

INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO «SOCIEDAD DE UN ESTADO MIEMBRO» CONTENIDO EN LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL EN LOS CASOS DE SUJECCIÓN AL IMPUESTO A UN TIPO CERO DE GRAVAMEN

Análisis de la STJUE de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15

María del Carmen Cámara Barroso

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.
UDIMA*

EXTRACTO

Con esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Bélgica) en el marco de un litigio entre las autoridades fiscales belgas y las entidades Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave por razón de la retención en origen practicada sobre los dividendos satisfechos por Wereldhave Belgium (residente en Bélgica) a Wereldhave International y Wereldhave (residentes en los Países Bajos).

En particular, la cuestión que se planteaba es si, a la luz de los requisitos establecidos por el artículo 2.1 c) de la Directiva matriz-filial para considerar a una entidad como «sociedad de un Estado miembro» a los efectos de la directiva, la entidad que satisfizo los dividendos debió practicar dicha retención en origen, teniendo en cuenta que las receptoras de los mismos eran instituciones de inversión colectiva de derecho neerlandés, sujetas en los Países Bajos a un tipo cero en el impuesto sobre sociedades condicionado a la distribución de la totalidad de sus beneficios a los accionistas.

1. SUPUESTO DE HECHO

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) deriva de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas (Bélgica) que tenía por objeto la interpretación, en primer lugar, del artículo 2.1 c) de 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 –hoy art. 2.a.iii) y anexo I, parte B, de la Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes– y, en segundo lugar, de los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) –hoy arts. 49 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)–.

La cuestión prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre, de un parte, las autoridades fiscales belgas y, de otra, Wereldhave Belgium (entidad belga), Wereldhave International y Wereldhave (entidades neerlandesas), en relación con las retenciones sobre los rendimientos del capital mobiliario aplicables a los dividendos que la primera abonó a las segundas durante 1999 y 2000, fecha en la que todavía estaba en vigor la Directiva 90/435/CEE.

Wereldhave International y Wereldhave, instituciones de inversión colectiva (en adelante, IIC) con forma de sociedad anónima (*naamloze vennootschap*), domiciliadas en los Países Bajos, poseían, respectivamente, el 35 % y el 44 % de Wereldhave Belgium, sociedad comanditaria por acciones (*commanditaire vennootschap op aandelen*), domiciliada en Bélgica.

Wereldhave Belgium abonó a Wereldhave International y Wereldhave dividendos en 1999 y 2000, realizando la retención sobre estos rendimientos del capital mobiliario al tipo del 5 %, que es el porcentaje que, frente al 15 % que establece la normativa doméstica, señala el convenio de doble imposición 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.

En cada uno de estos ejercicios fiscales, Wereldhave International y Wereldhave reclamaron, basándose en la Directiva 90/435/CEE, la exención de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario aplicable a los dividendos, en la medida en que entendían que debían ser consideradas como sociedades matrices en el sentido de la directiva. El artículo 3 de la Directiva 90/435/CEE establece que, a los efectos de la aplicación de la misma, la calidad de sociedad matriz se reconoce a toda «sociedad de un Estado miembro» que cumpla con las condiciones enunciadas en el artículo 2 de la misma y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 25 % durante dos años.

Según lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 90/435/CEE, el término «sociedad de un Estado miembro» implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: 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 c) que esté sujeta, *sin posibilidad de opción y sin estar exenta*, a uno de los impuestos que se enumeran en la propia directiva.

Teniendo en cuenta que Wereldhave International y Wereldhave se encontraban domiciliadas en los Países Bajos y que, de conformidad con el derecho neerlandés, estas IIC eran consideradas como sociedades anónimas (*NV*), estando incluidas estas últimas en el anexo de la Directiva 90/435/CEE, la única duda se planteaba respecto al apartado c) del artículo 2.1 de la directiva, donde se establece la necesidad de que las entidades estén sujetas al impuesto que corresponda sin estar exentas.

Cumpléndose los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 90/435/CEE, en el artículo 5 se permite que los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz queden exentos de retención en la fuente, al menos cuando la segunda tenga una participación de un 25 % en el capital de la filial, requisito este que también se cumplía en el caso que nos ocupa.

Al no existir resolución de las autoridades belgas en los seis meses siguientes a la fecha de recepción de las referidas reclamaciones, las mencionadas entidades presentaron un recurso

ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, quien entendió que, en aplicación de la Directiva 90/435/CEE, no procedía aplicar ninguna retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a los dividendos abonados en 1999 y 2000, condenando al Estado belga a devolver las cantidades ingresadas más sus intereses.

En este contexto, el Estado belga recurrió ante el Tribunal de Apelación de Bruselas alegando que las beneficiarias de los dividendos eran IIC de derecho neerlandés, sujetas en los Países Bajos al impuesto sobre sociedades a tipo cero, y que no podían beneficiarse de la exención de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, por no cumplirse el requisito de sujeción al impuesto recogido en el artículo 2.1 c) de la referida directiva. El Estado belga consideraba que la expresión «sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta» implica un requisito de tributación efectiva, no pudiendo considerarse que las sociedades sujetas al impuesto sobre sociedades a un tipo cero estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la citada directiva.

Por su parte, las entidades implicadas (Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave) sostenían que las IIC están sujetas (y no exentas) al impuesto sobre sociedades en los Países Bajos, en cuanto sociedades anónimas (*NV*), con independencia de que puedan beneficiarse del tipo cero del impuesto sobre sociedades a condición de repartir íntegramente sus beneficios entre sus accionistas. En consecuencia, a juicio de las demandadas en el litigio principal, el requisito de sujeción no implica una imposición efectiva.

Además, para el supuesto de que la Directiva 90/435/CEE no resultase aplicable a los dividendos de origen belga distribuidos por una sociedad belga a sus accionistas neerlandeses, estas entidades consideraban que los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del TCE se opondrían a una normativa nacional que somete a retención en origen a los dividendos distribuidos por una sociedad residente a sociedades no residentes, mientras que existe un mecanismo que permite atenuar la imposición en cadena para las sociedades beneficiarias residentes.

En este contexto, el Tribunal de Apelación de Bruselas decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Debe interpretarse la Directiva 90/435/CEE en el sentido de que dicha directiva se opone a una norma nacional que no exime de la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una sociedad matriz establecida en los Países Bajos, que cumple con los requisitos de participación mínima y de mantenimiento de la misma, basándose en 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 43 y 56 de la CE en el sentido de que dichas disposiciones se oponen a una norma nacional que no exime de la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una

sociedad matriz establecida en los Países Bajos que cumple los requisitos de participación mínima y de mantenimiento de la misma, basándose en que la sociedad matriz neerlandesa es una IIC 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. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

En primer lugar, el TJUE se centró en analizar si una sociedad sujeta al impuesto sobre sociedades a tipo cero bajo la condición de repartir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios puede calificarse de «sociedad de un Estado miembro» en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 90/435/CEE, de manera que la distribución de dividendos a esa sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva y, en consecuencia, resulte aplicable el artículo 5 de la misma en virtud del cual los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de retención en origen cuando la segunda tenga, al menos, una participación de un 25 % en el capital de la filial.

Esta primera cuestión prejudicial fue analizada por el tribunal a la luz de los objetivos perseguidos por la directiva, esto es, garantizar la neutralidad fiscal de la distribución de dividendos entre sociedades filiales y matrices situadas en el territorio de distintos Estados miembros mediante la eliminación de la doble imposición (económica) de esos beneficios a través de los mecanismos en ella previstos. Esta doble imposición se produce cuando los beneficios distribuidos son gravados por primera vez en sede de la filial y por segunda vez en sede de la sociedad matriz.

No han sido pocos los pronunciamientos en los que el TJUE ha hecho referencia a los objetivos perseguidos por la Directiva 90/435/CEE. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 3 de abril de 2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel (asunto C-27/07 [NFJ028104]), ya señaló que «la directiva tiende a garantizar la neutralidad, en el plano fiscal, de la distribución de beneficios por una sociedad filial situada en un Estado miembro a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro». En el mismo sentido, podemos destacar también su Sentencia de 1 de octubre de 2009, Gaz de France – Berliner Investissement (asunto C-247/08 [NFJ035247]).

Para cumplir este objetivo, esto es, eliminar la doble imposición económica que se produce entre sociedad filial y sociedad matriz, el artículo 5.1 de la directiva, con el mismo fin, prevé la exención de la retención en origen en el Estado de la filial cuando se distribuyen beneficios a la sociedad matriz, si esta tiene al menos una participación mínima del 25 % del capital de la sociedad filial.

Como ya hemos señalado arriba, el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE establece que, para ser considerada «sociedad de un Estado miembro» en el sentido de dicha directiva, la misma debe estar sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a alguno de los impuestos enumerados en la misma. Se trataba, por tanto, de determinar si se cumple con dicho requisito cuando la sociedad en cuestión está sujeta a uno de esos impuestos a tipo cero bajo la condición de distribuir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios.

En este sentido, el tribunal ha entendido que el artículo 2.1 c) de la directiva formula tanto un criterio de calificación *positivo* (estar sujeta al impuesto de que se trate) como *negativo* (no estar exenta de ese impuesto sin posibilidad de opción), llegando a la conclusión de que la directiva no solo exige que la sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación del impuesto de que se trate, sino que pretende excluir aquellas situaciones en que, pese a estar sujeta a ese impuesto, la sociedad no esté efectivamente obligada a abonarlo.

Afirma, entonces, que aunque formalmente una sociedad sujeta a un impuesto a tipo cero no está exenta de tal impuesto, «se encuentra en la práctica en una situación idéntica a la que el requisito establecido en el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435/CEE pretende excluir, a saber, una situación en la que la sociedad no está obligada a abonar ese impuesto».

En el mismo sentido, en el asunto C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV, el abogado general (Yves Bot), ya señaló en sus conclusiones de 3 de julio de 2007 que incluir en una normativa nacional una disposición según la cual una cierta categoría de sociedades puede disfrutar en determinadas condiciones de un gravamen a tipo cero equivale a no someter a esas sociedades al impuesto de que se trate.

El tribunal llega a la conclusión de que cuando la normativa del Estado miembro de establecimiento aplica a una sociedad matriz un tipo cero de gravamen, como ocurre en este caso, queda eliminado para esa sociedad matriz el riesgo de una doble imposición económica de los beneficios distribuidos por su filial.

En consecuencia, el tribunal entiende que en este caso no se cumple el requisito establecido en el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE y, por extensión, la distribución de beneficios efectuada por una filial establecida en un Estado miembro (Wereldhave Belgium) a una sociedad de este tipo establecida en otro Estado miembro (Wereldhave International y Wereldhave) no está comprendida en el ámbito de aplicación de la referida directiva.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, relativa a si los artículos 43 y 56 del TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro que obliga a aplicar una retención sobre los rendimientos de capital mobiliario a los dividendos que una filial establecida en ese Estado miembro distribuya a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro y sujeta al impuesto sobre sociedades a tipo cero, el tribunal señaló que, ante la falta de precisiones relativas al marco jurídico nacional aplicable a las distribuciones de dividendos a las sociedades establecidas en Bélgica que sean comparables a las sociedades beneficiarias de que se trata en el litigio principal (IIC), no está en condiciones de determinar si los dividendos distribuidos a las sociedades neerlandesas reciben (o no) un trato desfavorable con respecto a los dividendos distribuidos a esas sociedades comparables establecidas en Bélgica. En consecuencia, se declaró la inadmisibilidad de esta segunda cuestión.

Sobre este particular, el artículo 94 (contenido de la petición de decisión prejudicial) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en vigor desde 1 de noviembre de 2012, establece que, junto al texto de las preguntas formuladas al tribunal con carácter prejudicial, la petición contendrá: a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se

hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; y c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

3. COMENTARIO CRÍTICO

En este caso, el tribunal se enfrentaba a una situación en la que los dividendos repartidos por una sociedad filial (belga) a su matriz (neerlandesa) soportaron una retención en origen liquidada por las autoridades fiscales belgas, lo que, a simple vista, podía resultar contrario a la Directiva 90/435/CEE.

La primera duda que se planteaba el órgano jurisdiccional remitente se refería a la interpretación de la Directiva 90/435/CEE y, en particular, a si, dado el peculiar estatus de la sociedad matriz neerlandesa (sujeta a gravamen a un tipo cero condicionado al reparto íntegro de sus beneficios entre sus partícipes), esta se podía entender incluida entre las «sociedades de un Estado miembro» a las que se aplica la referida directiva. En caso afirmativo, se trataba de comprobar la compatibilidad de dicha retención en origen con el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, que exime de retención a los beneficios distribuidos por una filial a su matriz.

Por el contrario, en el caso de que se declarase por el tribunal que la Directiva 90/435/CEE no resultaba aplicable al caso, se trataba de comprobar la compatibilidad de dicha normativa con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales (reguladas, hoy en día, en los arts. 49 y 63 del TFUE).

Aunque Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave sostenían que las IIC no estaban exentas del impuesto sobre sociedades, sino plenamente sujetas, pero a cuota cero, no necesitando la sujeción una percepción efectiva del impuesto, el tribunal (en la misma línea que ya señalase el abogado general, Manuel Campos Sánchez-Bordona, en sus conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2016), entendió que, dado que el propósito de la Directiva 90/435/CEE, era eliminar la doble imposición, para que resulte aplicable el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE es necesario que la sociedad hubiera sido objeto de una imposición efectiva. En definitiva, con su pronunciamiento, el tribunal puso de relieve que, a los efectos de la directiva, no existen disparidades entre la exención y la imposición a tipo cero. Suscribimos la opinión del tribunal al considerar que una «cuota cero» del impuesto sobre sociedades equivale a la ausencia plena de gravamen, esto es, a su completa exoneración.

Podemos concluir entonces que, con su pronunciamiento, a la hora de analizar el concepto de «sociedad de un Estado miembro», el tribunal aboga por una interpretación finalista o teleológica del artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE, frente a una interpretación literal de la misma.

Consideramos que el enfoque de las empresas recurrentes sería válido si el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE únicamente exigiese la sujeción (esto es, solo estableciese una condición positiva). Sin embargo, como ya hemos señalado, el precepto implanta tanto una condición positiva (estar sujeto al impuesto) como negativa (no disfrutar de ninguna exención).

Por su parte, mediante la segunda cuestión prejudicial, que se inadmitió, se trataba de determinar si el trato desfavorable dispensado a las sociedades no residentes vulneraba el derecho a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

Como ya señalase el TJCE en su Sentencia de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* (asunto C-303/07 [NFJ033565]), en situaciones no comprendidas en la Directiva 90/435/CEE, como sería el del caso que nos ocupa, no cabe instaurar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado.

En concreto, en este asunto el tribunal sostuvo que los artículos 43 y 48 (libertad de establecimiento) del TCE debían interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro que exime de retención en origen a los dividendos distribuidos por una filial residente en dicho Estado a una sociedad anónima establecida en ese mismo Estado, pero que somete a dicha retención en origen a dividendos similares abonados a una sociedad de inversión de capital variable (SICAV) residente en otro Estado miembro, y que está exenta del impuesto sobre la renta en virtud de la normativa del otro Estado miembro. Así, concluyó que una SICAV luxemburguesa sujeta a imposición patrimonial y no al impuesto sobre sociedades estaba excluida de los beneficios de la directiva, pero podía aplicar las libertades fundamentales del TFUE frente al Estado miembro de la fuente o de residencia.

Del mismo modo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (asunto C-446/04 [NFJ024425]), el tribunal dispuso que, cualquiera que sea el mecanismo adoptado para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, las libertades de circulación garantizadas por el Tratado se oponen a que un Estado miembro trate de manera menos ventajosa los dividendos de origen extranjero que los dividendos de origen nacional, a menos que esta diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

En el mismo sentido, en el Auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, *Tate & Lyle Investments* (asunto C-384/11), el tribunal determinó que el artículo 63 (libre circulación de capitales) del TFUE debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal, que sometía a retención en origen los dividendos repartidos por una sociedad residente entre las sociedades beneficiarias residentes y no residentes que son titulares de una participación inferior al 10% en el capital de esa sociedad distribuidora de dividendos, pero cuyo valor de adquisición alcance 1.200.000 euros, y que únicamente prevé para las sociedades beneficiarias residentes un mecanismo que permite atenuar la imposición en cadena.

Entendemos que si el TJUE hubiera podido entrar en el fondo del asunto y apreciar que el trato fiscal dispensado a las IIC neerlandesas era más desfavorable que el aplicable al ofrecido a

las IIC belgas, sus conclusiones hubieran sido las mismas que en su jurisprudencia anterior sobre esta materia, esto es, hubiera declarado dicha normativa nacional contraria a las libertades fundamentales contenidas en el Tratado salvo razón imperiosa de interés general (garantizar la eficacia de los controles fiscales, garantizar el cobro eficaz de los impuestos, garantizar la coherencia de la normativa fiscal, preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros o impedir el fraude o la evasión fiscal...).

Sin embargo, se declaró su inadmisión. De una parte, no se explicaba 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 otra, se omitieron las normas, nacionales y convencionales, que serían pertinentes para juzgar la eventual violación de las mencionadas libertades fundamentales.

Además, tal y como señalase el abogado general Manuel Campos Sánchez-Bordona, «para calibrar si en el litigio principal se puede constatar un trato desigual, 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».

Es innegable que este pronunciamiento va a tener una incidencia importante en los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros (y, en concreto, en el mercado europeo de inversión inmobiliaria), pues en gran parte de los países de nuestro entorno existen vehículos de inversión inmobiliaria (*Real Estate Investment Trust*), basados en la ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio, mediante la aplicación a estas de un tipo cero bajo la obligación del reparto de la totalidad de sus beneficios entre sus partícipes.

Así, por ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico español tributan al tipo especial del 0%, junto con los fondos de pensiones regulados en el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, las sociedades anónimas cotizadas de inversión inmobiliaria (SOCIMI) acogidas al régimen fiscal especial de la Ley 11/2009, según establece el artículo 9.1 de la citada norma, salvo en determinados casos de incumplimiento del requisito de permanencia de los inmuebles y acciones o participaciones, en que se tributará al tipo general de gravamen.

Por lo que respecta al régimen fiscal de las SOCIMI, podemos destacar lo siguiente: las rentas procedentes del desarrollo de su objeto social tributan al tipo de gravamen del 0% en el impuesto sobre sociedades; se establece un gravamen especial del 19% por la distribución de dividendos.

Aunque evidentemente nada impide que se siga aplicando un tipo cero a estas entidades, a partir de este pronunciamiento, los dividendos que satisfagan este tipo de entidades a sus sociedades matrices comunitarias no quedarán exentos de gravamen en la fuente, debiendo tributar en los términos que prevea el convenio de doble imposición que resulte aplicable.

ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, quien entendió que, en aplicación de la Directiva 90/435/CEE, no procedía aplicar ninguna retención sobre los rendimientos del capital mobiliario a los dividendos abonados en 1999 y 2000, condenando al Estado belga a devolver las cantidades ingresadas más sus intereses.

En este contexto, el Estado belga recurrió ante el Tribunal de Apelación de Bruselas alegando que las beneficiarias de los dividendos eran IIC de derecho neerlandés, sujetas en los Países Bajos al impuesto sobre sociedades a tipo cero, y que no podían beneficiarse de la exención de la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, por no cumplirse el requisito de sujeción al impuesto recogido en el artículo 2.1 c) de la referida directiva. El Estado belga consideraba que la expresión «sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta» implica un requisito de tributación efectiva, no pudiendo considerarse que las sociedades sujetas al impuesto sobre sociedades a un tipo cero estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la citada directiva.

Por su parte, las entidades implicadas (Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave) sostenían que las IIC están sujetas (y no exentas) al impuesto sobre sociedades en los Países Bajos, en cuanto sociedades anónimas (*NV*), con independencia de que puedan beneficiarse del tipo cero del impuesto sobre sociedades a condición de repartir íntegramente sus beneficios entre sus accionistas. En consecuencia, a juicio de las demandadas en el litigio principal, el requisito de sujeción no implica una imposición efectiva.

Además, para el supuesto de que la Directiva 90/435/CEE no resultase aplicable a los dividendos de origen belga distribuidos por una sociedad belga a sus accionistas neerlandeses, estas entidades consideraban que los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 56 (libre circulación de capitales) del TCE se opondrían a una normativa nacional que somete a retención en origen a los dividendos distribuidos por una sociedad residente a sociedades no residentes, mientras que existe un mecanismo que permite atenuar la imposición en cadena para las sociedades beneficiarias residentes.

En este contexto, el Tribunal de Apelación de Bruselas decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Debe interpretarse la Directiva 90/435/CEE en el sentido de que dicha directiva se opone a una norma nacional que no exime de la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una sociedad matriz establecida en los Países Bajos, que cumple con los requisitos de participación mínima y de mantenimiento de la misma, basándose en 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 43 y 56 de la CE en el sentido de que dichas disposiciones se oponen a una norma nacional que no exime de la retención belga sobre los rendimientos del capital mobiliario las distribuciones de dividendos por una sociedad filial belga a una

sociedad matriz establecida en los Países Bajos que cumple los requisitos de participación mínima y de mantenimiento de la misma, basándose en que la sociedad matriz neerlandesa es una IIC 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. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

En primer lugar, el TJUE se centró en analizar si una sociedad sujeta al impuesto sobre sociedades a tipo cero bajo la condición de repartir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios puede calificarse de «sociedad de un Estado miembro» en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva 90/435/CEE, de manera que la distribución de dividendos a esa sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicha directiva y, en consecuencia, resulte aplicable el artículo 5 de la misma en virtud del cual los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz quedarán exentos de retención en origen cuando la segunda tenga, al menos, una participación de un 25 % en el capital de la filial.

Esta primera cuestión prejudicial fue analizada por el tribunal a la luz de los objetivos perseguidos por la directiva, esto es, garantizar la neutralidad fiscal de la distribución de dividendos entre sociedades filiales y matrices situadas en el territorio de distintos Estados miembros mediante la eliminación de la doble imposición (económica) de esos beneficios a través de los mecanismos en ella previstos. Esta doble imposición se produce cuando los beneficios distribuidos son gravados por primera vez en sede de la filial y por segunda vez en sede de la sociedad matriz.

No han sido pocos los pronunciamientos en los que el TJUE ha hecho referencia a los objetivos perseguidos por la Directiva 90/435/CEE. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 3 de abril de 2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel (asunto C-27/07 [NFJ028104]), ya señaló que «la directiva tiende a garantizar la neutralidad, en el plano fiscal, de la distribución de beneficios por una sociedad filial situada en un Estado miembro a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro». En el mismo sentido, podemos destacar también su Sentencia de 1 de octubre de 2009, Gaz de France – Berliner Investissement (asunto C-247/08 [NFJ035247]).

Para cumplir este objetivo, esto es, eliminar la doble imposición económica que se produce entre sociedad filial y sociedad matriz, el artículo 5.1 de la directiva, con el mismo fin, prevé la exención de la retención en origen en el Estado de la filial cuando se distribuyen beneficios a la sociedad matriz, si esta tiene al menos una participación mínima del 25 % del capital de la sociedad filial.

Como ya hemos señalado arriba, el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE establece que, para ser considerada «sociedad de un Estado miembro» en el sentido de dicha directiva, la misma debe estar sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a alguno de los impuestos enumerados en la misma. Se trataba, por tanto, de determinar si se cumple con dicho requisito cuando la sociedad en cuestión está sujeta a uno de esos impuestos a tipo cero bajo la condición de distribuir a sus accionistas la totalidad de sus beneficios.

En este sentido, el tribunal ha entendido que el artículo 2.1 c) de la directiva formula tanto un criterio de calificación *positivo* (estar sujeta al impuesto de que se trate) como *negativo* (no estar exenta de ese impuesto sin posibilidad de opción), llegando a la conclusión de que la directiva no solo exige que la sociedad esté comprendida en el ámbito de aplicación del impuesto de que se trate, sino que pretende excluir aquellas situaciones en que, pese a estar sujeta a ese impuesto, la sociedad no esté efectivamente obligada a abonarlo.

Afirma, entonces, que aunque formalmente una sociedad sujeta a un impuesto a tipo cero no está exenta de tal impuesto, «se encuentra en la práctica en una situación idéntica a la que el requisito establecido en el artículo 2, letra c), de la Directiva 90/435/CEE pretende excluir, a saber, una situación en la que la sociedad no está obligada a abonar ese impuesto».

En el mismo sentido, en el asunto C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV, el abogado general (Yves Bot), ya señaló en sus conclusiones de 3 de julio de 2007 que incluir en una normativa nacional una disposición según la cual una cierta categoría de sociedades puede disfrutar en determinadas condiciones de un gravamen a tipo cero equivale a no someter a esas sociedades al impuesto de que se trate.

El tribunal llega a la conclusión de que cuando la normativa del Estado miembro de establecimiento aplica a una sociedad matriz un tipo cero de gravamen, como ocurre en este caso, queda eliminado para esa sociedad matriz el riesgo de una doble imposición económica de los beneficios distribuidos por su filial.

En consecuencia, el tribunal entiende que en este caso no se cumple el requisito establecido en el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE y, por extensión, la distribución de beneficios efectuada por una filial establecida en un Estado miembro (Wereldhave Belgium) a una sociedad de este tipo establecida en otro Estado miembro (Wereldhave International y Wereldhave) no está comprendida en el ámbito de aplicación de la referida directiva.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, relativa a si los artículos 43 y 56 del TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro que obliga a aplicar una retención sobre los rendimientos de capital mobiliario a los dividendos que una filial establecida en ese Estado miembro distribuya a su sociedad matriz establecida en otro Estado miembro y sujeta al impuesto sobre sociedades a tipo cero, el tribunal señaló que, ante la falta de precisiones relativas al marco jurídico nacional aplicable a las distribuciones de dividendos a las sociedades establecidas en Bélgica que sean comparables a las sociedades beneficiarias de que se trata en el litigio principal (IIC), no está en condiciones de determinar si los dividendos distribuidos a las sociedades neerlandesas reciben (o no) un trato desfavorable con respecto a los dividendos distribuidos a esas sociedades comparables establecidas en Bélgica. En consecuencia, se declaró la inadmisibilidad de esta segunda cuestión.

Sobre este particular, el artículo 94 (contenido de la petición de decisión prejudicial) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en vigor desde 1 de noviembre de 2012, establece que, junto al texto de las preguntas formuladas al tribunal con carácter prejudicial, la petición contendrá: a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se

hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; y c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

3. COMENTARIO CRÍTICO

En este caso, el tribunal se enfrentaba a una situación en la que los dividendos repartidos por una sociedad filial (belga) a su matriz (neerlandesa) soportaron una retención en origen liquidada por las autoridades fiscales belgas, lo que, a simple vista, podía resultar contrario a la Directiva 90/435/CEE.

La primera duda que se planteaba el órgano jurisdiccional remitente se refería a la interpretación de la Directiva 90/435/CEE y, en particular, a si, dado el peculiar estatus de la sociedad matriz neerlandesa (sujeta a gravamen a un tipo cero condicionado al reparto íntegro de sus beneficios entre sus partícipes), esta se podía entender incluida entre las «sociedades de un Estado miembro» a las que se aplica la referida directiva. En caso afirmativo, se trataba de comprobar la compatibilidad de dicha retención en origen con el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE, que exige de retención a los beneficios distribuidos por una filial a su matriz.

Por el contrario, en el caso de que se declarase por el tribunal que la Directiva 90/435/CEE no resultaba aplicable al caso, se trataba de comprobar la compatibilidad de dicha normativa con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales (reguladas, hoy en día, en los arts. 49 y 63 del TFUE).

Aunque Wereldhave Belgium, Wereldhave International y Wereldhave sostenían que las IIC no estaban exentas del impuesto sobre sociedades, sino plenamente sujetas, pero a cuota cero, no necesitando la sujeción una percepción efectiva del impuesto, el tribunal (en la misma línea que ya señalase el abogado general, Manuel Campos Sánchez-Bordona, en sus conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2016), entendió que, dado que el propósito de la Directiva 90/435/CEE, era eliminar la doble imposición, para que resulte aplicable el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE es necesario que la sociedad hubiera sido objeto de una imposición efectiva. En definitiva, con su pronunciamiento, el tribunal puso de relieve que, a los efectos de la directiva, no existen disparidades entre la exención y la imposición a tipo cero. Suscribimos la opinión del tribunal al considerar que una «cuota cero» del impuesto sobre sociedades equivale a la ausencia plena de gravamen, esto es, a su completa exoneración.

Podemos concluir entonces que, con su pronunciamiento, a la hora de analizar el concepto de «sociedad de un Estado miembro», el tribunal aboga por una interpretación finalista o teleológica del artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE, frente a una interpretación literal de la misma.

Consideramos que el enfoque de las empresas recurrentes sería válido si el artículo 2.1 c) de la Directiva 90/435/CEE únicamente exigiese la sujeción (esto es, solo estableciese una condición positiva). Sin embargo, como ya hemos señalado, el precepto implanta tanto una condición positiva (estar sujeto al impuesto) como negativa (no disfrutar de ninguna exención).

Por su parte, mediante la segunda cuestión prejudicial, que se inadmitió, se trataba de determinar si el trato desfavorable dispensado a las sociedades no residentes vulneraba el derecho a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

Como ya señalase el TJCE en su Sentencia de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* (asunto C-303/07 [NFJ033565]), en situaciones no comprendidas en la Directiva 90/435/CEE, como sería el del caso que nos ocupa, no cabe instaurar medidas contrarias a las libertades de circulación garantizadas por el Tratado.

En concreto, en este asunto el tribunal sostuvo que los artículos 43 y 48 (libertad de establecimiento) del TCE debían interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro que exime de retención en origen a los dividendos distribuidos por una filial residente en dicho Estado a una sociedad anónima establecida en ese mismo Estado, pero que somete a dicha retención en origen a dividendos similares abonados a una sociedad de inversión de capital variable (SICAV) residente en otro Estado miembro, y que está exenta del impuesto sobre la renta en virtud de la normativa del otro Estado miembro. Así, concluyó que una SICAV luxemburguesa sujeta a imposición patrimonial y no al impuesto sobre sociedades estaba excluida de los beneficios de la directiva, pero podía aplicar las libertades fundamentales del TFUE frente al Estado miembro de la fuente o de residencia.

Del mismo modo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (asunto C-446/04 [NFJ024425]), el tribunal dispuso que, cualquiera que sea el mecanismo adoptado para evitar o atenuar la doble imposición en cadena o la doble imposición económica, las libertades de circulación garantizadas por el Tratado se oponen a que un Estado miembro trate de manera menos ventajosa los dividendos de origen extranjero que los dividendos de origen nacional, a menos que esta diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

En el mismo sentido, en el Auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, *Tate & Lyle Investments* (asunto C-384/11), el tribunal determinó que el artículo 63 (libre circulación de capitales) del TFUE debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal, que sometía a retención en origen los dividendos repartidos por una sociedad residente entre las sociedades beneficiarias residentes y no residentes que son titulares de una participación inferior al 10% en el capital de esa sociedad distribuidora de dividendos, pero cuyo valor de adquisición alcance 1.200.000 euros, y que únicamente prevé para las sociedades beneficiarias residentes un mecanismo que permite atenuar la imposición en cadena.

Entendemos que si el TJUE hubiera podido entrar en el fondo del asunto y apreciar que el trato fiscal dispensado a las IIC neerlandesas era más desfavorable que el aplicable al ofrecido a

las IIC belgas, sus conclusiones hubieran sido las mismas que en su jurisprudencia anterior sobre esta materia, esto es, hubiera declarado dicha normativa nacional contraria a las libertades fundamentales contenidas en el Tratado salvo razón imperiosa de interés general (garantizar la eficacia de los controles fiscales, garantizar el cobro eficaz de los impuestos, garantizar la coherencia de la normativa fiscal, preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros o impedir el fraude o la evasión fiscal...).

Sin embargo, se declaró su inadmisión. De una parte, no se explicaba 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 otra, se omitieron las normas, nacionales y convencionales, que serían pertinentes para juzgar la eventual violación de las mencionadas libertades fundamentales.

Además, tal y como señalase el abogado general Manuel Campos Sánchez-Bordona, «para calibrar si en el litigio principal se puede constatar un trato desigual, 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».

Es innegable que este pronunciamiento va a tener una incidencia importante en los distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros (y, en concreto, en el mercado europeo de inversión inmobiliaria), pues en gran parte de los países de nuestro entorno existen vehículos de inversión inmobiliaria (*Real Estate Investment Trust*), basados en la ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio, mediante la aplicación a estas de un tipo cero bajo la obligación del reparto de la totalidad de sus beneficios entre sus partícipes.

Así, por ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico español tributan al tipo especial del 0%, junto con los fondos de pensiones regulados en el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, las sociedades anónimas cotizadas de inversión inmobiliaria (SOCIMI) acogidas al régimen fiscal especial de la Ley 11/2009, según establece el artículo 9.1 de la citada norma, salvo en determinados casos de incumplimiento del requisito de permanencia de los inmuebles y acciones o participaciones, en que se tributará al tipo general de gravamen.

Por lo que respecta al régimen fiscal de las SOCIMI, podemos destacar lo siguiente: las rentas procedentes del desarrollo de su objeto social tributan al tipo de gravamen del 0% en el impuesto sobre sociedades; se establece un gravamen especial del 19% por la distribución de dividendos.

Aunque evidentemente nada impide que se siga aplicando un tipo cero a estas entidades, a partir de este pronunciamiento, los dividendos que satisfagan este tipo de entidades a sus sociedades matrices comunitarias no quedarán exentos de gravamen en la fuente, debiendo tributar en los términos que prevea el convenio de doble imposición que resulte aplicable.