

Asunto C-538/20**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

21 de octubre de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo de lo Tributario, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

6 de noviembre de 2019

Parte demandada y recurrente en casación:

Finanzamt B (Administración tributaria de B)

Parte demandante y recurrida en casación:

W AG

Objeto del procedimiento principal

Libertad de establecimiento — Artículo 43 CE — Impuesto sobre sociedades — Impuesto sobre actividades económicas — Sociedad residente — Establecimiento permanente no residente — Cierre — Pérdidas — Toma en consideración de pérdidas de establecimientos permanentes no residentes — Pérdidas definitivas — Posibilidad de apertura de un nuevo establecimiento permanente — Posibilidad anterior de trasladar las pérdidas — Normativa a efectos del cálculo del beneficio

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Debe interpretarse 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), 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?
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, en relación con el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), en el sentido de que se opone también a las disposiciones de la Gewerbesteuer-gesetz alemana (Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas) 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 prejudiciales 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 principal, 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 prejudiciales 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?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 43 CE (actualmente, artículo 49 TFUE)

Artículo 48 CE (actualmente, artículo 54 TFUE)

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Constitución de la República Federal de Alemania) (en su versión consolidada publicada en el Bundesgesetzblatt, parte III, n.º 100-1, modificada por última vez por los artículos 1 y 2, segunda frase, de la Ley de 29 de septiembre de 2020 [BGBl., parte I, p. 2048]), en particular, sus artículos 28, apartado 2, tercera frase; 72, apartado 2; 105, apartado 2; 106, apartado 6, frases primera, segunda y cuarta

Convenio entre la República Federal de Alemania y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal de 26 de noviembre de 1964 (BGBl. 1966, parte II, p. 359) (en la versión resultante del acta de revisión de 23 de marzo de 1970 [BGBl. 1971, parte II, p. 46]), en particular, sus artículos III, apartado 1, frases primera y segunda; XVIII, apartado 2, letra a), frases primera y segunda, y letra b)

Einkommensteuergesetz (Ley del Impuesto sobre la Renta) (en su versión aplicable al período de recaudación del año 2007), en particular su artículo 4, apartado 1

Körperschaftsteuergesetz (Ley del Impuesto sobre Sociedades) (en su versión aplicable al período de recaudación del año 2007), en particular sus artículos 1, apartado 1, punto 1; y 8, apartados 1 y 2

Gewerbesteuergesetz (Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas) (en su versión aplicable al período de percepción del impuesto 2007), en particular los artículos 1, 2, apartado 1, frases primera y tercera, y apartado 2, primera frase; 5, apartado 1, primera frase; 7, primera frase; 8, 9, 10a, frases primera, segunda, sexta y séptima; 11, apartado 1, frases primera y segunda; 14 y 16, apartado 4

Abgabenordnung (Ley General Tributaria) (en la versión publicada el 1 de octubre de 2002 [BGBl., parte I, p. 3866; 2003, parte I, p. 61], modificada por última vez por el artículo 7 de la Ley de 12 de agosto de 2020 [BGBl., parte I, p. 1879]), en particular, su artículo 3, apartado 2

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La demandante y recurrida en casación es una sociedad anónima. Su sede principal y su centro de dirección se encuentran en Alemania. Una sucursal abierta en el Reino Unido en agosto de 2004 fue cerrada con pérdidas en el primer semestre del año 2007.

- 2 El ejercicio económico de la demandante y recurrida en casación no concuerda con el establecido legalmente y termina el 30 de junio de cada año. Debido al cierre, las pérdidas de la sucursal correspondientes a los ejercicios 2004/2005, 2005/2006 y 2006/2007 ya no pudieron trasladarse a ejercicios posteriores en el Reino Unido. Por ello, la demandante y recurrida en casación pretende que dichas pérdidas, determinadas con arreglo a las disposiciones alemanas a efectos del cálculo del beneficio, sean tenidas en cuenta en Alemania como pérdidas definitivas en el periodo impositivo de 2007 para la determinación de los ingresos relevantes a los efectos del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre actividades económicas (ingresos imponibles o beneficio de explotación). La Administración tributaria rechazó esta posibilidad.
- 3 La demandante y recurrida en casación recurrió en vía contencioso-administrativa. Sus pretensiones fueron estimadas en primera instancia.
- 4 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse ahora sobre el recurso de casación interpuesto por la Administración tributaria contra la sentencia dictada en primera instancia. El Bundesministerium der Finanzen (Ministerio Federal de Hacienda), que interviene en el litigio, apoya en cuanto al fondo la postura la Administración tributaria.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 5 A tenor del Derecho alemán, queda excluida la toma en consideración de las pérdidas de la sucursal, solicitada por la demandante y recurrida en casación. Las pérdidas registradas en el Reino Unido están excluidas desde un principio de la base imponible del impuesto sobre sociedades en virtud del Convenio de doble imposición y, en consecuencia, tampoco forman parte del beneficio de explotación, que depende de los beneficios calculados con arreglo a las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- 6 El artículo III, apartado 1, primera frase, del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970 establece que los beneficios industriales y comerciales de una empresa de uno de los territorios solo serán imponibles en dicho territorio, salvo que la empresa ejerza, en el otro territorio, una actividad industrial o comercial a través de un establecimiento permanente situado en el mismo. En el supuesto de que la empresa ejerza en el otro territorio una actividad industrial o comercial a través de un establecimiento permanente situado allí, los beneficios pueden ser imponibles en ese otro territorio, aunque solo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente (artículo III, apartado 1, segunda frase, del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970). De conformidad con el artículo XVIII, apartado 2, letra a), primera frase, del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970, en el caso de una persona residente en Alemania se excluyen de la base imponible del impuesto alemán los rendimientos procedentes de fuentes en el Reino Unido (Gran Bretaña) y los elementos patrimoniales sitos en Gran Bretaña que pueden ser gravados en

Gran Bretaña de conformidad con este Convenio, salvo que resulte aplicable —que no es el caso en el presente asunto— el artículo XVIII, apartado 2, letra b), del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970. No obstante, Alemania se reserva el derecho a tomar en consideración los rendimientos y los elementos patrimoniales excluidos de conformidad con lo anterior en la determinación del tipo impositivo (artículo XVIII, apartado 2, letra a), segunda frase, del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970).

- 7 A pesar de que en el artículo III, apartado 1, primera frase, del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970 solo se mencionan expresamente los beneficios industriales y comerciales, de conformidad con el artículo XVIII, apartado 2, letra a), primera frase, del Convenio de doble imposición con Gran Bretaña 1964/1970, también se excluyen los rendimientos negativos —como las pérdidas controvertidas en el presente asunto— de la base imponible del impuesto de sociedades del sujeto pasivo en el Estado de residencia. Según reiterada jurisprudencia, también deben excluirse de la base imponible del impuesto alemán las pérdidas, aunque en la norma de reparto convencional el término empleado para designar los rendimientos se refiera a un importe neto (denominada tesis de la simetría).
- 8 Para la demandante, en cuanto sociedad anónima sujeto pasivo del impuesto por obligación personal respecto de la que todos los rendimientos deben tratarse como rendimientos procedentes de una actividad industrial o comercial según el artículo 8, apartado 2, en relación con el artículo 1, apartado 1, número 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el punto de partida para la determinación del beneficio de explotación es, por consiguiente, el beneficio del ejercicio 2007 determinado de conformidad con lo previsto por la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Los rendimientos —también los negativos— que de acuerdo con un Convenio de doble imposición deben excluirse de la base imponible, no son pues, desde un principio, parte del beneficio de explotación en el sentido del artículo 7, primera frase, de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas. Cuando el Convenio prevé una exención no resulta necesario recurrir a lo dispuesto en el artículo 9 n.º 3 de la Ley del Impuesto sobre Actividades Económicas, en virtud del cual la base imponible para la determinación del impuesto sobre actividades económicas de una sociedad residente debe minorarse por la parte de los beneficios de explotación procedentes de un establecimiento permanente no residente.
- 9 La toma en consideración de las pérdidas de la sucursal podría ser obligatoria conforme al Derecho de la Unión desde el punto de vista de la libertad de establecimiento (artículo 43 CE; actualmente, artículo 49 TFUE), si
 - la situación de la demandante y recurrida en casación (situación transfronteriza) es objetivamente comparable a la de una sociedad cuya sucursal está situada en Alemania (situación puramente interna), y

- la restricción de la libertad de establecimiento no está justificada (pérdidas definitivas).
- 10 A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia:
- de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763);
 - de 15 de mayo de 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278);
 - de 17 de diciembre de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829);
 - de 12 de julio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424).

Comparabilidad objetiva

Impuesto sobre sociedades (primera cuestión prejudicial)

- 11 En el presente asunto, la situación transfronteriza se diferencia de una situación puramente interna sobre todo por el hecho de que, en virtud del Convenio de doble imposición, las pérdidas en cuestión no están sometidas, desde un principio, a la soberanía fiscal de la República Federal de Alemania.
- 12 No obstante, según la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), la comparabilidad objetiva ha de valorarse a la luz de la finalidad de la normativa nacional controvertida. La aplicación de regímenes tributarios de Derecho nacional distintos a una sociedad residente según disponga de un establecimiento permanente residente o no residente no es, por sí sola, determinante.
- 13 La finalidad del Convenio de doble imposición es, entre otras, la de impedir la doble imputación de las pérdidas. A este respecto, la situación de una sociedad sujeto pasivo por obligación personal y que mantiene una sucursal no residente con pérdidas definitivas no es distinta de la de una sociedad sujeto pasivo por obligación personal cuya sucursal residente haya sufrido dichas pérdidas.
- 14 Resulta dudoso si es relevante que la diferencia de trato (no considerar las pérdidas) resulte de una disposición unilateral del Derecho nacional, como en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), o de un tratado bilateral, como en el presente asunto. En este contexto, la jurisprudencia y la doctrina recuerdan que el Convenio de doble imposición también tiene como finalidad el reparto de la potestad tributaria entre los Estados. Se argumenta que, por lo que respecta a las pérdidas de que trata este asunto, mediante el Convenio para evitar la doble imposición, Alemania renunció a ejercer su potestad tributaria.

- 15 En cuanto a la finalidad del Convenio de doble imposición, procede señalar, con carácter general, que para alcanzar el objetivo de evitar la doble imposición los Estados contratantes eligieron el método de exención de los rendimientos de los establecimientos permanentes, lo que atribuye la potestad tributaria a solo uno de los Estados contratantes, a saber, el Estado en el que está situado el establecimiento permanente.
- 16 Contrariamente al método de imputación, en el que los dos Estados contratantes conservan sus respectivas potestades tributarias y el Estado de residencia se compromete simplemente a imputar en su propio impuesto el impuesto devengado en el Estado de origen, en el marco del método de exención el Estado de residencia renuncia por completo a su potestad tributaria basada en su propia soberanía. Esta renuncia es absoluta y no depende de la tributación efectiva en el Estado de origen. Por tanto, también se aplica cuando el Estado de origen no grava los rendimientos.
- 17 El método de exención se basa en la idea de que el Estado de origen de los rendimientos dispone de un «mejor» derecho para realizar la imposición; por lo tanto, el Estado miembro que aplica la exención renuncia a su realización. Desde el punto de vista económico, el método de exención tiene por objeto lograr una igualdad competitiva entre los inversores de diferentes países en el Estado de origen (neutralidad frente a la importación de capitales).
- 18 El objetivo de tributación en función de la capacidad contributiva, al que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2018, Bevola y Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), es un principio general y abstracto en materia de tributación. 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.

Impuesto sobre actividades económicas (segunda cuestión prejudicial)

- 19 También en lo que concierne al impuesto sobre actividades económicas, en el presente caso la situación transfronteriza se diferencia de una situación puramente interna, sobre todo por el hecho de que, en virtud del Convenio de doble imposición, las pérdidas en cuestión, desde un principio, no están sometidas a la soberanía fiscal de la República Federal de Alemania. Al igual que el impuesto sobre sociedades, el impuesto sobre actividades económicas está comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de doble imposición. Debido a la remisión a las normas que regulan el cálculo del beneficio a efectos del impuesto sobre sociedades, los rendimientos, incluso negativos, que deben excluirse de la base imponible del impuesto sobre sociedades en virtud del Convenio de doble imposición, tampoco forman parte, desde un principio, de la base imponible del impuesto sobre actividades económicas.

- 20 Por lo tanto, no existe razón alguna para no hacer prevalecer las exigencias del Derecho de la Unión y su aplicación preferente también en materia del impuesto sobre actividades económicas.
- 21 Acerca de la finalidad del impuesto sobre actividades económicas, procede constatar que dicho impuesto constituye un impuesto municipal vinculado a un emplazamiento que debe satisfacerse además del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre sociedades.
- 22 Históricamente, el impuesto sobre actividades económicas se debe a consideraciones de equivalencia. Tiene por objeto compensar las cargas específicas de los municipios ocasionados por la industria, el comercio y la artesanía, como, por ejemplo, la urbanización de solares edificables, la construcción de vías de transporte, la explotación del transporte de proximidad, la construcción y el mantenimiento de carreteras, hospitales, centros culturales y otros servicios municipales.
- 23 La base imponible del impuesto sobre actividades económicas está integrada por el beneficio de una actividad industrial o comercial, determinado con arreglo a las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta o de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. No obstante, dicho beneficio se integra con determinadas cantidades y se minorra con otras, de modo que existen diferencias respecto del beneficio determinado con arreglo a las normas de la Ley del Impuesto sobre la Renta y de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y, por tanto, también desviaciones con respecto a la idea de la capacidad contributiva subjetiva.
- 24 Contra la toma en consideración de las pérdidas definitivas en el marco del impuesto sobre actividades económicas se suele aducir que dicho impuesto presenta un vínculo estructural con el territorio nacional (principio de territorialidad) y que está relacionado con un emplazamiento.
- 25 Se argumenta que, a diferencia del impuesto sobre sociedades, al que subyace el principio de tributación por la renta mundial, el impuesto sobre actividades económicas no requiere una protección simétrica por un convenio de doble imposición.
- 26 Se aduce que, por lo demás, en Gran Bretaña no existe ningún impuesto real comparable al impuesto sobre actividades económicas alemán. La exclusión de la deducción de las pérdidas en el impuesto sobre actividades económicas se basaría, así se argumenta, principalmente en el hecho de que el Estado de origen (Gran Bretaña) no permite desde un principio la deducción de pérdidas en el impuesto sobre actividades económicas. Se alega que Alemania no está obligada, en virtud del Derecho de la Unión, a soportar las consecuencias de esta decisión del Estado de origen. Así se desprendería de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588).

Pérdidas definitivas

Carácter definitivo

– *Posibilidad de apertura de un nuevo establecimiento permanente (tercera cuestión prejudicial)*

- 27 Hasta ahora, el órgano jurisdiccional remitente ha considerado que las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente extranjero son definitivas, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando, por razones de hecho, las pérdidas ya no pueden tenerse en cuenta en el Estado de origen o si, a pesar de que su deducción aún es teóricamente posible en dicho Estado, por razones de hecho está prácticamente excluida y una posterior deducción que se realice, en contra de lo que cabía esperar, aún podría ser subsanada retroactivamente en territorio nacional desde el punto de vista procedimental.
- 28 Atendiendo a este punto de vista, habría que afirmar que en el presente asunto hay pérdidas definitivas. La demandante y recurrida en casación, al despedir a los trabajadores y al ceder el contrato de arrendamiento de los locales arrendados, ha hecho todo para poner fin a la actividad en Gran Bretaña y para convencer al órgano jurisdiccional de que previsiblemente no obtendrá ningún ingreso y desde luego ningún beneficio de una sucursal situada en Gran Bretaña, de los que se podrían deducir en el futuro las pérdidas generadas hasta el cierre.
- 29 Según la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, a saber, las sentencias
- de 19 de junio de 2019, Memira Holding (C-607/17, EU:C:2019:510), apartados 25 y ss., y
 - de 19 de junio de 2019, Holmen (C-608/17, EU:C:2019:511), apartados 37 y ss.,
- 30 es, sin embargo, dudoso:
- si no procede examinar además si, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente, hubiera sido factible obtener un rendimiento de las pérdidas a través de terceros, por ejemplo, tras la aportación del establecimiento permanente a una sociedad de capital y la posterior enajenación de la participación, y
 - si la mera posibilidad teórica de que la sociedad pueda abrir de nuevo, en cualquier momento, un establecimiento permanente en el Estado miembro de que se trate, con cuyos beneficios podrían eventualmente compensarse las pérdidas anteriores, no se opone, en sí misma, a que las pérdidas puedan calificarse de pérdidas definitivas.

- Posibilidad anterior de trasladar las pérdidas (cuarta cuestión prejudicial)
- 31 Además de las pérdidas registradas durante el periodo impositivo del cierre del establecimiento permanente (periodo impositivo 2007, ejercicio 2006/07), la demandante y recurrida en casación también reclama que se tomen en consideración las pérdidas registradas en periodos impositivos anteriores (2005 y 2006, ejercicios 2004/05 y 2005/2006), de las que cabe presumir que podían trasladarse, con arreglo al Derecho fiscal británico, a los respectivos periodos impositivos posteriores.
- 32 El Ministerio Federal de Hacienda opina que una pérdida que pudo ser trasladada y no lo fue, ya no puede ser considerada una pérdida definitiva.
- 33 A tal efecto, hace referencia a la siguiente sentencia del Tribunal de Justicia:
- de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50).
- 34 La opinión del Ministerio Federal de Hacienda se ajusta a la postura defendida por la Abogada General Kokott en las conclusiones siguientes:
- de 10 de enero de 2019, Memira Holding (C-607/17, ECLI:EU:C:2019:8), puntos 57 y ss.;
 - de 10 de enero de 2019, Holmen (C-608/17, EU:C:2019:9), puntos 50 y ss.
- Normativa a efectos del cálculo del beneficio (quinta cuestión prejudicial)
- 35 La demandante y recurrida en casación determinó las pérdidas de la sucursal británica con arreglo a la normativa alemana a efectos del cálculo del beneficio.
- 36 Esto se ajusta a la jurisprudencia recaída hasta la fecha del órgano jurisdiccional remitente y del Tribunal de Justicia. Según esta jurisprudencia, son pertinentes las normas nacionales a efectos del cálculo del beneficio, en la medida en que la obligación, establecida por el Derecho de la Unión, de tener en cuenta excepcionalmente las pérdidas transfronterizas se deduce de la necesaria igualdad de trato entre las sociedades que operan solo en el territorio nacional y las que operan también establecimientos permanentes en otros Estados miembros.
- 37 A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a la siguiente sentencia del Tribunal de Justicia:
- de 21 de febrero de 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84).
- 38 No obstante, se suscita la cuestión de si la obligación de tener en cuenta las pérdidas transfronterizas no está limitada en su cuantía por las pérdidas que la sociedad hubiera podido imputar en el Estado en cuyo territorio se encuentra el establecimiento permanente si en dicho Estado no estuviera excluida la posibilidad de imputar las pérdidas.

- 39 En efecto, si las pérdidas hubieran podido tenerse en cuenta en el Estado en cuyo territorio se encontraba el establecimiento permanente, el Estado de residencia de la sociedad principal no se habría visto obligado, por razones de igualdad de trato, a permitir la deducción de la diferencia cuantitativa respecto de las pérdidas (mayores) resultantes de su propia normativa a efectos del cálculo del beneficio.
- 40 Es dudoso que la libertad de establecimiento obligue al Estado de residencia de la sociedad principal a colocar a la sociedad, en caso de pérdidas definitivas, en una situación más favorable que la que habría tenido si las pérdidas hubieran podido ser imputadas en el Estado en que está situado el establecimiento permanente.
- 41 En el caso de que las pérdidas a tomar en consideración estuvieran limitadas por el importe de las pérdidas resultante de la aplicación de las normas británicas para la determinación del beneficio, debería devolverse el litigio al Finanzgericht para que pueda realizar las comprobaciones necesarias a efectos de la determinación del beneficio de conformidad con el Derecho tributario británico.