



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 17 de noviembre de 2016¹

Asunto C-68/15

X

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional, Bélgica)]

«Fiscalidad — Libertad de establecimiento — Artículos 4, apartado 3, y 5, de la Directiva 2011/96/UE — Directiva sobre sociedades matrices y filiales — Impuesto sobre sociedades derivado de la distribución de beneficios — Concepto de “retención en origen” — “Fairness tax”»

I. Introducción:

1. En el presente procedimiento de decisión prejudicial se solicita al Tribunal de Justicia que clarifique la compatibilidad de un impuesto recaudado en el Reino de Bélgica, que deben abonar las empresas en determinadas circunstancias por la distribución de beneficios, con la libertad de establecimiento y con la Directiva 2011/96/UE² (en lo sucesivo, «Directiva sobre sociedades matrices y filiales»).
2. El Derecho tributario belga permite a las empresas trasladar las pérdidas a ejercicios fiscales posteriores de manera ilimitada y deducirse el denominado capital riesgo.³ Según los datos del Gobierno belga, estas medidas habían llevado sin embargo a que algunas empresas apenas pagaran ya impuestos mientras que sí distribuían beneficios. El Gobierno belga afirma que, como esto no resulta justo para otros sujetos pasivos, se pretende limitar los excesos que producían las posibilidades de deducción mediante un impuesto especial, que se ha dado en denominar *fairness tax*.⁴
3. El impuesto se aplica en esencia cuando las sociedades distribuyen beneficios tras haber reducido de manera efectiva su carga fiscal sobre los beneficios en el mismo período impositivo gracias al aprovechamiento de las citadas deducciones. Dicho de forma más sencilla, la base imponible viene determinada por la cantidad en la cual los beneficios distribuidos de una sociedad superan su resultado imponible. Esta cantidad, antes de aplicar el tipo impositivo, se multiplica por el denominado factor de proporcionalidad, que indica en qué medida se ha reducido el resultado al aprovechar las deducciones por pérdidas y capital riesgo.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Directiva del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO 2011, L 345, p. 8), en la redacción que le da la Directiva 2015/121/UE del Consejo, de 27 de enero de 2015 (DO 2015, L 21, p. 1).

3 — La deducción permite deducir, de la base imponible del impuesto pagado por la renta de las sociedades, unos intereses teóricos a los que se da la consideración de remuneración de los capitales propios de la sociedad de que se trate. El Tribunal de Justicia ya se ocupó de esta deducción en la sentencia de 4 de julio de 2013, Argenta Spaarbank (C-350/11, EU:C:2013:447).

4 — Véase la exposición del ministro competente en el informe de 15 de julio de 2013 que se elaboró en nombre de la Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Representantes de Bélgica (Parl. St., Kamer, 2012-2013, DOC 53-2891/007, p. 38).

4. Se pone en duda la compatibilidad del *fairness tax* con la libertad de establecimiento, puesto que aquel recae también en las sociedades no residentes que actúan en Bélgica por medio de un establecimiento permanente en lugar de una filial. Puesto que el impuesto presenta características tanto de un impuesto sobre sociedades como de una retención de los dividendos en origen, se plantea también si la Directiva sobre sociedades matrices y filiales se opone al mismo.⁵

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

5. El marco jurídico del Derecho de la Unión lo constituyen en el presente procedimiento la libertad de establecimiento consagrada en los artículos 49 TFUE a 55 TFUE y la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

6. La Directiva sobre sociedades matrices y filiales se debe aplicar, de conformidad con su artículo 1:

- «a) a las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades de dicho Estado miembro y procedentes de sus filiales en otros Estados miembros;
- b) a las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades de dicho Estado miembro a sus sociedades filiales en otros Estados miembros;

[...]»

7. El artículo 4 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales establece lo siguiente:

«1. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de ésta reciban, por la participación de aquélla en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente:

- a) o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial;
- b) o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente puedan encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado.

[...]

3. Todo Estado miembro conservará la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz.

5 — El Tribunal de Justicia tiene pendiente también resolver acerca de un procedimiento sobre un impuesto recaudado en Francia que presenta similitudes estructurales con el *fairness tax* belga; véase el asunto *Association française des entreprises privées* y otros (C-365/16).

Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5 % de los beneficios distribuidos por la sociedad filial.

[...]»

8. El artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales recoge lo siguiente:

«Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen.»

B. Derecho nacional

9. El *fairness tax* tiene su fundamento en la Ley de 30 de julio de 2013,⁶ la cual, a través de sus artículos 43 a 50, modifica el Código belga del impuesto sobre la renta de 1992 (Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992; en lo sucesivo, «WIB de 1992»). En virtud del apartado 1 del artículo 219 *ter* del WIB de 1992 (introducido por la citada Ley), a partir del ejercicio fiscal 2014 las sociedades belgas quedan sujetas a un impuesto específico en el marco del impuesto sobre sociedades.⁷

10. El punto de partida para determinar la base imponible de dicho impuesto, de conformidad con el artículo 219 *ter*, apartado 2, del WIB de 1992, es la diferencia positiva entre los dividendos brutos distribuidos en relación con el período impositivo y el resultado imponible definitivo que queda efectivamente sujeto al tipo del impuesto sobre sociedades. En virtud del artículo 219 *ter*, apartado 3, del WIB de 1992, este importe se reduce en función del porcentaje de los dividendos distribuidos que procedan de las reservas gravadas con anterioridad y hasta el ejercicio fiscal de 2014.

11. El saldo así obtenido, de acuerdo con el artículo 219 *ter*, apartado 4, del WIB de 1992, se multiplica a continuación por un coeficiente (denominado factor de proporcionalidad) expresado mediante un quebrado que refleja la proporción entre:

- por una parte, en el numerador del quebrado, las deducciones efectivamente aplicadas en el período impositivo por pérdidas trasladadas y por capital riesgo y,
- por otra parte, en el denominador del quebrado, el resultado imponible del período impositivo, con exclusión de las minusvalías, provisiones y plusvalías.

12. El artículo 219 *ter*, apartado 5, del WIB de 1992 establece que la base imponible del tributo no puede limitarse o reducirse de ninguna otra manera.

13. Según el artículo 219 *ter*, apartado 6, en relación con el artículo 463 *bis*, apartado 1, punto 1, del WIB de 1992, el tipo impositivo es del 5,15 %.

14. En virtud del artículo 233, apartado 3, del WIB de 1992, las sociedades extranjeras que cuenten con un establecimiento permanente en Bélgica también quedan sujetas al *fairness tax* cuando distribuyen beneficios. Para calcular la base imponible del tributo se toma en consideración solamente aquella parte de los dividendos brutos distribuidos por la sociedad que coincida con la parte proporcional del establecimiento belga en el resultado total de la sociedad.

6 — Ley por la que se establecen diversas disposiciones (Wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen), publicada en el *Belgisch Staatsblad* de 1 de agosto de 2013.

7 — Se entiende por impuesto sobre sociedades, en virtud del artículo 1, apartado 1, punto 2, del WIB de 1992, el impuesto que recae sobre la renta global de las sociedades residentes en Bélgica.

III. Procedimiento principal y procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia

15. El objeto del procedimiento principal es la demanda interpuesta por X NV ante el Tribunal Constitucional belga solicitando la anulación de los artículos de la Ley de 30 de julio de 2013 que introducen el *fairness tax*.

16. Puesto que el Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional, Bélgica) manifiesta dudas sobre la compatibilidad del *fairness tax* con la libertad de establecimiento y con la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, con fecha 28 de enero de 2015 se dirigió al Tribunal de Justicia planteando las siguientes cuestiones prejudiciales de acuerdo con el artículo 267 TFUE:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 49 TFUE en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual:
- a) las sociedades establecidas en otro Estado miembro con un establecimiento permanente en Bélgica están sujetas a un impuesto cuando deciden repartir beneficios que no están comprendidos en el resultado imponible definitivo de la sociedad, con independencia de si se traspaasa un beneficio desde el establecimiento permanente en Bélgica a la casa matriz, mientras que sociedades establecidas en otro Estado miembro con una filial belga no están sujetas a tal impuesto cuando deciden repartir beneficios que no están comprendidos en el resultado imponible definitivo de la sociedad, con independencia de si la filial ha repartido o no dividendos;
 - b) las sociedades establecidas en otro Estado miembro con un establecimiento permanente en Bélgica, en caso de reserva íntegra de los beneficios obtenidos en Bélgica, están sujetas a un impuesto cuando deciden repartir beneficios que no están comprendidos en el resultado imponible definitivo de la sociedad, mientras que las sociedades belgas, en caso de reserva íntegra de los beneficios, no quedan sujetas a tal impuesto?
- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales en el sentido de que existe una retención en origen cuando una disposición de Derecho nacional dispone que, en caso de distribución de beneficios de una filial a su matriz, se aplique un impuesto porque en el mismo período impositivo se distribuyen dividendos y el resultado imponible se reduce total o parcialmente mediante la deducción de capital riesgo y/o pérdidas fiscales trasladadas, mientras que los beneficios no quedarían gravados en virtud de la legislación nacional si los conservara la filial y no fueran distribuidos a la sociedad matriz?
- 3) ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se aplica un impuesto a la distribución de dividendos cuando dicho régimen tiene como consecuencia que, si una sociedad distribuye dividendos en un ejercicio posterior al ejercicio en el que ella misma los ha percibido, quedará sujeta a gravamen en una parte del dividendo que rebasa el umbral establecido en el citado artículo 4, apartado 3, de la Directiva, mientras que tal no será el caso cuando la sociedad distribuya de nuevo dividendos en el mismo año en que los haya percibido?»

17. En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones escritas y han participado en la vista celebrada el 22 de junio de 2016 la demandante del procedimiento principal, el Reino de Bélgica, la República Francesa y la Comisión Europea.

IV. **Apreciación jurídica**

A. Sobre la primera cuestión prejudicial

18. La primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente se basa en la compatibilidad del *fairness tax* con la libertad de establecimiento en lo que se refiere a dos aspectos diferentes. Mientras que la primera parte de la cuestión alude a las consecuencias fiscales diferentes para una sociedad no residente en función de la forma jurídica elegida para sus actividades en Bélgica, la segunda parte hace referencia a una diferencia de trato entre sociedades residentes y no residentes cuando acumulan en reservas los beneficios obtenidos en Bélgica.

1. Supuesta diferencia de trato en función de la forma jurídica elegida

19. La primera parte de la primera cuestión prejudicial tiene por objeto en esencia aclarar si se opone a la libertad de establecimiento una normativa nacional por la cual las sociedades no residentes que cuentan con un establecimiento permanente en Bélgica, cuando distribuyen beneficios, quedan sujetas a un impuesto al que no están sujetas si desarrollan su actividad en Bélgica a través de una filial.

20. En opinión de la demandante del procedimiento principal, las modalidades de recaudación del *fairness tax* impiden que las sociedades no residentes puedan elegir libremente forma jurídica para su actividad en Bélgica. Entiende que, si la sociedad no residente ejerce allí su actividad a través de una filial, tan sólo queda sujeta al impuesto de manera indirecta y en la medida en que esta le traslada beneficios, mientras que, si ejerce su actividad en Bélgica a través de un establecimiento permanente, queda sujeta al *fairness tax* al distribuir beneficios ella misma. Considera que, por lo tanto, una sociedad no residente que cuente con un establecimiento permanente en Bélgica recibe un trato menos favorable que si tuviera allí una filial.

21. Por consiguiente es necesario analizar si se produce una restricción de la libertad de establecimiento cuando se recauda un impuesto por parte de un Estado miembro que en definitiva da lugar a un tratamiento diferente de las sociedades no residentes en función de si estas actúan en dicho Estado miembro a través de un establecimiento permanente o de una filial.

22. Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE reconocen a las sociedades la libertad de establecimiento. Conforme a los mismos, las sociedades con sede en un Estado miembro de la Unión pueden ejercer su actividad en otro Estado miembro a través de una filial, sucursal o agencia.⁸ Una sucursal, a nivel fiscal, equivale a un establecimiento permanente.⁹

23. Dado que, además, el artículo 49 TFUE, párrafo primero, segunda frase, deja expresamente a los agentes económicos la posibilidad de elegir libremente la forma jurídica apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro, esta libre elección no debe ser limitada por disposiciones fiscales discriminatorias en el Estado miembro de acogida.¹⁰ La libertad de elegir la forma jurídica apropiada para el ejercicio de actividades en otro Estado miembro tiene así por objeto, especialmente, permitir a las sociedades domiciliadas en un Estado miembro abrir una sucursal en otro Estado

8 — Véanse, entre otras, las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, EU:C:1986:37), apartado 18; de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438), apartado 35; de 25 de febrero de 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89), apartado 17, y de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), apartado 12.

9 — Véase el artículo 5, punto 1, letra b), de la Propuesta de la Comisión Europea de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS), de 3 de octubre de 2011 [COM(2011) 121 final].

10 — Véanse entre otras las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, EU:C:1986:37), apartado 22; de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129), apartado 14; de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartado 40, y de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), apartado 13, así como el auto de 4 de junio de 2009, KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 y C-499/07, EU:C:2009:339), apartado 77.

miembro para ejercer en éste sus actividades en las mismas condiciones que las que se aplican a las filiales.¹¹ El Estado miembro de acogida no puede aducir que la sociedad extranjera puede evitar una diferencia de trato perjudicial eligiendo otra forma jurídica para su actividad en dicho Estado miembro de acogida, como, por ejemplo, una filial en lugar de una sucursal.¹²

24. Pero, en contra de la visión de la demandante del procedimiento principal, la libertad de elección de la forma jurídica no debe ser vista como un mandamiento independiente. Con razón, el Tribunal de Justicia la contempla solamente como reflejo de la obligación de equiparación con los nacionales, sin que le corresponda un nivel de protección más amplio.¹³ Pues, si bien las libertades fundamentales han de servir para hacer realidad el mercado interior mediante la supresión de obstáculos, precisamente derivados del tráfico económico transfronterizo, no hay en ellas espacio para imponer además la obligación de que se estructuren las disposiciones fiscales de una forma que resulte neutral respecto de la forma jurídica elegida.

25. El tratamiento fiscal diferente que resulta para una sociedad no residente en función de si ésta opera en el Estado miembro de acogida a través de un establecimiento permanente o de una filial no puede constituir por sí mismo una restricción de la libertad de establecimiento. Este supuesto requiere, por el contrario, un tratamiento perjudicial de la situación transfronteriza en comparación con una situación equivalente que sea íntegramente nacional.

26. Por ello, en el presente caso, para determinar la existencia de una restricción de la libertad de establecimiento es necesario que una sociedad no residente que ejerza su actividad en Bélgica a través de un establecimiento permanente reciba un trato desfavorable al recaudarse el *fairness tax* belga, en comparación con una sociedad residente (que puede a su vez ser la filial de una sociedad no residente).

27. Sin embargo no se aprecia tal tratamiento desfavorable.

28. Tanto las sociedades residentes como las no residentes quedan sujetas al mismo tipo impositivo en aplicación del *fairness tax*. El hecho imponible también es el mismo en ambos casos. Se vincula a la distribución de beneficios, siempre y cuando se hayan aplicado deducciones en el mismo período impositivo por pérdidas trasladadas o por capital riesgo. Por otra parte, al computarse en el caso de las sociedades no residentes, además, los dividendos en la parte proporcional correspondiente al resultado del establecimiento permanente belga en el resultado total de la sociedad matriz para determinar la base imponible del tributo, este procedimiento refleja la obligación fiscal limitada de las sociedades no residentes en Bélgica.

29. Ahora bien, esa parte de los dividendos distribuidos por una sociedad no residente que se computa para el cálculo del *fairness tax* no tiene por qué corresponderse exactamente con el beneficio generado por el establecimiento permanente belga de esta sociedad bajo soberanía fiscal belga. Pero esto afecta en la misma medida a los dividendos de una sociedad residente que cuenta a su vez con establecimientos permanentes en el extranjero. Tampoco los beneficios de estos establecimientos quedan sujetos por normal general y de manera efectiva a la tributación de los rendimientos en

11 — Sentencias de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129), apartado 15, y de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), apartado 14.

12 — Véase la sentencia de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartado 40.

13 — Véanse las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, EU:C:1986:37), apartado 15, y de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438), apartado 44, en las cuales el Tribunal de Justicia presumió a este respecto una infracción única contra la libertad de establecimiento. Véase también la sentencia de 6 de septiembre de 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), apartados 13 a 15. Si bien en la sentencia de 23 de febrero de 2006, CLT-UFA (C-253/03, EU:C:2006:129), el Tribunal de Justicia se limitó en su apreciación al aspecto de la restricción de la libertad de elección de la forma jurídica, es indudable que en el núcleo de este asunto yacía también un tratamiento desfavorable de un contexto transfronterizo frente a uno nacional.

Bélgica, estando sin embargo incluidos en los dividendos que se toman en consideración para el cálculo del *fairness tax* de las sociedades residentes. Desde este punto de vista, las modalidades de cálculo del impuesto parece que incluso suelen favorecer a las sociedades no residentes, lo cual excluye un trato desfavorable que sea relevante para la libertad de establecimiento.

30. En consecuencia, la respuesta a la primera parte de la primera cuestión es que no se opone a la libertad de establecimiento una normativa nacional por la cual las sociedades no residentes que cuentan con un establecimiento permanente en Bélgica, cuando distribuyen beneficios, quedan sujetas a un impuesto como el *fairness tax* belga, al que no están sujetas si desarrollan su actividad en Bélgica a través de una filial.

2. Supuesta diferencia de trato en la dotación de reservas

31. Mediante la segunda parte de la primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si la libertad de establecimiento se opone al *fairness tax* en los supuestos en que quedan sujetas al mismo las sociedades no residentes que actúan en Bélgica a través de establecimientos permanentes cuando se distribuyen beneficios, a pesar de aportarse a reservas el beneficio de dichos establecimientos, mientras que las sociedades residentes no están sujetas al impuesto en caso de reserva íntegra de los beneficios.

32. En la situación descrita se da por tanto un trato desfavorable a la sociedad no residente frente a la residente, al quedar sujeta solamente la primera al *fairness tax*. Pero evidentemente estas dos situaciones no pueden compararse de manera objetiva en lo que a la aplicación del impuesto se refiere.

33. Mientras que la sociedad residente, en la situación que subyace a la cuestión prejudicial, acumula en reservas íntegramente su beneficio, en el caso de la sociedad no residente tiene lugar una distribución de beneficios. Resulta obvio que un impuesto como el *fairness tax*, que se recauda únicamente en el caso de la distribución de dividendos, lógicamente solo puede afectar negativamente a sociedades que distribuyen dividendos. En estas circunstancias hay que negar que tenga lugar una restricción de la libertad de establecimiento.

34. A la segunda parte de la primera cuestión prejudicial debe responderse por tanto que la libertad de establecimiento no se opone a la aplicación de un impuesto como el *fairness tax* belga en los supuestos en que queda sujeta al mismo una sociedad no residente con establecimientos permanentes en un Estado miembro cuando se distribuyen beneficios, a pesar de aportarse a reservas el beneficio de dichos establecimientos, mientras que una sociedad residente no está sujeta al impuesto en caso de reserva íntegra de los beneficios.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial

35. La segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente se refiere a si la aplicación del *fairness tax* se puede calificar de retención en origen en el sentido del artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

36. Si la respuesta a esta cuestión fuera afirmativa, el impuesto iría en contra del artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, puesto que según dicha disposición los beneficios distribuidos por una filial a su matriz quedan exentos de la retención en origen.

37. La Directiva sobre sociedades matrices y filiales no define el concepto de retención en origen a efectos del artículo 5. No obstante, en reiterada jurisprudencia el Tribunal de Justicia interpreta esta disposición en el sentido de que constituye una retención en origen sobre los beneficios distribuidos en el sentido del artículo 5 de la Directiva todo tributo sobre las rentas percibidas en el Estado en que

se distribuyen los dividendos y cuyo hecho imponible es el pago de dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, cuando la base imponible de dicho tributo es el rendimiento de éstos y el sujeto pasivo es el titular de los mismos títulos.¹⁴

38. En consecuencia, se tienen que cumplir tres requisitos para poder hablar de una retención en origen en el sentido del artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales: el impuesto se aplica cuando tiene lugar la distribución de beneficios, la base imponible del tributo depende de la magnitud de dicha distribución y el sujeto pasivo es el receptor de la misma.

39. Las partes están de acuerdo en que el *fairness tax* cumple los dos primeros requisitos citados. En primer lugar, el impuesto va ligado a la distribución de beneficios, pues si no tiene lugar tal reparto no se aplica. En segundo lugar, se tiene en cuenta la magnitud de la distribución para determinar la base imponible del tributo. En este aspecto carece de importancia que la base imponible del *fairness tax* se modifique posteriormente. Según la jurisprudencia resulta suficiente con que la distribución de beneficios se incluya en la base imponible del tributo.¹⁵

40. Por el contrario, no se cumple el tercer requisito, puesto que sujeto pasivo del *fairness tax* es la sociedad que distribuye el beneficio, pero no el receptor de tal reparto.

41. Ciertamente es que el Tribunal de Justicia en el asunto Athinaïki Zythopoiia¹⁶ consideró, en una sola ocasión, un impuesto sobre la filial como retención en origen en el sentido del artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, orientándose por tanto hacia un planteamiento económico que atiende al efecto que surte en la sociedad matriz el impuesto que recae sobre la filial.¹⁷ En el resto de su jurisprudencia sobre esta disposición, sin embargo, se ha remitido siempre al requisito de que la sociedad que distribuye los beneficios sea también el sujeto pasivo del impuesto.¹⁸ A este respecto el Tribunal de Justicia, de manera acertada, esclarece expresamente en el asunto Burda¹⁹ que la existencia de una retención en origen en el sentido del artículo 5 continúa dependiendo de que el sujeto pasivo sea titular de los valores que representan la participación en la sociedad que distribuye el beneficio.²⁰

42. Y es que la Directiva sobre sociedades matrices y filiales no recoge el primer gravamen de los ingresos de una filial.²¹ Así pues, la prohibición que recoge el artículo 5 de aplicar una retención en origen a los beneficios distribuidos a la sociedad matriz no se extiende al pago del impuesto por los rendimientos generados por la filial a partir de su actividad económica, aun en el caso de que dicho impuesto se pague solo a consecuencia del reparto de beneficios.²² Esto se ve confirmado por el artículo 7, apartado 1, de la Directiva, en virtud del cual el pago anticipado o previo (descuento

14 — Véanse las sentencias de 8 de junio de 2000, Epon Europe (C-375/98, EU:C:2000:302), apartado 23; de 25 de septiembre de 2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495), apartado 47; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 108; de 26 de junio de 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365), apartado 52, y de 24 de junio de 2010, P. Ferrero y General Beverage Europe (C-338/08 y C-339/08, EU:C:2010:364), apartado 26.

15 — Véase la sentencia de 25 de septiembre de 2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495), apartado 52.

16 — Sentencia de 4 de octubre de 2001, C-294/99, EU:C:2001:505.

17 — Véanse la sentencia de 4 de octubre de 2001, Athinaïki Zythopoiia (C-294/99, EU:C:2001:505), apartado 29, y el punto 32 de las conclusiones del Abogado General Alber presentadas en este asunto (EU:C:2001:263).

18 — Véanse las sentencias de 8 de junio de 2000, Epon Europe (C-375/98, EU:C:2000:302), apartado 23; de 25 de septiembre de 2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495), apartado 47; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 108; de 26 de junio de 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365), apartado 52, y de 24 de junio de 2010, P. Ferrero y General Beverage Europe (C-338/08 y C-339/08, EU:C:2010:364), apartado 26.

19 — Sentencia de 26 de junio de 2008, C-284/06, EU:C:2008:365.

20 — Véase la sentencia de 26 de junio de 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365), apartados 61 y 62.

21 — Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), apartado 60, y de 18 de julio de 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439), apartado 27.

22 — Véanse las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Burda (C-284/06, EU:C:2008:60), punto 55.

previo) del impuesto sobre sociedades de la filial queda expresamente excluido del concepto de retención en origen. Esto mismo ha de ser de aplicación para un impuesto como el *fairness tax*, por el que en determinadas circunstancias los ingresos de una sociedad quedan sujetos al final a un impuesto pese a la deducción inicial.

43. Por lo tanto, tampoco se puede apoyar la alegación de la demandante del procedimiento principal que sostiene que el sujeto pasivo del *fairness tax* es, únicamente desde un punto de vista formal, la sociedad que distribuye beneficios pero que, en realidad, el sujeto pasivo es el titular de las participaciones, dado que los beneficios distribuidos son inferiores como consecuencia del impuesto pagado anteriormente. En realidad, cualquier imposición sobre la renta de una sociedad implica necesariamente que solo se pueda distribuir a los titulares de las participaciones una cantidad proporcionalmente inferior de beneficios.

44. A la segunda cuestión prejudicial por tanto debe responderse que la aplicación de un impuesto como el *fairness tax* belga no se considera una retención en origen en el sentido del artículo 5 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial

45. Por último, mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si el artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales se opone a la aplicación del *fairness tax*, cuando esto tiene como consecuencia que una sociedad quede sujeta a gravamen en una parte del dividendo que rebasa el volumen establecido en esta disposición cada vez que distribuya dividendos en un ejercicio posterior al ejercicio en el que ella misma los ha percibido.

46. La cuestión prejudicial toma como escenario una situación en la cual una sociedad residente en Bélgica, como eslabón intermedio de una cadena de participación, recibe ella misma dividendos y posteriormente los distribuye de nuevo. La cuestión también se plantea sobre la premisa de que tales dividendos, si son distribuidos de nuevo en un ejercicio posterior al ejercicio en el que fueron recibidos, están sujetos al final a una carga fiscal mayor que la que permite el artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, debido a las modalidades de recaudación del *fairness tax*.

47. El artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales otorga a los Estados miembros la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz. Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5 % de los beneficios distribuidos por la sociedad filial.

48. Según los datos del órgano jurisdiccional remitente, el legislador belga promulgó una norma para implementar el artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices filiales, según la cual, si se cumplen las condiciones legalmente establecidas, los dividendos recibidos por la sociedad matriz se pueden deducir del beneficio de la sociedad en un 95 %. El 5 % restante queda sujeto al impuesto sobre la renta de la sociedad.

49. Las partes no están de acuerdo en cuáles son las circunstancias en las que se puede producir efectivamente una sobrecarga fiscal de los dividendos recibidos cuando estos vuelven a distribuirse. Sin embargo, de la propia alegación del Gobierno belga se puede extraer que dicha sobrecarga es posible. La causa de ello parece encontrarse en que para determinar la base imponible del *fairness tax* se tomen los dividendos brutos distribuidos en un determinado período impositivo. No se diferencia cuando se trata de dividendos que la propia sociedad repartidora de los mismos haya recibido a su vez.

50. Según la opinión del Gobierno belga, se cumplen no obstante los requisitos del artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, ya que, en la medida en que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva prevé la exención o la deducción de los dividendos recibidos, del tenor de la disposición se deduce que esta obligación se refiere únicamente a la percepción de tales dividendos pero no se mantiene cuando tiene lugar una redistribución. Para el Gobierno belga, esto mismo es de aplicación para el artículo 4, apartado 3, de la Directiva.

51. Esta alegación no puede prosperar. Tal interpretación iría en contra de la sistemática y la finalidad de la Directiva sobre sociedades matrices filiales, y en perjuicio de su efecto útil.

52. En sus artículos 4 y 5, la Directiva sobre sociedades matrices y filiales toma una decisión fundamental sobre la asignación de competencias para gravar los beneficios de una sociedad filial. En principio le corresponde al Estado miembro de la filial gravar sus beneficios. De esta forma se pretende garantizar que la distribución de beneficios que entre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales sea neutral desde el punto de vista fiscal.²³ Esto se aplica de la misma manera a cadenas de sociedades, ya que es necesario eliminar la doble o múltiple imposición también cuando se distribuyen beneficios a la sociedad matriz a través de la cadena de filiales.²⁴

53. En consecuencia, no es compatible con la Directiva sobre sociedades matrices y filiales que los beneficios de una sociedad se vean sujetos a una carga fiscal mayor, en el plano de la sociedad de superior nivel dentro de una cadena de participación, que la permitida por el artículo 4 de la Directiva. En este sentido debe carecer de importancia si esta carga fiscal se produce por la percepción de dividendos o por su nueva redistribución. Cualquier otra interpretación daría lugar a que un Estado miembro pudiera rehuir con facilidad el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Directiva mediante una simple modificación de su técnica de recaudación fiscal. Sin perjuicio de lo anterior, respecto de las correspondientes distribuciones de beneficios se deben cumplir siempre el resto de requisitos de aplicación de la Directiva en virtud de sus artículos 1 a 3.

54. La sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*,²⁵ a la que aluden los Gobiernos de Bélgica y Francia, no se opone a esto. Este asunto hacía referencia al caso específico de un sistema de pago a cuenta del impuesto sobre sociedades que había de abonar una sociedad matriz residente cuando distribuía a su vez los dividendos percibidos de una filial no residente. A este respecto el Tribunal de Justicia determinó que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales no obliga a un Estado miembro a garantizar que el importe que debe pagarse a cuenta se determine, en todo caso, en función del impuesto sobre sociedades pagado por la filial en su Estado de residencia.²⁶ Pero de aquí no cabe deducir que la Directiva no sea de aplicación en el caso de una redistribución de dividendos percibidos.

55. Por todo ello, debe responderse a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 3, de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales sí se opone a la aplicación de un impuesto cuando éste tiene como consecuencia que una sociedad, al llevar a cabo una distribución de beneficios encuadrada en la Directiva, referente a dividendos percibidos por esta misma sociedad también dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y distribuirlos de nuevo, quede sujeta a una carga fiscal que rebase el volumen permitido por el artículo 4, apartado 3.

23 — Véanse las sentencias de 3 de abril de 2008, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel* (C-27/07, EU:C:2008:195), apartado 24, y de 12 de febrero de 2009, *Cobelfret* (C-138/07, EU:C:2009:82), apartado 29, así como el considerando 8 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

24 — Véase el considerando 11 de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

25 — Sentencia de 12 de diciembre de 2006, C-446/04, EU:C:2006:774.

26 — Véase la sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 105.

V. Conclusión

56. En conclusión, propongo que se responda del siguiente modo a la petición de decisión prejudicial del Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional, Bélgica):

- «1) El artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 54 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual:
- a) una sociedad no residente que cuenta con un establecimiento permanente que genera beneficios en ese Estado miembro queda sujeta a un impuesto, en determinadas circunstancias, cuando distribuye beneficios, mientras que una sociedad no residente que cuenta con una filial en dicho Estado miembro no queda sujeta a tal impuesto;
 - b) una sociedad no residente que cuenta con un establecimiento permanente que genera beneficios en ese Estado miembro, en caso de reserva íntegra de los beneficios allí obtenidos, queda sujeta a un impuesto, en determinadas circunstancias, cuando distribuye beneficios, mientras que una sociedad residente, en caso de reserva íntegra de los beneficios, no queda sujeta a tal impuesto.
- 2) Una normativa nacional en virtud de la cual una sociedad queda sujeta a un impuesto sobre la renta adicional cuando distribuye beneficios no constituye una retención en origen en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2011/96/UE.
- 3) El artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2011/96/UE se opone a una normativa nacional que tiene como consecuencia que una sociedad, cuando redistribuye beneficios por los dividendos percibidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, quede sujeta con motivo de tal redistribución a una carga fiscal que rebase el volumen permitido por el artículo 4, apartado 3.»