principio proclamado en el punto 33 de las presentes conclusiones, el Tribunal de Justicia consideró, en el apartado 38 de la sentencia Bevola y Jens W. Trock, que, «no obstante, por lo que respecta a un establecimiento permanente no residente que ha cesado plenamente en sus actividades y cuyas pérdidas no han podido ser objeto de deducción de su beneficio imponible en el Estado miembro en que ejercía esas actividades ni puedan serlo ya, la situación de la sociedad residente titular de tal establecimiento no es distinta, a efectos del objetivo de evitar la doble deducción de las pérdidas, de la de una sociedad residente titular de un establecimiento permanente residente». [33]

43. La solución así adoptada por el Tribunal de Justicia podría entenderse aplicable a todos los casos en los que un establecimiento permanente no residente sufra pérdidas definitivas, con independencia de si la imposibilidad de deducir dichas pérdidas en el Estado de residencia de la

30 Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

31 Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

32 En virtud del artículo 8, apartado 2, de la Selskabsskatteloven (Ley danesa del Impuesto sobre Sociedades), en la base imponible no se incluirán ni los ingresos ni los gastos de un establecimiento permanente o de un bien inmueble situado en un país extranjero, en las Islas Feroe o en Groenlandia, salvo lo dispuesto en el artículo 31ª, apartado 1, de esa misma Ley. Con arreglo a esta disposición, la matriz última puede optar por el régimen de tributación conjunta internacional, es decir, decidir que tribute en Dinamarca el conjunto de sociedades, residentes y no residentes, del grupo, incluidos sus establecimientos permanentes y los bienes inmuebles, estén o no situados fuera de Dinamarca.

33 Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

sociedad matriz se debe a una disposición unilateral de Derecho nacional o a un convenio bilateral para evitar la doble imposición y de si el método aplicado para evitar la doble imposición es el método de la imputación [34] o el de la exención. Soy del parecer de que la interpretación de la sentencia en el asunto Bevola y Jens W. Trock propuesta por W y la Comisión en el presente asunto implicaría que el Tribunal de Justicia hubiese modificado sustancialmente sus planteamientos desarrollados en su anterior jurisprudencia.

44. Por mi parte, al igual que los Gobiernos alemán, francés y finlandés, considero que la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la sentencia Bevola y Jens W. Trock [35] es coherente con la postura que adoptó en el apartado 65 de su anterior sentencia Timac Agro Deutschland. [36]

45. En la sentencia Timac Agro Deutschland, [37] el Estado de residencia celebró un convenio bilateral para evitar la doble imposición, que aplicaba el método de la exención a los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente. De este modo, renunció a su facultad de someter a tributación los rendimientos de los establecimientos permanentes situados en el Estado de la fuente. En cambio, en la sentencia Bevola y Jens W. Trock, [38] el Estado de residencia optó unilateralmente, mediante una disposición de Derecho nacional, por no gravar los rendimientos generados por establecimientos permanentes no residentes que perteneciesen a sociedades residentes, aunque tenía la potestad de gravarlos.

46. Por lo tanto, solo en el primer caso puede considerarse que el Estado de residencia ha renunciado de forma efectiva y total a su facultad de gravar los rendimientos de los establecimientos permanentes no residentes. Como ya he expuesto, este elemento es determinante para apreciar que las situaciones de residentes y no residentes no son objetivamente comparables en cuanto al régimen fiscal de un Estado miembro, en particular en cuanto a la posibilidad de deducir las pérdidas.

47. Es cierto que, en el apartado 39 de la sentencia en el asunto Bevola y Jens W. Trock, [39] el Tribunal de Justicia observó también que «la normativa nacional controvertida, que pretende evitar la doble imposición de los beneficios y la doble deducción de las pérdidas de establecimientos permanentes no residentes, busca, en términos más generales, garantizar la correspondencia entre la tributación de las sociedades titulares de esos establecimientos y la capacidad contributiva de las mismas» y que «la capacidad contributiva de una sociedad titular de establecimientos permanentes no residentes que hayan incurrido en pérdidas definitivas resulta tan afectada como la de una sociedad cuyos establecimientos permanentes residentes hayan incurrido en pérdidas».

[34] De conformidad con el método de la imputación, a diferencia del método de la exención, ambos Estados conservan sus respectivas competencias tributarias. Así, los contribuyentes que obtienen rendimientos de procedencia extranjera tributan en su Estado de residencia por sus rendimientos mundiales, incluidos los rendimientos de procedencia extranjera, comprometiéndose el Estado de residencia únicamente a compensar el impuesto pagado en el Estado de la fuente con su propio impuesto correspondiente a los rendimientos de procedencia extranjera.

[35] Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

[36] También procede hacer referencia a las sentencias de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087) y de 27 de febrero de 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:12), esta última posterior a la dictada en el asunto Bevola y Jens W. Trock.

[37] Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829).

[38] Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

[39] *Ibid.*

48. Sin embargo, al igual que el órgano jurisdiccional remitente, no estoy convencido de que la capacidad contributiva (que, dicho sea de paso, no ha sido aludida por el órgano jurisdiccional remitente como uno de los objetivos del Convenio) sea un elemento determinante para apreciar si las situaciones de residentes y no residentes son objetivamente comparables en cuanto al régimen fiscal de un Estado miembro en un caso como el presente, en que, en virtud de un convenio bilateral para evitar la doble imposición y que aplica el método de la exención, dicho Estado miembro ha renunciado totalmente a su facultad para someter a tributación a los establecimientos permanentes no residentes, que quedan así sujetos a la competencia fiscal exclusiva del Estado miembro donde están situados. En este sentido, estoy de acuerdo con el órgano jurisdiccional remitente en que «el objetivo de tributación en función de la capacidad contributiva, al que se refiere la sentencia [en el asunto Bevola y Jens W. Trock [40]], es un principio general y abstracto en materia de tributación [y] no es adecuado para conferir al método de exención, establecido en el Convenio, una finalidad normativa adicional que no se refleje ya en los objetivos concretos de prevención de la doble imposición y de la doble imputación de las pérdidas».

49. Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, soy de la opinión de que, en ausencia de situaciones objetivamente comparables, un régimen fiscal como el controvertido en el procedimiento principal no constituye una restricción de la libertad de establecimiento. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda negativamente a la primera cuestión prejudicial, en el sentido de que el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, no se opone a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad residente deducir de su beneficio imponible las pérdidas de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro cuando dicha normativa exime las pérdidas y ganancias en virtud de un convenio bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre ambos Estados miembros.

50. Dada la respuesta que propongo a la primera cuestión prejudicial, no hay necesidad de que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones segunda a quinta, planteadas en caso de respuesta afirmativa a la primera. Sin embargo, en aras de la integridad y ante la posibilidad de que el Tribunal de Justicia adopte una postura diferente a la respuesta que propongo a la primera cuestión, voy a ocuparme de cada una de estas otras.

B. Segunda cuestión prejudicial

51. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 43 CE, en relación con el artículo 48 CE, se opone también a una normativa como la de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas, que impide a una sociedad residente deducir de su beneficio imponible las pérdidas de un establecimiento permanente no residente.

52. El órgano jurisdiccional remitente expone que el impuesto sobre actividades económicas es un impuesto real municipal que grava toda actividad industrial o comercial, siempre que se ejerza en el territorio nacional. Se percibe con independencia de las circunstancias personales del sujeto pasivo y adicionalmente al impuesto sobre la renta o al impuesto sobre sociedades. Con el impuesto sobre actividades económicas se quiso compensar a los municipios por las cargas específicas que la industria, el comercio y los oficios les suponen. Desde 1988, este impuesto se ha aplicado esencialmente a los beneficios de explotación, calculados como los beneficios, determinados con arreglo a la Ley del Impuesto sobre la Renta o a la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que se obtienen con una actividad industrial o comercial, sobre los que se aplican

[40] *Ibid.*

ciertos incrementos y minoraciones, en virtud de los artículos 8 y 9 de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas, respectivamente. En particular, el artículo 9, apartado 3, de la referida Ley establece que de la suma de los beneficios e incrementos se deducirá la parte del beneficio de explotación de una empresa nacional imputable a un establecimiento permanente extranjero de esta empresa.

53. El órgano jurisdiccional remitente expone que los rendimientos, ya sean positivos o negativos, de los establecimientos permanentes no residentes se excluyen de la base imponible del impuesto sobre actividades económicas, con independencia de si el convenio para evitar la doble imposición que sea aplicable ha elegido el método de la exención o el de la tributación o de si no existe convenio aplicable.

54. El órgano jurisdiccional remitente considera que, si la libertad de establecimiento exigiese que en el Estado miembro de la sociedad matriz se tuviesen en cuenta las pérdidas definitivas de los establecimientos permanentes no residentes para determinar la deuda del impuesto sobre sociedades, también habrían de tenerse en cuenta en la base imponible del impuesto sobre actividades económicas. No obstante, señala que la Administración tributaria alemana y ciertos autores se oponen a tal solución, para lo que se basan en que el impuesto sobre actividades económicas tiene un vínculo estructural con el territorio nacional y es un impuesto de carácter real. Además, la Oficina Tributaria B alega que en el Reino Unido no existe ningún impuesto real equiparable al impuesto sobre actividades económicas. Remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt,[41] aduce que el Derecho de la Unión no puede obligar a la República Federal de Alemania a cargar con las consecuencias de tal elección por el Estado donde se obtienen los rendimientos.

55. A mi parecer, si el impuesto sobre actividades económicas, como parece sugerir el órgano jurisdiccional remitente —extremo que a él corresponde determinar—, se asemeja a un impuesto sobre la renta, al margen de ciertas diferencias entre los beneficios de explotación y los beneficios sujetos al impuesto sobre sociedades,[42] una respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial también habría de conducir a una respuesta afirmativa a la segunda.

56. El hecho de que el impuesto presente un «vínculo estructural con el territorio nacional (principio de territorialidad)», utilizando la expresión del órgano jurisdiccional remitente, no desvirtúa, en mi opinión, la anterior valoración. Como acertadamente alega la Comisión, en una situación como la descrita en la primera cuestión prejudicial, la situación de la sociedad matriz residente en cuanto al impuesto sobre actividades económicas no difiere de su situación en cuanto al impuesto sobre sociedades, pues en ambos casos solo están sujetos a tributación los rendimientos domésticos. Tal como observan el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno alemán, cuando existe un convenio bilateral para evitar la doble imposición que aplica el método de la exención, los rendimientos, ya sean positivos o negativos, de los establecimientos permanentes no residentes quedan excluidos de la base imponible del impuesto sobre actividades económicas en virtud de la referencia al «beneficio, determinado con arreglo a las disposiciones de la […] Ley del Impuesto sobre Sociedades», que se recoge en el artículo 7, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas.[43]

41 Sentencia de 23 de octubre de 2008 (C-157/07, EU:C:2008:588).

42 Con arreglo al artículo 7, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas, los segundos se han de incrementar de conformidad con el artículo 8 o minorar de conformidad con el artículo 9 de la referida Ley.

43 En ausencia de tal convenio, o cuando el convenio aplicable para evitar la doble imposición establezca el método de la imputación, los rendimientos de los establecimientos permanentes no residentes se deducen del beneficio comercial en virtud del artículo 9, apartado 3, de la GewStG y, por tanto, no están sujetos al impuesto sobre actividades económicas.

57. En consecuencia, soy del parecer de que, si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la sentencia Bevola y Jens W. Trock[44] respecto a la comparabilidad objetiva de las situaciones de no residentes y residentes en cuanto a la posibilidad de deducir las pérdidas definitivas es igualmente válida para la determinación del impuesto sobre actividades económicas.

58. En el curso del procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, la Oficina Tributaria B alegó que en el Reino Unido no existe ningún impuesto real similar al impuesto sobre actividades económicas. De ello dedujo que «la exclusión de la deducción de las pérdidas en el impuesto sobre actividades económicas se basa principalmente en el hecho de que el Reino Unido, como Estado de origen, no permite desde un principio la deducción de pérdidas en el impuesto sobre actividades económicas». Este argumento no me parece convincente. Como observa la Comisión, creo que con acierto, los posibles rendimientos de los establecimientos permanentes en el Reino Unido están sujetos al impuesto sobre sociedades y, por tanto, son imponibles, con independencia de si, además de este, pueden aplicarse otros impuestos sobre la renta.

59. Resulta irrelevante la remisión de la Oficina Tributaria B a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt,[45] en la que este declaró que «no se puede obligar a un Estado miembro a tener en cuenta, a efectos de la aplicación de su normativa fiscal, las consecuencias en su caso desfavorables derivadas de las particularidades de una normativa de otro Estado aplicable a un establecimiento permanente situado en el territorio de dicho Estado y perteneciente a una sociedad cuyo domicilio social está en el territorio del primer Estado». Como acertadamente aducen W y la Comisión, la situación que allí se describe es distinta de la del presente caso, en el que la imposibilidad de considerar las pérdidas definitivas sufridas por el establecimiento permanente no residente no se debe a la legislación del Estado donde este se encuentra (en particular, al hecho de que ese Estado no disponga de un impuesto similar al impuesto sobre actividades económicas), sino al hecho de que ese establecimiento cesó en su actividad, de manera que dejó de generar rendimientos.

C. Tercera cuestión prejudicial

60. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente trata de aclarar el concepto de «pérdidas definitivas». En particular, remitiéndose a las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Memira Holding y Holmen,[46] desea saber si las pérdidas se pueden considerar «definitivas» cuando ha cerrado el establecimiento permanente situado en un Estado miembro, pero existe la posibilidad, siquiera teórica, de que su sociedad matriz abra un nuevo establecimiento permanente en el mismo Estado miembro y se compensen con los beneficios de este las pérdidas pasadas del anterior.

61. El órgano jurisdiccional remitente observa que el Hessiches Finanzgericht (Tribunal de lo Tributario de Hessen) declaró que en el presente caso existían pérdidas definitivas. Al cerrar su establecimiento permanente, despedir a sus empleados y transferir el arrendamiento del local alquilado, W hizo todo lo necesario para poner fin a la actividad de su establecimiento en el

[44] Sentencia de 12 de junio de 2018 (C-650/16, EU:C:2018:424).

[45] Sentencia de 23 de octubre de 2008 (C-157/07, EU:C:2008:588), apartado 49.

[46] Sentencias de 19 de junio de 2019, Memira Holding (C-607/17, EU:C:2019:510) y de 19 de junio de 2019, Holmen (C-608/17, EU:C:2019:511).

Reino Unido y dio a entender que probablemente W no volvería a generar rendimientos con establecimientos situados en dicho Estado y, menos aún, beneficios de los que en el futuro pudieran deducirse las pérdidas sufridas antes de su cierre.

62. Del apartado 55 de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Marks & Spencer [47] se deduce que las pérdidas de una filial no residente se han de considerar definitivas cuando:

– la filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta las pérdidas en que haya incurrido en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en ejercicios anteriores, en su caso, mediante una transferencia de dichas pérdidas a un tercero o la imputación de estas a los beneficios obtenidos por la filial durante ejercicios anteriores, y

– no existe la posibilidad de que las pérdidas de la filial puedan tenerse en cuenta en su Estado de establecimiento en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a ese tercero.

63. Estas consideraciones son igualmente válidas en el caso de pérdidas sufridas por un establecimiento permanente no residente. [48]

64. En sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia ha explicado el criterio del carácter definitivo de las pérdidas. Así, en las sentencias Memira Holding y Holmen, [49] se le pidió que aclarase la situación a la que se refiere el apartado 55, segundo guion, de la sentencia Marks & Spencer, [50] en que no existe la posibilidad de que las pérdidas de la filial extranjera puedan tenerse en cuenta en el Estado de residencia en ejercicios futuros. El Tribunal de Justicia declaró que el hecho de que dicho Estado no permita el traslado de las pérdidas no basta por sí solo para que las pérdidas de la filial se consideren definitivas. Las pérdidas no se pueden calificar de definitivas si sigue siendo posible deducirlas transfiriéndolas a un tercero. Es posible que un tercero, por motivos fiscales, utilice las pérdidas de la filial en el Estado de establecimiento de esta, por ejemplo, tras su venta a un precio que tenga en cuenta la ventaja fiscal que representa la posibilidad de deducir las referidas pérdidas. La sociedad matriz ha de poder demostrar que tal posibilidad no existe.

65. Una lectura estricta de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Memira Holding y Holmen [51] podría llevar a entender que las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente no residente que haya cerrado de forma definitiva [52] no pueden ser consideradas definitivas si la sociedad matriz, situada en otro Estado miembro, tiene la posibilidad de abrir posteriormente un nuevo establecimiento permanente en el mismo Estado miembro del establecimiento anterior y

47 Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

48 Sentencia de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278). Véase también la sentencia de 12 de junio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), apartado 64.

49 Sentencias de 19 de junio de 2019, Memira Holding (C-607/17, EU:C:2019:510), apartados 22 a 28, y de 19 de junio de 2019, Holmen (C-608/17, EU:C:2019:511), apartados 34 a 40.

50 Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

51 Sentencias de 19 de junio de 2019, Memira Holding (C-607/17, EU:C:2019:510) y de 19 de junio de 2019, Holmen (C-608/17, EU:C:2019:511).

52 Como acertadamente observan los Gobiernos alemán y finlandés, el cierre de un establecimiento permanente difiere de la liquidación de una filial en que, jurídicamente, el establecimiento permanente forma parte de la sociedad a la que pertenece. Aunque haya cerrado definitivamente un establecimiento permanente en otro Estado miembro, dicha sociedad tiene derecho a abrir posteriormente un nuevo establecimiento permanente allí mismo.

trasladar al nuevo las pérdidas de aquel, con independencia de si dicho traslado está permitido o no en este último Estado. En tal situación, las pérdidas no cumplirían los requisitos del apartado 55, segundo guion, de la sentencia en el asunto Marks & Spencer. [53]

66. Sin embargo, tal interpretación parece ir demasiado lejos en los casos en que la sociedad matriz aún no posee un nuevo establecimiento en el Estado donde se hallaba el que ya cerró y la posibilidad de que en algún momento futuro abra un nuevo establecimiento en dicho Estado, al cual pueda trasladar las pérdidas pasadas, no deja de ser puramente hipotética. A la sociedad matriz no solo le resultaría imposible en la práctica o excesivamente difícil demostrar que no dispone de tal posibilidad, sino que, además, tal planteamiento implicaría que las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro nunca llegasen a considerarse definitivas, lo que privaría de efecto a la obligación de tener en cuenta las pérdidas definitivas, tal como exige la sentencia en el asunto Marks & Spencer. [54]

67. Habida cuenta de lo que acabo de exponer, considero que, en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, procede responder negativamente a la tercera.

D. Cuarta cuestión prejudicial

68. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente trata de dilucidar si pueden considerarse «definitivas» las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente que han sido trasladadas desde períodos impositivos previos a su cierre. Observa que, en opinión del Ministerio Federal de Hacienda, solo las pérdidas procedentes del último período impositivo pueden tenerse en cuenta como «pérdidas definitivas».

69. El Tribunal de Justicia se ocupó tangencialmente de esta cuestión (sin resolverla de forma expresa) en su sentencia Comisión/Reino Unido, [55] donde reconoció la compatibilidad con la libertad de establecimiento de una disposición nacional con arreglo a la cual la calificación de definitivas, en el sentido del apartado 55 de la sentencia en el asunto Marks & Spencer, [56] de las pérdidas de una filial no residente debía efectuarse «en atención a la situación inmediatamente posterior al cierre» del ejercicio fiscal en el que se hubieran sufrido dichas pérdidas.

70. No obstante, no parece que la referida sentencia permita extraer conclusiones definitivas para la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial. En varias de sus conclusiones, la Abogada General Kokott ha sido más explícita a este respecto, [57] pues ha considerado que las pérdidas que no fuesen definitivas al final de un período impositivo no pueden convertirse en definitivas en un momento posterior. En su opinión, si fuese posible considerar unas pérdidas acumuladas (trasladadas) como definitivas, las actividades de la filial (o establecimiento permanente) que inicialmente generaron beneficios solo se gravarían en el Estado donde esta estuviese situada, mientras que las posteriores actividades con pérdidas serían financiadas con cargo a los ingresos fiscales del Estado de residencia de la sociedad matriz, lo cual resultaría contrario al reparto equitativo de la potestad tributaria.

[53] Sentencia de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

[54] *Ibid.*

[55] Sentencia de 3 de febrero de 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50).

[56] Sentencia de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

[57] Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en los asuntos Memira Holding (C-607/17, EU:C:2019:8), puntos 58 y 59; Holmen (C-608/17, EU:C:2019:9), puntos 54 y 55, y AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2019:879), puntos 61 a 65.

71. A mi entender, la postura de la Abogada General Kokott a este respecto es convincente. Al igual que los Gobiernos alemán, francés y finlandés, propongo responder en sentido negativo a la cuarta cuestión prejudicial.

E. Quinta cuestión prejudicial

72. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el importe de las pérdidas definitivas del establecimiento permanente no residente que se han de tener en cuenta en el Estado miembro de residencia de la sociedad matriz debe limitarse al importe de las pérdidas definitivas que, de haber sido posible, se habrían tenido en cuenta en el Estado miembro donde se halla situado el establecimiento permanente.

73. En el asunto que desembocó en la sentencia A,[58] se preguntó al Tribunal de Justicia, en particular, si, en caso de que se permitiese a la sociedad matriz tener en cuenta, con ocasión de una fusión, las pérdidas de su filial no residente, tales pérdidas debían determinarse con arreglo al Derecho del Estado miembro de residencia de la sociedad matriz o con arreglo al Estado de residencia de la filial. El Tribunal de Justicia comenzó recordando que, en el estado actual Derecho de la Unión, la libertad de establecimiento no implica, en principio, la aplicación de una ley determinada al cálculo de las pérdidas de la filial absorbida asumidas por la sociedad matriz (apartado 58 de la sentencia). A continuación, señaló que, en principio, dicho cálculo no debe dar lugar a una desigualdad de trato con el cálculo que, en el mismo supuesto, se habría realizado para la asunción de las pérdidas de una filial residente (apartado 59 de la sentencia). Por último, declaró que tal cuestión no podía considerarse de manera abstracta e hipotética, sino que, en su caso, debía ser objeto de un análisis puntual (apartado 60 de la sentencia).

74. Al igual que W, la Comisión y el Gobierno finlandés, soy del parecer de que los mismos principios son válidos respecto al cálculo de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente no residente a efectos de tener en cuenta las pérdidas en el Estado de residencia de la sociedad matriz. Así, en el presente asunto, para garantizar la igualdad de trato en la deducción de las pérdidas definitivas entre las sociedades residentes que poseen un establecimiento permanente no residente y las que poseen un establecimiento permanente residente, el importe de las pérdidas definitivas que se ha de tener en cuenta no debe exceder el calculado con arreglo a la legislación del Estado de residencia de la sociedad matriz (en este caso, Alemania).

75. No obstante, si el importe de las pérdidas definitivas calculado con arreglo a la legislación del Estado de residencia de la sociedad matriz resultase superior al calculado con arreglo a la legislación del Estado donde se encuentra el establecimiento permanente (en este caso, el Reino Unido), debe limitarse a este último importe. De lo contrario, las sociedades residentes que poseen un establecimiento permanente residente se situarían en ventaja en comparación con las sociedades residentes que poseen un establecimiento permanente no residente. Además, en ausencia de tal límite, el Estado miembro de residencia de la sociedad matriz se vería obligado a cargar con las consecuencias adversas de aplicar la legislación fiscal del Estado miembro donde está situado el establecimiento permanente no residente.

[58] Sentencia de 21 de febrero de 2013 (C-123/11, EU:C:2013:84).

V. Conclusión

76. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la primera cuestión prejudicial planteada por el Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania):

«El artículo 43, en relación con el artículo 48, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 49, en relación con el artículo 54, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) no se opone a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad residente deducir de su beneficio imponible las pérdidas de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro cuando, por una parte, la sociedad ha agotado todas las posibilidades de deducción de dichas pérdidas ofrecidas por la legislación del Estado miembro en que está situado ese establecimiento permanente y, por otra parte, ya no obtiene ingresos por medio de ese establecimiento permanente, de modo que ya no existe ninguna posibilidad de que las pérdidas sean tomadas en consideración en ese Estado miembro (pérdidas "definitivas"), en caso de que la normativa en cuestión exima pérdidas y beneficios en cumplimiento de un convenio bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre ambos Estados miembros.»