CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 11 de septiembre de 2001 [1]

1. Mediante resolución de 9 de febrero de 2000, el Vestre Landsret (Dinamarca) planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, cuatro cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 2, letras c) e i), 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 (en lo sucesivo, «Directiva 90/434» o simplemente «Directiva»). [2]

Marco normativo de referencia

Derecho comunitario

2. La Directiva 90/434 fue adoptada con objeto de eliminar los obstáculos de carácter fiscal planteados por las normativas nacionales a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. De sus considerandos se desprende, en particular, que el régimen fiscal común que estableció pretende «evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión, de una aportación de activos o de un canje de acciones, al tiempo que salvaguarde los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente o dominada».

3. En el artículo 1 de la Directiva se dispone que «cada Estado miembro aplicará la presente Directiva a las operaciones de fusión, de escisión, de aportación de activos y de canje de acciones relativas a sociedades de dos o más Estados miembros». Por otro lado, en el artículo 2 se precisa, a los efectos que aquí interesan, que, «a los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

c) aportación de activos: la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación;

1 — Lengua original: italiano.
2 — DO L 225, p. 1.

[...]

i) rama de actividad: el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».

4. Con arreglo al artículo 9 de la Directiva, a las aportaciones de activos así definidas se aplica el artículo 4 de la misma, en el que se dispone lo siguiente:

«La fusión o escisión no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal», entendiéndose por «valor fiscal» «el valor que se habría utilizado para calcular los beneficios o las pérdidas que integrarían la base imponible de un impuesto sobre la renta, los beneficios o las plusvalías de la sociedad transmitente, si dichos elementos de activo y de pasivo se hubieran vendido en el momento de la fusión o de la escisión pero al margen de dicha operación» (artículo 4, apartado 1).

Derecho nacional

5. En el artículo 15, letra c), de la Fusionsskattelov (Ley danesa relativa al régimen fiscal aplicable a las fusiones) se dispone los siguiente:

«1. En caso de aportación de activos las sociedades podrán tributar según lo dispuesto en el artículo 15 d cuando tanto la sociedad transmitente como la sociedad beneficiaria de la aportación estén comprendidas en el concepto de sociedad de un Estado miembro, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 90/434/CEE. No obstante, dicha tributación requerirá la autorización del Ligningsråd. El Ligningsråd podrá sujetar dicha autorización a determinadas condiciones.

2. Se entenderá por aportación de activos la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o varias ramas de su actividad, recibiendo a cambio títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación. Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyan, desde el punto de vista de la organización, una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.»

6. Según las indicaciones proporcionadas por el Juez remitente, el régimen fiscal del

artículo 15, letra d), de la Fusionsskattelov en caso de aportación de activos «implica que dicha operación —de conformidad con las normas sustantivas de la Directiva relativa al régimen fiscal de las fusiones— puede realizarse sin gravamen alguno sobre las plusvalías, si la sociedad beneficiaria sucede a la sociedad transmitente en su posición fiscal».

7. El Juez *a quo* subrayó asimismo que de los trabajos preparatorios de la Fusionsskattelov se desprende que:

«El proyecto de Ley pretende introducir en la legislación fiscal danesa las modificaciones necesarias para adaptarla a la Directiva sobre las fusiones.

El proyecto de Ley persigue asimismo establecer normas concordantes con las disposiciones de la Directiva sobre las fusiones en materia de escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades cuyo domicilio social se encuentre en Dinamarca.

[...]

La expresión "aportación de activos" se define en el artículo 15 c, apartado 2, del mismo modo que en el artículo 2, letra c), de la Directiva sobre las fusiones. Una rama de actividad se define del mismo modo que en el artículo 2, letra i), de la Directiva sobre las fusiones.»

Hechos y cuestiones prejudiciales

8. De la resolución de remisión se desprende que Randers Sport A/S, sociedad anónima con un capital social de 300.000 DKR demandante en el procedimiento principal, ejercía una actividad de distribución al por mayor y al por menor de artículos deportivos. En 1996, en un intento de llevar a cabo un cambio generacional en la gestión de dicha sociedad, que debía concretarse asimismo en la incorporación a la administración de dos empleados de la misma, los accionistas de Randers Sport decidieron aportar sus activos a una sociedad de nueva creación, Randers Sport Nyt A/S, en cuyo capital entrarían, además de la propia Randers Sport, también los dos empleados.

9. En particular, la constitución de Randers Sport Nyt respondía al objetivo de mantener separados los fondos propios acumulados a lo largo de los años por la sociedad transmitente y permitir a los dos empleados adquirir, con un menor desembolso, paquetes significativos de acciones de la nueva sociedad, escasamente capitalizada. Con este fin, Randers Sport contrajo un importante préstamo (por importe de 10 millones de DKR) con la intención de que el principal del préstamo permaneciera en dicha sociedad, mientras que la correspondiente deuda se transferiría a Randers Sport Nyt, lo que habría supuesto una reducción

considerable del valor de la sociedad beneficiaria. Para obtener la liquidez necesaria para el desarrollo de su actividad, esta última obtuvo un crédito de funcionamiento de una entidad bancaria que, como garantía, exigió la pignoración de las acciones de dicha sociedad. Por último, en el marco de esta compleja operación estaba previsto que, además del principal del préstamo, la sociedad transmitente mantuviera un pequeño paquete de acciones de una tercera sociedad, que en aquel momento se encontraba en liquidación.

10. Mediante escrito de 6 de junio de 1996, la sociedad demandante solicitó al Ligningsråd (máxima autoridad administrativa danesa competente para diversas cuestiones en materia de Derecho tributario) autorización para efectuar la aportación de activos prevista acogiéndose a la exención fiscal contemplada en el artículo 15, letras c) y d), de la Fusionsskattelov. Mediante escrito de 20 de noviembre de 1996, el Ligningsråd comunicó que la operación sólo podría calificarse de «aportación de activos» a efectos de dicha disposición y quedar exenta del gravamen sobre las plusvalías si se cumplían las siguientes condiciones:

i) que el principal del préstamo y la correspondiente deuda se mantuvieran en la sociedad transmitente o que, alternativamente, ambos se transfirieran a la sociedad beneficiaria;

ii) que ni la sociedad transmitente ni las personas físicas que constituían los principales accionistas de dicha sociedad, ni tampoco terceras personas, aportaran garantías, bajo la forma de fianza, prenda, aval o similares, en favor de la sociedad beneficiaria.

11. Con objeto de aclarar los motivos de su decisión, el Ligningsråd precisaba, en relación con la primera condición, que la vinculación entre el activo y el pasivo considerados (respectivamente, el principal del préstamo y la obligación de reembolso del mismo) era en realidad de tal naturaleza que uno y otro no podían dividirse entre la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria; asimismo, subrayaba que la segunda condición tenía por objeto garantizar que la sociedad beneficiaria pudiera funcionar por sus propios medios.

12. Pese a cuestionar la decisión del Ligningsråd, Randers Sport efectuó la aportación de activos prevista, cumpliendo las condiciones establecidas por dicho organismo. No obstante, el 15 de marzo de 1997 interpuso ante el Vestre Landsret un recurso contra el Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda danés) en el que solicitaba que se declarara la ilegalidad de las condiciones impuestas por el Ligningsråd, por estar basadas, a su entender, en una interpretación errónea del concepto de «aportación de activos» establecido en la Directiva 90/434. En el escrito de contestación, la parte demandada propuso una excepción de inadmisibilidad del recurso, sosteniendo que la sociedad demandante no tenía ningún interés en la resolución del asunto, una vez que había cumplido las condiciones establecidas por el Ligningsråd. Mediante auto de 27 de marzo de 1998, se desestimó esta excepción; no obstante, el Vestre Landsret, por albergar serias dudas sobre la interpretación de la

Directiva 90/434, suspendió el procedimiento y planteó el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) ¿Deben interpretarse las disposiciones de la Directiva 90/434/CEE (Directiva sobre las fusiones) en el sentido de que dichas disposiciones y, en particular, el artículo 2, letras c) e i), se oponen a que las autoridades de un Estado miembro se nieguen a considerar que una operación está comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva relativas a las aportaciones de activos en el caso de que la transacción de que se trate implique que la totalidad del patrimonio de la sociedad transmitente se transfiere a otra sociedad (la sociedad beneficiaria de la aportación), excepto, por una parte, un reducido paquete de acciones y, por otra, el capital de un préstamo suscrito por la sociedad que realiza la aportación?

2) ¿Debe darse una respuesta distinta a la primera cuestión si se admite que la sociedad transmitente suscribió el préstamo de que se trata con el fin de disminuir el valor neto del patrimonio aportado a la sociedad beneficiaria de la aportación, habida cuenta de que la sociedad transmitente retiene para sí el capital del préstamo, mientras que la deuda correspondiente debe asumirla la sociedad beneficiaria de la aportación?

3) ¿Debe darse una respuesta distinta a la primera y/o la segunda cuestión si se admite que el préstamo de que se trata fue suscrito para permitir que los antiguos empleados de la empresa, en el marco de un cambio generacional, financiaran la suscripción de acciones de la sociedad beneficiaria de la aportación?

4) ¿Debe interpretarse la Directiva sobre las fusiones, en particular, su artículo 2, letra i), en el sentido de que infringe las disposiciones de dicha Directiva supeditar el reconocimiento de que una operación está comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva relativas a la aportación de activos a la condición de que ni la sociedad transmitente, ni los principales accionistas personas físicas ni cualesquiera terceros constituyan garantías en favor de la empresa beneficiaria de la aportación, cuando consta que las futuras necesidades de tesorería de la sociedad beneficiaria de la aportación deben financiarse mediante un crédito de explotación que debe conceder una institución financiera, que exige la pignoración de las acciones de la sociedad beneficiaria de la aportación?»

13. En el procedimiento ante este Tribunal de Justicia, intervinieron las partes en el procedimiento principal, el Gobierno neerlandés y la Comisión, que presentaron sus observaciones escritas y sus informes orales en la vista.

Análisis jurídico

Sobre la admisibilidad

14. Aun cuando ninguna de las partes ha discutido la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial, debo señalar igualmente que, en el procedimiento principal, únicamente son aplicables las disposiciones nacionales de la Fusionsskattelov, y no las de la Directiva 90/434, en torno a las que giran las cuestiones planteadas a este Tribunal. En efecto, como se ha visto, la Directiva se aplica únicamente a las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de acciones *relativas a sociedades de dos o más Estados miembros* (artículo 1); en cambio, en el caso de que se trata la aportación de activos controvertida se refiere a dos sociedades danesas.

15. Si bien esta circunstancia podría llevarnos a dudar sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, debo subrayar, sin embargo, al igual que el Vestre Landsret, que la Fusionsskattelov, tal como se desprende claramente de sus trabajos preparatorios, adapta el ordenamiento jurídico nacional a la Directiva 90/434, extendiendo también a situaciones puramente internas las soluciones adoptadas por ésta. Ahora bien, tal como observó la Comisión, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar, precisamente en relación con la Directiva 90/434, que, «con arreglo al artículo 177 del Tratado, [...] es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando éste no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario». En efecto, según el Tribunal de Justicia, «cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o [...] de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse». No obstante, el Tribunal de Justicia subrayó que «en tal caso, y en el marco del reparto de las funciones jurisdiccionales entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia previsto por el artículo 177, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho comunitario, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen de las disposiciones del Derecho comunitario». [3]

16. Habida cuenta de tan inequívoca orientación jurisprudencial y de la identidad material entre las respectivas situaciones, no creo que pueda declararse la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial planteada por el Vestre Landsret.

3 — Sentencia de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161), apartados 32 a 34.

Sobre las tres primeras cuestiones

17. Dicho esto, y entrando en el examen de las cuestiones planteadas por el Juez danés, considero que las tres primeras cuestiones pueden analizarse conjuntamente, ya que las tres giran, fundamentalmente, en torno a una única cuestión de fondo, a saber, si el artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434 excluye o no que la exención del gravamen sobre de las plusvalías establecida en el artículo 4 de la misma se aplique en el caso de que una sociedad aporte todo su patrimonio a otra sociedad salvo, por un lado, un pequeño paquete de acciones y, por otro, el capital recibido en virtud de un préstamo contraído por la sociedad transmitente. Con objeto de precisar en mayor medida la cuestión, se pregunta asimismo si resulta pertinente, a este respecto, el hecho de que la operación haya sido realizada para reducir el valor neto de la aportación de activos efectuada, con el objetivo de agilizar un proceso de cambio generacional en la gestión de la actividad de la sociedad.

18. Para responder al Juez remitente, procede recordar, ante todo, que, según la definición contenida en la propia Directiva, constituye una aportación de activos «la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación» [artículo 2, letra c)].

19. Por consiguiente, para que pueda configurarse una operación de aportación de activos deben cumplirse tres requisitos:

— que la sociedad transmitente no sea disuelta;

— que la aportación de activos afecte a la totalidad o una o más ramas de la actividad de la sociedad transmitente;

— que dicha sociedad obtenga, como contrapartida por la aportación de activos, la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria.

20. Por lo que respecta al caso que estamos examinando, el primer requisito no plantea especiales problemas, pues está fuera de toda duda que la sociedad transmitente no ha sido disuelta. En cambio, resulta más difícil determinar si, en el presente caso, se transfirieron efectivamente a la sociedad beneficiaria la totalidad o una o más ramas de la actividad de la sociedad transmitente.

21. Según la demandante en el procedimiento principal, la aportación de toda la actividad de una sociedad se realiza siempre que los activos y pasivos transferidos a

la sociedad beneficiaria constituyen una entidad económica autónoma capaz de funcionar por sus propios medios. En cambio, sostiene que carece de toda pertinencia a este respecto el hecho de que determinados activos, como en el presente caso el principal del préstamo, permanezcan en la sociedad transmitente; de lo contrario, según la demandante, se traicionaría la lógica de la Directiva, que pretende favorecer las operaciones de que se trata eliminando, en la medida de lo posible, los obstáculos de carácter fiscal creados por la normativa de los Estados miembros. Por el contrario, a juicio de las demás partes el requisito de que se trata no se cumple cuando se divide de forma artificial entre la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria una partida unitaria, que comprende elementos de activo y de pasivo, como es precisamente el préstamo contraído por Randers Sport.

22. Esta última tesis me parece más convincente. En efecto, en el artículo 2, letra i), de la Directiva se establece que, en caso de aportación de una rama de actividad, se transferirá «*el conjunto de elementos de activo y de pasivo* de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios» (el subrayado es mío). Así pues, el legislador comunitario consideró necesario, para que exista tal supuesto, que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una determinada actividad que presenta características especiales de autonomía sean transferidos conjuntamente. Por tanto, la no transmisión de un elemento de activo inherente a dicha actividad impide calificar la operación como aportación de una rama de actividad a efectos del artículo 2 de la Directiva y, a la inversa, la aportación de una rama de actividad a efectos del artículo 2 de la Directiva no permite justificar la transmisión de un elemento de pasivo inherente a una actividad distinta que permanece en la sociedad transmitente.

23. La demandante en el procedimiento principal objeta, a este respecto, que, en el caso que estamos examinando, no se trató de la aportación de una rama de actividad, sino de la transmisión de toda la actividad de la sociedad transmitente, en cuyo caso no se exige de manera expresa que se transfiera «el conjunto de elementos de activo y de pasivo». No obstante, observo que, si dicho requisito se exige en caso de transmisión de una rama de actividad, con mayor razón aún debería exigirse si la operación afecta a la totalidad de la actividad de la sociedad transmitente; así pues, considero que si dicho requisito no se recuerda de manera expresa en relación con este último supuesto, ello se debe precisamente a que se consideró evidente.

24. Ahora bien, con independencia de esta observación, no estoy ni mucho menos convencido de que, en el caso examinado, se realizara la transmisión de la totalidad de la actividad de la sociedad transmitente. En efecto, el préstamo, cuyo importe era considerable (más de treinta veces superior al capital social), fue contraído antes de que se realizara la aportación de activos con la intención de que su principal permaneciera en el patrimonio de la sociedad transmitente: de ello se desprende que no estaba destinado a financiar la actividad de distribución de artículos deportivos posteriormente transferida a Randers Sport Nyt, ni a ser distribuido entre los socios en forma de beneficios (en cuyo caso hubiera estado, evidentemente, sujeto al régimen normal de

tributación). Cualquiera que fuera el uso reservado a la cantidad tomada a préstamo (aunque fuera de carácter meramente financiero), lo cierto es que estaba destinada a una actividad diferente de la transferida a la sociedad beneficiaria y, por tanto, constituía, al menos potencialmente, una rama de actividad diferente que permaneció en la sociedad transmitente. Por tanto, en el caso que estamos examinando no puede considerarse que se pretendiera transferir a la sociedad beneficiaria la totalidad de la actividad de Randers Sport. Por el contrario, la anomalía de la operación de que se trata consistía precisamente en el hecho de que se pretendía transferir a la sociedad beneficiaria la actividad de comercialización de artículos deportivos junto con la obligación de reembolsar un capital destinado a una actividad diferente que, tras quedar dispensada del correspondiente elemento del pasivo, debía permanecer, en cambio, en la sociedad transmitente.

25. Por tanto, las peculiares características de la operación que estamos examinando me llevan a excluir que constituya una aportación de activos a efectos del artículo 2 de la Directiva, y ello debido a que se pretendía dividir el elemento de activo y el elemento de pasivo de la deuda contraída por la sociedad transmitente entre esta última y la sociedad beneficiaria. Añado que esta conclusión se desprende, en mi opinión, de las características estructurales y objetivas de la operación, con independencia de la finalidad que se persiguiera con ella; en consecuencia, carece de pertinencia a este respecto el hecho de que la operación se realizara para reducir el valor de la actividad aportada a Randers Sport Nyt con objeto de agilizar un proceso de cambio generacional.

26. En aras de la exhaustividad, debo recordar, asimismo, que, a juicio de la Comisión, en el caso de autos no se cumplió tampoco el tercero de los mencionados requisitos establecidos en el artículo 2 de la Directiva, es decir, el que exige que la contrapartida de la aportación de activos debe ser la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria. En efecto, según la Comisión, en el caso que estamos examinando la sociedad beneficiaria se hizo cargo, a cambio de la aportación de activos, de la deuda correspondiente al préstamo contraído por la sociedad transmitente; por consiguiente, la operación consistió en realidad en una especie de venta y, como tal, no está comprendida dentro de la definición del artículo 2 de la Directiva. No obstante, me parece que la Comisión olvida el hecho de que, a cambio de los diversos elementos de activo y de pasivo aportados a Randers Sport Nyt, Randers Sport hubiera debido obtener exclusivamente acciones de la sociedad beneficiaria: no entiendo, entonces, donde está la compraventa a que se refiere dicha Institución.

27. Antes de concluir con mi examen de las tres primeras cuestiones, debo mencionar, por último, la circunstancia —a la que se refiere de manera expresa el Juez *a quo*— de que la sociedad transmitente mantuvo un pequeño paquete de acciones de una sociedad tercera, y ello con objeto de determinar si dicha circunstancia puede influir en la calificación de la operación como aportación de activos a efectos del artículo 2 de la Directiva. A este respecto, me limitaré, sin embargo, a observar que, si el mantenimiento en la sociedad transmitente de una participación accionarial podría ser suficiente para excluir la existencia de una transmisión de la totalidad de

la actividad de esta última a la sociedad beneficiaria, no puede decirse lo mismo en relación con la transmisión de una rama de actividad completamente independiente de dicha participación.

28. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las tres primeras cuestiones en el sentido de que no tiene lugar una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434 cuando se realiza una operación que supone el mantenimiento en la sociedad transmitente del principal de un préstamo contraído por ésta y la trasferencia a la sociedad beneficiaria de las obligaciones correspondientes al mismo, y ello con independencia de la finalidad perseguida mediante dicha división de los elementos de activo y de pasivo del préstamo. En cambio, no está excluida la posibilidad de que exista una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva si, en caso de transmisión de una rama de actividad, la sociedad transmitente mantiene una participación accionarial autónoma en una tercera sociedad.

Sobre la cuarta cuestión

29. Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el Juez *a quo* pregunta, en la práctica, si el artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434 permite a las autoridades competentes de los Estados miembros establecer que la exención del gravamen sobre las plusvalías contemplada en el artículo 4 de la Directiva no se aplica cuando la sociedad transmitente o terceros constituyen una garantía en favor de la sociedad beneficiaria, pudiéndose dudar en ese caso de la autonomía de esta última.

30. Todas las partes parecen estar fundamentalmente de acuerdo en considerar que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva, la sociedad beneficiaria de la aportación de activos debe ser económicamente autónoma y poder operar por sus propios medios. No obstante, las partes llegan a conclusiones diferentes en relación con el caso que estamos examinando, debido fundamentalmente a que aprecian de forma diversa las condiciones impuestas en este caso por el Ligningsråd.

31. En particular, el Gobierno danés justifica dichas condiciones, ya que, a su entender, el hecho de que la sociedad transmitente debiera pignorar las acciones de la sociedad beneficiaria para garantizar el crédito de funcionamiento obtenido por ésta demuestra la incapacidad de esta última para funcionar por sus propios medios. En la misma línea, pero sin pronunciarse específicamente sobre las condiciones impuestas por el Ligningsråd, el Gobierno neerlandés subraya que debe excluirse la autonomía de la empresa beneficiaria cuando, habida cuenta de las modalidades adoptadas por la aportación de activos (incluida la existencia de una importante deuda a cargo de la sociedad beneficiaria), esta última no está en condiciones de funcionar sin una garantía de la sociedad transmitente que le permita obtener un crédito de funcionamiento. La sociedad demandante en el procedimiento principal y la Comisión critican al Ligningsråd, en cambio, por haber impuesto las condiciones en términos absolutos, sin

proceder a un examen concreto de la autonomía efectiva de la sociedad beneficiaria.

32. Por lo que a mí respecta, también yo considero que la sociedad beneficiaria debe ser independiente de la sociedad transmitente y contar con los medios adecuados para el ejercicio de su actividad económica, en su caso recurriendo a créditos en las condiciones normales de mercado. Esto es lo que se establece de manera expresa en el artículo 2, letra i), de la Directiva en relación con la aportación de una rama de actividad, la cual, como se ha visto, debe estar constituida por un «conjunto capaz de funcionar por sus propios medios»; ahora bien, la misma conclusión se impone también —con mayor razón aun— en el caso de la transmisión de la totalidad de la actividad de una sociedad. Con todo, estoy de acuerdo con la demandante en el procedimiento principal, con la Comisión y con el Gobierno neerlandés en que, para ello, las autoridades nacionales deben efectuar una apreciación caso por caso que tenga en cuenta las particularidades de cada caso concreto. En particular, cuando la sociedad transmitente garantice un crédito contraído por la sociedad beneficiaria las autoridades nacionales deben apreciar si dicha garantía es indispensable para que la sociedad beneficiaria pueda ejercer su actividad. En caso afirmativo, deberá considerarse que esta última no está en condiciones de funcionar por sus propios medios y que, por consiguiente, la operación no puede calificarse como una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva.

33. Ahora bien, si el Ligningsråd llevó a cabo efectivamente dicha apreciación y si la conclusión a la que llegó es correcta o no son cuestiones que deben ser apreciadas por el Juez *a quo* a la luz de las circunstancias del presente caso. A los efectos que aquí interesan, me limitaré a señalar que, en el marco de dicha apreciación, puede ser importante comprobar, a la luz de la normativa nacional, si la intervención de la sociedad transmitente (que pignoró las acciones de la sociedad beneficiaria para permitirle obtener un crédito de funcionamiento) implica su responsabilidad frente a la entidad bancaria acreedora: en efecto, esta circunstancia podría llevar a considerar que, de no haber existido dicha intervención, la sociedad beneficiaria no habría conseguido obtener en el mercado los recursos necesarios para ejercer normalmente su actividad. No obstante, repito que la apreciación sobre este particular debe ser efectuada por el Juez *a quo*.

34. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuarta cuestión que, en caso de aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434, la sociedad beneficiaria debe ser independiente de la sociedad transmitente y contar con los medios adecuados para el ejercicio de su actividad económica, en su caso recurriendo a créditos en las condiciones normales de mercado. Cuando la sociedad transmitente garantice un crédito contraído por la sociedad beneficiaria, las autoridades nacionales deberán apreciar si dicha garantía es indispensable para permitir a la sociedad beneficiaria ejercer su actividad: en caso afirmativo, deberá considerarse que esta última no está en condiciones de funcionar por sus propios medios.

Conclusión

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Vestre Landsret:

«No tiene lugar una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), 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, cuando se realiza una operación que supone el mantenimiento en la sociedad transmitente del principal de un préstamo contraído por ésta y la transferencia a la sociedad beneficiaria de las obligaciones correspondientes al mismo, y ello con independencia de la finalidad perseguida mediante dicha división de los elementos de activo y de pasivo del préstamo. En cambio, no está excluida la posibilidad de que exista una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva si, en caso de transmisión de una rama de actividad, la sociedad transmitente mantiene una participación accionarial autónoma en una tercera sociedad.

Para que pueda configurarse una aportación de activos a efectos del artículo 2, letras c) e i), de la Directiva 90/434, la sociedad beneficiaria debe ser independiente de la sociedad transmitente y contar con los medios adecuados para el ejercicio de su actividad económica, en su caso recurriendo a créditos en las condiciones normales de mercado. Cuando la sociedad transmitente garantice un crédito contraído por la sociedad beneficiaria, las autoridades nacionales deberán apreciar si dicha garantía es indispensable para permitir a la sociedad beneficiaria ejercer su actividad: en caso afirmativo, deberá considerarse que esta última no está en condiciones de funcionar por sus propios medios.»