

**Asunto C-293/06**

**Deutsche Shell GmbH**

**contra**

**Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Hamburg)

«Libertad de establecimiento — Impuesto sobre sociedades — Efectos monetarios con motivo de la repatriación del capital de dotación concedido por una empresa establecida en un Estado miembro a su establecimiento permanente situado en otro Estado miembro»

Sumario de la sentencia

*Libre circulación de personas — Libertad de establecimiento — Legislación tributaria — Impuesto sobre sociedades — Deducción de las pérdidas*

*[Tratado CE, art. 52 (actualmente art. 43 CE, tras su modificación) y art. 58 (actualmente art. 48 CE)]*

Las disposiciones conjuntas de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro. Estas disposiciones se oponen también a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.

En efecto, un régimen fiscal de esas características aumenta el riesgo económico asumido por una empresa establecida en un Estado miembro que desee crear una entidad en otro Estado miembro, cuando se usa una divisa distinta de la del Estado de origen y constituye, así, un obstáculo para la libertad de establecimiento. No se encuentra justificado por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal, dado que no existe ninguna relación directa entre las pérdidas en el cambio de divisas, por un lado, y las ganancias en dicho cambio, por otro. Además, la existencia de un convenio para evitar la doble imposición no es justificación para ese obstáculo. Es cierto que la libertad de establecimiento no puede entenderse en el sentido de que un Estado miembro esté obligado a dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales, dado que las decisiones adoptadas por una empresa acerca del establecimiento de estructuras comerciales en el extranjero pueden, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para ella. Pero la desventaja fiscal controvertida se refiere a una circunstancia operativa particular que sólo las autoridades tributarias a las que está sujeta la empresa principal pueden tener en cuenta.

Por lo que se refiere a la limitación de la imputación de las pérdidas en el cambio de divisas

sufridas por dicho establecimiento permanente en función de sus resultados, tampoco puede justificarla el argumento basado en que la empresa titular del establecimiento podría obtener una doble ventaja en relación con la pérdida en el cambio. En efecto, un Estado miembro que ha renunciado a ejercer sus competencias en materia tributaria, al celebrar un convenio para evitar la doble imposición no puede invocar la falta de competencia tributaria respecto a los resultados de un establecimiento permanente que pertenece a una empresa establecida en el territorio de ese mismo Estado para justificar que no se deduzcan las cargas en que haya incurrido dicha empresa, las cuales, por su naturaleza, no pueden computarse en el Estado miembro en que se halla ese establecimiento.

(véanse los apartados 30, 32, 40, 43 a 45, 47, 50, 51 y 53 y los puntos 1 y 2 del fallo)

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 28 de febrero de 2008 (\*)

«Libertad de establecimiento – Impuesto sobre sociedades – Efectos monetarios con motivo de la repatriación del capital de dotación concedido por una empresa establecida en un Estado miembro a su establecimiento permanente situado en otro Estado miembro»

En el asunto C-293/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Finanzgericht Hamburg (Alemania), mediante resolución de 8 de junio de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de julio de 2006, en el procedimiento entre

**Deutsche Shell GmbH**

y

**Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y el Sr. G. Arestis, la Sra. R. Silva de Lapuerta (Ponente), y los Sres. J. Malenovský y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 13 de septiembre de 2007;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de Deutsche Shell GmbH, por los Sres. A. Raupach y D. Pohl, Rechtsanwälte;

- en nombre del Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg, por el Sr. M. Fromm, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y C. Blaschke, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. H.G. Sevenster y M. de Mol y por el Sr. M. de Grave, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. R. Lyal y G. Wilms, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 8 de noviembre de 2007;

dicta la siguiente

## **Sentencia**

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE).

2 Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre Deutsche Shell GmbH (en lo sucesivo, «Deutsche Shell») y el Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg (en lo sucesivo, «Finanzamt»), a propósito del trato fiscal que las autoridades de la República Federal de Alemania concedieron a la depreciación monetaria sufrida por una dotación de capital (en lo sucesivo, «capital de dotación») con motivo de su repatriación, capital que había sido concedido a un establecimiento permanente de dicha sociedad situado en otro Estado miembro.

## **Marco jurídico**

### *Convenio para evitar la doble imposición*

3 A tenor del artículo 3 del Convenio para evitar la doble imposición, celebrado el 31 de octubre de 1925 entre Alemania e Italia (RGBl. 1925 II, p. 1146; en lo sucesivo, «Convenio»):

«1. Los impuestos reales que gravan los ingresos procedentes de actividades comerciales, industriales u otras actividades profesionales de cualquier tipo sólo serán recaudados por el Estado en cuyo territorio tenga la empresa su establecimiento permanente. [...]

[...]

3. Si la empresa tuviere establecimientos permanentes en ambos Estados contratantes, cada Estado recaudará los impuestos reales sobre la parte de los ingresos que se obtenga de la actividad desarrollada en su territorio por los establecimientos permanentes. [...]»

4 El artículo 11 del Convenio dispone:

«Los impuestos personales que gravan la renta total del sujeto pasivo serán recaudados por cada Estado contratante según los siguientes criterios:

1) a los ingresos

[...]

c) procedentes de actividades comerciales, industriales o de cualquier otra actividad profesional, incluidos los ingresos resultantes de la explotación de una empresa de navegación marítima,

[...]

se aplicarán las mismas disposiciones que las previstas para esos ingresos en los artículos correspondientes.

[...]»

*Normativa fiscal alemana aplicable en la época de los hechos del litigio principal*

5 El artículo 1 de la Körperschaftsteuergesetz (Ley del impuesto sobre sociedades), de 11 de marzo de 1991 (BGBl. 1991 I, p. 637; en lo sucesivo, «KStG»), dispone:

«1. Estarán sujetas por obligación personal al impuesto sobre sociedades las empresas siguientes [...] que tengan su centro administrativo o su domicilio social en el territorio nacional:

1) las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada);

[...]

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

6 A tenor del artículo 12 de la Abgabenordnung (Código Tributario alemán):

«1. Se entenderá por establecimiento todo equipamiento o instalación fijos que se destinen a la actividad de una empresa.

2. En particular, constituyen establecimientos:

[...]

– las sucursales.»

7 El artículo 2a, apartado 3, de la Einkommensteuergesetz (Ley del impuesto sobre la renta), de 7 de septiembre de 1990 (BGBl. 1990 I, p. 1898; en lo sucesivo, «EStG»), establece:

«Si, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, estuviesen exentos del impuesto sobre la renta los ingresos de un sujeto pasivo por obligación personal procedentes de la actividad industrial o comercial de un establecimiento permanente situado en el extranjero, las pérdidas sufridas en relación con la obtención de esos ingresos con arreglo a la normativa fiscal nacional se deducirán, a instancia del sujeto pasivo, al calcular el total de los ingresos, siempre que el sujeto pasivo las pudiese compensar o deducir si los ingresos no estuviesen exentos del impuesto sobre la renta y siempre que dichas pérdidas sean mayores que los ingresos positivos que, con arreglo a dicho Convenio, deban quedar exentos y procedan de la actividad industrial o comercial de otros establecimientos permanentes situados en ese mismo Estado en el extranjero [...]. En la medida en que en uno de los ejercicios fiscales posteriores sea positivo el resultado global de los ingresos procedentes de la actividad industrial o comercial de los establecimientos permanentes situados en ese mismo país extranjero, tratándose de ingresos libres de impuestos con arreglo a dicho Convenio, el importe deducido en virtud de las frases primera y segunda

volverá a computarse en el cálculo del importe global de los ingresos para el período impositivo de que se trate. [...]»

8 El artículo 3c, apartado 1, de la EStG dispone:

«Cuando los gastos tengan una relación económica directa con los ingresos exentos, no podrán ser deducidos en concepto de cargas de la empresa o de gastos necesarios.»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

9 Deutsche Shell, una sociedad de capital con domicilio social y dirección en Alemania, fundó en 1974 en Italia un establecimiento permanente para la exploración y extracción de gas natural y petróleo (en lo sucesivo, «establecimiento permanente»). Entre 1974 y 1991, hizo aportaciones financieras en forma de capital de dotación para ese establecimiento.

10 Los beneficios del establecimiento permanente repatriados a Alemania se dedujeron del capital de dotación en valores calculados aplicando el tipo de cambio del marco alemán (DEM) y de la lira italiana (ITL) vigente en la fecha de cada desembolso efectuado por ese establecimiento a Deutsche Shell.

11 La depreciación monetaria del valor del capital de dotación concedido al establecimiento permanente no se tuvo en cuenta en Italia en el momento de la tributación de los beneficios de dicho establecimiento, dado que la base imponible se calculó en liras italianas.

12 En Alemania, Deutsche Shell está sujeta a impuestos por obligación personal por sus rentas mundiales en virtud del artículo 1, apartado 1, número 1, de la KStG.

13 El 28 de febrero de 1992, Deutsche Shell transfirió el activo del establecimiento permanente a una filial italiana, a saber, la sociedad Sierra Gas Srl, operación en la que se revelaron sus reservas ocultas. Con la transferencia de dichos activos se dio por disuelto el establecimiento permanente. En la misma fecha, Deutsche Shell cedió sus participaciones en la sociedad Sierra Gas Srl a la sociedad Edison Gas SpA.

14 El importe obtenido en liras italianas por las citadas operaciones fue abonado a Deutsche Shell el 17 de julio de 1992 en concepto de reembolso del capital de dotación.

15 Al convertirlo a marcos alemanes, al tipo de cambio vigente en esa fecha (1.000 ITL por 1,3372 DEM), el importe del capital de dotación así reembolsado, que ascendía a 83.658.896.927 ITL, dio como resultado la cantidad de 111.868.677 DEM.

16 Deutsche Shell consideró que constituía una «pérdida en el cambio» la diferencia negativa de 122.698.502 DEM resultante de comparar el importe de 111.868.677 DEM y el del capital de dotación.

17 Al calcular la cantidad de los ingresos de Deutsche Shell sujetos a impuestos en el ejercicio 1992, el Finanzamt se negó a tener en cuenta dicha pérdida en la liquidación que giró a aquella el 19 de septiembre de 1997 en concepto de impuesto sobre sociedades.

18 El 2 de octubre de 1997, Deutsche Shell reclamó contra esa liquidación.

19 Después de modificar dicha liquidación en fecha de 16 de noviembre de 2001 y de 5 de agosto de 2003, por razones que no son pertinentes en vista del litigio principal, el Finanzamt denegó la reclamación mediante resolución de 7 de agosto de 2003. Consideró, en particular, que Deutsche Shell no había sufrido una verdadera pérdida económica, que la depreciación monetaria

del valor del capital de dotación sólo representaba una parte de los resultados del establecimiento permanente y que, aun teniendo en cuenta dicha depreciación, la sociedad de que se trata había alcanzado un resultado positivo en el ejercicio fiscal controvertido.

20 El 14 de agosto de 2003, Deutsche Shell interpuso un recurso ante el Finanzgericht Hamburg contra la denegación de su reclamación por parte del Finanzamt.

21 Ante dicho órgano jurisdiccional, Deutsche Shell sostuvo que el hecho de no poder deducir, en el impuesto sobre sociedades, la pérdida sufrida en el cambio de divisas es incompatible con la libertad de establecimiento. Alegó, en particular, que, en la situación presente, se halla en una posición más desfavorable que si el capital de dotación se hubiera invertido en una sociedad establecida en Alemania.

22 En estas circunstancias, el Finanzgericht, al considerar que la respuesta al litigio del que conoce depende de la interpretación de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es contrario al artículo 52, en relación con el artículo 58 del Tratado [...], que la República Federal de Alemania, como Estado de origen, trate una pérdida en el cambio de divisas de la sociedad matriz nacional, derivada de la repatriación del llamado “capital de dotación” concedido a un establecimiento permanente italiano, como parte del beneficio del establecimiento permanente y que, en virtud de la exención prevista en el artículo 3, apartados 1 y 3, y en el artículo 11, punto 1, letra c), del Convenio [...], la excluya de la base imponible del impuesto alemán, a pesar de que la pérdida en el cambio no se puede computar en el beneficio del establecimiento permanente que debe ser calculado a efectos de la tributación en Italia y, por tanto, no se tiene en cuenta en el Estado de origen ni en el Estado del establecimiento permanente?»

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es contrario al artículo 52, en relación con el artículo 58 del Tratado [...], que la mencionada pérdida en el cambio deba incluirse en la base imponible del impuesto alemán, pero sólo pueda deducirse como carga de explotación en la medida en que no se obtenga ningún beneficio libre de impuestos del establecimiento permanente italiano?»

## **Sobre el recurso**

### *Primera cuestión*

23 Mediante esta cuestión el órgano jurisdiccional remitente desea saber, esencialmente, si las disposiciones de los artículos 52 y 58 del Tratado, en conjunto, se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado miembro con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.

24 Por lo que se refiere a la situación fáctica que dio origen al litigio que ha causado la remisión prejudicial, el Finanzamt y el Gobierno alemán alegan que, en el presente asunto, no se ha producido una verdadera pérdida económica debida al tipo de cambio aplicable en el momento de la cesión del establecimiento permanente y de la repatriación del capital de dotación de éste. También destacan que Deutsche Shell y el establecimiento permanente formaban una entidad económica indivisible y que, en el balance del grupo, existían fluctuaciones económicas permanentes ligadas a la evolución del tipo de cambio.

25 Sobre este extremo, se ha de señalar que incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si las fluctuaciones monetarias alegadas en el litigio principal han causado una pérdida en el cambio de divisas, que constituya una verdadera pérdida económica y que afecte a los resultados de Deutsche Shell en el ejercicio fiscal considerado.

26 En cambio, corresponde al Tribunal de Justicia responder a la petición de decisión prejudicial fundándose en las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente y dar a éste todas las indicaciones útiles para que pueda resolver el litigio del que conoce.

27 En estas circunstancias, se pide al Tribunal de Justicia que determine si, en el supuesto de que existiera una pérdida en el cambio de divisas que constituyese una verdadera pérdida económica, la decisión del Finanzamt de excluir tal pérdida del cálculo de la base imponible de dicha sociedad puede constituir un obstáculo al ejercicio de la libertad de establecimiento.

28 Es importante recordar que, conforme a jurisprudencia reiterada, debe considerarse un obstáculo toda medida que prohíba, dificulte o haga menos atractivo el ejercicio de dicha libertad (véanse las sentencias de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11).

29 El Tribunal de Justicia ha declarado, concretamente, que tales efectos restrictivos pueden producirse en especial cuando una normativa fiscal pueda disuadir a una empresa de crear entidades subordinadas a ella, como un establecimiento permanente, en otros Estado miembros y de ejercer su actividad por medio de esas entidades (véanse las sentencias de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Rec. p. I-10837, apartados 32 y 33, y de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C-471/04, Rec. p. I-2107, apartado 35).

30 Como ha indicado la Abogado General en los puntos 43 y 44 de sus conclusiones, el régimen fiscal controvertido en el litigio principal aumenta el riesgo económico asumido por una empresa establecida en un Estado miembro que desee crear una entidad en otro Estado miembro, cuando se usa una divisa distinta de la del Estado de origen. En tal situación, el establecimiento principal debe hacer frente no sólo a los riesgos habituales ligados a la creación de ese tipo de entidad, sino que también ha de soportar un riesgo adicional de naturaleza fiscal cuando proporciona a ésta un capital de dotación.

31 En lo que atañe al asunto principal, es importante observar que, por ejercer la libertad de establecimiento, Deutsche Shell ha sufrido una pérdida económica que no fue tomada en cuenta por las autoridades tributarias nacionales para la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades en Alemania, y que tampoco lo fue en Italia en el marco de la tributación de su establecimiento permanente.

32 Por consiguiente, sólo se puede llegar a la conclusión de que el régimen fiscal controvertido en el procedimiento principal constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento.

33 En cuanto a la posible justificación de tal obstáculo, el Finanzamt y el Gobierno alemán

alegan, con carácter subsidiario, que ésta reposa en motivos basados, por una parte, en la coherencia del sistema tributario y, por otra, en el reparto de las competencias tributarias entre los dos Estados miembros de que se trata.

34 Respecto al primer argumento justificativo, se sostiene que el hecho de tener en cuenta la pérdida en el cambio de divisas, a la hora de determinar la base imponible de Deutsche Shell en Alemania, conduciría a un régimen fiscal incoherente, dado que las posibles ganancias obtenidas en el cambio en una situación comparable no se tienen en cuenta. Así, la desventaja resultante de no tener en cuenta una pérdida en el cambio es el corolario de la ventaja resultante del hecho de que una ganancia en el cambio también está excluida de dicha base imponible.

35 Respecto al segundo argumento justificativo, se defiende que el reparto de competencias tributarias, efectuado por el Convenio, entre la República Federal de Alemania y la República Italiana, es un objetivo legítimo. En efecto, los Estados miembros tienen la facultad de fijar los criterios de reparto de su poder soberano en materia fiscal, ya sea de manera unilateral o por medio de convenios bilaterales. Con dicho Convenio, los dos Estados miembros de que se trata decidieron eximir del impuesto los ingresos de aquellos establecimientos permanentes que estuviesen situados en el territorio del otro Estado contratante, lo cual excluye el cómputo de la pérdida en el cambio de la que se trata.

36 Estos dos argumentos no pueden ser acogidos.

37 Por lo que se refiere, en primer lugar, al argumento basado en la coherencia del régimen fiscal, se ha de recordar que el Tribunal de Justicia ha admitido que la necesidad de preservar tal coherencia puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (véanse las sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann, C?204/90, Rec. p. I?249, apartado 28; Comisión/Bélgica, C?300/90, Rec. p. I?305, apartado 21; Keller Holding, antes citada, apartado 40, y de 8 de noviembre de 2007, Amurta, C?379/05, Rec. p. I?0000, apartado 46).

38 No obstante, para que una alegación basada en dicha justificación pueda prosperar, el Tribunal de Justicia ha declarado que es preciso que se demuestre la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado (véanse las sentencias de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson, C?484/93, Rec. p. I?3955, apartado 58; de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C?436/00, Rec. p. I?10829, apartado 52; Keller Holding, antes citada, apartado 40, y de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C?386/04, Rec. p. I?8203, apartados 54 a 56).

39 Por otra parte, el carácter directo de esa relación debe acreditarse, en vista del objetivo perseguido por la normativa fiscal controvertida, en relación con los contribuyentes de que se trate, mediante una correlación rigurosa entre el elemento de deducibilidad y el relativo a la tributación (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C?80/94, Rec. p. I?2493, apartado 24).

40 En cuanto al régimen fiscal controvertido en el procedimiento principal, es preciso destacar que la comparación entre las pérdidas en el cambio, por un lado, y las ganancias en el cambio, por otro, carece de pertinencia dado que no existe entre esos dos elementos ninguna relación directa como la exigida por la jurisprudencia recordada en los dos apartados anteriores. En efecto, la falta de cómputo de la pérdida en el cambio para la determinación de la base imponible de Deutsche Shell a efectos del ejercicio fiscal de 1992 no se compensa con ninguna ventaja fiscal en el Estado miembro en el que esa sociedad tiene su domicilio social, ni en el Estado miembro en el que está situado el establecimiento permanente.

41 Por lo que se refiere, en segundo lugar, al argumento basado en la existencia del Convenio, el cual hace un reparto de competencias tributarias entre los dos Estados miembros de que se trata, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitarias, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar los criterios de tributación de los ingresos y del patrimonio, con el fin de eliminar, en su caso, mediante convenio, la doble imposición (véanse las sentencias de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, Rec. p. I-9461, apartado 54; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Rec. p. I-11673, apartado 52, y de 18 de julio de 2007, Oy AA, C-231/05, Rec. p. I-0000, apartado 52).

42 Esa competencia implica, asimismo, que no se puede obligar a un Estado miembro a tener en cuenta, a efectos de la aplicación de su normativa fiscal, los resultados negativos de un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro y propiedad de una empresa cuyo domicilio social se encuentra en el territorio del primer Estado por la mera razón de que estos resultados no puedan computarse, en el plano tributario, en el Estado miembro en el que se halla el establecimiento permanente.

43 En efecto, la libertad de establecimiento no puede entenderse en el sentido de que un Estado miembro esté obligado a dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales, dado que las decisiones adoptadas por una empresa acerca del establecimiento de estructuras comerciales en el extranjero pueden, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para ella (véase, por analogía, la sentencia de 12 de julio de 2005, Schempp, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 45).

44 Por lo que atañe al procedimiento principal, es preciso señalar que la desventaja fiscal controvertida se refiere a una circunstancia operativa particular que sólo las autoridades tributarias alemanas pueden tener en cuenta. Si bien incumbe a cualquier Estado miembro que haya celebrado un convenio para evitar la doble imposición la labor de dar ejecución a dicho convenio mediante la aplicación de su propio Derecho fiscal y de determinar, así, los ingresos que se imputan a un establecimiento permanente, no puede admitirse que un Estado miembro excluya tener en cuenta las pérdidas en el cambio para determinar la base imponible del establecimiento principal, las cuales, por su propia naturaleza, jamás puede sufrir el establecimiento permanente.

45 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que las disposiciones conjuntas de los artículos 52 y 58 del Tratado se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado miembro con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.

*Sobre la segunda cuestión*

46 Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, en el supuesto de que se responda de manera afirmativa a la primera cuestión, las disposiciones conjuntas de los artículos 52 y 58 del Tratado se oponen también a que la pérdida en el cambio de la que se trata sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya tenido beneficio alguno libre de impuestos.

47 Como resulta de las consideraciones formuladas en los apartados 30 y 31 de la presente sentencia, limitar la imputación de las pérdidas en el cambio de divisas, sufridas por dicho establecimiento permanente, en función de sus resultados también puede disuadir a una sociedad de continuar su actividad transfronteriza en la Comunidad Europea a través de una entidad de esa índole y, por lo tanto, debe considerarse un obstáculo a la libertad de establecimiento.

48 En cuanto a una eventual justificación de esta restricción, el Finanzamt y el Gobierno alemán han reiterado su postura de que el régimen fiscal se justifica por razones de coherencia del sistema tributario y por el reparto de las competencias fiscales entre los dos Estados miembros de que se trata. Los argumentos a este respecto se asemejan a los ya mencionados en los apartados 34 y 35 de la presente sentencia.

49 El Finanzamt y el Gobierno alemán consideran también que el régimen fiscal controvertido en el litigio principal tiene por objeto evitar que se duplique el cómputo de las pérdidas, al excluir la deducción de los gastos efectuados en relación con la obtención de ingresos en el extranjero, ya que estos últimos están exentos en virtud del Convenio. En efecto, de computar la pérdida en el cambio como cargas de explotación de la empresa en Alemania, Deutsche Shell se beneficiaría de una doble ventaja fiscal, dado que el resultado positivo de su establecimiento permanente está exento del impuesto en Alemania en virtud del Convenio, sin que la pérdida en el cambio pueda tenerse en cuenta para la tributación en Italia. En otras palabras, una misma y única operación económica quedaría dividida de manera artificial en favor de la sociedad Deutsche Shell, puesto que los ingresos del establecimiento permanente estarían exentos del impuesto en virtud del Convenio y la pérdida en el cambio recibiría el trato de una carga de explotación de la empresa distinta de las demás cargas en que haya incurrido ésta.

50 Dado que dos de los argumentos invocados por el Finanzamt y el Gobierno alemán reproducen, sustancialmente, las consideraciones formuladas por éstos respecto a la primera cuestión, basta con remitirse a los apartados 37 a 44 de la presente sentencia, de los cuales resulta que la exclusión del cómputo de la pérdida en el cambio no puede quedar justificada por los motivos mencionados en el anterior apartado 48.

51 En cuanto al argumento específico basado en que existe el riesgo de que Deutsche Shell obtenga una doble ventaja en relación con la pérdida en el cambio, procede señalar que un Estado miembro que ha renunciado a ejercer sus competencias en materia tributaria, al celebrar un convenio fiscal bilateral, como el aplicable en el procedimiento principal, no puede invocar la falta de competencia tributaria respecto a los resultados de un establecimiento permanente que pertenece a una empresa establecida en el territorio de ese mismo Estado para justificar que no se deduzcan las cargas en que haya incurrido dicha empresa, las cuales, por su naturaleza, no pueden computarse en el Estado miembro en que se halla ese establecimiento.

52 Es importante añadir que el hecho de que el establecimiento permanente haya obtenido beneficios carece de pertinencia respecto al derecho de Deutsche Shell a deducir, en su totalidad, en concepto de cargas de explotación de la empresa, la pérdida en el cambio que resulta de repatriar el capital de dotación concedido a ese establecimiento. De no ser así, la pérdida en el cambio no podría tenerse en cuenta ni en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social la

empresa ni en el Estado en que se sitúa el establecimiento permanente, puesto que la contabilidad de este último, efectuada en la moneda nacional, no puede revelar la depreciación monetaria que sufrió el capital de dotación.

53 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que las disposiciones conjuntas de los artículos 52 y 58 del Tratado se oponen también a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.

### **Costas**

54 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) **Las disposiciones conjuntas de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen a que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado miembro.**

2) **Las disposiciones conjuntas de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen también a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.**

Firmas

\* Lengua de procedimiento: alemán.