

## CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 8 de febrero de 2007<sup>1</sup>

### I. Introducción

sujetos pasivos afectados consecuencias fiscales desfavorables?

1. El presente asunto plantea un interesante problema de Derecho fiscal en relación con la reestructuración de empresas.<sup>2</sup>

2. El órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre las normas de Derecho comunitario relativas al trato fiscal de un *reparto de dividendos* que, a su vez, guarda estrecha relación con un *canje de acciones* transfronterizo que tuvo lugar poco antes. ¿Puede la administración tributaria competente considerar que este reparto de dividendos forma parte de la contraprestación y que es, por lo tanto, una *compensación en dinero* hecha por la sociedad dominante por las acciones aportadas a su patrimonio, lo cual conllevaría para los

3. Los antecedentes del caso son una transacción mediante la cual dos sujetos pasivos daneses aportaron sus participaciones en una sociedad de capital danesa a una sociedad de capital irlandesa, adquiriendo a cambio participaciones en dicha sociedad irlandesa. Como se había planeado desde el principio, la sociedad irlandesa llevó a cabo unos días después un reparto de dividendos en beneficio de los dos sujetos pasivos daneses.

4. Tanto el canje de acciones como el acuerdo sobre el reparto de dividendos se produjeron poco antes de la entrada en vigor de un nuevo Convenio para evitar la doble imposición entre Dinamarca e Irlanda, con el que se pretendía introducir, en materia de imposición de dividendos, una normativa menos favorable para los sujetos pasivos daneses que la que se derivaba del Convenio aplicable en el momento.

<sup>1</sup> — Lengua original: alemán.

<sup>2</sup> — Por comodidad del lenguaje se utilizará en lo sucesivo el término reestructuración como término genérico para fusiones y escisiones de sociedades de capital, aportaciones de activos a ellas y canjes de acciones de las mismas.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho comunitario

5. El marco jurídico comunitario de este asunto está establecido en la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.<sup>3</sup>

6. Entre las disposiciones generales del título I de la Directiva 90/434 se encuentran, en el artículo 2, definiciones que, en extracto, tienen el siguiente tenor:

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

d) canje de acciones: la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto de dicha sociedad, mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad

y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;

[...]

g) sociedad dominada: la sociedad en la que otra sociedad adquiere una participación mediante un canje de títulos;

h) sociedad dominante: la sociedad que adquiere una participación mediante un canje de títulos;

[...]»

7. En el título II de la Directiva 90/434, el artículo 8 dispone en particular:

«1. La atribución, con motivo de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria o dominante a un socio de la sociedad transmitente o dominada, a cambio de títulos representativos del capital social de esta última sociedad, no deberá

<sup>3</sup> — DO L 225, p. 1.

ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de dicho socio.

[...]

4. Los apartados 1, 2 y 3 no obstarán para tomar en consideración, en la imposición del socio, la compensación en dinero que, en su caso, se le haya atribuido con motivo de la fusión, de la escisión o del canje de acciones.»

8. Entre las disposiciones finales del título V de la Directiva 90/434 se encuentra, entre otras, la disposición del artículo 11:

«1. Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los títulos II, III y IV o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son

la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;

[...]»

9. La Directiva 2005/19/CE<sup>4</sup> modificó el título y varias disposiciones de la Directiva 90/434. Sin embargo, estas modificaciones no entraron en vigor hasta el 24 de marzo de 2005,<sup>5</sup> y los Estados miembros estaban obligados a adaptar sus ordenamientos jurídicos a dicha Directiva antes del 1 de enero de 2006 o del 1 de enero de 2007,<sup>6</sup> de modo que no son pertinentes para el caso de autos.

## B. Derecho nacional

### 1. Trato fiscal del canje de acciones

10. Según el Derecho danés, al trato fiscal del canje de acciones resultaban aplicables en

4 — Directiva del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados (DO L 58, p. 19).

5 — El 24 de marzo es el vigésimo día desde la publicación de la Directiva 2005/19 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, véase el artículo 254 CE, apartado 1.

6 — Artículo 2 de la Directiva 2005/19.

la fecha de los hechos las disposiciones de la Aktieavancebeskatningsloven (Ley relativa al impuesto sobre las plusvalías por la transmisión de valores mobiliarios), así como las de la Fusionskatteloven (Ley relativa al impuesto sobre las fusiones).<sup>7</sup>

11. Tras la adaptación del Derecho danés a la Directiva 90/434, el artículo 13 de la Aktieavancebeskatningsloven<sup>8</sup> establece en sus dos primeros apartados<sup>9</sup> lo siguiente:

«1. En el supuesto del canje de acciones, los socios de la sociedad dominada podrán tributar con arreglo a los artículos 9 y 11 de la Fusionskatteloven, siempre que tanto la sociedad dominante como la dominada estén comprendidas dentro del concepto de “sociedad de un Estado miembro” establecido en el artículo 3 de la Directiva 90/434/CEE. A estos efectos se considerará como fecha de fusión aquella en que se canjeen las acciones. Se requerirá que las acciones se canjeen en un plazo máximo de seis meses a partir del primer día de canje.

2. El canje de acciones al que se refiere el apartado 1 es la operación por la cual una sociedad adquiere una participación en el capital social de otra sociedad que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en dicha sociedad, mediante la atribución a los socios de la otra sociedad, a cambio de sus títulos, de títulos representativos del capital social de la primera sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad.»

12. De los trabajos preparatorios se desprende que el concepto de canje de acciones en el sentido del artículo 13 de la Aktieavancebeskatningsloven debe coincidir con el contenido en el artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434.<sup>10</sup>

13. Los artículos 9 y 11 de la Fusionskatteloven,<sup>11</sup> a la que se remite el artículo 13,

7 — Las siguientes disposiciones normativas se basan en los datos proporcionados por el órgano jurisdiccional remitente en la petición de decisión prejudicial y en la información complementaria facilitada por el Gobierno danés a petición del Tribunal de Justicia.

8 — Aktieavancebeskatningsloven (*Lovtidende* 1993, p. 4171).

9 — En el artículo 13, apartado 3, en relación con el artículo 4, de la Aktieavancebeskatningsloven, se establece un régimen especial para el canje de acciones de sociedades que cotizan en bolsa, que no es aplicable al caso de autos.

10 — Esto indica el Østre Landsret remitiéndose a la exposición de motivos del proyecto de Ley (*Folketingstidende*, anexo A, 1991/92, columna 517).

11 — Fusionskatteloven (*Lovtidende* 1992, p. 3374).

apartado 1, de la *Aktieavancebeskatningsloven*, disponen, entre otras cosas, lo siguiente:

«Artículo 9

1. Se entenderá que un socio ha enajenado acciones de la sociedad transmitente a un tercero, cuando éstas no se retribuyan mediante acciones de la sociedad adquirente. Se entenderá que la enajenación se produce según su cotización en el momento de fusión indicado en el artículo 5.

[...]

Artículo 11

1. Para determinar los ingresos generales o especiales sujetos al impuesto, las acciones de la sociedad adquirente que los socios adquieran como retribución por las acciones de la sociedad transmitente serán tratadas como si se hubiesen adquirido en la misma fecha y por el mismo precio que las acciones canjeadas. [...]»

14. Todas las partes coinciden en que en un primer momento no se introdujo en el Derecho danés ninguna disposición específica para adaptar el mismo al artículo 11 de la Directiva 90/434 en lo relativo al canje de acciones. La correspondiente ley, que estableció la exigencia de autorización por parte del *Ligningsråd*, sólo se puso en marcha a finales de 1994 y se aprobó en 1995.<sup>12</sup>

2. Tributación de dividendos

a) Normativa nacional danesa

15. Los dividendos que se repartan a personas físicas residentes en Dinamarca estarán sujetos en dicho país a una tributación conforme al artículo 16a, apartado 1, de la *Ligningsloven* (Ley de liquidación del impuesto)<sup>13</sup> y al artículo 4a de la *Personskatteloven* (Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas).<sup>14</sup> La misma normativa se aplicará a la compensación en dinero que en su caso se haya abonado en el marco de un canje de acciones.<sup>15</sup>

12 — Según los datos facilitados por el órgano jurisdiccional remitente, completados por H.M. Kofoed, se trata de un proyecto de ley de 2 de noviembre de 1994, aprobado el 25 de abril de 1995.

13 — *Ligningsloven* (*Lovtidende* 1992, p. 5478).

14 — *Personskatteloven* (*Lovtidende* 1992, p. 3914).

15 — Así se desprende de los datos facilitados por H.M. Kofoed, que no se discuten.

16. El artículo 16a, apartado 1, de la Ligningsloven dispone lo siguiente:

«Para el cálculo de la renta global sujeta al impuesto se tendrán en cuenta los beneficios derivados de acciones, participaciones y valores similares. Forman parte de los beneficios todos los importes que la sociedad reparta a los accionistas o titulares de participaciones, a excepción de las acciones y participaciones libres y del producto de la liquidación que se abone durante el año natural en el que la sociedad se disuelva definitivamente.»

17. El artículo 4a de la Personskatteloven tiene, en extracto, el siguiente tenor:

«1. Los ingresos por beneficios están constituidos por la cantidad global de los

- 1) dividendos derivados de acciones conforme al artículo 16a de la Ligningsloven, pagados por sociedades sujetas al impuesto en el sentido de [...],

[...]

2. Los ingresos por beneficios no forman parte de las rentas sujetas al impuesto.»

18. Con carácter complementario, debe citarse el artículo 8a de la Personskatteloven, en el que se establece, entre otras cosas:

«1. Los ingresos por dividendos que no excedan de un importe de base de 26.400 DKK serán gravados con un impuesto definitivo del 30 %. El impuesto sobre los ingresos por dividendos que no excedan del importe de base, retenido conforme al artículo 65 de la Ley de retenciones, constituye el pago definitivo del impuesto y dicho impuesto no se imputará conforme al artículo 67 de la Ley de retenciones, al impuesto finalmente adeudado.

2. Los ingresos por dividendos que excedan de un importe de base de 26.400 DKK serán gravados con un impuesto del 45 %. El impuesto sobre los ingresos por dividendos que excedan del importe de base será incluido en el impuesto finalmente adeudado, y el impuesto sobre esta parte de los dividendos, retenido conforme al artículo 65 de la Ley de retenciones, será imputado, conforme al artículo 67 de la misma Ley, al impuesto finalmente adeudado.

[...]»

b) El Convenio para evitar la doble imposición entre Dinamarca e Irlanda

19. El Convenio para evitar la doble imposición entre el Reino de Dinamarca y la República de Irlanda, aplicable a los hechos del procedimiento principal,<sup>16</sup> se ratificó en Dinamarca el 15 de abril de 1964.

20. Del artículo 6, apartado 1, letra a), de dicho Convenio se desprende que Irlanda podía gravar los dividendos que una sociedad irlandesa distribuyera a una persona residente en Dinamarca, si bien no podía establecer impuestos suplementarios.

21. El artículo 23, apartado 2, del Convenio para evitar la doble imposición establecía lo siguiente:

«En el caso de que una persona considerada domiciliada o residente en Dinamarca a efectos fiscales (con independencia de que también se considere que está domiciliada o reside en Irlanda a los mismos efectos), obtenga rentas en Irlanda o posea allí

elementos patrimoniales que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio, puedan someterse a imposición en Irlanda, podrá deducir en Dinamarca de los impuestos daneses sobre la renta o sobre el patrimonio que deba satisfacer un importe que corresponda a la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio que proporcionalmente se recaude en Irlanda sobre las rentas allí obtenidas o sobre el patrimonio que allí posea.»

22. Según indica el Østre Landsret (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente»), los tribunales daneses interpretan las disposiciones citadas en el sentido de que, debido al principio de exención (nuevo método), los dividendos pagados por una sociedad irlandesa a un residente en Dinamarca recibían un trato favorable.

23. En 1992/1993 se volvió a negociar el Convenio para evitar la doble imposición entre Dinamarca e Irlanda de modo que, en lo sucesivo, los dividendos distribuidos por una sociedad irlandesa a un residente en Dinamarca podían ser gravados tanto en Irlanda como en Dinamarca y Dinamarca concedía un crédito fiscal por el impuesto pagado en Irlanda. Según el órgano jurisdiccional remitente, por lo que se refiere a los dividendos, este nuevo Convenio para evitar la doble imposición entró en vigor en Dinamarca el 7 de noviembre de 1993.

16 — Celebrado en Copenhague el 4 de febrero de 1964.

### III. Antecedentes de hecho y procedimiento principal

24. Inicialmente, Hans Markus Kofoed era socio a un 50 % de Cosmopolit Holding ApS, una sociedad limitada danesa. Niels Toft poseía el 50 % restante del capital de esta sociedad.

25. El 26 de octubre de 1993, ambos adquirieron una participación por valor de 1 IEP en Dooralong Ltd., una «sociedad limitada durmiente» («shell company») irlandesa con un capital total desembolsado de 2 IEP.

26. El 29 de octubre de 1993 se produjo un canje de acciones mediante el cual H.M. Kofoed y N. Toft canjearon sus respectivas participaciones, por valor nominal de 120.000 DKK, en Cosmopolit Holding ApS por participaciones de nueva creación, de un valor nominal de 10.500 IEP, en Dooralong Ltd. Como consecuencia de este canje, H.M. Kofoed y N. Toft adquirieron cada uno una participación por valor nominal de 10.501 IEP o del 50 % del capital social de Dooralong Ltd., que a su vez poseía ahora la totalidad del capital social de Cosmopolit Holding ApS. Por consiguiente, H.M. Kofoed y N. Toft no controlarían en adelante a Cosmopolit Holding ApS de forma directa sino por medio de la sociedad interpuesta Dooralong Ltd.

27. En la junta general ordinaria de Dooralong Ltd. celebrada el 3 de noviembre de 1993 se presentaron y se aprobaron las cuentas anuales de la sociedad, cerradas a 2 de noviembre de 1993. Según dichas cuentas, la sociedad había obtenido unos beneficios de un total de 2.742.616 IEP (unos 26 millones de DKK) de su filial de reciente adquisición, Cosmopolit Holding ApS, que a su vez había presentado sus cuentas anuales el 31 de octubre de 1993. El activo de Dooralong Ltd. consistía en el total del capital social de Cosmopolit Holding ApS que, como se desprende de sus propias cuentas anuales de 31 de octubre de 1993, después de haber distribuido dividendos a Dooralong Ltd., seguía disponiendo de un capital propio de 1.709.806 DKK; antes había sido de unos 28 millones de DKK.

28. Asimismo se acordó en la junta general de Dooralong Ltd. de 3 de noviembre de 1993 repartir dividendos por importe de 2.742.116 IEP.<sup>17</sup> De este reparto, H.M. Kofoed percibió el 50 %, es decir, 1.371.058 IEP.

29. Según las comprobaciones hechas en el procedimiento principal, en las que se basa el órgano jurisdiccional remitente, no existía ningún motivo económico para estas transacciones, sino que el objetivo era obtener un ahorro fiscal, pues H.M. Kofoed y N. Toft no

17 — Según el órgano jurisdiccional remitente, las partes en el procedimiento principal coinciden en que este reparto de dividendos se produjo de acuerdo con la legislación irlandesa aplicable.

tenían, en el momento del canje de acciones, planes concretos de ejercer una actividad económica a través de Dooralong Ltd.

30. Aunque inicialmente no existió en ningún momento un acuerdo vinculante para que Dooralong Ltd. distribuyera dividendos, sí era, desde el principio, la intención de H.M. Kofoed y N. Toft acordar, en la primera junta general que se celebrara después de dicho canje, un reparto significativo de dividendos de Dooralong Ltd. Los interesados actuaron conociendo el Convenio para evitar la doble imposición aplicable en ese momento y además eran conscientes de que éste iba a ser modificado.

31. En su declaración de la renta de 1993, presentada en Dinamarca, H.M. Kofoed invocó el Convenio para evitar la doble imposición entonces vigente, según el cual los dividendos de Dooralong Ltd. que había obtenido estaban exentos del pago de impuestos en Dinamarca. Con arreglo a la normativa danesa entonces vigente, el canje de sus participaciones en Cosmopolit Holding ApS por participaciones en Dooralong Ltd. también estaba exento del pago de impuestos.

32. Por el contrario, la administración tributaria danesa trató el canje de participaciones en Cosmopolit Holding ApS por participaciones en Dooralong Ltd., llevado a cabo por H.M. Kofoed, así como el posterior

reparto de dividendos efectuado por Dooralong Ltd., como partes de una sola operación. De este modo, el reparto de dividendos realizado resultaba ser, en realidad, una parte de la contraprestación por la transmisión y, en consecuencia, una compensación en dinero en el marco del canje de acciones. Como esta compensación en dinero superaba el 10 % del valor nominal de las participaciones transmitidas, no era aplicable el régimen de exención del impuesto sobre el canje de acciones.

33. Estas interpretaciones divergentes sobre la calificación fiscal del reparto de dividendos y del canje de acciones a efectos fiscales son la causa del litigio principal, pendiente ante el Østre Landsret.

#### **IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

34. Mediante resolución de 3 de agosto de 2004, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 23 de agosto de 2005, el Østre Landsret decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«El artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434/CEE, ¿debe interpretarse en el sentido de que no existe canje de acciones a

efectos de la Directiva si, al acordar el canje de acciones, los participantes en dicho canje hacen saber, de modo jurídicamente no vinculante, que tienen la intención de que, en la primera junta general de la sociedad dominante que se celebre tras el canje de acciones, se vote a favor de una distribución de dividendos que exceda del 10 % del valor nominal de los efectos aportados en el marco del referido canje de acciones, y si tales dividendos efectivamente se distribuyen?»

para determinadas operaciones, como, por ejemplo, las fusiones o el canje de acciones.<sup>18</sup> Este régimen implica ventajas fiscales. En particular, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 90/434 establece que la atribución de acciones de la sociedad dominante en el marco de un canje no deberá ocasionar por sí misma la aplicación de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías del socio. De este modo se pretende garantizar la neutralidad fiscal de tal operación de reestructuración y evitar que se graven las reservas ocultas o cualesquiera otros aumentos del valor de acciones antes de que se produzcan efectivamente.

35. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, presentaron observaciones escritas y orales además de H.M. Kofoed, los Gobiernos danés y del Reino Unido y la Comisión de las Comunidades Europeas.

## V. Apreciación

### A. Observaciones preliminares

36. El objetivo de la Directiva 90/434 es eliminar las desventajas de naturaleza fiscal que puedan derivarse de la reestructuración transfronteriza de sociedades, estableciendo en la Comunidad un régimen fiscal común

37. Sin embargo, del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434 se desprende que una operación únicamente puede considerarse canje de acciones en el sentido de dicha Directiva, cuando una eventual compensación en dinero concedida por la sociedad dominante no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad. Así se pretende evitar que, con ocasión de una reestructuración haciendo uso de las ventajas fiscales aplicables, se realicen aumentos de valor a gran escala, como si se hubieran enajenado las acciones de la sociedad dominada en el mercado. Los beneficios, que como tales estarían sujetos a impuestos en caso de enajenación de acciones en el mercado, no deben quedar exentos del pago del impuesto

<sup>18</sup> — Considerandos primero, segundo y tercero de la Directiva 90/434.

por el mero hecho de que se obtengan en el marco de una reestructuración. Sin embargo, los participantes en la reestructuración siguen disponiendo, con el umbral del 10 %, de cierto margen para efectuar compensaciones en dinero, que pueden resultar necesarias para lograr un equilibrio económico en un canje de acciones.

38. La cuestión del órgano jurisdiccional remitente se refiere en último término al concepto de compensación en dinero conforme al artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434. Desea saber fundamentalmente si puede entenderse que un reparto de dividendos de la sociedad dominante, que guarda una estrecha relación temporal con su adquisición de acciones de la sociedad dominada y que, aunque no se había acordado de forma vinculante, sí estaba previsto desde el principio, constituye una compensación en dinero a los efectos de la referida disposición.

39. Es necesario responder a esta cuestión para esclarecer si, en el caso de autos, la transacción llevada a cabo el 29 de octubre de 1993, por la que H.M. Kofoed y N. Toft transmitieron sus participaciones en Cosmopolit Holding ApS (sociedad dominada) a Dooralong Ltd. (sociedad dominante) y adquirieron, como contraprestación, participaciones en Dooralong Ltd., puede considerarse un canje de acciones a efectos de la

Directiva 90/434, de modo que los interesados puedan beneficiarse de la exención fiscal establecida en ella.

40. Si, en el marco de un análisis global de los hechos producidos entre el 29 de octubre y el 3 de noviembre de 1993, se estimase que el reparto de dividendos de Dooralong Ltd. constituye una compensación en dinero a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434, la consecuencia sería, dado que su importe superó el límite del 10 % previsto en ella, que *no hubo* un canje de acciones a efectos de esta disposición y que, por lo tanto, no es aplicable al presente asunto la prohibición, establecida en el artículo 8, apartado 1, de la citada Directiva, de gravar la renta, los beneficios o las plusvalías, pues el importe de los dividendos repartidos el 3 de noviembre de 1993 excedía del 10 % del valor nominal de las participaciones en Dooralong Ltd., atribuidas el 29 de octubre de 1993 a H.M. Kofoed y N. Toft.

41. Sin embargo, en sus consecuencias prácticas, el presente asunto excede de la mera definición del concepto de compensación en dinero. En realidad, el problema de interpretación que se plantea se concreta en determinar en qué medida el Derecho comunitario aplicable faculta a las autoridades nacionales para tener en cuenta la posible intención de evadir impuestos con

ocasión de la reestructuración de las sociedades de capital.

42. Para reaccionar adecuadamente ante una posible evasión fiscal en un asunto como el presente, en el marco de la Directiva 90/434 cabe pensar, esencialmente, en dos vías que se analizan a continuación. Por una parte, se puede realizar una interpretación relativamente amplia del concepto de compensación en dinero a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434;<sup>19</sup> por otra parte, es posible utilizar la posibilidad que establece el artículo 11, apartado 1, letra a), de esta Directiva de que los Estados miembros denieguen o revoquen total o parcialmente las ventajas fiscales aplicables en cada caso concreto.<sup>20</sup> Parece que la preferencia de las autoridades danesas por la primera vía se debe, en particular, a que el ordenamiento jurídico danés no contenía, en el período pertinente para el presente asunto, ninguna disposición que adaptase el Derecho interno al artículo 11 de la Directiva 90/434.

#### B. El concepto de compensación en dinero

43. Las partes en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia discuten si el concepto

de compensación en dinero a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434 puede comprender un reparto de dividendos de la sociedad dominante como el que tuvo lugar en el caso de autos. Los Gobiernos danés y del Reino Unido afirman que sí puede, mientras que H.M. Kofoed y la Comisión adoptan una postura contraria.

44. El legislador comunitario no define el concepto de compensación en dinero. Por ello deben determinarse su significado y su alcance teniendo en cuenta el contexto normativo y los objetivos que persigue la Directiva 90/434.<sup>21</sup>

45. En primer lugar, por lo que respecta al contexto normativo, hay que tener en cuenta que la compensación en dinero y la adquisición de una participación en el capital social de la sociedad dominada,<sup>22</sup> que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto, forman parte de la misma *operación* en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434. Aunque la compensación en dinero y la adquisición de la participación

19 — Véanse, a este respecto, los puntos 43 a 54 *infra* de estas conclusiones.

20 — Véanse, a este respecto, los puntos 55 a 67 *infra* de estas conclusiones.

21 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de junio de 2005, VEMW y otros (C-17/03, Rec. p. I-4983), apartado 41; de 4 de julio de 2006, Adeneler (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 60, y de 26 de octubre de 2006, Comisión/España (C-36/05, Rec. p. I-10313), apartado 25.

22 — Por comodidad del lenguaje se hablará en lo sucesivo únicamente de (adquisición de la) *participación mayoritaria*.

mayoritaria no tienen que ser necesariamente objeto del mismo *negocio jurídico*,<sup>23</sup> sí existe una relación estrecha entre ellas, pues la compensación en dinero forma parte integrante de la contraprestación de la sociedad dominante por la adquisición de la participación mayoritaria en la sociedad dominada.<sup>24</sup>

46. Por consiguiente, no puede considerarse que toda prestación dineraria que la sociedad dominante pague a los socios de la sociedad dominada constituya una compensación en dinero, aunque los interesados la hubiesen planeado desde el principio y ésta se hubiese producido en estrecha relación temporal con la adquisición de la participación mayoritaria. Lo importante es si tal prestación dineraria tiene precisamente carácter de *contraprestación* por la adquisición de la participación mayoritaria y si, por lo tanto, se había *acordado de forma vinculante* además de la verdadera contraprestación consistente en acciones de la sociedad dominante. Para ello es necesario hacer una apreciación

objetiva de conjunto de todas las circunstancias que inciden en el caso concreto.<sup>25</sup>

47. Por lo tanto, también procede examinar si, en el caso de un reparto de dividendos posterior, como el que se discute en el caso de autos, existen indicios concretos de que esta compensación forma parte de la contraprestación acordada de forma vinculante por la adquisición de la participación mayoritaria. Estos indicios pueden resultar, en particular, de los acuerdos escritos de los interesados, pero también de cualesquiera otras circunstancias del caso concreto. Sin embargo, cuando no puede probarse con suficiente certeza que se pretendía que la prestación dineraria abonada posteriormente formara parte de la contraprestación acordada de forma vinculante, como parece entender el órgano jurisdiccional remitente en este asunto, procede considerar que la calificación hecha por los propios interesados es correcta; en este caso, hay que tratar una prestación dineraria como la que se discute en este asunto como reparto de dividendos y no debe interpretarse que constituye una compensación en dinero.

23 — Entre las distintas versiones lingüísticas del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434, únicamente la neerlandesa parece utilizar el concepto relativamente estricto de «rechts-handeling», mientras que las versiones checa («operace»), danesa («transaktion»), griega («εργασία»), inglesa («operation»), española («operación»), estonia («tehing»), finesa («liiketoimi»), francesa («opération»), húngara («művelet»), italiana («operazione»), lituana («operacija»), letona («operācija»), maltesa («ħidma»), polaca («operacja»), portuguesa («operação»), eslovaca («operácia»), eslovena («operacija») y sueca («förfarande») utilizan todas fórmulas amplias, que son comparables al término alemán «Vorgang».

24 — Desde la entrada en vigor de la Directiva 2005/19, también puede abonarse una compensación en dinero en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434 como contraprestación por la adquisición de más participaciones mediante las cuales se amplíe el control ya existente sobre la sociedad dominada. Las siguientes consideraciones también son aplicables a un caso como éste.

48. La finalidad de la Directiva 90/434 también sugiere que se limite el concepto de compensación en dinero a las verdaderas contraprestaciones por la adquisición de una

25 — La necesidad de apreciar globalmente todas las circunstancias que inciden en el caso concreto también se destaca en la sentencia de 15 de enero de 2002, Andersen og Jensen (C-43/00, Rec. p. I-379), apartados 25, 26 y 37, que también versa sobre la interpretación de la Directiva 90/434, si bien se refiere a su artículo 2, letras c) e i).

participación mayoritaria, pues con esta Directiva se pretende eliminar las desventajas de naturaleza fiscal que puedan derivarse de la reestructuración transfronteriza de sociedades –realizada, por ejemplo, mediante fusión o canje de acciones–, con el fin de permitir que las empresas de que se trate se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad e incrementen su competitividad.<sup>26</sup> Para la consecución efectiva de esta finalidad de la Directiva, es de importancia crucial que las reestructuraciones transfronterizas no sólo se sometan a un régimen impositivo común,<sup>27</sup> sino también que este régimen sea previsible para los operadores económicos afectados.

49. Por lo demás, la previsibilidad del régimen fiscal aplicable viene impuesta por el principio de seguridad jurídica,<sup>28</sup> que constituye un principio fundamental de Derecho comunitario y que, como tal, los órganos comunitarios y los Estados miembros deben tener en cuenta en el ejercicio de sus facultades en el marco de aplicación del Derecho comunitario.<sup>29</sup> Según jurisprudencia reiterada, el imperativo de seguridad jurídica es de aplicación, en particular, en el caso de disposiciones que puedan tener

consecuencias económicas;<sup>30</sup> éste es el caso de la Directiva 90/434, de cuyas disposiciones depende de forma decisiva el trato fiscal que reciban las reestructuraciones transfronterizas de sociedades.

50. Por lo tanto, si se proyecta un canje de acciones, los interesados tienen que poder prever con seguridad suficiente las consecuencias fiscales que esta transacción tiene para ellos. Tan sólo así podrán valorar de modo razonable si dicha operación tiene sentido para ellos desde el punto de vista económico. En cambio, los efectos fiscales serían incalculables si existiera el riesgo de que, al realizar la calificación fiscal de un canje de acciones, también fuera necesario incluir *a posteriori* las prestaciones dinerarias que meramente se hubieran abonado en una estrecha relación temporal con dicho canje, pero que las partes no hubieran acordado de forma vinculante como contraprestación por la atribución de acciones.

51. Por una parte, los interesados tendrían que temer que el canje de sus acciones pudiera no beneficiarse, en su totalidad, de la

26 — Véanse los considerandos primero y segundo de la Directiva 90/434.

27 — Véase el cuarto considerando de la Directiva 90/434.

28 — En este sentido se pronuncia una reiterada jurisprudencia: véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión (C-110/03, Rec. p. I-2801), apartado 30; de 26 de octubre de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Rec. p. I-10211), apartado 79, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (C-255/02, Rec. p. I-1609), apartado 72.

29 — Véanse las sentencias de 26 de abril de 2005, «Goed Wonen» (C-376/02, Rec. p. I-3445), apartado 32, y de 14 de septiembre de 2006, Elmeka (C-181/04 a C-183/04, Rec. p. I-8167), apartado 31; véanse, en este mismo sentido, las sentencias de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), apartado 69, y de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, Rec. p. I-6467), apartado 56.

30 — Véase la sentencia Koninklijke Coöperatie Cosun (citada en la nota 28), apartado 79; véanse también las sentencias de 15 de diciembre de 1987, Países Bajos/Comisión (326/85, Rec. p. 5091), apartado 24; de 12 de febrero de 2004, Slob (C-236/02, Rec. p. I-1861), apartado 37, y de 16 de marzo de 2006, Emsland-Stärke (C-94/05, Rec. p. I-2619), apartado 43.

exención del impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías prevista en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 90/434. Por otra parte, procede tener en cuenta que la carga fiscal sobre los dividendos repartidos poco después también puede variar en función del Derecho nacional, según que éstos se graven conforme a la tributación de los dividendos o, en tanto que compensación en dinero, de conformidad con las posibilidades que brinda el artículo 8, apartado 4, de la Directiva.

52. Una interpretación más amplia del concepto de compensación en dinero tampoco puede justificarse por el objetivo de la Directiva 90/434 de salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros de que se trate y permitirles combatir el fraude y la evasión fiscal.<sup>31</sup> Por una parte, el legislador comunitario introdujo precisamente a estos efectos una disposición especial en la Directiva 90/434, como se desprende de su artículo 11, apartado 1, letra a). Por otra parte, una *ampliación general* del concepto de compensación en dinero excedería de lo necesario para salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros, así como para luchar contra el fraude y la evasión fiscal, sin poner en peligro, al mismo tiempo, la necesaria previsibilidad del régimen fiscal común para las sociedades de que se trate.

53. El Tribunal de Justicia también declaró en sentido semejante, en la sentencia Leur-Bloem, que el régimen impositivo común previsto en la Directiva 90/434 es de aplicación con independencia de que los motivos para el canje de acciones sean de naturaleza financiera, económica o puramente fiscal.<sup>32</sup> De esto se deduce que los motivos subyacentes a cada transacción no deben entrar en juego en la interpretación del concepto de compensación en dinero, sino que únicamente pueden surtir efectos a la hora de controlar la existencia de posibles abusos en el caso concreto en el sentido del artículo 11 de la Directiva 90/434.<sup>33</sup>

54. Por consiguiente, existen consideraciones de carácter tanto sistemático como teleológico que se oponen en su totalidad a que se interprete el concepto de compensación en dinero a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434 de forma amplia y que abogan por que se limite a las verdaderas contraprestaciones por la adquisición de una participación mayoritaria. Teniendo en cuenta lo anterior, puede concluirse provisionalmente lo siguiente:

Las prestaciones dinerarias realizadas por la sociedad dominante, como los repartos de dividendos, que no hayan sido acordadas de forma vinculante como contraprestación por la adquisición de una participación en la

31 — Véanse los considerandos cuarto y noveno de la Directiva 90/434.

32 — Véase la sentencia de 17 de julio de 1997 (C-28/95, Rec. p. I-4161), apartado 36.

33 — La sentencia Loer-Bloem (citada en la nota 32), apartados 41 y 44, también destaca que la apreciación de la motivación para un canje de acciones está reservada al examen global en cada caso concreto.

sociedad dominada que le atribuya la mayoría de los derechos de voto, no están comprendidas en el concepto de compensación en dinero a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434, aunque los interesados las hubieran planeado desde el principio y las hubieran llevado a cabo en estrecha relación temporal con la adquisición de dicha participación.<sup>34</sup>

fraude y la evasión fiscal.<sup>35</sup> La interpretación estricta del concepto de compensación en dinero<sup>36</sup> que se propone tampoco es contraria a este objetivo en modo alguno. Más bien este objetivo se alcanza precisamente con la disposición del artículo 11, apartado 1, letra a), de dicha Directiva.

### *C. Posibilidad de adoptar medidas contra una eventualmente proyectada evasión fiscal*

55. Queda por comprobar cómo pueden actuar las autoridades nacionales en el caso de que, como en el presente asunto, el canje de acciones tenga por objetivo probable la evasión fiscal.

56. Como se ha señalado anteriormente, uno de los objetivos de la Directiva 90/434 es salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros y permitirles combatir el

57. En último término, esta disposición refleja lo que se ha reconocido en reiterada jurisprudencia: los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta. En efecto, la aplicación de una normativa comunitaria no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas de los operadores económicos, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario.<sup>37</sup>

58. Naturalmente, el mero hecho de hacer uso de las posibilidades que brinda el Derecho comunitario, en este caso la Direc-

35 — Véanse el punto 52 y la nota 31 *supra* de estas conclusiones.

36 — Véanse a este respecto también los puntos 43 a 54 *supra* de estas conclusiones.

37 — Véanse las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartado 24, y jurisprudencia que allí se cita; de 6 de abril de 2006, Agip Petroli (C-456/04, Rec. p. I-3395), apartado 20; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes (C-196/04, Rec. p. I-7995), apartado 35, y Halifax (citada en la nota 28), apartados 68 y 69.

34 — Debe mencionarse, sólo en aras de la exhaustividad, que lo mismo es aplicable, desde la entrada en vigor de la Directiva 2005/19, a las subsiguientes adquisiciones de participaciones mediante las cuales se amplie el control ya existente de la sociedad dominante sobre la sociedad dominada.

tiva 90/434, no puede fundamentar la sospecha de abuso.<sup>38</sup> No obstante, según lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, un Estado miembro podrá denegar o revocar total o parcialmente las ventajas fiscales previstas en dicha Directiva para el canje de acciones, cuando esta transacción tenga como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal.

59. Como ejemplo de la existencia de una motivación de este tipo el artículo 11, apartado 1, segunda frase, letra a), de la Directiva 90/434 menciona la falta de motivos económicos válidos para la transacción de que se trate. Por lo tanto, en un caso como el de autos, en el que, según los hechos comprobados por el órgano jurisdiccional remitente, no existía ninguna razón económica concreta para el canje de acciones, sino que el objetivo era realizar un ahorro fiscal,<sup>39</sup> cabría denegar la exención establecida en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 90/434, pues un canje de acciones con el que meramente se persigue obtener ventajas fiscales no sirve para lograr una finalidad

económica válida en el sentido de la Directiva.<sup>40</sup> Además, la estrecha relación temporal entre el reparto de dividendos y el canje puede ser indicio de un posible abuso de las posibilidades que brinda la Directiva 90/434. Se puede afirmar lo mismo en relación con el hecho de que los interesados actuaron conociendo la modificación inminente del Convenio para evitar la doble imposición entre Dinamarca e Irlanda.

60. La cuestión de si en el caso concreto está justificado denegar o revocar total o parcialmente las ventajas fiscales previstas en la Directiva 90/434 para el canje de acciones depende de la apreciación global de todas las circunstancias de cada caso, que deben realizar las autoridades nacionales competentes y que tiene que poder ser objeto de un control jurisdiccional.<sup>41</sup>

61. El caso de autos se caracteriza por la circunstancia especial de que el ordenamiento jurídico danés no contenía, en el período pertinente para el presente asunto, ninguna disposición que adaptase el Derecho interno al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434. Éste es el motivo por el que especialmente H.M. Kofoed estima que se le privó indebidamente de las ventajas fiscales de la Directiva 90/434.

38 — Véanse en el mismo sentido, en relación con el ejercicio de la libertad de establecimiento (artículo 43 CE), las sentencias Centros, apartado 27, y Cadbury Schweppes, apartados 36 a 38, citadas en la nota 37.

39 — Parece que los interesados eran conscientes de que la entrada en vigor de un nuevo Convenio para evitar la doble imposición entre Dinamarca e Irlanda menos favorable para ellos, era inminente, de modo que en aquel momento tenían un incentivo para ahorrar impuestos mediante el canje de acciones con un posterior reparto de dividendos a través de la sociedad irlandesa (véanse los puntos 29 y 30 *supra* de estas conclusiones).

40 — Véase la sentencia Leur-Bloem (citada en la nota 32), apartado 47.

41 — Véase la sentencia Leur-Bloem (citada en la nota 32), apartado 41.

62. Sin embargo, no siempre se exige una transcripción formal de lo establecido por una Directiva en normas específicas de Derecho nacional, sino que para el cumplimiento de la Directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general, incluidos los principios generales del Derecho constitucional o administrativo nacional, cuando éste garantice la plena aplicación de la Directiva de forma suficientemente clara y precisa.<sup>42</sup>

63. Por tanto, el órgano jurisdiccional remitente tendrá que examinar si pueden aplicarse al caso de autos disposiciones o principios generales del Derecho nacional de los que pudiera resultar la falta de consecuencias fiscales de los negocios simulados o una prohibición de invocar abusivamente determinadas ventajas fiscales; igualmente es posible aplicar las disposiciones generales del Derecho nacional sobre fraude y evasión fiscal.<sup>43</sup> En la vista ante el Tribunal de Justicia, los representantes de H.M. Kofoed y el Gobierno danés manifestaron opiniones divergentes sobre cuáles son las posibilidades que brinda el Derecho danés al respecto.

64. Naturalmente, todas estas normas, tanto si se dictaron para adaptar el Derecho

nacional a la Directiva 90/434 como si no, deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con el Derecho comunitario y, en particular, con el tenor y la finalidad de la Directiva 90/434, así como con su artículo 11, apartado 1, letra a).<sup>44</sup>

65. No se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho comunitario el hecho de que ésta pueda ser desfavorable para los particulares, pues está permitida la aplicación del Derecho comunitario realizada a través de disposiciones del Derecho nacional, es decir, una aplicación *indirecta* en perjuicio de los particulares.<sup>45</sup>

66. Las autoridades danesas únicamente no podrían aplicar el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 en perjuicio de H.M. Kofoed y N. Toft de forma *directa*. Un Estado miembro no puede oponer a los

44 — Sobre la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de interpretar el Derecho nacional conforme con las Directivas, véase jurisprudencia reiterada y, en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartados 113 a 119, y jurisprudencia que allí se cita, y Adeneler (citada en la nota 21), apartados 108, 109 y 111.

45 — De este modo, se acepta que la obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme con las Directivas también es aplicable a aquellas relaciones jurídicas en las que necesariamente se grava a un particular de forma indirecta: estas son, por una parte, las relaciones jurídicas horizontales, es decir, entre particulares (véanse por ejemplo las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartados 6 y 8, y de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartados 20, 25 y 26, y por otra parte, las llamadas relaciones triangulares [véase la sentencia de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, Rec. p. I-723), apartado 57 y jurisprudencia que allí se cita]. En este mismo sentido, véanse mis conclusiones de 14 de octubre de 2004 presentadas en el asunto Berlusconi y otros (citado en la nota 29), punto 153.

42 — En este sentido se pronuncia una reiterada jurisprudencia; véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de junio de 2005, Comisión/Italia (C-456/03, Rec. p. I-5335), apartado 51, y de 6 de abril de 2006, Comisión/Austria (C-428/04, Rec. p. I-3325), apartado 99.

43 — En el mismo sentido, véase también la sentencia de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartado 34.

particulares una disposición de una directiva a la que no ha adaptado su Derecho interno.<sup>46</sup> En efecto, según jurisprudencia reiterada una directiva no puede, *por sí sola*, crear obligaciones a cargo de un particular, de modo que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, *como tal*, contra dicha persona.<sup>47</sup>

que en relación con la reestructuración de sociedades de capital.<sup>49</sup> Además, de este modo se socavaría la citada prohibición de aplicar disposiciones de directivas a las que no se ha adaptado el Derecho nacional de forma directa en perjuicio de los particulares.<sup>50</sup>

67. Por otro lado, las autoridades competentes tampoco pueden invocar frente a los particulares de forma *directa* un eventual principio general del Derecho comunitario que prohíba el abuso del Derecho, pues para los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434 se ha especificado y concretizado este principio en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva.<sup>48</sup> Si se permitiera, además, la aplicación de un principio general del Derecho, cuyo contenido es mucho menos claro y definido, existiría el riesgo de que se burlase la finalidad de armonización de la Directiva 90/434 y de que se pusiera en peligro la seguridad jurídica que ésta persi-

68. Por lo tanto cabe afirmar, en resumen, lo siguiente:

Para denegar o revocar total o parcialmente la aplicación del título II de la Directiva 90/434 a un caso concreto, no es necesario que exista una disposición específica por la que se adapte el Derecho nacional al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434. Para lograr este resultado, también pueden aplicarse disposiciones generales del Derecho nacional, incluidos los principios generales del Derecho constitucional o administrativo nacional, siempre que aquéllas se interpreten y apliquen de acuerdo con el Derecho comunitario y, en particular, con el tenor y la finalidad de la Directiva 90/434 y de su artículo 11, apartado 1, letra a). Por el contrario, son inadmisibles tanto la aplicación directa del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 en perjuicio de los particulares como la aplicación directa de una prohibición general del abuso del Derecho derivada del Derecho comunitario.

46 — Véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 21; de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartado 42; de 29 de abril de 2004, Beuttenmüller (C-102/02, Rec. p. I-5405), apartado 63, y de 30 de marzo de 2006, Uudenkaupungin kaupunki (C-184/04, Rec. p. I-3039), apartado 28.

47 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias Pfeiffer (citada en la nota 44), apartado 108 y jurisprudencia que allí se cita, y Berlusconi (citada en la nota 29), apartado 73. El subrayado es mío.

48 — Por lo demás, cuando un ámbito ha sido objeto de una armonización *exhaustiva*, son estas disposiciones de armonización, y no el Derecho primario, las que deben presidir la apreciación de las medidas nacionales adoptadas en dicho ámbito [véanse las sentencias de 13 de diciembre de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32, y de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893), apartado 81]. En todo caso, siempre queda la posibilidad de examinar la licitud del Derecho derivado a la luz del Derecho primario, de rango superior, en el marco de los artículos 220 CE y ss.

49 — Véanse a este respecto, en particular, los puntos 48 a 51 *supra* de estas conclusiones.

50 — A este respecto no resulta clara la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartados 74 a 77.

## VI. Conclusión

69. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda al Østre Landsret del modo siguiente:

- «1) Las prestaciones dinerarias realizadas por la sociedad dominante, como los repartos de dividendos, que no hayan sido acordadas de forma vinculante como contraprestación por la adquisición de una participación en la sociedad dominada que le atribuya la mayoría de los derechos de voto, no están comprendidas en el concepto de compensación en dinero a efectos del artículo 2, letra d), de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, aunque los interesados las hubieran planeado desde el principio y las hubieran llevado a cabo en estrecha relación temporal con la adquisición de dicha participación.
  
- 2) Para denegar o revocar total o parcialmente la aplicación del título II de la Directiva 90/434 a un caso concreto, no es necesario que exista una disposición específica por la que se adapte el Derecho nacional al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434. Para lograr este resultado, también pueden aplicarse disposiciones generales del Derecho nacional, incluidos los principios generales del Derecho constitucional o administrativo nacional, siempre que aquéllas se interpreten y apliquen de acuerdo con el Derecho comunitario y, en particular, con el tenor literal y la finalidad de la Directiva 90/434 y de su artículo 11, apartado 1, letra a). Por el contrario, son inadmisibles tanto la aplicación directa del artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 en perjuicio de los particulares como la aplicación directa de una prohibición general del abuso del Derecho derivada del Derecho comunitario.»