Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 26 de octubre de 2016 [1]

Asunto C-448/15

Belgische Staat
contra
Wereldhave Belgium Comm. VA,
Wereldhave International NV,
Wereldhave NV

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel (Tribunal de apelación de Bruselas, Bélgica)]

«Sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros — Régimen fiscal común aplicable — Impuesto sobre sociedades — Aplicación de la Directiva 90/435/CEE — Exención del impuesto sobre sociedades — Libre circulación de capitales»

1. Nuevamente se enfrenta el Tribunal de Justicia a una situación en la que los dividendos repartidos por una sociedad filial (en este caso, belga) a su matriz (neerlandesa) soportan una retención en origen, a título de impuesto sobre los rendimientos del capital mobiliario, liquidada por las autoridades fiscales del Reino de Bélgica.

2. La primera duda prejudicial del juez *a quo* se refiere a la interpretación de la Directiva 90/435/CEE. [2] Dado el peculiar status de la sociedad matriz en los Países Bajos, habrá que resolver, ante todo, si se la puede englobar entre las «sociedades de un Estado miembro» a las que se aplica esa Directiva (artículo 2).

3. Si la respuesta fuera afirmativa, surge el interrogante sobre la conformidad de la retención en origen con el artículo 5 de la Directiva 90/435, que exime, en principio, de dicha retención a los beneficios distribuidos por una filial a su matriz.

4. Para la hipótesis de que, por el contrario, la Directiva 90/435 no fuera aplicable al caso, el juez de reenvío pregunta si la normativa belga que grava los dividendos objeto de litigio respeta los artículos 49 TFUE y 63 TFUE.

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO 1990, L 225, p. 6), sustituida por la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011 (DO 2011, L 345, p. 8).

I. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión.*

Directiva 90/435/CEE

5. Según el primer considerando:

«Considerando que los grupos de sociedades de Estados miembros diferentes pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común; que no se deben dificultar estas operaciones con restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros; que, por consiguiente, es importante establecer para esos grupos unas normas fiscales neutras respecto a la competencia con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional».

6. A tenor del tercer considerando:

«Considerando que las actuales disposiciones fiscales por las que se rigen las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes varían sensiblemente de un Estado miembro a otro y son, por lo general, menos favorables que las que se aplican a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro; que la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes queda por ello penalizada con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro; que es conveniente eliminar dicha penalización mediante el establecimiento de un régimen común, y facilitar de este modo los grupos de sociedades a escala comunitaria».

7. El artículo 2 recoge:

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, el término «sociedad de un Estado miembro» designará toda sociedad:

a) que revista una de las formas enumeradas en el anexo;

b) que, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición, celebrado con un Estado tercero, no se considera que tiene su domicilio fiscal fuera de la Comunidad;

c) que, además, esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos siguientes:

[...]

— vennootschapsbelasting en los Países Bajos,

[...]».

8. De acuerdo con el artículo 3, apartado 1:

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva:

a) la calidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a toda sociedad de un Estado miembro que cumpla con las condiciones enunciadas en el artículo 2 y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 25 %;

b) se entenderá por «sociedad filial» la sociedad en cuyo capital exista la participación contemplada en la letra a)».

9. El artículo 5, apartado 1, prescribe:

«Los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de la retención en origen, al menos cuando la segunda tenga una participación de un 25 % como mínimo en el capital de la filial.»

10. Anexo: Lista de las sociedades a las que hace referencia la letra a) del artículo 2.

«a) las sociedades de derecho belga denominadas “société anonyme”/“naamloze vennootschap”, “société en commandite par actions”/“commanditaire vennootschap op aandelen”, “société privée à responsabilité limitée”/“besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid”, así como las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado;

[...]

j) las sociedades de derecho neerlandés denominadas “naamloze vennootschap”, “besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid”;

[...]».

B. *Derecho belga*

Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 [3]

11. Conforme al artículo 266:

«En las condiciones y dentro de los límites establecidos por Real Decreto, las rentas de capital y de bienes mobiliarios podrán quedar exentas de la retención sobre las rentas de capital mobiliario, siempre que los beneficiarios que las perciban puedan ser identificados o sean organismos extranjeros de inversión colectiva constituidos por un patrimonio indiviso gestionado por cuenta de sus partícipes por una sociedad de gestión cuando sus participaciones no sean objeto de emisión pública en Bélgica ni se comercialicen en Bélgica, o bien los valores al portador cuyas rentas queden comprendidas en una de las categorías siguientes:1. rentas legalmente exentas del impuesto sobre valores mobiliarios o de impuestos reales, o bien sujetas al impuesto a un tipo inferior al 15 %, devengadas por valores emitidos antes del 1 de diciembre de 1962;

2. rentas por certificados de organismos de inversión colectiva belgas;

3 — Código de los impuestos sobre la renta de 1992 (en adelante, «CIR 1992»).

3. primas de emisión relativas a obligaciones, bonos de caja y otros valores representativos de préstamos emitidos a partir del 1 de diciembre de 1962.

En ningún caso podrá renunciarse a la percepción de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario de valores representativos de préstamos cuyos intereses se capitalizan […], o bien de valores que no den lugar a un pago periódico de intereses y que hayan sido emitidos […] con un descuento que se corresponda con los intereses capitalizados hasta la fecha de vencimiento de tal valor […].

El apartado 2 no se aplicará a los valores derivados de la emisión de obligaciones lineares emitidas por el Estado belga.»

Koninklijk Besluit van 27 augustus 1993 tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 [4]

12. El artículo 106, apartado 5, preceptúa:

«Quedarán exentos en su integridad de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario los dividendos cuyo deudor sea una sociedad filial belga y cuyo beneficiario sea una sociedad matriz de otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea.

No obstante, no será aplicable esta renuncia [a la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario] si la participación social de la sociedad matriz en virtud del cual se abonan los dividendos no representan una participación de cuando menos el 25 % del capital de la sociedad filial y no se mantiene o no se ha mantenido la participación mínima del 25 % durante un periodo ininterrumpido de cuando menos un año.

A efectos de la aplicación de los apartados 1 y 2, se entenderá por sociedad filial y sociedad matriz las sociedades filiales y las sociedades matrices definidas en la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.»

C. *Convenio entre el Gobierno de Bélgica y el Gobierno de los Países Bajos tendente a evitar la doble imposición en materia de impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio y a regular otras cuestiones en materia fiscal* [5]

13. El artículo 10 prevé:

«1. º Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado a otra residente en el otro Estado serán gravados en este otro Estado.

2. º Sin embargo, estos dividendos pueden ser gravados también en el Estado en el que la sociedad que paga los dividendos es residente y según la legislación de este Estado, pero el impuesto así establecido no puede exceder [...] del 5 % del montante bruto de los dividendos, si el beneficiario de los dividendos es una sociedad por acciones que posee directamente al menos el 25 % del capital de la sociedad que paga los dividendos [...]».

4 — Real Decreto de 27 de agosto de 1993, de desarrollo del Código de los impuestos sobre la renta de 1992 (en lo sucesivo, «RD/CIR 1992»).

5 — Firmado en Bruselas el 19 de octubre de 1970 (en lo sucesivo, «Convenio de doble imposición»).

II. Hechos del litigio principal y cuestiones prejudiciales

14. Wereldhave Belgium es una sociedad comanditaria por acciones, de derecho belga, participada por las sociedades de derecho neerlandés Wereldhave International y Wereldhave (en un porcentaje del 35 % y del 45 %, respectivamente), de las que la primera es filial.

15. Wereldhave International y Wereldhave son instituciones de inversión colectiva,[6] con forma de sociedad anónima,[7] que reparten directamente sus beneficios entre sus accionistas y que, conforme al derecho neerlandés, están sujetas al impuesto sobre sociedades (vennootschapsbelasting, en los Países Bajos), pero tributan a «cuota cero».

16. En 1999 y 2000 Wereldhave Belgium distribuyó beneficios a Wereldhave International y Wereldhave, realizando la retención sobre estos rendimientos del capital mobiliario, al tipo del 5 %.[8]

17. Las sociedades mencionadas presentaron sendos escritos ante la Administración tributaria belga, solicitando la exención de la retención que les había sido practicada sobre los dividendos distribuidos. Invocaban, a estos efectos, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 y el artículo 106, apartado 5, del RD/CIR 1992, que la transpone al derecho belga.

18. Ante la falta de resolución expresa de la Administración belga en los seis meses siguientes, Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave interpusieron un recurso ante el rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Tribunal de primera instancia de Bruselas, Bélgica).

19. El 20 de noviembre de 2012, el rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Tribunal de Primera Instancia) dictó dos sentencias en las que declaró que los dividendos repartidos, en los ejercicios 1999 y 2000, por Wereldhave Belgium a las sociedades neerlandesas Wereldhave International y Wereldhave no debieron haber sido sometidos a retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, condenando al Estado belga a devolver las cantidades ingresadas más sus intereses.

20. La Administración belga recurrió ambas sentencias ante el Hof van beroep te Brussel (Tribunal de apelación de Bruselas, Bélgica), alegando, sustancialmente, que las beneficiarias de los dividendos eran IIC neerlandesas y no podían acogerse a la exención de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, pues no cumplían los requisitos establecidos en el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435, en relación con el artículo 106, apartado 5, del RD/CIR 1992, ya que tributaban a tipo cero en los Países Bajos.

21. Ante el Hof van beroep te Brussel (Tribunal de apelación de Bruselas), Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave sostienen que las IIC con forma jurídica de sociedad anónima están sujetas, en principio, al impuesto sobre sociedades neerlandés (artículo 1 de la Ley neerlandesa del impuesto sobre sociedades de 1969), lo que basta, en su opinión, para que no fuera procedente la retención controvertida. Esgrimen en su favor el artículo 266 del CIR 1992, el artículo 106, apartado 5, del RD/CIR 1992, así como el artículo 5 de la Directiva 90/435, y defienden que la sujeción a la que esta última norma se refiere no exige una percepción efectiva del impuesto.

22. Subsidiariamente, por si la Directiva 90/435 no fuera aplicable, aducen que los artículos 49 TFUE y 63 TFUE se oponen a los preceptos legales belgas que se les han aplicado, como resultaría del auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, EU:C:2012:463).

6 — En lo sucesivo, «IIC».

7 — «Naamloze vennootschap».

8 — El tipo aplicado es el del Convenio de doble imposición entre Bélgica y los Países Bajos.

23. En estas circunstancias, el Hof van beroep te Brussel (Tribunal de apelación de Bruselas) decidió suspender el curso del proceso y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en el sentido de que dicha Directiva se opone a una norma nacional que no renuncia a la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario que grava las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una sociedad matriz establecida en los Países Bajos que cumple el requisito de participación mínima y de posesión de la misma, puesto que la sociedad matriz neerlandesa es una institución de inversión colectiva de carácter fiscal cuyos beneficios deben repartirse en su integridad entre sus partícipes y, con sujeción a esta condición, puede acogerse al tipo cero del impuesto sobre sociedades?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 49 (antiguo artículo 43) y 63 (antiguo artículo 56) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en su versión en vigor desde la modificación y nueva numeración en virtud del Tratado de Lisboa), en el sentido de que dichas disposiciones se oponen a una norma nacional que no renuncia a la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario que grava las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una sociedad matriz establecida en los Países Bajos que cumple el requisito de participación mínima y de posesión de la misma, puesto que la sociedad matriz neerlandesa es una institución de inversión colectiva de carácter fiscal cuyos beneficios deben repartirse en su integridad entre sus partícipes y, con sujeción a esta condición, puede acogerse al tipo cero del impuesto sobre sociedades?»

III. Síntesis de las observaciones de las partes

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

24. Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave mantienen que las entidades neerlandesas están sujetas al impuesto sobre sociedades en los Países Bajos y que, a pesar de que tributen a tipo cero por ser IIC que reparten sus dividendos entre los accionistas, satisfacen el requisito contemplado en el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435. En apoyo de su tesis hacen varias citas doctrinales [9] de las que infieren que la sujeción no necesita una percepción efectiva del impuesto. Sería una condición subjetiva vinculada a la sociedad y no a los beneficios obtenidos ni a su tratamiento fiscal, de manera que la sujeción no estaría afectada por una exención total o parcial del impuesto. Añaden que, según la doctrina neerlandesa, las IIC no están exentas del impuesto de sociedades, sino plenamente sujetas, pero a cuota cero. [10]

25. Para las citadas sociedades es irrelevante que, según los trabajos preparatorios de la Directiva 90/435, las IIC neerlandesas quedaran fuera de su campo de aplicación: las declaraciones del Consejo carecen de valor jurídico si no se han incorporado a las disposiciones legales aprobadas, como sucede en este caso. [11]

9 — De Broe, L. y De Boeck, R.: «De moeder-dochterriichtlijn: Europese fiscale piecemeal engineering op weg naar harmonie» en Europees Belastingrecht, Peeters, B. (ed.), Larcier, Gante, 2005, p. 362; Jansen, T. y De Vos, P., Handboek internationaal en Europees belastingrecht, Intersentia, Amberes, 2008, p. 269; Lagae, J.P., «Les revenus d'actions et de parts de sociétés belges et étrangères», en Le régime fiscal des sociétés en Belgique, Ed. du Jeune Barreau, Bruselas, 1990, p. 116; Van Crombrugge, S., Beginselen van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Amberes, 2008, p. 54 ; y Van Crombrugge, S., Beginselen van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Amberes, 1997, p. 48.

10 — Marres, O.C.R. y Wattel, P.J., Dividendbelasting, Kluwer, Deventer, 2011, pp. 216 y 217.

11 — Aducen en su favor la sentencia de 17 de octubre de 1996, Denkavit y otros (C- 283/94, C-291/94 y C-292/94, EU:C:1996:387), apartado 29.

26. Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave estiman, por tanto, que la Directiva 90/435 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de derecho nacional como la controvertida.

27. Los Gobiernos belga, checo, francés e italiano, así como la Comisión, coinciden, básicamente, en que la Directiva 90/435 no es aplicable a este litigio, pues:

— Su artículo 2, letra c), reclama no solo que la sociedad esté sujeta al impuesto, sino que sea objeto de una imposición efectiva, como habría reconocido el Tribunal de Justicia en la sentencia Aberdeen Property Finivest Alpha. [12]

— El propósito de la Directiva 90/435 es eliminar la doble imposición, lo que implica obligatoriamente que haya habido una tributación efectiva. Admitir la exoneración de la retención en origen, cuando no existe gravamen real en el país de residencia, no serviría a ese propósito y podría ser un medio para eludir toda imposición. La Directiva 90/435 no tiene vocación de aplicarse a cualquier distribución de dividendos entre sociedades matrices y filiales, sino solamente a los casos previstos en ella, que no comprenden las situaciones de doble no imposición.

28. El Gobierno italiano y la Comisión subrayan, además, que la ausencia de exención (del impuesto sobre sociedades) a la que se refiere el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435 debe tener carácter permanente y no incumbir a un ejercicio concreto o a un acontecimiento particular que determine que la obligación de pago del impuesto no nazca.

29. En cuanto a la exigencia, inserta en ese mismo precepto, de que la sujeción se produzca «sin posibilidad de opción», el Gobierno italiano destaca que el auto de remisión no aclara si la aplicación de la cuota cero a las dos IIC holandesas deriva de una elección de sus órganos sociales o de los propios estatutos de constitución de las sociedades. En ambos casos, asegura, el resultado sería el mismo, porque no hay disparidades entre la exención y la imposición a cuota cero. La Comisión opina que la creación de una IIC entraña una opción específica de acogerse a ese régimen jurídico y de respetar sus condiciones.

30. La Comisión destaca, además, que los trabajos preparatorios de la Directiva 90/435 contienen una declaración que excluía las IIC neerlandesas de su ámbito de aplicación. Aunque esa declaración carece de valor jurídico intrínseco, pone de manifiesto las intenciones del legislador de la Unión: con ella se descartaban no solo las IIC, de modo expreso, sino cualquier otra sociedad sujeta al impuesto sobre sociedades que, sin embargo, estuviera exenta de su pago de manera permanente. La falta de mención explícita de las IIC en el texto final, no obstante figurar en los trabajos preparatorios, es explicable, porque, una vez que gozan de exención, ya quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 90/435, en virtud de su artículo 2, letra c).

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

31. El Gobierno francés no ha presentado observaciones sobre esta parte del reenvío. Sí lo han hecho los Gobiernos italiano y checo, así como la Comisión, que propugnan la inadmisibilidad de la segunda pregunta, pues el auto de remisión prejudicial no expone el marco jurídico nacional ni en qué consistiría la diferencia de trato entre las IIC residentes en Bélgica y las no residentes.

12 — Sentencia de 18 de junio de 2009 (C-303/07, EU:C:2009:377).

32. Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave, por el contrario, centran su atención en el análisis de la legislación belga para afirmar que hay una diferencia de trato entre las sociedades residentes y las no residentes, a resultas de la que estas últimas no pueden evitar la imposición en cadena. El trato desfavorable dispensado a las sociedades no residentes vulneraría el derecho a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

33. El Gobierno belga argumenta contra la posibilidad de aplicación al caso del auto Tate & Lyle Investments,[13] mencionado en el reenvío prejudicial, y de la sentencia Aberdeen Property Finivest Alpha.[14] Su análisis de la legislación fiscal propia le lleva a sostener que, en Bélgica, las sociedades no residentes no son tratadas de manera menos favorable que las residentes. La comparación de los impuestos aplicables a las sociedades belgas y a las neerlandesas ha de ponerse en relación con el régimen tributario de las IIC belgas, que se benefician de un trato exorbitante, y no con el de las sociedades belgas de regulación fiscal común.

34. El Gobierno italiano y la Comisión opinan, con carácter subsidiario, que, si se demostrase la existencia de un trato desfavorable para las IIC no residentes en Bélgica, sería aplicable la jurisprudencia recogida en el auto Tate & Lyle Investments.[15] Se vulneraría, en esa hipótesis, la libre circulación de capitales, aunque habría que valorar si las restricciones impuestas pueden justificarse por razones imperiosas de interés general y, aun entonces, si son apropiadas para garantizar el fin propuesto y no desbordan los límites de lo imprescindible para alcanzarlo.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

35. El auto de reenvío tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal el 19 de agosto de 2015.

36. Wereldhave Belgium, Wereldhave International, Wereldhave, los Gobiernos belga, checo, francés e italiano y la Comisión Europea han depositado sus observaciones por escrito. No hubo lugar a la celebración de una vista.

V. Apreciación

A. *Sobre la primera pregunta prejudicial*

37. La Directiva 90/435 pretende evitar la doble imposición en la distribución de dividendos entre sociedades filiales y matrices con domicilio en diversos Estados miembros, que se reputa un obstáculo a la constitución de empresas o grupos de sociedades de dimensión comunitaria. Según sus considerandos primero y tercero,[16] leídos de consuno, para facilitar la formación de esos grupos de sociedades no deben mantenerse las «restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros» que discriminan o «penalizan» las relaciones entre matrices y filiales no domiciliadas en el mismo Estado.

13 — Auto de 12 de julio de 2012 (C-384/11, EU:C:2012:463).

14 — Sentencia de 18 de junio de 2009 (C-303/07, EU:C:2009:377).

15 — Auto de 12 de julio de 2012 (C-384/11, EU:C:2012:463).

16 — Transcritos en los puntos 5 y 6 de estas conclusiones.

38. La Directiva 90/435 adopta dos tipos de medidas singulares con este propósito. Por un lado, prescribe que el Estado de la sociedad matriz se abstenga de gravar los beneficios recibidos de la filial, o que los grave pero «autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto correspondiente a tales beneficios». [17] Por otro lado, declara exentas de retención en origen las ganancias o dividendos repartidos por la filial a su matriz, siempre que concurran determinadas peculiaridades. [18] Sobre esta segunda previsión gira el debate en el litigio principal.

39. Ahora bien, este «régimen común» [19] no se aplica siempre, ni a cualquier relación entre sociedades filiales y matrices. La Directiva 90/435 acota su ámbito de aplicación por la vía de definir (artículo 2) a qué «sociedad[es] de un Estado miembro» concierne. En concreto, fija una serie de condiciones inexcusables para merecer esa calificación, entre las que se encuentra que la sociedad «esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos siguientes: [...] vennootschapsbelasting en los Países Bajos [...]» [artículo 2, letra c)].

40. La controversia surge desde el momento en el que las sociedades matrices del pleito principal tributan por el vennootschapsbelasting a tipo cero en los Países Bajos. ¿Implica esta circunstancia que resultan «exentas» del pago de ese impuesto en su Estado de residencia? Si así fuera, la aplicación del artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435 conllevaría, sin más, que el régimen de esta Directiva es ajeno al caso de autos, pues aquel precepto reclama no solo que la sociedad esté sujeta al impuesto sobre sociedades, sino que, además, no esté exenta de él. [20]

41. La tesis de las demandantes en el pleito principal es que el mero hecho de ser sujetos pasivos del impuesto satisface el requisito controvertido. La sujeción no precisa necesariamente la percepción efectiva del tributo y concurre aunque vaya acompañada de una exención o de una imposición con cuota reducida.

42. El enfoque de las empresas recurrentes en el litigio podría ser válido si el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435 solo hablase de sujeción. Pero no es así: el precepto implanta una condición positiva (estar sujeto al impuesto) y otra negativa (no disfrutar de ninguna exención), ambas de obligado y simultáneo cumplimiento. Significativamente, las alegaciones de aquellas empresas se centran en la sujeción, con casi total olvido de la exención. [21] Esta última implica que, a pesar de la realización del hecho imponible (esto es, de la sujeción), no se reclama la obligación de pagar el impuesto correspondiente, pues el legislador ha estimado oportuno dispensar de la carga tributaria a una categoría singular de sociedades.

43. A mi modo de ver, cuando la ley fiscal neerlandesa sujeta a unas determinadas entidades (en este caso, las IIC) al impuesto sobre sociedades y, acto seguido, establece, en abstracto, que tributarán a tipo cero, les reconoce, en realidad, una exención de la carga impositiva. En esa misma medida, las sustrae al ámbito de aplicación de la Directiva 90/435.

17 — Artículo 4.

18 — Artículo 5. En el asunto de autos no se discute el cumplimiento de lo establecido por este precepto.

19 — Así lo califica el inciso final del tercer considerando de la Directiva 90/435.

20 — La diferencia entre «sujeción» y «exención» de la obligación tributaria principal (esto es, del pago de la deuda tributaria) consiste, en síntesis, en que, en los supuestos de no sujeción, no se realiza el hecho imponible, mientras que en los de exención, sí. En estos últimos, la obligación tributaria principal ha nacido, en teoría, pero el sujeto pasivo está exonerado por la ley, total o parcialmente, de su pago, que, en definitiva, no le es exigible. Si en algunos derechos nacionales no se plantean problemas terminológicos ni de dogmática jurídica para aceptar esta distinción, en otros no existe la misma claridad conceptual. En sus observaciones, alguna de las partes menciona la sujeción como «sujeción subjetiva» y la no exención como «sujeción objetiva». Otras aluden a las expresiones «sujeción abstracta» y «sujeción concreta». O conectan, en fin, «no exención» con la idea de «efectividad», mediante el empleo de sintagmas como «imposición efectiva» o «efectivamente sometida».

21 — Subrayan que, al aplicar en un ejercicio fiscal concreto las normas de cálculo del tributo, incluidas las reducciones de la base imponible o las deducciones de la cuota, el montante de la liquidación podría ser cero (o negativo), sin que ello afectase a la sujeción. No creo, sin embargo, que la Directiva, cuando contempla la exención, se refiera a la determinación de la deuda tributaria en cada ejercicio, sino a las normas generales que disciplinan esta figura dentro de la ley reguladora del impuesto sobre sociedades.

44. No me parece que se pueda discutir esta apreciación con argumentos sólidos. Por definición, una «cuota cero» del impuesto sobre sociedades equivale a la ausencia plena de gravamen, es decir, a su completa exoneración. Cuando a este resultado se llega por expresa disposición legal, que así lo ha prescrito *ex ante* y de modo permanente para una cierta categoría de entidades, sean cuales sean los beneficios que hayan recibido, no veo cómo negar que se trata de una verdadera exención de aquel tributo, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435.

45. Un razonamiento adicional confirma que las sociedades neerlandesas implicadas en este caso son ajenas al ámbito de cobertura de la Directiva 90/435. Esta, como ya se ha expuesto, intenta evitar la doble percepción, por dos Estados miembros, del mismo tipo de impuesto (el que recae sobre los beneficios de las sociedades) en el marco de las relaciones entre matrices y filiales. Pues bien, y así lo han argüido las demás partes intervinientes, precisamente para llevar a cabo ese designio la Directiva 90/435 no se aplica a las entidades no sujetas, o exentas, del citado impuesto. Tanto la no sujeción como la total exención de sus rendimientos (en este caso, mobiliarios) neutralizan el riesgo de que la sociedad en la que concurre una de esas circunstancias sea doblemente gravada a título de impuesto sobre sociedades, con lo que desaparece la necesidad de aplicar el régimen común previsto por la Directiva. [22]

46. En sus observaciones, la Comisión describe cómo, en la reunión del Consejo de 11 de junio de 1990, previa a la aprobación de la Directiva 90/435, a instancia de diversos Gobiernos, se formularon varias declaraciones para incluir en el acta, mediante las que, de modo expreso, se dejaban fuera del ámbito de aplicación de aquella Directiva ciertas categorías de entidades (entre ellas, las IIC neerlandesas). [23] Aunque estas declaraciones carezcan de valor vinculante, no dejan de tener interés hermenéutico. Si las propuestas no se incorporaron finalmente al texto, no se debió a un rechazo de su contenido, sino a la certeza de que los términos del artículo 2, letra c), en cuanto se referían a la exención del impuesto, comprendían en sí mismos aquellas exclusiones.

47. En suma, la Directiva 90/435 no es aplicable a un supuesto como el que se plantea en el procedimiento principal, habida cuenta de que las matrices no pueden calificarse de «sociedades de un Estado miembro» en el sentido del artículo 2, letra c), de aquella. Por lo tanto, no cabe apreciar la colisión de la Directiva con las normas belgas que implantan la retención en origen del impuesto de sociedades (al tipo del 5 %) a los dividendos de la sociedad filial repartidos a sus matrices.

B. *Sobre la segunda pregunta prejudicial*

48. La respuesta a la primera pregunta prejudicial no anticipa, sin embargo, la solución de la segunda. Como el Tribunal de Justicia ya ha avanzado, entre otras, en la sentencia Aberdeen Property Finivest Alpha, [24] en situaciones no comprendidas en la Directiva 90/435 (ante las que «corresponde a los Estados miembros determinar si debe evitarse, y en qué medida, la doble imposición económica de los beneficios distribuidos y establecer, a este efecto, de forma unilateral o mediante convenios celebrados con otros Estados miembros, mecanismos dirigidos a evitar o a atenuar esta doble imposición económica»), no cabe instaurar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado. Sobre este problema versa, precisamente, la siguiente pregunta del tribunal de reenvío.

22 — El Gobierno de la República Checa lo expresó gráficamente en sus observaciones: la existencia de tributación efectiva es condición imprescindible para que pueda haber doble imposición. Admitir la exoneración de la retención en origen si no hay gravamen efectivo en el país de residencia no serviría al propósito de evitar la doble imposición.

23 — El texto de la declaración en cuanto afectaba a las sociedades de los Países Bajos, era el siguiente: «El Consejo y la Comisión convienen que las sociedades de inversión neerlandesas, en el sentido del artículo 28 de la ley sobre el impuesto de sociedades de 1969, no entran en el campo de aplicación de la presente Directiva». Declaraciones análogas del Consejo y de la Comisión aparecen en el acta: a) para ciertas sociedades de inversión alemanas; b) para las sociedades españolas acogidas al régimen de «transparencia fiscal»; y c) para las sociedades portuguesas que «están en principio sujetas al impuesto sobre las sociedades pero, al mismo tiempo, exentas de él, y cuyos beneficios se imputan a sus socios».

24 — Sentencia de 18 de junio de 2009 (C-303/07, EU:C:2009:377), apartado 28.

49. Los Gobiernos de Italia y de la República Checa, así como la Comisión, estiman que la segunda pregunta prejudicial podría ser inadmisible, ya que en ella no estarían suficientemente descritos por el juez de reenvío los presupuestos de hecho y el marco jurídico del litigio. El Gobierno de Francia ni siquiera llega a formular observaciones sobre esta pregunta.

50. Es cierto que el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial adolece de ese defecto. Por un lado, no explica en qué términos la legislación fiscal belga daría lugar a un trato desfavorable a las sociedades no residentes, en comparación con el de las residentes, de suerte que se vulnerase alguna de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE. Por otro lado, sobre todo, omite exponer con un cierto detalle las normas, nacionales y convencionales, que serían pertinentes para juzgar sobre la eventual violación de aquellas libertades.

51. Estas omisiones son particularmente relevantes si se examinan a la luz del método con el que el Tribunal de Justicia acomete, una y otra vez, el análisis de cuestiones prejudiciales planteadas en asuntos similares a este, relativos al ámbito de la fiscalidad directa. Su modo de operar, por fases o etapas, tiende a identificar, en un primer momento, la libertad aplicable y la eventual restricción que de ella se haya producido. En un segundo paso, compara las situaciones en liza, para dilucidar si han sido objeto de un tratamiento diferente, lo que exige un estudio pormenorizado de las normas internas que lo hayan regulado. Por último, indaga sobre las eventuales justificaciones, basadas en razones imperiosas de interés general, y sobre la proporcionalidad de la medida nacional restrictiva de la libertad en juego.

52. Pues bien, para cualquiera de esas etapas es imprescindible que el Tribunal de Justicia cuente con una información suficiente, facilitada por el juez de reenvío, sobre el derecho nacional aplicable, lo que en este caso no sucede. Así, por ejemplo, para calibrar si en el litigio principal se puede constatar un trato desigual, en cuanto al impuesto sobre sociedades, la comparación no debe hacerse entre las residentes en Bélgica y las no residentes, en general, sino entre las IIC neerlandesas y sus homólogas (sociedades de inversión) belgas, a cuyo régimen jurídico, en concreto, no alude el auto de reenvío.

53. Tampoco figuran en ese auto referencias normativas, ni en un sentido ni en otro, de las que se pueda inferir, con claridad, que la legislación fiscal belga prevea mecanismos que permitan suavizar la imposición en cadena, o desplazar el gravamen, únicamente a las sociedades del tipo IIC residentes en Bélgica, y no al resto. El tribunal remitente, además, no tiene en cuenta el Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Bélgica y los Países Bajos, cuyo contenido [25] podría, en su caso, neutralizar o atenuar los efectos desfavorables para las sociedades neerlandesas presumiblemente derivados de la restricción a la libre circulación de capitales (artículo 56 TFUE) generada por las leyes fiscales belgas. [26] Y, en fin, ninguna alusión hay en el auto de reenvío a las eventuales justificaciones, por razones imperiosas de interés general, ni a la falta de proporcionalidad de aquella supuesta restricción.

25 — El Gobierno belga ha invocado, en sus alegaciones, el artículo 10 del Convenio de doble imposición, cuyo tenor ha sido transcrito en el punto 13 de estas conclusiones. En virtud de esta norma convencional, la doble imposición generada por la retención practicada en Bélgica se atenúa, al marcar un límite porcentual del 5 % sobre el «montante bruto de los dividendos, si el beneficiario de los dividendos es una sociedad por acciones que posee directamente al menos el 25 % del capital de la sociedad que paga los dividendos». Las sociedades demandantes en el litigio principal rechazan, sin embargo, que la aplicación de este Convenio permita compensar la diferencia de trato que resulta de la legislación belga, pues la cantidad retenida en origen (el citado 5 %) se convierte en una carga definitiva, no deducible en los Países Bajos para las IIC.

26 — Aun cuando el tribunal *a quo* (que en esto sigue la propuesta de cuestión prejudicial sugerida por las partes, sin añadir un razonamiento propio) se refiera tanto al artículo 49 TFUE como al 56 TFUE, creo que el marco apropiado para el análisis sería el de la libertad de circulación de capitales. No descarto, sin embargo, que la libertad de establecimiento pudiera, hipotéticamente, verse afectada, en la medida en que la restricción afectara a la capacidad del accionista para ejercer una influencia efectiva sobre las decisiones de la sociedad y determinar sus actividades. Si careciera de esta capacidad (lo que en este caso no parece suceder, pues Wereldhave Belgium está participada por Wereldhave International y Wereldhave en un porcentaje del 35 % y del 45 %, respectivamente), únicamente sería de aplicación el artículo 56 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, EU:C:2006:774, apartado 38).

54. Es especialmente destacable la insuficiencia de información del reenvío, que no puede sustituirse por las meras alegaciones de las partes, sobre el régimen fiscal aplicable en la fecha de autos a las sociedades de inversión belgas, en comparación con el de las IIC neerlandesas, no obstante ser este el factor clave del litigio. En las observaciones del Gobierno de Bélgica y de las sociedades demandantes se aprecian puntos de vista muy dispares al respecto, sin que esta controversia pueda dirimirla el Tribunal de Justicia, puesto que la identificación, la interpretación y la aplicación de las normas de derecho interno corresponde en exclusiva al juez nacional.

55. En concreto, el Gobierno de Bélgica alega que, según el régimen fiscal de su país que se aplica a las sociedades de inversión residentes, (régimen exorbitante del derecho común), la retención en origen constituía un «impuesto definitivo, ya que no era imputable sobre el impuesto a cargo de dichas sociedades ni reembolsable» [27]. Defiende esta tesis apelando al artículo 123 del RD/CIR 1992, en relación con el artículo 143, apartados 1 y 2, de la Ley de 4 de diciembre de 1990. Y añade que, si bien el problema planteado es similar al que dio origen a la sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica, [28] el régimen fiscal sobre el que el Tribunal de Justicia se pronunció entonces, relativo a las sociedades de inversión sin establecimiento permanente en Bélgica, era diferente del aplicado a los dividendos distribuidos por Wereldhave Belgium a su matriz, ya que el primero permitía deducir, o rembolsar, el importe retenido, lo que no consiente el segundo.

56. Si estas afirmaciones del Gobierno de Bélgica se correspondiesen con la realidad (lo que debería comprobar el tribunal *a quo*), habría quedado acreditado que las sociedades de inversión residentes en aquel país no podían, respecto de los rendimientos del capital mobiliario que perciben, neutralizar la carga fiscal que para ellas se deriva de la práctica de la retención sobre esos rendimientos. En otras palabras, se habría demostrado que las IIC neerlandesas y las sociedades de inversión belgas gozan, en este último país, del mismo tratamiento fiscal en cuanto a la retención en origen a título del impuesto sobre sociedades. Ni unas ni otras estarían dispensadas del gravamen, dado su carácter definitivo y no reembolsable, lo que eliminaría la discriminación en contra de las primeras.

57. Suponiendo que eso fuera así, insisto, no estaría en entredicho la compatibilidad con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE de las normas nacionales que aplican a las sociedades de inversión la retención en origen. El Tribunal de Justicia ya ha estimado, en relación precisamente con el Reino de Bélgica, [29] que no se puede exigir al Estado de residencia de la sociedad que reparte beneficios «que garantice que los beneficios distribuidos a un accionista no residente no estén sujetos a una tributación en cadena o a una doble imposición económica, ya sea declarando dichos beneficios exentos para la sociedad que los distribuye o concediendo al referido accionista una ventaja fiscal correspondiente al impuesto pagado sobre tales beneficios por la sociedad que los distribuye». Esa exigencia implicaría, añade, «que el mencionado Estado debe renunciar a su derecho a gravar una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio». [30]

58. Podría suceder, sin embargo, que la legislación aplicada en este caso a las sociedades de inversión no se atuviera estrictamente a la versión que de ella facilita el Reino de Bélgica en sus observaciones. Si el juez de reenvío hubiera acudido a esa legislación, el análisis de su contenido podría, en hipótesis, haberlo llevado a apreciar que las coordenadas normativas vigentes en los ejercicios 2009 y 2010 no

27 — Punto 41 de sus observaciones escritas.

28 — Asunto C-387/11, EU:C:2012:670. En esa sentencia el Tribunal de Justicia falló que el Reino de Bélgica había «incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE al mantener normas distintas en relación con la tributación de los rendimientos del capital mobiliario según sean percibidos por sociedades de inversión residentes o por sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica».

29 — Sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica (C-387/11, EU:C:2012:670), apartado 78, que cita 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 59; de 17 de septiembre de 2009, Glaxo Wellcome, (C-182/08, EU:C:2011:670), apartado 83; y de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania, (C-284/09, EU:C:2011:670), apartado 80.

30 — El mismo razonamiento figura en el auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, EU:C:2012:463), apartado 30, de nuevo en relación con las normas fiscales sobre la retención en origen de los dividendos atribuidos por una sociedad filial residente en Bélgica a su matriz, no residente en ese país.

difieren de las examinadas por el Tribunal de Justicia en el auto de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments [31] o en la sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/ Bélgica, [32] resoluciones ambas de fecha anterior a la del reenvío y específicamente relativas a las normas fiscales belgas que regulan el impuesto de sociedades.

59. En estas condiciones, no se puede pedir al Tribunal de Justicia que dirima la controversia (entre Wereldahve y el Gobierno de Bélgica) sobre cuál es, en realidad, el marco jurídico interno en función del que se ha de comparar el régimen fiscal aplicable a las IIC neerlandesas y a las sociedades de inversión belgas. Es un deber que incumbe al juez que plantea la cuestión prejudicial, sin que el Tribunal de Justicia pueda suplirlo en esta tarea ni partir de conjeturas para dar una respuesta prejudicial satisfactoria.

60. A la vista de estas circunstancias, creo que no hay más remedio que declarar inadmisible la segunda pregunta prejudicial, pues no reúne los requisitos mínimos del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

61. Si el Tribunal de Justicia, no obstante, decidiera entrar en el fondo de la pregunta y apreciar que el trato fiscal dispensado a las IIC neerlandesas era más desfavorable, en cuanto a la retención de origen del impuesto sobre los dividendos, que el que disfrutaban las sociedades de inversión belgas, me temo que poco más podría hacer que no fuera reiterar en términos muy generales su jurisprudencia anterior sobre esta materia o remitirse, en concreto, al auto de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, EU:C:2012:463), [33] adaptando su contenido al supuesto que es objeto de estudio.

62. En efecto, al igual que sucedía en el asunto Tate & Lyle Investments, [34] el Gobierno belga habría optado por ejercer su competencia fiscal sobre los dividendos distribuidos por sus sociedades residentes a sociedades residentes en otros Estados miembros. Por consiguiente, las sociedades beneficiarias no residentes se encuentran en una situación equivalente a las residentes, en lo que concierne al riesgo de imposición en cadena de los dividendos distribuidos, de suerte que deben poder beneficiarse a este respecto de un trato equivalente al otorgado a las sociedades residentes. [35]

63. El Tribunal de Justicia, en esa misma línea, habría de advertir al juez de reenvío que un trato desfavorable sería susceptible de disuadir a las sociedades residentes en otro Estado miembro de llevar a cabo inversiones en Bélgica y constituye, por consiguiente, una restricción a la libre circulación de capitales, prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE. [36]

64. Ahora bien, como no cabe excluir que un Estado miembro pueda garantizar el respeto de sus obligaciones resultantes del Tratado celebrando un convenio con otro Estado miembro, encaminado a evitar la doble imposición, cuya aplicación permita compensar las repercusiones de la disparidad de trato dispensado por la legislación nacional, [37] el juez *a quo* tendría que sopesar la incidencia del Convenio de doble imposición entre Bélgica y los Países Bajos, al que ya se ha hecho referencia, y decidir si garantiza que las sociedades no residentes reciban un trato equivalente al de las residentes según el derecho belga.

31 — Auto de 12 de julio de 2012, Tate & Lyle Investments (C-384/11, EU:C:2012:463), apartados 3 a 9.

32 — Asunto C-387/11, EU:C:2012:670.

33 — Incidentalmente añadiré que el Tribunal de Justicia contestó entonces por auto, no por sentencia, al juez de reenvío, al entender que se trataba de una «cuestión prejudicial […] idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, o [que] la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia» (apartado 17 de dicho auto).

34 — Auto de 12 de julio de 2012 (C-384/11, EU:C:2012:463).

35 — *Ibidem*, apartado 33.

36 — *Ibidem*, apartado 36.

37 — *Ibidem*, apartados 36 y 37.

65. En coherencia con las resoluciones ya dictadas sobre esta materia, el Tribunal de Justicia debería, por último, recordar al juez de reenvío que, si, aun estando la tributación atenuada por la aplicación del convenio de doble imposición, considera que subsiste el trato desfavorable de las sociedades no residentes, tendría que valorar si razones imperiosas de interés general justifican ese régimen.[38] Incluso en presencia de aquellas razones, habría finalmente de comprobar que las medidas nacionales que restringen la libertad de circulación de capitales son adecuadas para garantizar la consecución del objetivo que pretenden y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo, en términos similares a los de la sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica.[39]

VI. Conclusión

66. En virtud de las reflexiones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia declarar inadmisible la segunda pregunta prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel (Tribunal de apelación de Bruselas, Bélgica) y responder a la primera del siguiente modo:

«La Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, no es aplicable a un litigio sobre la retención en origen aplicada en Bélgica a los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su matriz, cuando esta última es una institución neerlandesa de inversión colectiva que se acoge al tipo cero del impuesto sobre sociedades.»

38 — *Ibidem*, apartado 45.

39 — Asunto C-387/11, EU:C:2012:670, apartado 74.