CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 26 de septiembre de 2002 [1]

1. El Finanzgericht Münster (Alemania) solicita la interpretación del artículo 43 CE en un asunto en el que respecto a una filial establecida en Alemania se ha recalificado el pago de intereses por ésta a su sociedad matriz domiciliada en los Países Bajos como una distribución encubierta de beneficios, en aplicación de la legislación fiscal alemana.

I. El marco jurídico nacional

2. La Körperschaftsteuergesetz (Ley del impuesto de sociedades; en lo sucesivo, «KStG»), según su texto vigente durante los años 1996 a 1998, prevé en su artículo 8 *bis*, apartado 1 (fondos recibidos en préstamo de los accionistas) lo siguiente:

«La retribución de los recursos ajenos que una sociedad de capital, sujeta sin limitación al impuesto, haya obtenido de un socio que carece de crédito fiscal, que haya poseído en el curso del ejercicio económico una participación sustancial en el capital de la sociedad, se considerará constitutiva de un reparto de beneficios encubierto cuando:

[...]

2. se haya acordado una retribución calculada según un porcentaje del capital y los recursos ajenos tripliquen durante el ejercicio el valor de la participación de dicho socio, a menos que la sociedad hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales

[...]».

3. Según el artículo 51 de la KStG:

«Exclusión del crédito fiscal y de la compensación del impuesto sobre sociedades:

1 — Lengua original: francés.

Si los ingresos en el sentido del artículo 20, apartado 1, puntos 1 a 3, o del apartado 2, punto 2, letra a), no generan sujeción del socio al impuesto, o si en virtud del artículo 50, apartado 1, punto 1 o 2, no se integran en la base imponible, queda excluido prever un crédito fiscal y a compensación del impuesto sobre sociedades en virtud del artículo 36, apartado 2, punto 3, de la Einkommensteuergesetz (Ley del impuesto sobre la renta)».

II. Hechos

4. La sociedad Lankhorst-Hohorst GmbH (en lo sucesivo «Lankhorst-Hohorst»), sociedad alemana de responsabilidad limitada con domicilio en Rheine (Alemania) tiene por objeto la venta de accesorios para embarcaciones, artículos para deportes náuticos, material de ocio y de bricolaje, ropa de tiempo libre y de trabajo, objetos para decoración así como artículos de ferretería y similares. Su capital social se elevó en agosto de 1996 a 2.000.000 de DEM.

5. El socio único de Lankhorst-Hohorst es la sociedad Lankhorst-Hohorst BV (en lo sucesivo «LHBV»), domiciliada en Sneek, Países Bajos. El socio único de esta última es la sociedad, también neerlandesa, Lankhorst Taselaar BV (en lo sucesivo «LTBV») domiciliada en Lelystad, Países Bajos.

6. En virtud de un contrato de fecha 1 de diciembre de 1996 LTBV concedió un préstamo de 3.000.000 de DEM a la demandante en el litigio principal, a devolver en diez años en anualidades de 300.000 DEM desde el 1 de octubre de 1998. El tipo de interés variable ascendía hasta finales de 1997 al 4,5 %. Los intereses se devengaban a final de año. Así, fueron pagados a LTBV en concepto de intereses 135.000 DEM en 1997 y 109.695 DEM en 1998.

7. El préstamo debía servir como alternativa al aumento de capital. Estaba acompañado de una «Patronatserklärung» (declaración de patrocinio) por la que LTBV renunciaría a la devolución del préstamo si la demandante en el litigio principal fuera demandada por terceros acreedores.

8. El préstamo permitió a Lankhorst-Hohorst reducir de 3.702.453,59 a 911.174,70 DEM el préstamo que había concertado con AMRO-Bank Münster y minorar así la carga de intereses que soportaba.

9. En los ejercicios 1996, 1997 y 1998 el balance de la demandante en el litigio principal reveló un déficit no cubierto por sus fondos propios. En el ejercicio 1998 el déficit se elevó a 1.503.165 DEM, con un resultado negativo de 428.321 DEM.

10. En sus liquidaciones del impuesto sobre sociedades correspondientes a los ejercicios 1997 y 1998, de fecha 28 de junio de 1999, la administración tributaria consideró que los intereses pagados a LTBV eran equiparables a una distribución de beneficios en el sentido del artículo 8 *bis* de la KStG y los sometió a gravamen como tales al tipo del 30 % (en virtud del artículo 27, apartado 1, punto 3, de la KStG).

11. Según el tribunal remitente, no era aplicable la excepción prevista en el artículo 8 *bis,* apartado 1, punto 2, de la KStG para los casos en que la sociedad de que se trate también hubiera podido obtener recursos ajenos de un tercero en idénticas condiciones. Habida cuenta del excesivo endeudamiento de la demandante en el litigio principal y de su incapacidad para ofrecer garantías, no habría podido obtener, en efecto, de un tercero un préstamo similar (concedido sin garantía y acompañado de una declaración de patrocinio).

12. Mediante resolución de 14 de febrero de 2000, la administración tributaria desestimó por infundada la reclamación formulada por la demandante en el litigio principal contra las liquidaciones del impuesto sobre sociedades.

13. En apoyo de su recurso ante el tribunal remitente, Lankhorst-Hohorst alegó que la concesión del préstamo por el socio neerlandés constituyó un intento de salvamento por parte de éste y que los intereses pagados al mismo no podían ser calificados como distribución encubierta de beneficios. Sostiene además que el artículo 8 *bis* de la KStG es discriminatorio, teniendo en cuenta el trato conferido a los socios alemanes que tienen crédito fiscal (a diferencia de LHBV y de LTBV, que están domiciliadas en los Países Bajos), y por tanto es contrario al Derecho comunitario, en particular al artículo 43 CE.

14. Lankhorst-Hohorst añade que debe tomarse en consideración la finalidad del artículo 8 *bis* de la KStG, que es impedir los fraudes del impuesto exigible por los rendimientos de las sociedades de capital. Ahora bien, en este caso el préstamo fue concedido con el único fin de minorar los gastos de Lankhorst-Hohorst y permitió lograr importantes economías en intereses bancarios. La demandante en el litigio principal observa en este aspecto que antes de la modificación del préstamo bancario los intereses representaban una carga dos veces mayor que la de los intereses adeudados posteriormente a LTBV. No se trata pues de un supuesto en el que un socio, que no tenga derecho a deducir el impuesto pagado por sus filiales, trate de eludir el gravamen exigible por auténticas distribuciones de beneficios a través de la percepción de intereses.

15. El Finanzamt Steinfurt reconoce que la aplicación del artículo 8 *bis* de la KStG puede causar la agravación de la situación de sociedades en crisis. Es, sin embargo, imposible cualquier otra interpretación de esa norma en relación con su finalidad, dada la claridad de sus términos. En este

aspecto, el tribunal remitente reconoce también que el texto de este artículo no permite concluir que sea necesario un fraude, además de los elementos constitutivos requeridos, para que aquél pueda ser aplicado.

16. La administración tributaria considera que el artículo 8 *bis* de la KStG no es contrario al principio comunitario de no discriminación. Numerosos países han adoptado disposiciones con un objetivo similar, en especial en materia de abuso individual, atendiendo a la proporción entre los fondos propios y los recursos ajenos.

17. El Finanzamt afirma que la distinción que hace el artículo 8 *bis* de la KStG entre las personas que tienen un crédito fiscal y las que carecen de él no constituye una discriminación encubierta basada en la nacionalidad, ya que los artículos 51 y 5 de la KStG (en materia de exención del impuesto sobre sociedades) relacionados entre sí excluyen también del crédito fiscal a varias categorías de contribuyentes alemanes.

18. Finalmente, el principio de unidad de la imposición nacional y la coherencia del sistema fiscal alemán justifican la aplicación del artículo 8 *bis* de la KStG en las circunstancias del asunto principal.

19. Haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [2] el Finanzgericht Münster manifiesta dudas sobre la compatibilidad del artículo 8 *bis* de la KStG con el artículo 43 CE. Recuerda a este respecto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el nacional de un Estado miembro que es titular de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro, que le confiere una influencia real en las decisiones de la sociedad, ejerce su derecho de establecimiento. [3]

20. Según el tribunal remitente, se lesiona la libertad de establecimiento cuando una filial recibe peor trato en el orden fiscal por el mero hecho de que su socio único, su sociedad matriz, esté domiciliado en un Estado miembro distinto del Estado de establecimiento de la filial, sin que ello se apoye en ninguna justificación objetiva.

21. Observa en este aspecto el tribunal nacional que la regla prevista por el artículo 8 *bis* de la KStG no está directamente vinculada con la nacionalidad, sino con la posibilidad de que el contribuyente tenga un crédito fiscal. Las personas jurídicas alemanas que no tienen derecho al crédito fiscal son, en esencia, conforme a la KStG, las que están exentas del impuesto sobre sociedades, así como los socios o accionistas extranjeros que carecen de participación en el capital de una sociedad de capital alemana en forma de inversiones internas.

2 — Véanse, en especial, las sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273); de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Rec. p. I-2651), y de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehr (C-294/97, Rec. p. I-7447).

3 — Sentencia de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787).

22. En estas circunstancias, un socio domiciliado en otro Estado miembro está sometido sistemáticamente a la norma del artículo 8 *bis* de la KStG, en tanto que, de los socios domiciliados en Alemania, sólo una categoría muy específica de contribuyentes está exenta del impuesto sobre sociedades y, por tanto, carece de derecho a deducción (a saber, en general, las personas jurídicas de Derecho público y las que ejercen una actividad económica en un sector específico, que asumen funciones que deben ser fomentadas). Esta última categoría de personas jurídicas no se halla en una situación comparable a la de la sociedad matriz de la demandante en el litigio principal.

23. En cuanto a la justificación del artículo 8 *bis* de la KStG, el tribunal remitente observa que las razones relacionadas con la coherencia del régimen fiscal sólo pueden ser alegadas cuando existe una relación directa entre la ventaja fiscal concedida, por una parte, y la imposición del propio contribuyente, por otra.[4] En el presente asunto no existe relación de esa naturaleza.

III. La cuestión prejudicial

24. En razón de cuanto precede, mediante resolución de 21 de agosto de 2000 el Finanzgericht Münster decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE, la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el principio de la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, previsto en el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión de 10 de noviembre de 1997, en el sentido de que se opone a la aplicación de la norma contenida en el artículo 8 *bis* de la Körperschaftsteuergesetz?»

IV. Análisis

A. *Sobre la aplicabilidad del artículo 43 CE en el presente asunto*

25. Ha de examinarse ante todo si el artículo 43 CE se aplica a un supuesto como el del presente asunto.

26. La demandante en el litigio principal alega que el régimen establecido por el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG significa en esencia someter a gravamen a las filiales de modo diferente según sea residente o no su sociedad matriz.

4 — Sentencia del Bundesfinanzhof de 30 de diciembre de 1996, I B 61/96, BStBl. II 1997, 446; sentencia Eurowings Luftverkehr, antes citada.

27. Este problema ya ha sido examinado en profundidad por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros.[5] El Tribunal de Justicia se pronunció en los siguientes términos:

«37 Hay que recordar, con carácter preliminar, que, según reiterada jurisprudencia, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben sin embargo ejercerla respetando el Derecho comunitario y deben abstenerse de toda discriminación basada en la nacionalidad (sentencias de 11 de agosto de 1995, Wielockx, C-80/94, Rec. p. I-2493, apartado 16; de 27 de junio de 1996, Asscher, C-107/94, Rec. p. I-3089, apartado 36; de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Rec. p. I-2651, apartado 19, y de 13 de abril de 2000, Baars, C-251/98, Rec. p. I-2787, apartado 17).

[...]

41 El artículo 52 del Tratado [CE, actualmente artículo 43 CE tras su modificación] constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho comunitario y es directamente aplicable en los Estados miembros desde el final del período transitorio. En virtud de esta disposición, la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro lleva consigo el acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. La supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento se extiende a las restricciones a la creación de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro (sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83, Rec. p. 273, apartado 13, y Royal Bank of Scotland, antes citada, apartado 22).

42 La libertad de establecimiento definida de este modo comprende, conforme al artículo 58 del Tratado, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (véanse las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI, C-264/96, Rec. p. I-4695, apartado 20 y jurisprudencia citada, y de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Rec. p. I-6161, apartado 35). Respecto a las sociedades, procede señalar en este contexto que su domicilio, en el sentido antes citado, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado (véanse las sentencias ICI, antes citada, apartado 20 y jurisprudencia citada, y Saint Gobain ZN, antes citada, apar-

5 — Asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727.

tado 36). Por lo tanto, admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 52 del Tratado (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 18).»

28. En consecuencia, ha de examinarse en concreto si, como sucedía para las filiales residentes en el Reino Unido en la sentencia Metallgesellschaft y otros, antes citada,[6] las filiales establecidas en Alemania son tratadas de modo diferente según su sociedad matriz esté o no domiciliada en Alemania.

Sobre la existencia de una diferencia de trato resultante del criterio fijado en el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG

29. Resulta de la lectura de la norma discutida, esto es el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG, así como de la exposición del tribunal remitente, que esta norma sólo se aplica a la retribución de los recursos ajenos que una sociedad de capital sujeta sin limitación al impuesto —en este asunto, Lankhorst-Hohorst— haya obtenido *«de un socio que carece del crédito fiscal»*.

6 — Apartado 43.

30. El tribunal remitente explica que esos socios sin derecho a deducción del impuesto «son, en esencia, conforme al artículo 51 de la KStG, las personas jurídicas alemanas que están exentas del impuesto sobre sociedades, así como los socios o accionistas extranjeros que carecen de participación en el capital de una sociedad de capital alemana en forma de inversiones internas».

31. Según el Gobierno alemán, el hecho de que un número significativo de contribuyentes alemanes carezcan también del derecho al crédito fiscal demuestra que el criterio determinante de este derecho no es discriminatorio.

32. No me convence, sin embargo, este argumento.

33. Como señalan con razón el tribunal remitente al igual que Lankhorst-Hohorst y la Comisión, el grupo de empresas alemanas que carecen del crédito fiscal no constituye un grupo de referencia apropiado para su comparación con los contribuyentes extranjeros, que, en general, carecen de ese derecho. Existe, en efecto, una diferencia de naturaleza entre las empresas del primer grupo y las empresas que, como la sociedad matriz de la demandante en el litigio principal, ejercen una actividad económica y tienen una finalidad de lucro.

34. Las empresas comparables a estas últimas son por el contrario las sociedades matrices residentes que ejercen una actividad económica. La comparación debe, pues, referirse al trato de éstas y de sus filiales.

35. En el asunto Eurowings Luftverkehr, antes mencionado, el Gobierno alemán ya había alegado además un argumento análogo al que aduce en el presente asunto. Afirmaba que la controvertida obligación del arrendatario en cuanto a la integración en la base imponible del impuesto de actividades económicas se aplicaba cuando el arrendador no estaba sujeto a este impuesto, ya se hallara establecido en Alemania o en otro Estado miembro. [7]

36. El Tribunal de Justicia refutó no obstante este argumento, en los siguientes términos:

«35 A este respecto debe hacerse constar que, en el asunto principal, la obligación de integrar la base imponible añadiendo a ella las cantidades previstas en los artículos 8, punto 7, y 12, apartado 2, de la GewStG se aplica siempre a las empresas alemanas que alquilan bienes de arrendadores establecidos en otro Estado miembro, ya que éstos no se hallan en ningún caso sometidos al Impuesto sobre Actividades Económicas, mientras que la obligación de efectuar las operaciones de integración de la base imponible no se aplica, en la mayor parte de los casos, a las empresas alemanas que alquilan bienes a arrendadores establecidos en Alemania, puesto que éstos están sometidos normalmente a dicho impuesto, salvo en los escasos supuestos mencionados en los apartados 25 a 27 de la presente sentencia.

36 La normativa controvertida en el asunto principal establece por tanto un régimen tributario diferente, en la mayor parte de los casos, según que el prestador de los servicios se encuentre establecido en Alemania o en otro Estado miembro.»

37. En el presente asunto, la legislación discutida en el litigio principal equivale también a establecer un régimen fiscal diferente según la sociedad matriz, es decir el socio de la filial, se halle establecida en Alemania o en otro Estado miembro.

38. El artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG se aplica, en efecto, *ratione personae siempre* en el caso de una filial residente como Lankhorst-Hohorst que haya recibido recursos ajenos de su sociedad matriz no residente, en tanto que no sucede así cuando en idénticas circunstancias una filial residente haya recibido recursos ajenos de su sociedad matriz residente.

7 — Apartado 25.

39. Esta apreciación no se desvirtúa por la referencia que el Gobierno alemán ha hecho en la vista a un ejemplo que especifica cantidades y que ha presentado a instancia del Tribunal de Justicia.

40. Apoyado en ese ejemplo, el Gobierno alemán alegó que, respecto a las filiales residentes que hayan recibido recursos ajenos de un socio residente, también puede recalificarse la retribución de esos recursos ajenos como una distribución de dividendos.

41. Merecen citarse, sin embargo, las explicaciones que el Gobierno alemán añadió al referido ejemplo, que son éstas:

«Debe recordarse que, en el asunto principal, el prestamista, que a través de una filial participada al 100 % controla indirectamente al prestatario, formuló una declaración de patrocinio del préstamo ("Patronatserklärung") por la que renunciaba a la devolución en el supuesto de que el prestatario fuera demandado por terceros acreedores. El préstamo, por tanto, debía servir como alternativa al aumento de capital.

Dado que el socio declara aceptar "que su crédito sea satisfecho sólo después de que hayan recibido el pago la totalidad de los acreedores de la sociedad y —en concepto de prevención de crisis— no antes, sino sólo al mismo tiempo que los demás socios soliciten la devolución de sus aportaciones" (véase la sentencia del Bundesgerichtshof de 8 de enero de 2001, II, ZR 88/89 DStR 2001, p. 175, 176), no ha lugar a asentar la obligación por el préstamo en el pasivo del balance mercantil y fiscal del prestatario en concepto de deuda con terceros. El préstamo se "convierte" en recursos propios. Si en el asunto principal el contenido de la declaración se interpreta de esta forma, en tal caso el trato fiscal, en un supuesto interno, se presenta del siguiente modo (ilustración mediante un ejemplo): [ejemplo cuantificado]».

42. De esas explicaciones resulta que la recalificación, en el ejemplo cuantificado, se basa esencialmente en la existencia de una «Patronatserklärung» —la sentencia del Bundesgerichtshof emplea el término «Rangrücktrittserklärung»—. Ahora bien, ese requisito para la recalificación es totalmente diferente de los requisitos que enuncia el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG, para el que es irrelevante la existencia de una «Patronatserklärung».

43. Aunque en el presente asunto Lankhorst-Hohorst obtuvo tal declaración de su sociedad matriz, no es menos cierto que para la primera se produjo una recalificación, no a causa de esa «Patronatserklärung», sino en virtud del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG.

44. Dado que para las filiales que se hallan en la misma situación que Lankhorst-Hohorst, pero cuya sociedad matriz es residente, no puede producirse tal recalificación —pues la norma controvertida no les es aplicable, en efecto—, el Gobierno alemán no puede sostener que Lankhorst-Hohorst ha sido tratada de igual modo que aquellas filiales.

45. Demostrada, pues, la existencia de una diferencia de trato, han de examinarse ahora sus efectos. En este aspecto me parece innegable que esa diferencia opera exclusivamente en perjuicio de la filial residente que haya recibido recursos ajenos de la sociedad matriz no residente.

46. Recuérdese que de la resolución de remisión resulta que, a consecuencia de la aplicación del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG, los intereses pagados por Lankhorst-Hohorst son gravados como distribución encubierta de dividendos al tipo del 30 %.

47. En cambio, de las informaciones facilitadas en la vista por el abogado de Lankhorst-Hohorst, y no rebatidas por el Gobierno alemán, resulta que en defecto de tal recalificación, los ingresos generados por los intereses de un préstamo son objeto de gravamen fiscal a cargo de la sociedad matriz residente que los percibe.

48. El resultado es, pues, que, si concurren los requisitos de aplicación del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG, la filial que haya obtenido recursos ajenos de la sociedad matriz no residente está sujeta a gravamen por los intereses correspondientes, mientras que la filial que haya obtenido recursos ajenos de la sociedad matriz residente no lo está.

49. A ello se añade que, según la exposición del tribunal remitente, si un socio tiene un crédito fiscal, el impuesto sobre los dividendos distribuidos se compensa en el marco de su impuesto personal sobre la renta. No es así cuando el socio carece de crédito fiscal, lo que, como queda señalado, ocurre siempre en el caso de los socios residentes en el extranjero.

50. El Gobierno alemán confirmó además en la vista que, en virtud del crédito fiscal, la cuantía de la imposición, en el presupuesto nacional, es nula si se trata del grupo sociedad matriz residente/sociedad filial residente. En cambio, si la sociedad matriz es no residente, el impuesto sobre los dividendos distribuidos por la filial constituye, según la explicaciones de ese Gobierno, un gravamen definitivo.

51. Esta diferencia de trato vinculada al derecho al crédito fiscal, aunque se considere que afecta a la posición de la sociedad matriz no residente —en este caso LTBV—

más bien que a la de la filial —esto es, Lankhorst-Hohorst—, también puede constituir una vulneración del artículo 43 CE.

52. En efecto, como indica con razón el tribunal remitente, con referencia a la sentencia Baars antes citada, ejerce su derecho de establecimiento el nacional de un Estado miembro que es titular de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de la sociedad. Ese es indiscutiblemente el caso de LTBV, titular del 100 % del capital de Lankhorst-Hohorst.

53. Finalmente, contra el criterio del Gobierno alemán, opino que la libertad de financiación es efectivamente más restringida en cuanto a las posibilidades de financiar a una filial residente cuya sociedad matriz es no residente que en el caso de una filial residente cuya sociedad matriz también lo es.

54. El Gobierno alemán sostiene a este respecto que el préstamo al que se refiere el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG sigue siendo un préstamo de recursos ajenos y que no se recalifica como fondos propios.

55. No obstante, aunque fuera así, no es menos cierto que esa financiación es tratada, fiscalmente, como una aportación de capital.

56. Los efectos del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG son, pues, tales que, si concurren los requisitos de esa norma, la sociedad matriz no residente ya no puede financiar efectivamente a su filial mediante recursos ajenos. Por tanto, su libertad de financiación es más limitada en la práctica que la de la sociedad matriz residente.

Sobre la existencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la diferencia de trato

57. Puesto que me parece demostrado que el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG da lugar a una diferencia de trato, ya sea en perjuicio de la filial residente cuya sociedad matriz es no residente o de ésta misma, ha de examinarse si esa diferencia de trato está justificada por una razón imperiosa de interés general. [8]

58. El tribunal remitente describe la finalidad de esta norma como la de «evitar que

8 — Véanse, en especial, la sentencias de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer (C-250/95, Rec. p. I-2471), apartado 26, y de 6 de junio de 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071), apartado 43.

los socios que carecen del derecho de crédito fiscal eludan el gravamen único de los beneficios distribuidos en el marco del impuesto sobre sociedades, como pretende el legislador, al aportar a la sociedad recursos ajenos en lugar de fondos propios».

59. Más en especial, los Gobiernos alemán, del Reino Unido y danés y la Comisión exponen que la disposición discutida constituye una norma adoptada para prevenir la subcapitalización («thin capitalization»).

60. El Gobierno danés precisa que se han adoptado reglas de esa clase en varios países, tanto de la Unión Europea como fuera de ella, en paralelo con la creciente internacionalización de las economías y a medida que se hacía cada vez más necesario evitar la elusión fiscal.

61. Ese Gobierno expone que, por su naturaleza, las reglas sobre subcapitalización sólo afectan en realidad a las operaciones transfronterizas. En el caso de una operación entre dos sociedades nacionales sujetas plenamente al impuesto, la carga de los intereses fiscalmente deducibles para una de las sociedades será igual al ingreso de los intereses gravados para la otra sociedad y el resultado neto será fiscalmente nulo para el grupo. Sólo cuando las operaciones tiene lugar entre sociedades domiciliadas en diferentes países es posible transferir la deuda fiscal de un país a otro.

62. Así, según el Gobierno danés, en caso de aportación de fondos por una sociedad matriz a una filial en forma de un préstamo en lugar de un aumento de capital, los beneficios de la filial se transfieren a la matriz en forma de intereses deducibles en lugar de dividendos no deducibles. Si ambas sociedades están domiciliadas en diferentes países, la deuda fiscal puede ser así transferida de un país a otro a voluntad de los operadores.

63. Los Gobiernos que han presentado observaciones concuerdan, pues, en afirmar que, dado que las reglas aplicables en materia de subcapitalización se proponen impedir la transferencia arbitraria de la deuda fiscal de un país a otro, así como garantizar la imposición en el país en el que el beneficio ha sido efectivamente obtenido, no puede afirmarse la existencia de discriminación entre el régimen fiscal aplicable a las operaciones transfronterizas y el aplicable a las operaciones internas.

64. Esos mismos Gobiernos hacen referencia al artículo 9 del modelo de Convenio elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo, «modelo de Convenio

OCDE») a fin de evitar la doble imposición. [9] Éste prevé la integración de beneficios a fines fiscales cuando se celebran operaciones entre empresas asociadas (sociedades matrices y filiales y sociedades bajo control común) en condiciones distintas de las de mercado («arm's length principle»).

65. Según el Gobierno alemán, el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG es la formulación concreta de ese principio, en especial en materia de retribuciones independientes del resultado y del volumen de negocios de la sociedad.

66. La Comisión considera igualmente que la diferencia de trato resultante del artículo 8 *bis* de la KStG puede justificarse por su objetivo, que es garantizar la imposición nacional de los beneficios en el caso de empresas que no tienen derecho al crédito fiscal, y por tanto un reparto correcto de los derechos de imposición y de la recaudación fiscal correspondiente. En otras palabras, se trata de prevenir los abusos cometidos en el contexto de la subcapitalización, impidiendo la distribución encubierta de dividendos en forma de intereses, que disminuyen el resultado del ejercicio de la filial, lo que origina una reducción de los ingresos fiscales del Estado miembro interesado.

67. No obstante, según la Comisión, la regla del artículo 8 *bis* de la KStG debe ajustarse además al principio de proporcionalidad. A este respecto, la Comisión señala que la regla establece la proporción de recursos ajenos en relación con los fondos propios y admite una excepción en el caso de que los recursos ajenos hubieran podido ser igualmente proporcionados, en condiciones idénticas, por un tercero no vinculado.

68. La Comisión advierte, sin embargo, del riesgo de doble imposición, en el presente asunto: la empresa alemana está sujeta al impuesto alemán sobre sociedades por los beneficios distribuidos, en tanto que el socio extranjero debe además declarar en los Países Bajos, en concepto de ingresos, las cantidades que ha percibido en forma de intereses. La Comisión opina que un Estado miembro que califica un pago de intereses como distribución encubierta de beneficios también debe cuidar de que exista en este aspecto coordinación con el Estado de

9 — Según el artículo 9 del modelo de Convenio OCDE,
«1. Cuando:
a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o
b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante,
y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que podrían haber sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia.
2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado, y someta en consecuencia a imposición, los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre dos empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que se ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio, y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario».

establecimiento de la sociedad matriz, a fin de que se realice la adaptación correspondiente. En defecto de ésta, el riesgo de doble imposición no puede excluirse.

69. La Comisión considera que en el presente asunto el artículo 9, apartado 2, del modelo de Convenio OCDE puede aportar un principio de solución. Según ella, al tiempo que respeta el principio de proporcionalidad, aquél garantiza el reparto correcto del derecho de imposición, por una parte, y los ingresos fiscales de los Estados miembros interesados, por otra.

70. ¿Qué juicio merecen estos argumentos?

71. Debe tratarse el problema de cuál es el verdadero objetivo de las reglas sobre subcapitalización («thin capitalization rules») entre las que se halla, según las observaciones de las partes intervinientes, el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG.

72. ¿Es el objetivo proteger, en general, la buena situación financiera de una filial, obligando a ésta a dotarse de fondos propios suficientes?

73. El Gobierno alemán sugiere en este sentido que «el socio que desea salvar a su sociedad debe aportar los nuevos fondos propios necesarios. La financiación con recursos ajenos es además perjudicial para la economía de la empresa en tal situación. Todo nuevo préstamo generador de intereses crea nuevos gastos para la sociedad, que agravan más aún su situación económica».

74. Sin embargo, me parece claro que la protección de la buena situación financiera de una filial no es el objetivo real de la legislación fiscal discutida en el litigio principal. Si fuera ése el objetivo, la regla sobre subcapitalización debería aplicarse, en efecto, a las filiales cuya sociedad matriz fuera residente, lo que no ocurre en este caso.

75. El objetivo real de la regla sobre subcapitalización del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG es, pues, evitar que la República Federal de Alemania pierda una parte de sus ingresos fiscales a causa de la utilización por el contribuyente (o su socio) de una técnica de financiación que en sí no está prohibida.

76. Este objetivo no se confirma sólo por la exposición del tribunal remitente así como por la de las partes intervinientes, sino también por la doctrina relativa al artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la

KStG o a las reglas sobre subcapitalización en general. [10]

77. Sin embargo, opino que ese objetivo no constituye en el contexto del artículo 43 CE una razón imperiosa de interés general que justifique una diferencia de trato.

78. Es jurisprudencia reiterada, en efecto, que «la disminución de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental». [11]

79. El hecho de que las reglas sobre subcapitalización se ajusten al artículo 9 del modelo de Convenio de la OCDE no modifica nada, a mi juicio.

80. En efecto, en el supuesto de que se demuestre tal conformidad, [12] debe observarse además que el hecho de respetar las disposiciones del modelo de Convenio OCDE no significa por sí solo que se respete el artículo 43 CE. En efecto, las reglas y los objetivos del modelo de Convenio OCDE, por una parte, y del Tratado CE, por otra, no son idénticos.

81. Es cierto que nada se opone a que el Tratado CE sea interpretado en la medida de lo posible de conformidad con un modelo de Convenio OCDE. [13] No obstante, opino que ello no es posible en el presente asunto, siempre en el supuesto de que una regla como la del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG se ajuste al artículo 9 del Convenio OCDE.

82. En efecto, es cierto que el artículo 43 CE no impide que los Estados miembros graven los beneficios generados en sus territorios y no afecta en este sentido a su competencia en materia de política fiscal. Sin embargo, establece un límite a esa libertad, en el sentido de que ésta no puede ser ejercida de modo tal que dé lugar a discriminaciones. Se trata de un factor ineludible, con independencia de lo que puedan permitir las disposiciones del modelo de Convenio OCDE.

10 — Véase, en especial, Menck, en Blümich, *Einkommensteuer-Körperschafsteuer Gewerbesteuer, Kommentar*, KStG artículo 8a, apartado 2: «Bei Steuerausländern soll die Einmalerfassung des in Deutschland erwitschafteten Gewinns gewährleistet bleiben und damit die deutsche Besteuerungshoheit gegenüber dem Ausland zur Geltung gebracht werden», y Sommerhaider, R.A., «Approaches to Thin Capitalization», *European Taxation*, 1996, página 82: «The expression "thin capitalization" is commonly used to describe a situation where the proportion of debt to equity exceeds certain limits and thin capitalization legislation is a tool used by tax authorities to prevent what they regard as a leakage of tax revenues as a consequence of the way in which a corporation is financed». En ocasiones el mero título habla por sí solo. Véase, por ejemplo, Hey, F.E.F.: «To Stop Revenue Loss, Germany Reconsiders Thin Capitalization Rules», *Journal of International Taxation*, 1993, p. 264.

11 — Sentencia Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 59. Véanse también las sentencias, antes citadas, ICI, apartado 28, y Verkooijen, apartado 59.

12 — Véase, no obstante, una opinión negativa sobre la conformidad con determinadas reglas del modelo de Convenio OCDE, Knobbe-Keuk, B., «Wieder einmal ein Entwurf zu art. 8a KStG — Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschaftfremdfinanzierung im Standortssicherungsgesetz», *Der Betrieb*, 1993, pp. 60 y 63 a 65, y Meilicke, W., «Zur Vereinbarkeit des art. 8a mit dem gemeinschaftrechtlichen Diskriminierungsverbot», *Steuerrecht*, 2000, p. 748.

13 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de mayo de 1998, Gilly (C-336/96, Rec. p. I-2793), apartado 31.

83. El Gobierno alemán, así como el del Reino Unido, estiman además que el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG está justificado por la razón imperiosa de interés general consistente en la necesidad de garantizar la coherencia de los regímenes fiscales aplicables. [14]

84. A este respecto, ha de recordarse no obstante, como lo hizo el tribunal remitente, que el Tribunal de Justicia ha precisado que esa razón imperiosa sólo existe si la coherencia fiscal «se establece en relación con una misma persona mediante una rigurosa correlación» entre una ventaja fiscal, por una parte, y un trato fiscal desfavorable, por otra. [15]

85. Ahora bien, el Gobierno alemán no ha expuesto con qué ventaja fiscal se compensa el trato fiscal desfavorable que soporta la filial cuya sociedad matriz es no residente al ser sometida a la aplicación del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG.

86. Una regla como la discutida no me parece, pues, justificada por la necesidad de garantizar la coherencia de los regímenes fiscales aplicables.

87. El Gobierno alemán sostiene también que la regla del artículo 8 *bis* se justifica como medida destinada a impedir los fraudes.

88. Ese Gobierno se refiere en este sentido al apartado 24 de la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros, [16] según el cual «[...] de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta [...]».

89. A este respecto debe, no obstante, observarse que la legislación fiscal discutida en el litigio principal contempla, de modo general, toda situación en la que la sociedad matriz se halle establecida, por cualquier razón, fuera de la República Federal de Alemania. Esta circunstancia fue suficiente para que el Tribunal de Justicia rechazara el argumento basado en el riesgo de elusión fiscal que el Gobierno del Reino Unido había alegado en el asunto ICI, antes citado. [17]

90. En efecto, según el Tribunal de Justicia «[...] el establecimiento de una sociedad fuera del Reino Unido no implica, en sí, la

14 — Sentencias de 28 de enero de 1992, Bachman (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 21; Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305), apartado 14; Baars, antes citada, apartado 37, y Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 67.

15 — Sentencia Wielockx, antes citada, apartado 24. Véanse también las sentencias de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), apartado 18; Eurowings Luftverkehr, antes citada, apartado 42, y Baars, antes citada, apartado 40.

16 — C-212/97, Rec. p. I-1459.

17 — Apartado 26.

evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento». [18]

91. El hecho de que la disposición controvertida «no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal» [19] de la República Federal de Alemania está, además, confirmado por las circunstancias del presente asunto.

92. En efecto, la norma discutida se aplica a un caso en el que, según las apreciaciones del propio tribunal remitente, no existía abuso alguno, pues el préstamo fue concedido «para evitar un desastre financiero de la demandante y para reducir la carga de los intereses financieros derivados de las obligaciones con los bancos».

93. Por lo demás, como he señalado antes, una sociedad matriz residente, al disfrutar del crédito fiscal, puede compensar, en el marco de su impuesto sobre la renta, el impuesto que grava los dividendos distribuidos, lo que no puede hacer la sociedad matriz no residente.

94. Resulta de ello, en términos económicos, una carga fiscal mayor para el grupo de una sociedad matriz no residente que para el grupo de una sociedad matriz residente, lo que no puede justificarse sólo por el propósito de luchar contra la elusión fiscal. [20]

95. A mi parecer, pues, la lucha contra la elusión fiscal no constituye en el presente asunto una razón imperiosa de interés general que justifique la diferencia de trato establecida por la regla discutida.

96. Finalmente, hay que examinar el argumento del Gobierno del Reino Unido derivado de la sentencia Fututa Participations y Singer, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 31 que «[...] la eficacia de los controles fiscales constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado [...]».

97. A este respecto, basta sin embargo señalar que, al contrario que en la sentencia Futura Participations y Singer, antes citada, que se refería a la exigencia de que el contribuyente lleve una contabilidad conforme a determinadas reglas en el Estado

18 — *Ibidem*. Véase también la sentencia Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 57.

19 — Sentencia ICI, antes citada, apartado 26.

20 — Análogas consideraciones llevaron al Tribunal de Justicia a rechazar el argumento del riesgo de elusión fiscal en la sentencia Metallgesellschaft y otros, antes citada, apartado 58.

miembro de tributación a fin de que las autoridades fiscales de ese Estado miembro puedan verificar la cuantía de los rendimientos imponibles, el presente asunto no afecta al control fiscal en su sentido propio.

98. En consecuencia, habida cuenta de lo antes expuesto, opino que la diferencia de trato establecida por la regla discutida no está justificada por una razón imperiosa de interés general. Tal regla es, pues, a mi entender contraria al artículo 43 CE.

99. Corresponde a las autoridades alemanas apreciar si la norma controvertida ha de ser sustituida, por ejemplo, por otra que extienda las reglas en materia de recalificación de los intereses como dividendos también a las filiales cuya sociedad matriz sea residente. [21] Mientras tanto, sin embargo, la norma discutida no puede ser aplicada. [22]

B. *Sobre la aplicabilidad de la Directiva 90/435/CEE*

100. A raíz de una pregunta del Tribunal de Justicia, las partes se han manifestado sobre la pertinencia 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, [23] para la solución del litigio principal.

101. El Gobierno danés alega que, si se tratara de una distribución aparente de dividendos, estaría exenta de retención en origen en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435. Pues bien, una distribución encubierta debería ser tratada de igual modo.

102. En cambio, el Gobierno alemán, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión estiman que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 no afecta al impuesto discutido. Según esas partes, ese impuesto no constituye una retención en origen, sino una imposición normal de los beneficios de la filial, en concepto de impuesto sobre sociedades.

103. La Comisión añade, además, que cualquier otro criterio produciría como resultado la prohibición total de las normativas llamadas de «subcapitalización». Ahora bien, la Comisión considera que esas normativas son un instrumento eficaz para una imposición tributaria justa.

21 — Véase, en este sentido, Scheffler, W., «Der Einfuss der Steuerreform auf die Finanzierung von deutschen Kapitalgesellschaften», *Steuerrecht*, 2000, pp. 2441 y 2447.

22 — Véanse, en especial, las sentencias de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia (48/71, Rec. p. 529), apartados 6 a 8, y de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartado 17.

23 — DO L 225, p. 6.

104. Sin embargo, esos dos argumentos a favor de la inaplicación de la Directiva 90/435 no me convencen.

105. El hecho de que en virtud de la legislación fiscal alemana se trate en el presente asunto de un impuesto sobre los beneficios de la filial, en concepto de impuesto sobre sociedades, no significa por sí solo que la Directiva 90/435 no se aplique.

106. En efecto, como el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia de 4 de octubre de 2001, Athinaïki Zythopoiia: [24]

«26 Para comprobar si el artículo 5, apartado 1, de la Directiva se aplica a la tributación de los beneficios distribuidos con arreglo a la normativa helénica controvertida en el procedimiento principal, procede hacer referencia, por una parte, a la redacción de dicha disposición y, por otra parte, comprobar que los términos "retención en origen" que figuran en ella no se limitan a determinados tipos precisos de tributos nacionales (véase la sentencia de 8 de junio de 2000, Epson Europe, C-375/98, Rec. p. I-4243, apartado 22).

27 Por otra parte se ha de señalar que, según jurisprudencia reiterada, la calificación a la luz del Derecho comunitario de un impuesto, tasa, derecho o exacción corresponde efectuarla al Tribunal de Justicia en función de las características objetivas del tributo, *con independencia de la calificación que le atribuya el Derecho nacional* (véase, en particular, la sentencia de 13 de febrero de 1996, Bautiaa y Société française maritime, asuntos acumulados C-197/94 y C-252/94, Rec. p. I-505, apartado 39)». [25]

107. De igual modo, el hecho de que la calificación del impuesto discutido como una retención en origen en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 tuviera, como alega la Comisión, la consecuencia de prohibir totalmente las normativas llamadas «de subcapitalización» tampoco se oponen, a mi parecer, a aquélla calificación.

108. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 no prevé, en efecto, excepciones que permitan dejar de aplicar esa regla con el fin de amparar las normas llamadas «de subcapitalización».

109. Comparto el criterio danés según el cual el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 90/435 se aplica al impuesto discutido.

24 — C-294/99, Rec. p. I-6797.

25 — El subrayado es mío.

110. Las consideraciones que llevaron al Tribunal de Justicia en el asunto Athinaïki Zythopoiia, antes citado, a calificar el impuesto controvertido en el litigio principal como retención en origen concurren también, a mi juicio, en el presente asunto.

111. En concreto, el Tribunal de Justicia declaró que «[...] el gravamen controvertido en el procedimiento principal [...] tiene como hecho imponible la distribución de dividendos. Además, el gravamen depende directamente de la cuantía de la distribución efectuada». [26]

112. Por otra parte, según el Tribunal de Justicia, «[...] el impuesto controvertido tiene por objeto rendimientos gravados solamente en caso de distribución de dividendos y dentro del límite de los dividendos distribuidos. Prueba de ello es que, como han destacado la demandante y la Comisión, la filial no puede compensar el aumento de su base imponible que genera la distribución de beneficios, en virtud del artículo 106, apartados 2 y 3, del Código del impuesto sobre la renta, con los rendimientos negativos de ejercicios anteriores, contrariamente al principio fiscal de compensación de pérdidas que, sin embargo, rige en el Derecho helénico». [27]

113. Pues bien, en el presente asunto el impuesto también tiene como hecho imponible el pago de dividendos (ocultos) y el gravamen está directamente relacionado con la cuantía de los dividendos distribuidos.

114. Además, como puede deducirse de la resolución de remisión, Lankhorst-Hohorst tampoco pudo compensar el aumento de su base imponible causado por la aplicación del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG con las pérdidas sufridas en anteriores ejercicios.

115. La Comisión sugiere, además, que el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG podría estar amparado por la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435, según el cual esta Directiva «[...] no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos».

116. No puede acogerse, sin embargo, este argumento.

117. En efecto, si, como he señalado antes, el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG y la diferencia de trato que establece el mismo no pueden justificarse por la razón imperiosa de interés general consistente en la lucha contra la elusión fiscal, de ello resulta necesariamente que la misma norma no puede considerarse justificada

26 — Sentencia Athinaïki Zythopoiia, antes citada, apartado 28.
27 — Sentencia Athinaïki Zythopoiia, antes citada, apartado 29.

por la necesidad de luchar contra los fraudes y los abusos, como permite el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435.

118. En consecuencia, estimo que es preciso concluir que la Directiva 90/435 es aplicable al impuesto discutido.

119. Dicho esto, considero que, aunque la República Federal de Alemania eximiera de retención en origen la distribución oculta de dividendos en el sentido del artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2, de la KStG, la discriminación en el sentido del artículo 43 CE no quedaría aún necesariamente suprimida.

120. En efecto, en la medida en que, por ejemplo, una filial de una sociedad matriz no residente no esté facultada para deducir de su base imponible como gastos los intereses pagados a su sociedad matriz, en iguales condiciones que la filial de una sociedad matriz residente, puede subsistir una discriminación, aunque no se practique ninguna retención en origen.

V. Conclusión

121. En atención a las anteriores consideraciones, propongo responder al Finanzgericht Münster que:

«El artículo 43 CE se opone a la aplicación de una regla como la contenida en el artículo 8 *bis*, apartado 1, punto 2 de la Körperschaftsteuergesetz (Ley del impuesto de sociedades).»