

**BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE**

Referencia: NFJ057802

**TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL**

Resolución de 17 de marzo de 2015

Vocalía 8.<sup>a</sup>

R.G. 3764/2012

**SUMARIO:**

**IVA. Hecho imponible. Entregas de bienes y prestaciones de servicios. Concepto de actividades empresariales o profesionales.** *Sujeción de operaciones con derivados financieros que tienen por objeto la cobertura de riesgos empresariales.* La sujeción al Impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular. Por tanto, el hecho de que las operaciones con derivados financieros tengan por objeto la cobertura de riesgos empresariales y no la obtención de ingresos continuados en el tiempo no implica que se trate de operaciones no sujetas al IVA. Lo importante para determinar la sujeción en este caso es que si la entidad que lleva a cabo las operaciones tiene la condición de empresario a efectos del Impuesto -cuestión no controvertida-, las operaciones con derivados financieros se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial. Que el objeto de las operaciones sea cubrirse de riesgos empresariales implica *per se* que se trata de operaciones incardinadas en el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la entidad. No se debe confundir la noción de empresario del art. 5.Uno c) -explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo- con el carácter de empresarial de operaciones específicas. **(Criterio 1 de 3) Prestaciones de servicios.** *Sujeción de operaciones con derivados financieros. Entregas de dinero a título de contraprestación o pago.* Por otro lado, se alega la no sujeción de la operación financiera con derivados por tratarse de entregas de dinero a título de contraprestación o pago. Las operaciones con derivados tienen la consideración de prestaciones de servicios a cambio de una contraprestación. Lo que se sujeta es la prestación, no la contraprestación. El hecho de que dicha contraprestación se liquide de una manera u otra no afecta a la esencia de la operación, esto es, prestación a cambio de contraprestación. **(Criterio 2 de 3) Sujeción de operaciones con derivados financieros. Concepto de indemnización.** Por último, se alega que las liquidaciones de los contratos de derivados comparten la naturaleza de las indemnizaciones derivadas de la materialización del riesgo en los contratos de seguro. Las indemnizaciones son cantidades que no se integran en la base imponible, pero esto sucede cuando, de conformidad con el art. 78.Tres.1.º de la Ley 37/1992 (Ley IVA) por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto. Las operaciones con derivados financieros tienen la consideración de prestaciones de servicios sujetas, a cambio de las cuales se obtiene una contraprestación. Por tanto, esta situación no es la regulada en el precepto anterior. **(Criterio 3 de 3)**

**PRECEPTOS:**

Directiva 2006/112/CE del Consejo (Sistema Común del IVA), arts. 2, 9, 19, 168, 173 y 174.

Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sistema Común del IVA: Base imponible uniforme), arts. 4 y 19.

Ley 37/1992 (Ley IVA), arts. 4, 5, 7, 11, 20, 78 y 104.

Ley 43/1995 (Ley IS), art. 97.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 83.

RD 1814/1991 (Mercados oficiales de futuros y opciones), art. 1.

En la Villa de Madrid, a la fecha indicada, en la reclamación económico-administrativa que, en única instancia, pende de resolución ante este Tribunal Central, interpuesta por la entidad X INTERNACIONAL, S.A., con NIF ..., y en su nombre y representación por ..., con NIF..., con domicilio a efectos de notificaciones en ..., contra el acuerdo de liquidación dictado por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, relativo al Impuesto sobre el Valor Añadido, periodos 06/2006 a 12/2007.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero:**

La entidad X INTERNACIONAL, S.A. (XISA en adelante) fue objeto de actuaciones inspectoras por parte de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en relación

con los periodos 06/2006 a 12/2007 del Impuesto sobre el Valor Añadido, entre otros conceptos, que dieron lugar a la incoación, el 12 de diciembre de 2011, del acta de disconformidad A02- ....

Mediante diligencia de fecha 16 de noviembre de 2011 se puso en conocimiento del representante del obligado tributario la apertura del trámite de audiencia previo a la formalización de las actas. El obligado tributario no presentó alegaciones.

Con fecha 26 de marzo de 2012 fue notificado un acuerdo de rectificación de la propuesta contenida en el acta exclusivamente en relación con los intereses de demora y finalmente con fecha 20 de abril de 2012 se dictó el acuerdo de liquidación que se impugna, notificado el día 23 de abril siguiente.

De las actuaciones practicadas y demás antecedentes resulta lo siguiente:

1. Las actuaciones inspectoras se iniciaron mediante notificación efectuada en fecha 7 de junio de 2010, teniendo las mismas carácter general, por lo que aquí interesa, en relación al Impuesto sobre el Valor Añadido, periodos 06/2006 a 12/2007.

Posteriormente, por acuerdo del Inspector Jefe de fecha 18 de abril de 2011, el plazo máximo de duración de las actuaciones de comprobación e investigación y de liquidación se amplió a 24 meses, de conformidad con el artículo 150.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

2. La sociedad XISA es una sociedad dominada del grupo mercantil y fiscal de X . Es una entidad holding, dedicada fundamentalmente a la tenencia de participaciones sociales, adquisición o transmisión de las mismas.

La mayor parte de las sociedades en las que participa XISA, directa o indirectamente, se dedican al sector de las telecomunicaciones en el exterior. Su participación directa asciende a 19 sociedades, del grupo (16) y asociadas (3) en el ejercicio 2005, en 16 sociedades, 15 del grupo y asociadas (1) en 2006 y en 18 sociedades, del grupo (17) y asociadas (1) en el ejercicio 2007. Participación que representa una inversión contabilizada de los siguientes importes:

2005	2006	2007
13.352.815.734,38	11.645.289.767,50	11.580.848.044,26

Como cabecera del grupo económico en el exterior, la función principal de XISA consiste en desarrollar las actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del grupo, que percibe dividendos, y realiza operaciones de concesión de préstamos y de prestación de otros servicios corporativos a las sociedades participadas.

La sociedad XISA desarrolla las siguientes actividades, tal y como se recoge por la propia sociedad en sus declaraciones resumen anual de IVA:

- Actividad financiera, clasificada en el epígrafe 652 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).
- Actividad de servicios de gestión administrativa, clasificada en el epígrafe 741 de CNAE.

A efectos del IVA, XISA realiza distintas actividades económicas en las que se incluyen tanto operaciones que generan derecho a la deducción de las cuotas soportadas de IVA como operaciones que no generan tal derecho.

3. La regularización inspectora determinaba la realización de los siguientes ajustes a la obligada tributaria:

1.- Procede modificar la prorrata común declarada que fue del 36% en 2006 y del 96% en 2007 por los siguientes conceptos:

a) Debe incluirse en el denominador de la prorrata de deducción común del ejercicio 2006 y 2007 por el concepto de derivados, los siguientes importes:

		2006	2007
768100000	DIF POSITIVAS DE CAMBIO POR OPER CON DERIV FINANCI	25.873.199,38	15.974.414,53
760010000	DIVIDENDOS COMPLEMENTARIOS DE EMPRESAS GRUPO	18.699.418,74	16.584.199,66
668101100	DIF NEG CAMBIO MATERIALIZ EN OPCIONES TIPO CAMBIO	0	10.571.686,69

6681012000	DIF NEG CAMBIO MATERIALIZ EN SWAP DE TIPO CAMBIO	10.427.626,8 0	21.659.647,5 5
6681013000	DIF NEG CAMBIO MATER. EN FUTUROS DE TIPO DE CBIO	13.599.933,9 2	1.343.125,80
	<b>INCREMENTO DEL DENOMINADOR POR DERIVADOS</b>	<b>68.600.178,8 4</b>	<b>66.133.074,2 3</b>

b) Debe incluirse en el denominador de la prorrata de deducción común el importe de 7.854.229.000 €, por las plusvalías obtenidas por transmisiones de participaciones.

Resulta una prorrata comprobada de:

PRORRATA 2006:  $84.638.404,59 / 8.159.984.384,44 = 1,04 \Rightarrow 2\%$  deducción  $\Rightarrow 98\%$  no deducción  
 PRORRATA 2007:  $175.426.893,91 / 249.314.136,91 = 70,36 \Rightarrow 71\%$  deducción  $\Rightarrow 29\%$  no deducción

2.- Procede modificar el porcentaje de disponibilidad de los vehículos de uno mixto empresarial y privado, habiendo quedado acreditado el porcentaje del 65% de disponibilidad privada y el 35% de disponibilidad empresarial, cuando el porcentaje declarado por la entidad ha sido del 36% de disponibilidad privada y 64% de disponibilidad empresarial.

4. Respecto de las operaciones de derivados, entiende la Inspección (y señala expresamente que también así lo ha entendido la propia empresa) que al tratarse de operaciones financieras realizadas con habitualidad y no accesorias a las operaciones principales, están exentas de IVA, al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.Uno.18º de la Ley del Impuesto y, en consecuencia, deben incluirse en el denominador de la prorrata de deducción de IVA, conforme se establece en el artículo 104.Dos de la citada Ley.

En cuanto al cálculo de la regla de prorrata, la Inspección considera que de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 104.Dos deben incluirse en el denominador de la prorrata las plusvalías obtenidas por derivados pero sin minorarlas con las minusvalías generadas en la realización de otras operaciones de derivados financieros.

5. En relación con las transmisiones de acciones, considera la Inspección que la entidad no se limita a la mera adquisición y mera tenencia de acciones, sino que efectúa una planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, realizando reiteradas operaciones de inversiones o desinversiones, o de compra y venta de participaciones sociales, así como operaciones de reestructuración empresarial, fusiones, absorciones etc. Lo cual permite afirmar que estas operaciones suponen una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad de la empresa.

**Segundo:**

Disconforme con el acuerdo de liquidación, la entidad interesada interpuso el día 23 de mayo de 2012 ante este Tribunal la reclamación económico-administrativa que es objeto de la presente resolución, referenciada con el número RG 3764/2012, al amparo de lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

En fecha 1 de febrero de 2013 se notificó a la entidad la puesta de manifiesto del expediente administrativo, presentando con fecha 28 del mismo mes el correspondiente escrito de alegaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 236 de la Ley 58/2003.

En el mencionado escrito la reclamante realizó, en síntesis, las siguientes alegaciones:

a) En la primera alegación, defiende la entidad que su actividad económica no es, en modo alguno, la compraventa de participaciones, sino la prestación de servicios de naturaleza administrativa y financiera a las sociedades participadas por el Grupo para dar cumplimiento a los objetivos de éste, esto es, operar en el ámbito de las telecomunicaciones con carácter global.

En este sentido, las operaciones con valores no constituyen un fin en sí mismo ni una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible, por lo que la entidad es sujeto pasivo por la prestación de servicios a sus filiales, no por la tenencia de acciones.

Las operaciones con acciones son complementarias o instrumentales de la realización de su actividad económica. Se trata de ventas de participaciones que han de ser equiparadas a las transmisiones de una unidad económica autónoma, no sujetas al IVA.

b) La segunda alegación planteada por la entidad es la relativa a la inclusión en el denominador de la prorrata de los ingresos por derivados financieros.

Entiende la interesada que los derivados financieros contratados tienen por objeto la cobertura de riesgos empresariales por la oscilación del valor a que pueden verse sometidos los elementos patrimoniales afectados, no con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. Por ello, los rendimientos positivos obtenidos no son contraprestación de operaciones sujetas al IVA, pues las liquidaciones por diferencias son la prestación en sí misma, operación no sujeta por consistir en la entrega de dinero a título de pago.

Las liquidaciones de los contratos de derivados, dado el carácter aleatorio de la percepción, comparten la naturaleza de las indemnizaciones derivadas de la materialización del riesgo en los contratos de seguro, con la particularidad de que el aseguramiento es recíproco entre las partes intervinientes.

Pero aun en el caso de que dichas operaciones se considerasen sujetas, las resoluciones y sentencias de los Tribunales en relación con pacto de recompra de activos financieros no serían aplicables, pues en éstas existe una venta recíproca de valores con contraprestación por la que se obtiene una ganancia, es decir, un vínculo directo. Esto no existe en el caso de los derivados, en donde lo único que se produce son intercambios monetarios que se plasman en entregas de dinero de las que, si se deriva un rendimiento únicamente puede ser considerado como base imponible el resultado neto obtenido.

c) En cualquier caso, las operaciones de transmisión de acciones y las de derivados financieros no deben computarse en la prorrata general por cuanto los recursos con IVA que son necesarios para el desarrollo de tal actividad son ínfimos en comparación con los que son requeridos para las actividades sujetas y no exentas. Se trata de operaciones ocasionales cuya inclusión en prorrata desvirtuaría el derecho a la deducción de la entidad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero:

Este Tribunal Económico – Administrativo Central es competente para conocer de la reclamación económico-administrativa que se examina, que ha sido interpuesta en tiempo y forma por persona legitimada al efecto, de conformidad con lo previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, en materia de revisión en vía administrativa, de aplicación a este procedimiento.

### Segundo:

Las cuestiones planteadas se centran en determinar la procedencia de los ajustes realizados por la Inspección en el cálculo de la prorrata aplicable a la entidad, debiendo determinarse el tratamiento que se ha de aplicar a las operaciones de derivados financieros y si deben tenerse en cuenta en el denominador las minusvalías acaecidas en dichas operaciones, así como la inclusión de las operaciones de transmisión de valores en la prorrata de deducción.

### Tercero:

La primera cuestión planteada exige determinar si las operaciones de adquisición y venta de participaciones en el capital de las filiales se realizan en el ejercicio de actividades económicas a efectos del IVA.

Del expediente resulta que la sociedad XISA es una sociedad dominada del grupo mercantil y fiscal de X. Es una entidad holding, dedicada fundamentalmente a la tenencia de participaciones sociales, adquisición o transmisión de las mismas. Así se recoge tanto en las memorias como en los estatutos de la sociedad. En particular, en las memorias de los ejercicios a que se extiende la comprobación, se indica que “El 20 de mayo de 1985, fue constituida la sociedad T.I. X Internacional ..., S.A., con el objeto social primordial de invertir en el sector de las telecomunicaciones en el exterior, mediante la adquisición o toma de participación en el capital de sociedades de dicho sector, directa e indirectamente a través de sociedades, cuya creación podrá promover o desarrollar”. Con fecha 12 de enero de 1998 se aprobó el cambio de denominación de la sociedad al que tiene actualmente.

La Inspección considera que la actividad de tenencia, adquisición y venta de acciones o participaciones sociales es la actividad principal de la empresa y que obtiene sus ingresos fundamentalmente vía dividendos, en función de los resultados obtenidos sus filiales. Dicha actividad se realiza, no como un mero inversor privado, sino en un contexto empresarial, con patrimonio empresarial y con finalidades empresariales. La entidad no se limita a la mera adquisición y mera tenencia de acciones, sino que efectúa una planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, realizando reiteradas operaciones de inversiones o desinversiones, o de compra y venta de participaciones sociales, así como operaciones de reestructuración empresarial, fusiones, absorciones etc. Todo ello permite afirmar que estas operaciones suponen una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad de la empresa.

Si bien la transmisión de participaciones no conlleva modificación alguna en las bases imponibles declaradas, por tratarse de operaciones sujetas pero exentas, sí incide en el régimen de deducciones aplicable a las cuotas soportadas relacionadas con el ejercicio de dichas actividades, no admitiendo la deducción de las cuotas efectuada por la entidad. En concreto, la Inspección considera que el porcentaje de prorrata no está correctamente calculado porque no se ha incluido en el denominador el importe de las operaciones relativas a la transmisión de participaciones.

La resolución de la cuestión planteada exige partir de las disposiciones contenidas en la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común de impuesto sobre el valor añadido, de la que es trasposición al ordenamiento interno la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y de la interpretación que de dichas disposiciones realiza en sus Sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

El artículo 2.1 de la Directiva declara sujetas al IVA las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal y, por consiguiente, excluye del ámbito de aplicación del impuesto las actividades que no tienen carácter económico. El artículo 9 de dicha Directiva considera sujetos pasivos a quienes realicen con carácter independiente alguna de las actividades económicas mencionadas en el apartado 1 de dicha disposición, el cual califica como «actividades económicas» todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios, y en especial las operaciones que impliquen la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

El artículo 168 de la Directiva, incluido en el capítulo 1 del título X, titulado «Nacimiento y alcance del derecho a deducir», dispone que el sujeto pasivo sólo tendrá derecho a deducir «en la medida en que los bienes y servicios se utilicen para las necesidades de sus propias operaciones gravadas [...]». En lo concerniente a los bienes y servicios utilizados por un sujeto pasivo para efectuar indistintamente operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conlleven tal derecho, la deducción sólo se admite, conforme al artículo 173 de la Directiva, por la parte del IVA que sea proporcional a las operaciones gravadas. Este artículo y los siguientes regulan las normas de determinación de dicha proporción o prorrata de deducción de las cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes y servicios utilizados para efectuar indistintamente operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conlleven tal derecho. La prorrata es la resultante de una fracción en la que figuren:

- En el numerador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, excluido el IVA, relativa a las operaciones que conlleven el derecho a la deducción.
- En el denominador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, excluido el IVA, relativa a las operaciones reflejadas en el numerador y a las restantes operaciones que no conlleven el derecho a la deducción.

No obstante, se excluyen del cálculo de la prorrata determinadas operaciones que se considera no deben incidir en el régimen de deducción, entre las que se encuentran las operaciones financieras, siempre que se trate de operaciones accesorias (artículo 174.2.b).

En consecuencia, el derecho a la deducción de cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes y servicios, exige:

1. Que quien las ha soportado realice actividades económicas, es decir, actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, en cuanto comportan la realización de operaciones que impliquen la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.
2. Que los bienes y servicios se utilicen para las necesidades de sus propias operaciones gravadas, es decir, aquellas por las que debe repercutir el Impuesto y que dan derecho a deducir.
3. En caso de bienes y servicios que, en el ejercicio de actividades económicas, se utilicen para realizar indistintamente operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conlleven tal derecho, las cuotas soportadas serán deducibles en la medida que resulte de lo dispuesto en los artículos 173 y siguientes de la Directiva.

En relación con la primera de las exigencias indicadas y que es precisamente la cuestión que se pretende resolver, son reiterados los pronunciamientos del TJUE (cabe citar como sentencias más relevantes las siguientes: 20/06/1991, Polysar, C-60/90; 22/06/1993, Sofitam, C-333/91; 14/11/2000, Floridienne y Berginvest, C-142/99; 27/09/2001, Cibo Participations, C-16/00; 29/04/2004, EDM, 29/04/2004; 29/10/2009, AB SKF, C-29/08; 06/09/2012, Portugal Telecom, C-496/11) respecto de la condición de sujetos pasivos del IVA de las sociedades holding. En la última de las sentencias indicadas (Portugal Telecom, C-496/11) de 6 de septiembre de 2012, se recuerda dicha jurisprudencia en los siguientes términos:

31. A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no tiene la condición de sujeto pasivo del IVA, a efectos del artículo 4 de la Sexta Directiva, y no tiene derecho a deducir, según el artículo 17 de la misma Directiva, una sociedad holding cuyo único objeto es la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa ni indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos de que sea titular dicha sociedad holding en su calidad de accionista o socio (véanse las sentencias de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. I-3111, apartado 17; de 14 de noviembre de 2000, Floridienne y Berginvest, C-142/99, Rec. p. I-9567, apartado 17, y de 27 de septiembre de 2001, Cibo Participations, C-16/00, Rec. p. I-6663, apartado 18).

32. La mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (véanse las sentencias de 22 de junio de 1993, Sofitam, C-333/91, Rec. p. I-3513, apartado 12; de 6 de febrero de 1997, Harnas & Helm, C-80/95, Rec. p. I-745, apartado 15, y Cibo Participations, antes citada apartado 19).

33. El caso es distinto cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación, sin perjuicio de los derechos que ostente el titular de la participación por su condición de accionista o socio (sentencias, antes citadas, Polysar Investments Netherlands, apartado 14; Floridienne y Berginvest, apartado 18; Cibo Participations, apartado 20, y de 29 de octubre de 2009, SKF, C-29/08, Rec. p. I-10413, apartado 30).

34. La intervención de una sociedad holding en la gestión de las sociedades en las que participa constituye una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva en la medida en que implique la realización de operaciones sujetas al IVA con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por la sociedad holding a sus filiales (sentencia Cibo Participations, antes citada, apartado 22).

En consecuencia, cuando una sociedad de cartera (holding) limita su actividad a la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa ni indirectamente en la gestión de dichas empresas, no tiene la condición de empresario a efectos del Impuesto y, por tanto, no tiene derecho a deducir las cuotas soportadas, pues, tal y como señala el TJUE, la mera adquisición y tenencia de participaciones sociales no debe considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva.

Por el contrario, cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación y dicha intervención implique la realización de operaciones sujetas al IVA, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por la sociedad holding a sus filiales, dicha actividad constituye una actividad económica en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva, equivalente al artículo 4.2 de la Sexta Directiva, y por su ejercicio la sociedad adquiere la condición de sujeto pasivo del Impuesto.

En la sentencia de 27 de septiembre de 2001 (Cibo Participations, C-16/00) el Tribunal administrativo que suspendió su procedimiento revisor, planteó como primera cuestión prejudicial ¿qué criterio debe seguirse para determinar si la intervención de una sociedad holding en la gestión de las sociedades en las que participa constituye una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva. En relación con dicha cuestión Cibo alegaba que existen dos supuestos en los que la adquisición de acciones de una empresa va acompañada de la intervención en su gestión y constituye por tanto una actividad económica incluida en el ámbito de aplicación del IVA: El primero es aquel en el que se adquiere la casi totalidad del capital y el accionista toma las riendas de la filial, interviene en su gestión y designa a sus administradores, pero respeta la personalidad jurídica de la filial, prestando generalmente el accionista servicios retribuidos a su filial. El segundo supuesto es similar al primero, con la diferencia de que la sociedad holding no respeta el funcionamiento normal de la filial sino que la gestiona de hecho.

En dicha sentencia, el TJUE reitera la doctrina anteriormente expuesta concluyendo que «la intervención en la gestión de las filiales debe considerarse una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva en la medida en que implique la realización de operaciones sujetas al IVA con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por una sociedad holding como Cibo a sus filiales»

En la sentencia de 29 de octubre de 2009 (AB SKF, C-29/08), sentencia que es alegada por la entidad reclamante, se planteaba como primera cuestión prejudicial, si constituye una actividad económica comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una cesión, por una sociedad matriz, de la totalidad de las acciones de una filial íntegramente participada, así como de su participación restante en una sociedad controlada, antaño

íntegramente participada, a las que prestó servicios sujetos al IVA. En respuesta a dicha cuestión, el TJUE reitera la doctrina anteriormente expuesta (apartados 27 a 30) y añade lo siguiente:

31. Por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las operaciones cuyo objeto son las acciones o las participaciones de una sociedad están comprendidas en el ámbito de aplicación del IVA cuando se efectúan en el marco de una actividad comercial de negociación de títulos valores para intervenir directa o indirectamente en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación o cuando constituyen la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible (véanse, en particular, las sentencias de 20 de junio de 1996, Wellcome Trust, C-155/94, Rec. p. I-3013, apartado 35, así como Harnas & Helm, antes citada, apartado 16 y jurisprudencia allí citada).

32. En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que, en su condición de sociedad matriz de un grupo industrial, SKF intervino en la gestión de la filial y de la sociedad controlada prestándoles, a título oneroso, servicios de carácter administrativo, contable y comercial, por los cuales era sujeto pasivo del IVA.

33. Mediante la cesión de la totalidad de las acciones de que era titular en la filial y en la sociedad controlada, SKF pone fin a su participación en dichas sociedades. Puede considerarse que la referida cesión, efectuada por la sociedad matriz para la reestructuración de un grupo de sociedades, es una operación para la obtención de ingresos continuados en el tiempo de actividades que exceden de la mera venta de acciones (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de mayo de 2005, Kretztechnik, C-465/03, Rec. p. I-4357, apartado 20 y jurisprudencia allí citada). Tal operación presenta un vínculo directo con la organización de la actividad realizada por el grupo y, por lo tanto, constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 31. Por consiguiente, tal operación está comprendida en el ámbito de aplicación del IVA.

34. Como señaló el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, esta afirmación es, por lo demás, conforme con los principios de igualdad de trato y de neutralidad fiscal, que exigen que las apreciaciones relativas al reconocimiento del carácter económico de las tomas de participaciones que vayan acompañadas de una intervención por parte de la sociedad matriz en la gestión de sus filiales y de sus sociedades controladas se extiendan a las situaciones de cesiones de participaciones que pongan fin a tal intervención (véanse, por analogía, las citadas sentencias Wellcome Trust, apartado 33, y Kretztechnik, apartado 19).

Por tanto, en la anterior sentencia el TJUE, tras reiterar la doctrina consistente en que la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales no es una actividad económica en el sentido de la Directiva, en la medida en que no constituye la explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, y que, por el contrario, sí merece tal calificación cuando la adquisición y tenencia de las participaciones sociales se acompaña de una intervención directa o indirecta en la gestión de la sociedad participada que implique la realización de operaciones sujetas al IVA, al margen de los derechos que ostente el titular de la participación por su condición de accionista o socio, añade que, en este último contexto, la transmisión de acciones sería una operación para la obtención de ingresos continuados en el tiempo de actividades que exceden de la mera venta de acciones, pues dicha operación presenta un vínculo directo con la organización de la actividad realizada por el grupo y, como señala el TJUE, constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo, por lo que tal operación estaría comprendida en el ámbito de aplicación del IVA.

Pues bien, de conformidad con este criterio del TJUE, esto es, que la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales constituye la explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo cuando la adquisición y tenencia de las participaciones sociales se acompaña de una intervención directa o indirecta en la gestión de la sociedad participada que implique la realización de operaciones sujetas al IVA, hay que concluir que este es exactamente el caso de la reclamante. Además de que el objeto social de la entidad es, según se ha establecido al comienzo de este fundamento de derecho, “invertir en el sector de las telecomunicaciones en el exterior, mediante la adquisición o toma de participación en el capital de sociedades de dicho sector, directa e indirectamente a través de sociedades, cuya creación podrá promover o desarrollar”, la propia entidad interesada reconoce en sus alegaciones que presta servicios de naturaleza administrativa y financiera a las sociedades participadas por el Grupo para dar cumplimiento a los objetivos de éste, esto es, operar en el ámbito de las telecomunicaciones con carácter global.

La Inspección recoge en el acuerdo de liquidación la siguiente información sobre las operaciones de adquisición y venta de participaciones sociales en los ejercicios 2005, 2006 y 2007:

	<b>2005</b>

	<b>OPERACIÓN</b>	<b>IMPORTE (MILES DE €)</b>
1	Adquisición participaciones YN USA	15.650,00
2	Adquisición participaciones YN COLOMBIA	0,001
3	Adquisición participaciones YN VENEZUELA	0,001
4	Adquisición participaciones YN ARGENTINA	0,001
5	Adquisición participaciones YN MEXICO	0,001
6	Adquisición participaciones YN PERU	0,001
7	Adquisición participaciones YN GUATEMALA	0,001
8	Adquisición participaciones GRUPO W	744,23
9	DIC-58; VENTA 5% Y... ARGENTINA A YY	
10	Venta participación Z	37.748,62
11	Adquisición acciones WN	240.592,58
12	Adquisición acciones WN	47.517,10
13	Adquisición acciones WN	7.320,75
14	Adquisición acciones WN	12.027,34
15	Adquisición acciones WN	46,83
16	Adquisición acciones WN	327,19
17	Adquisición acciones WN	104.032,06
18	Adquisición acciones WN	9.600,00
		<b>2006</b>
	<b>OPERACIÓN</b>	<b>IMPORTE (miles de €)</b>
1	ADQUISICIÓN ACCIONES VD COLOMBIA (64,53%)	5.965,51
2	Venta UM a XSA	390.500
3	Venta XF a XI HOLDING ...	2,62047
4	Adquisición 52,03% COLOMBIA U	286.592
5	Adquisición COLOMBIA U	1.597
6	Adquisición 10% S	171.735
7	Adquisición 35,47% VD COLOMBIA	10.045
8	Adquisición R(fusión Q)	669.468
9	Adquisición acciones P (fusión VD Brasil Holding)	79.403
10	Adquisición COLOMBIA U(fusión VD Colombia)	15.170
11	Transmisión acciones O( fusión con R))	1.320.087
12	Transmisión acciones N BRASIL HOLDING(fusión P)	104.345
13	Transmisión acciones N COLOMBIA(fusión M)	17.054
14	Adquisición acciones WN	3.202
		<b>2007</b>
	<b>OPERACIÓN</b>	<b>IMPORTE (MILES DE €)</b>
1	Compra acciones L HOLDING	10,442
2	Compra acciones WN	4.741
3	Constitución XTH (Beijing) y compra acciones K	1.000

Los ingresos obtenidos por XISA por las actividades realizadas han sido los siguientes:

	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>
Dividendos	921.208.571,64	913.945.368,42	727.122.638,76
Beneficios ventas acciones		7.785.793.935,97	
Intereses prestamos y asimilados	58.430.306,49	157.384.027,93	28.737.905,57

Ingresos por derivados financieros	19.589.228,09	116.887.636,02	51.026.723,77
Diferencias positivas de cambio	246.880.962,21	112.090.542,37	105.164.482,02
<b>TOTAL actividad financiera</b>	<b>1.246.109.068,43</b>	<b>9.086.101.510,71</b>	<b>912.051.750,12</b>
<b>Prestaciones de servicios</b>	<b>23.410.269,26</b>	<b>32.331.411,59</b>	<b>152.965.307,91</b>

De los datos anteriores resulta que tanto el volumen como el número de operaciones en que se materializa la actividad de cartera ponen de manifiesto que se trata de una actividad ejercida con carácter habitual respecto de la que la entidad reclamante no se comporta como una “holding pura”, pues en el presente caso la reclamante realiza actividades económicas cuyos destinatarios son las entidades del grupo que le otorgan la condición de sujeto pasivo del IVA. De hecho, la entidad presta a las entidades del grupo servicios de apoyo a su gestión por los que repercute el Impuesto.

Por tanto, resulta suficientemente justificada por la Inspección la conclusión a la que llega: “la entidad no se limita a la mera adquisición y mera tenencia de acciones, sino que efectúa una planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, realizando reiteradas operaciones de inversiones o desinversiones, o de compra y venta de participaciones sociales, así como operaciones de reestructuración empresarial, fusiones, absorciones etc. Lo cual permite afirmar que estas operaciones suponen una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad de la empresa.

Además, las operaciones se realizan en ejecución de una determinada planificación empresarial, de acuerdo con una estrategia de inversiones o desinversiones con el objeto de favorecer el crecimiento y la diversificación del grupo empresarial”.

De lo anterior cabe concluir que no hay duda de que la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales constituye una actividad económica para la entidad reclamante en el sentido de la Directiva, en la medida en que implica la explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. Por tanto, una vez sentado esto, lo que la entidad discute es si esta actividad tiene carácter accesorio o habitual.

**Cuarto:**

Sostiene la entidad que su actividad principal es la de prestación de servicios de naturaleza administrativa y financiera a las sociedades participadas por el grupo y que la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales es instrumental de la anterior.

No parece que esta alegación pueda tener mucho recorrido, pues la consideración de actividad económica de la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales se apoya precisamente en que constituye la explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, es decir, en la habitualidad de las operaciones que conforman dicha actividad, ya que dichas operaciones presentan un vínculo directo con la organización de la actividad realizada por el grupo y, como señala el TJUE, constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo.

El artículo 104.Tres de la Ley 37/1992 dispone:

Tres. Para la determinación del porcentaje de deducción no se computarán en ninguno de los términos de la relación:

(...)

4.º El importe de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo.

En todo caso se reputará actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo la de arrendamiento.

Tendrán la consideración de operaciones financieras a estos efectos las descritas en el artículo 20, apartado uno, número 18.º de esta Ley, incluidas las que no gocen de exención”.

El citado artículo 104.Tres de la Ley del Impuesto, es la transposición al ordenamiento interno del artículo 19 de la Sexta Directiva, que se corresponde con el artículo 174.2b) de la Directiva 2006/112/CE, según el cual:

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, para el cálculo de la prorrata de deducción, se excluirán los siguientes importes:

(...)

b) la cuantía del volumen de negocios relativa a las operaciones accesorias inmobiliarias y financieras;”.

Basta una lectura de ambos preceptos para observar la distinta dicción de uno y otro, fundamentalmente por lo que se refiere a la consideración de las operaciones financieras en el conjunto de la actividad del sujeto pasivo, puesto que la norma española alude a operaciones no habituales, esto es que no se realizan con habitualidad, mientras que el precepto comunitario alude a su carácter accesorio. Cualquiera que sea el término que acojamos, cuestión que se aborda a continuación, indudablemente nos encontramos ante lo que en nuestro derecho interno se conoce como conceptos indeterminados, de forma que su apreciación exige que deba efectuarse de manera individualizada, pero en todo caso atendiendo a los principios inherentes al sistema común del IVA.

La realización habitual de operaciones financieras por empresarios o profesionales habrá de dar lugar a la inclusión de los importes que correspondan en el denominador de la prorrata, conforme al artículo 104. Tres de la Ley 37/1992 reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, mientras que si las operaciones financieras únicamente se efectúan de forma eventual u ocasional no deberán considerarse a estos efectos, ya que se trataría de operaciones no habituales para el sujeto pasivo o en términos de la Directiva, operaciones accesorias en el desarrollo de su actividad.

Por tanto la primera de las cuestiones que se suscita al acercarse a la regulación de las operaciones financieras y la prorrata en el IVA, surge del empleo de un término en la norma interna que no es sinónimo del utilizado por la comunitaria. La solución pasa porque nuestra norma interna no puede separarse de la comunitaria en forma tal que sea divergente respecto de esta última, exigiéndose por ello una interpretación del artículo 104 acorde con la norma comunitaria, máxime si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un precepto comunitario claro y preciso.

La delimitación del concepto de "accesorio" ha sido tratado por el TJUE en diversas sentencias, entre otras sentencia de 11 de julio de 1996, Asunto C-306/94 (Régie Dauphinoise), sentencia de 14 de noviembre de 2000, Asunto C-142/99 (Floridienne y Berginvest), sentencia de 29 de abril de 2004, Asunto C-77/01 (EDM), referidas concretamente a la actividad financiera. Siguiendo los criterios del TJUE, una actividad financiera que constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo, no presenta las características de las "operaciones accesorias" a las que alude el precepto regulador del importe a integrar en el denominador de la prorrata y, por tanto, seguirá a la citada actividad económica del sujeto pasivo en cuanto supone la continuación de dicha actividad.

El Tribunal Supremo ha acogido estos criterios en su jurisprudencia. Se puede citar la sentencia de 24 de septiembre de 2013, nº recurso 2472/2011, que, si bien se refiere a operaciones inmobiliarias, sus resultados son extrapolables a la actividad financiera. Establece el Tribunal Supremo lo siguiente:

No cabe la menor duda que la delimitación del concepto de operaciones accesorias exige analizar las circunstancias concretas en cada supuesto.

Por ello, en lo que ahora interesa, el carácter accesorio de las operaciones inmobiliarias ha de ser analizado en relación con el objeto del tráfico del empresario o profesional que realice las operaciones, de forma que cuando la transmisión de inmuebles constituya para éste una actividad accesorio, residual o marginal, entonces no se procederá a incluir el importe correspondiente en los términos del porcentaje de prorrata. Por el contrario, cuando el empresario o profesional desarrolle tanto una actividad principal en cuanto a su objeto como otra actividad de carácter inmobiliario, entonces el volumen de negocios correspondiente a esta segunda habrá de ser considerado a efectos de deducciones en la forma que proceda.

(...)

La accesoriidad, en la dicción de la normativa europea, o la no habitualidad, conforme a los términos de la legislación nacional, de la actividad empresarial o profesional, constituye un concepto jurídico indeterminado que es necesario integrar caso por caso en función de las circunstancias concurrentes que permiten, en definitiva, su individualización respecto del supuesto enjuiciado, tomando necesariamente como pauta los principios que inspiran el sistema común del IVA y en particular los parámetros antes enunciados tendentes a asegurar el principio de neutralidad que conlleva la exclusión de determinadas operaciones, recordemos que como señala el Tribunal Constitucional el concepto indeterminado o abierto, "ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico".

Ciertamente, por tanto, el ejercicio de integración pasa necesariamente por la previa delimitación de los presupuestos fácticos concurrentes, y desde esta perspectiva, es indudable que le asiste la razón a la Sala de instancia cuando afirma que la cuestión controvertida no es jurídica sino fáctica. La delimitación de los presupuestos fácticos como elementos o circunstancias valorativas en el enjuiciamiento del caso concreto, resulta esencial, y esta labor le corresponde en exclusividad a la Sala de instancia, debiendo este Tribunal de estar a los hechos que la Sala de instancia tuvo como concurrentes en el supuesto concreto que nos ocupa.

No cabe, pues discutir ni cuestionar en este recurso los presupuestos fácticos que tuvo en cuenta en la integración del concepto jurídico indeterminado de accesoriidad o no habitual al caso concreto.

Ya se ha hecho mención que el TJUE aporta una idea fundamental en el sentido de que una actividad que constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo no presenta las características de las "operaciones accesorias" a las que alude el precepto regulador del importe a integrar en el denominador de la prorrata y, por tanto, seguirá a la citada actividad principal en cuanto supone la continuación de dicha actividad principal del sujeto pasivo. Delimitación negativa que ofrece el TJUE, y considerando que por no habitual ha de entender la accesoriedad, y que aporta una conclusión básica, el precepto no es está refiriendo a una operación singular en sí misma considerada, desconectada de la actividad económica que lleva a cabo la entidad, sino que la accesoriedad lo debe ser en función de la actividad desarrollada, de suerte que una operación por muy singular, especial o aislada que sea no será accesoría si constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo. Es de hacer notar, también, que ha servido como indicios a la jurisprudencia europea para delimitar la accesoriedad por referencia al "objeto del tráfico" del empresario o profesional, criterios cuantitativos, tales como volumen de ingresos producto de la concreta operación o volumen de cuotas soportadas afectas a la actividad principal y a otra actividad de naturaleza accesoría o no.

Por tanto, dado que la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo, no cabe conceptualarla como "accesoria" (en términos de la Directiva) o "no habitual" (en términos de la Ley del IVA), por lo que el importe de las operaciones de venta de participaciones ha de formar parte del denominador de la prorrata, ya que tienen el carácter de operaciones exentas. Así lo considera igualmente la Inspección, cuando establece al respecto lo siguiente:

"Por ello, tal actividad no puede considerarse realizada de forma ocasional ni limitada a la simple gestión de una cartera de valores a modo de un inversor privado, sino que constituye el vehículo a través del cual se canalizan una parte relevante de las inversiones del grupo, constituyendo un instrumento eficaz para asegurar el control de numerosas empresas del grupo, lo que tiene una indudable relevancia en orden a la consecución de los objetivos empresariales del grupo.

Por lo que cabe concluir que la entidad XISA ha realizado de forma continuada y frecuente las operaciones financieras de transmisión de acciones o participaciones sociales, por el número de operaciones, por el importe y por la finalidad económica perseguida y que las transmisiones de dichas acciones efectuadas por el mencionado obligado tributario estuvieron sujetas al IVA aunque exentas del citado impuesto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20. Uno, 18º, k) de la LIVA".

Y en cuanto a la exención, el TJUE también llega a esta conclusión en la sentencia SKF antes citada, que es un caso similar al que aquí es objeto de reclamación y que XISA menciona en sus alegaciones. El Tribunal considera que la cesión de acciones efectuada por la sociedad matriz para la reestructuración de un grupo de sociedades es una operación para la obtención de ingresos continuados en el tiempo de actividades que exceden de la mera venta de acciones. Y esto es así porque, a juicio del Tribunal, SKF intervino en la gestión de la filial y de la sociedad controlada prestándoles, a título oneroso, servicios de carácter administrativo, contable y comercial, por los cuales era sujeto pasivo del IVA. Pues bien, acto seguido, el Tribunal considera que tal cesión de acciones ha de conceptualarse como una operación exenta, en contra de la opinión de la Comisión. La sentencia establece al respecto lo siguiente:

42. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide, esencialmente, que se dilucide si una cesión de acciones, como la controvertida en el asunto principal, en el supuesto de que esté comprendida en el ámbito de aplicación del IVA, debe estar exenta de éste en virtud del artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva, así como del artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112.

43. A juicio de los Gobiernos sueco y alemán, en la medida en que constituye una actividad económica, toda venta de acciones está exenta del IVA en virtud de dichas disposiciones.

44. La Comisión considera, en cambio, que la exención prevista en el artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva y en el artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 se refiere únicamente a las operaciones realizadas en el marco de una actividad comercial de transacciones sobre títulos valores. Afirma que, ahora bien, debe considerarse que la operación controvertida en el asunto principal es una reorganización estratégica de los activos de la sociedad matriz efectuada con la finalidad de reunir fondos para la financiación de las demás actividades del grupo. Según la Comisión, dicha operación no forma parte de la actividad mercantil habitual de la referida sociedad y no se le aplica la exención prevista en las disposiciones antes mencionadas.

45. Debe recordarse que, a tenor del artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva, así como del artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, los Estados miembros deben eximir del IVA «las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos valores [...]».

46. Si bien es cierto que los términos empleados para designar las exenciones previstas en el artículo 13 de la Sexta Directiva deben interpretarse en sentido restrictivo, dado que constituyen excepciones al principio general de que el IVA se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo (véanse, en particular, las sentencias MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring, antes citada, apartado 63, así como de 19 de abril de 2007, Velvet & Steel Immobilien, C-455/05, Rec. p. I-3225, apartado 14), no es menos cierto que la interpretación propuesta por la Comisión limitaría la exención de que se trata de una forma que no se sustenta en el texto controvertido. En efecto, la expresión «operaciones relativas a acciones» contenida en el artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva y en el artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 es suficientemente amplia para no limitarse a la negociación profesional de los títulos.

47. Si se admitiera la interpretación que propugna la Comisión, se dispensaría un trato distinto a operaciones sustancialmente idénticas en relación con la percepción del IVA, según que formaran parte de las actividades normales y habituales del sujeto pasivo o no. Semejante trato sería contrario a los objetivos del sistema del IVA consistentes en garantizar la seguridad jurídica y facilitar las actuaciones inherentes a la aplicación del impuesto tomando en consideración, salvo en casos excepcionales, la naturaleza objetiva de la operación de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de abril de 1995, BLP Group, C-4/94, Rec. p. I-983, apartado 24).

48. En relación con el alcance de dicha exención, el Tribunal de Justicia ha declarado que las operaciones relativas a acciones y demás títulos-valores son operaciones realizadas en el mercado de valores mobiliarios y que el comercio de títulos valores incluye actos que cambian la situación jurídica y financiera de las partes (véanse, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 1997, SDC, C-2/95, Rec. p. I-3017, apartados 72 y 73). A efectos del artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva, la expresión «operaciones relativas a títulos valores» se refiere, por lo tanto, a operaciones que pueden crear, modificar o extinguir los derechos y obligaciones de las partes sobre títulos valores (sentencia de 13 de diciembre de 2001, CSC Financial Services, C-235/00, Rec. p. I-10237, apartado 33).

49. De ello se deduce que a los servicios de carácter administrativo, material o técnico, así como a las actividades de información financiera que no cambian la situación jurídica y financiera de las partes no les es de aplicación la exención prevista en el artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva (véanse las citadas sentencias SDC, apartado 66, y CSC Financial Services, apartados 28 y 30).

50. En cambio, procede señalar que una venta de acciones cambia la situación jurídica y financiera de las partes de la transacción. En la medida en que está comprendida en el ámbito de aplicación del IVA, se aplica a dicha operación la exención prevista en el artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva y en el artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112.

51. Corroborada esta interpretación la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia según la cual, con arreglo al artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva, están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, pero exentas del IVA, aquellas operaciones relativas a acciones, participaciones de sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos que consisten en obtener ingresos continuados en el tiempo de actividades que exceden del marco de la mera adquisición y venta de valores (véase, en particular, la sentencia Kretztechnik, antes citada, apartado 20). Como se indicó en el apartado 31 de la presente sentencia, es así especialmente en el supuesto de operaciones que se realizan en el ejercicio de una actividad comercial de negociación de títulos valores para intervenir directa o indirectamente en la gestión de las sociedades en las que se haya llevado a cabo la toma de participación o cuando constituyen la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible (véanse, en particular, las sentencias citadas Harnas & Helm, apartado 16 y jurisprudencia allí citada, así como EDM, apartado 59).

52. En el caso de autos, la venta de acciones por SKF excede del ejercicio de la mera venta de títulos valores y consiste en una intervención de aquélla en la gestión de la filial y de la sociedad controlada. Por otra parte, resulta patente que la venta de acciones controvertida en el asunto principal se halla asimismo directamente relacionada con la actividad económica imponible de SKF y es necesaria para tal actividad. De ello se deduce que dicha operación está exenta del IVA tanto en virtud del artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva, como del artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112.

53. Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión que una cesión de acciones, como la controvertida en el asunto principal, debe estar exenta del IVA en virtud del artículo 13, parte B, letra d), punto 5, de la Sexta Directiva, así como del artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112.

#### **Quinto:**

Alega la entidad que las ventas de participaciones han de ser equiparadas a las transmisiones de una unidad económica autónoma, no sujetas al IVA.

El artículo 7.1º de la Ley 37/1992, en su redacción aplicable cronológicamente a los ejercicios regularizados, disponía:

“No estarán sujetas al impuesto:

1.º Las siguientes transmisiones de bienes y derechos:

(...)

b) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones a que se refiere el artículo 1º de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, siempre que las operaciones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título I de la citada Ley.

A los efectos previstos en esta letra, se entenderá por rama de actividad la definida en el apartado cuatro del artículo 2.º de la Ley mencionada en el párrafo anterior”.

La doctrina de esta Sala, recogida entre otras en la resolución de fecha 8/10/2008, reclamación nº 4012/2005, ha venido considerando que la procedencia o no de aplicar el régimen especial a efectos del Impuesto sobre Sociedades no limita la posibilidad de que las operaciones objeto de la controversia estén o no sujetas al IVA, ya que el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.1 de la Ley 37/1992 tiene un ámbito de aplicación propio y una finalidad específica y distinta respecto al régimen especial del capítulo VIII del título VIII de la Ley 43/1995.

El artículo 7 número 1º, de la Ley 37/1992, declara la no sujeción al IVA de la transmisión de la totalidad o parte del activo empresarial siempre que se cumplan determinadas condiciones. Este artículo es transposición al ordenamiento interno del artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, que dispone:

«Los Estados miembros quedan facultados para considerar que la transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente».

Qué debe interpretarse por universalidad parcial de bienes es algo dificultoso, por constituir este concepto algo ajeno a nuestro ordenamiento. Entendiendo la universalidad como un todo (conjunto de derechos y obligaciones, conjunto de relaciones jurídicas de que es titular un sujeto con capacidad jurídica), la universalidad parcial podría apuntar al concepto, respondiendo por una parte al conjunto global de relaciones jurídicas, en cuanto a universal, pero con carácter restringido, más limitado que la universalidad total a que también se refiere el artículo. El concepto de rama de actividad sí ha sido objeto de desarrollo, sobre todo en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades. El artículo 97.4 de la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto de Sociedades, y en idénticos términos el artículo 83.4 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establecen el concepto de “rama de actividad” definiéndolo como “el conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de constituir una unidad económica autónoma” determinante de una explotación económica, es decir, capaz de funcionar por sus propios medios. Continúa el precepto señalando que “podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan”.

Por tanto, la universalidad parcial vendría definida por el carácter autónomo predicable de un conjunto de elementos patrimoniales, autonomía que por propia lógica sólo puede venir configurada por la no dependencia.

En cuanto al concepto de rama de actividad, en relación con las operaciones de reestructuración empresarial que regula el régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores, lo cierto es que no se excluye de dicho tratamiento, y, por tanto, del concepto legal de «rama de

actividad», el hecho de que no se incluya dentro del patrimonio segregado algún elemento que pudiera estar total o parcialmente afecto, en la entidad transmitente, a la correspondiente explotación económica.

En la interpretación que ha efectuado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debemos destacar las conclusiones alcanzadas en su Sentencia de 27 de noviembre de 2003, dictada en el Asunto C-497/01, Zita Modes Sarl de la que se puede concluir que el objeto de esta norma son las “empresas” (universalidad total) o “parte de empresas” (universalidad parcial), es decir, el conjunto de elementos corporales e incorporales que conjuntamente son susceptibles de desarrollar una actividad económica autónoma.

En el presente caso, difícilmente lo transmitido puede incardinarse en el concepto regulado en el artículo 7.1 de la Ley 37/1992, pues la entidad no acredita en ningún momento que lo transmitido (participaciones) constituye en la entidad adquirente una explotación económica autónoma, ya que no se justifica que las participaciones se acompañen de la estructura organizativa de factores de producción materiales y humanos necesaria para conformar una organización empresarial autónoma.

La entidad hace referencia a la sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2009, Asunto C-29/08, AB SKF, en la que se establece que “en la medida en que la cesión de acciones puede compararse a la transmisión en bloque de la totalidad o de parte de una empresa, en el sentido del artículo 5, apartado 8, de la Sexta Directiva 77/388, en su versión modificada por la Directiva 95/7, o del artículo 19, párrafo primero, de la Directiva 2006/112, y siempre que el Estado miembro haya ejercido la facultad prevista en dichas disposiciones, tal operación no constituirá una actividad económica sujeta al impuesto sobre el valor añadido”, asimilándolo a su caso.

Sin embargo, no tiene en cuenta la sociedad reclamante que en la propia sentencia citada se establece lo siguiente:

“37 Además, el concepto de «transmisión [...] de una universalidad [en bloque] total o parcial de bienes» ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia en el sentido de que comprende la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa, con elementos corporales y, en su caso, incorporales que, conjuntamente, constituyen una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma, pero que no comprende la mera cesión de bienes, como la venta de existencias (véase la sentencia Zita Modes, antes citada, apartado 40).

38 En el presente asunto, los autos remitidos al Tribunal de Justicia no permiten determinar si la venta de acciones de la filial y de la sociedad controlada dio lugar a la cesión total o parcial de los activos de las empresas de que se trata. Por otra parte, en el acto de la vista SKF señaló que la posible aplicación del artículo 5, apartado 8, de la Sexta Directiva en el caso de autos ni siquiera se había suscitado ante el órgano jurisdiccional remitente”.

Por tanto, en el caso de autos el Tribunal no puede pronunciarse sobre la aplicación del artículo 5.8 de la Sexta Directiva (artículo 19 de la Directiva 2006/112/CE) porque no se puede determinar si la venta de acciones dio lugar a la cesión total o parcial de los activos en las condiciones que exige el precepto, esto es, que se trate de la cesión de una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma.

Tampoco este TEAC puede determinar dicha cuestión porque, como se ha dicho, no se acreditan tales extremos por la entidad interesada. Por esta razón ha de desestimarse igualmente esta alegación de la entidad reclamante.

#### **Sexto:**

La siguiente cuestión suscitada por la interesada en el escrito de alegaciones presentado ante este Tribunal es la relativa al tratamiento a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones llevadas a cabo en relación con derivados financieros.

En lo que respecta a esta cuestión es necesario realizar una breve explicación en torno a la naturaleza de los productos financieros derivados.

Los derivados financieros se pueden definir como productos financieros generados a partir de otros de naturaleza más sencilla basándose en principios de apalancamiento, es decir, se trata de operaciones de compra y venta que generan derechos u obligaciones sobre activos financieros que han sido emitidos con anterioridad, siendo por lo tanto instrumentos que derivan de un activo subyacente, de ahí su denominación. Se trata de un compromiso de realización diferida cuyas condiciones se fijan en el presente.

Los instrumentos básicos de los mercados de derivados son los futuros, las opciones, los forwards y los swaps, si bien los dos últimos se negocian en mercados no organizados (OTC, over the counter) que ofrecen más flexibilidad en las condiciones de contratación y los primeros se encuentran altamente estandarizados, aunque cuentan con el respaldo de una cámara de compensación, por lo que se reduce el riesgo.

En particular, en lo que se refiere a los futuros, estos instrumentos se pueden definir como aquellos contratos a un plazo estándar negociados en mercados organizados por los que las partes se obligan a comprar o vender un activo subyacente a una fecha futura y por un precio determinados de antemano. Por tanto, el

comprador se compromete a adquirir un determinado activo en unas condiciones en cuanto a la fecha y al precio de adquisición fijadas en el presente, esto es, en el momento de la firma del contrato. Por su parte, el vendedor se obliga a entregar dicho activo en los términos acordados en el contrato. En la fecha de vencimiento el contrato se entendería cumplido de dos maneras que resultan alternativas:

1.- Liquidación por entrega. El vendedor entrega el activo y el comprador paga el precio que se había acordado al término del contrato.

2.- Liquidación por diferencias. Se liquida la operación por compensación de la diferencia entre el precio pactado y el existente en el momento de la liquidación.

Sin embargo, no es necesario mantener un contrato de futuros hasta la fecha de vencimiento del mismo, pues un contrato abierto se puede cerrar con una operación de signo contrario a la inicial. Así, si se había vendido un contrato de futuros, esta operación se puede compensar antes de su vencimiento con una compra de futuros del mismo activo subyacente y por la misma cantidad. En el caso de que se hubiese comprado un futuro, la operación se cerraría con la venta de otro futuro del mismo activo subyacente y por la misma cantidad.

En cuanto a las opciones, se trata de contratos normalizados a través de los cuales el comprador adquiere el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender el activo subyacente a un precio pactado en una fecha futura. El vendedor del contrato de opción se obliga a vender el activo subyacente en la fecha futura si el comprador exige el ejercicio de la opción. A cambio, el vendedor recibe una prima.

Los mercados organizados de derivados financieros se caracterizan fundamentalmente por la existencia de una cámara de compensación. Este órgano se interpone entre los compradores y los vendedores y garantiza que los contratos negociados entre unos y otros se llevarán a buen término, pues tanto los compradores como los vendedores operan con la cámara de compensación, la cual garantiza igualmente el anonimato entre quien vende y quien compra.

Una de las funciones principales de la cámara de compensación es efectuar las operaciones de liquidación. Existen dos tipos de liquidación en función del plazo: liquidación diaria y liquidación a vencimiento:

1.- Liquidación a vencimiento. Cumplimiento del contrato en la fecha de su término. Si la liquidación es por entrega, supone la transmisión del activo subyacente a cambio del precio que corresponda. Si la liquidación es por diferencias, supone la transmisión de dinero correspondiente a la diferencia entre el precio pactado y el precio al vencimiento.

2.- Liquidación diaria. Se realiza al final de cada sesión y supone la liquidación diaria en efectivo de las diferencias entre el precio pactado en los derivados negociados el mismo día del cálculo y el precio de liquidación diaria de ese día, o entre el precio de liquidación diaria del día anterior y el del día del cálculo para los derivados que ya estuviesen abiertos al inicio del día del cálculo. Tras este proceso, todos los contratos de derivados se consideran pactados al precio de liquidación diaria.

La suma algebraica de las liquidaciones diarias de cada miembro coincide con la liquidación final al vencimiento.

De acuerdo con el artículo 1 del Real Decreto 1814/1991, de 20 de diciembre, por el que se regulan los mercados oficiales de futuros y opciones (aplicable cronológicamente) a los efectos del mismo se entenderán por:

“Futuros financieros, los contratos a plazo que tengan por objeto valores, préstamos o depósitos, índices u otros instrumentos de naturaleza financiera; que tengan normalizados su importe nominal, objeto y fecha de vencimiento, y que se negocien y transmitan en un mercado organizado cuya sociedad rectora los registre, compense y liquide, actuando como compradora ante el miembro vendedor y como vendedora ante el miembro comprador.

Opciones financieras, los contratos a plazo que tengan por objeto valores, préstamos o depósitos, índices, futuros u otros instrumentos financieros; que tengan normalizado su importe nominal, objeto y precio de ejercicio, así como su fecha, única o límite, de ejecución; en los que la decisión de ejecutarlos o no sea derecho de una de las partes adquirido mediante el pago a la otra de una prima acordada, y que se negocien y transmitan en un mercado organizado cuya sociedad rectora los registre, compense y liquide actuando como compradora ante el miembro vendedor y como vendedora ante el miembro comprador”.

Por último, fuera ya de los mercados organizados y en operaciones OTC, un swap es una permuta financiera y consiste básicamente en un acuerdo entre dos partes para intercambiar diversas cantidades de dinero en diferentes fechas del futuro. Estas cantidades se determinan mediante una fórmula que debe ser igual a la diferencia entre los flujos de caja generados por dos operaciones financieras diferentes. Lo que hace el swap es intercambiar los flujos de caja generados por una operación financiera, por los flujos de caja generados por otra operación financiera.

Los principales tipos de flujos de caja intercambiados son los siguientes:

- 1.- Tipos de interés fijos por tipos de interés variables.
- 2.- Una divisa por otra divisa.
- 3.- Rentabilidad de una acción por tipo de interés fijo.

Los flujos de caja o pagos están calculados, por tanto, sobre la base de determinadas cantidades de activos subyacentes, llamados nocionales, que pueden asumir la forma de sumas de dinero (principales nocionales). Éstos normalmente no se intercambian, pero si los pagos de las contrapartes se tienen que realizar al mismo tiempo y en la misma moneda, entonces únicamente el interés diferencial entre las dos contrapartes respectivas, al momento de hacer su pago, es lo que necesita intercambiarse.

Los derivados financieros que han sido objeto de regularización en la liquidación impugnada han sido futuros, opciones y swaps.

#### **Séptimo:**

La entidad reclamante alega que los derivados financieros contratados tienen por objeto la cobertura de riesgos empresariales por la oscilación del valor a que pueden verse sometidos los elementos patrimoniales afectados, no con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. Por ello, los rendimientos positivos obtenidos no son contraprestación de operaciones sujetas al IVA, pues las liquidaciones por diferencias son la prestación en sí misma, operación no sujeta por consistir en la entrega de dinero a título de pago.

El artículo 4 de la Ley 37/1992, que regula la sujeción al impuesto, dispone:

“Uno. Estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

(...)

Tres. La sujeción al impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular”.

Del artículo anterior se deduce que las prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por un empresario a título oneroso están sujetas al mismo siempre que se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial, con independencia de que estas operaciones tengan carácter habitual u ocasional o de los fines o resultados perseguidos en dicha actividad o en la operación en particular.

Por tanto, el hecho de que las operaciones con derivados financieros tengan por objeto la cobertura de riesgos empresariales y no la obtención de ingresos continuados en el tiempo no implica que se trate de operaciones no sujetas al IVA. Lo importante para determinar la sujeción en este caso es que, puesto que la entidad reclamante tiene la condición de empresario a efectos del impuesto (cuestión no controvertida en la reclamación), las operaciones con derivados financieros se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial de la entidad. Dado que la propia reclamante reconoce que el objeto de las operaciones era cubrirse de riesgos empresariales, resulta patente que se trata de operaciones incardinadas en el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la entidad.

Confunde la entidad el concepto de operación sujeta al IVA con el concepto de empresario o profesional a efectos de este impuesto. Efectivamente, el artículo 5 de la Ley 37/1992 regula la noción de empresario o profesional y uno de los supuestos establecidos como tal es el recogido en el apartado uno, letra c), que determina que se reputará empresario o profesional a quien realice “una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo”. Añade el precepto que “En particular, tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes”. En consecuencia, la obtención de ingresos continuados en el tiempo está ligada al concepto de empresario, pues ello supone la realización de una actividad económica a efectos del impuesto. Sin embargo, la sujeción al impuesto de operaciones en particular se determina no en función de su resultado, sino de su naturaleza, empresarial o no empresarial. En este sentido, ya se ha dicho que las operaciones de cobertura de riesgos a través de la contratación de derivados financieros se han realizado en el ejercicio de la actividad empresarial, pues los riesgos que se trata de cubrir son precisamente los empresariales, por lo que se ha de desestimar la pretensión de la reclamante en este punto.

En cuanto a la sujeción al impuesto también se alega que los rendimientos positivos obtenidos no son contraprestación de operaciones sujetas al IVA, pues las liquidaciones por diferencias son la prestación en sí misma, operación no sujeta por consistir en la entrega de dinero a título de pago.

De acuerdo con su tesis, XISA percibe por la operación una cantidad de dinero a título de pago y puesto que en el artículo 7.12º de la Ley del IVA se establece la no sujeción de “Las entregas de dinero a título de contraprestación o pago” se pretende la no sujeción de la operación financiera con derivados. La razón de la no sujeción del artículo 7.12º descansa en la consideración de la operación que está siendo gravada. Se sujeta al IVA la entrega de bienes o la prestación de servicios (prestación en sentido amplio), pero no la contraprestación cuando ésta consiste en dinero, pues esto implicaría repercusiones del impuesto ad infinitum. Vuelve la entidad reclamante a confundir conceptos. Considera que la liquidación por diferencias es la prestación en sí misma. Sin embargo, dicha liquidación no es más que una parte de la contraprestación. Que el contrato se liquide por entrega o por diferencias no puede afectar a la esencia del mismo. En la liquidación por entrega el vendedor entrega el activo y el comprador paga el precio que se había acordado al término del contrato. Pues bien, la entrega del activo constituiría la prestación y el pago del precio la contraprestación. En la liquidación por diferencias se produce una compensación de la diferencia entre el precio pactado y el existente en el momento de la liquidación, esto es, se determina una cantidad neta, pero la contraprestación está constituida por el precio pactado y recibido, con independencia del método utilizado para liquidarlo y de que a efectos de su inclusión en prorrata se sigan reglas especiales para su cálculo, como más adelante se verá.

Si se acogiese esta alegación de la entidad reclamante, eso sería tanto como aceptar que las operaciones financieras en general se encuentran no sujetas al impuesto porque su sustrato es dinero. El artículo 11.Uno de la Ley 37/1992 dispone que “A los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes”. El apartado dos de este artículo establece una lista de operaciones que a efectos del impuesto y a título de ejemplo se consideran prestaciones de servicios. En particular, número 12º recoge “Los préstamos y créditos en dinero”, operaciones financieras por antonomasia que la propia Ley califica como prestaciones de servicios, si bien se consideran exentas según lo dispuesto en el artículo 20.Uno.18º del citado texto legal, lo cual no sería posible si se tratase de operaciones no sujetas al impuesto en cualquier caso, como pretende la reclamante.

Por último, alega la entidad que las liquidaciones de los contratos de derivados, dado el carácter aleatorio de la percepción, comparten la naturaleza de las indemnizaciones derivadas de la materialización del riesgo en los contratos de seguro, con la particularidad de que el aseguramiento es recíproco entre las partes intervinientes. De esta manera, al tratarse de una indemnización, se predicaría la no sujeción al impuesto en las operaciones controvertidas. Tampoco esta alegación puede llevar a este Tribunal Económico-Administrativo a reconocer la no sujeción de las operaciones. Es cierto que las indemnizaciones son cantidades que no se integran en la base imponible, pero esto sucede cuando, de conformidad con el artículo 78.Tres.1º de la Ley 37/1992, “por su naturaleza y función, no constituyen contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto”. Como se ha explicado anteriormente, la operación controvertida tiene la consideración de prestación de servicios sujeta, a cambio de la cual se obtiene una contraprestación. Por tanto, esta situación no es la regulada en el precepto anterior. La razón de no sujetar al impuesto las indemnizaciones estriba en que se trata de cantidades de dinero recibidas sin que exista una entrega de bienes o prestación de servicios que las motive, es decir, no se produce acto de consumo alguno, que es justamente lo que pretende gravar el Impuesto sobre el Valor Añadido. Sin embargo, en el presente caso sí existe una prestación de servicios que motiva el pago de la contraprestación. Por tanto, esta cantidad recibida no puede ser conceptuada como indemnización.

#### **Octavo:**

Alega subsidiariamente la entidad que aun en el caso de que las operaciones anteriores se considerasen sujetas, las resoluciones y sentencias de los Tribunales en relación con pacto de recompra de activos financieros no serían aplicables, pues en éstas existe una venta recíproca de valores con contraprestación por la que se obtiene una ganancia, es decir, un vínculo directo. Esto no existe en el caso de los derivados, en donde lo único que se produce son intercambios monetarios que se plasman en entregas de dinero de las que, si se deriva un rendimiento, únicamente puede ser considerado como base imponible el resultado neto obtenido.

Ya se ha explicado en el fundamento anterior que en las operaciones con derivados financieros existe una prestación y una contraprestación, con independencia del método que se utilice para liquidar la operación, pues dicha forma de liquidar no puede afectar a la esencia del contrato, que no deja de ser la adquisición o venta, según los casos, de un instrumento financiero. Por tanto, tampoco se puede aceptar la alegación de la entidad en el sentido de que en las operaciones controvertidas no hay un vínculo directo, pues es claro que desde el momento en que se produce una prestación de servicios a cambio de una contraprestación, dicho vínculo sí existe.

En consecuencia, llegados a este punto, restan por resolver dos cuestiones. En primer lugar, si las operaciones con derivados financieros son susceptibles de ser incluidas en prorrata, por no tratarse de operaciones accesorias u ocasionales y, el caso de que así sea, habrá que determinar el importe de su inclusión en el denominador de la prorrata.

En lo que respecta a la primera cuestión, los argumentos expuestos en el fundamento cuarto de esta resolución resultan plenamente aplicables también aquí. Efectivamente, las operaciones realizadas con derivados financieros constituyen una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo, pues, como la misma entidad reconoce, tienen por objeto la cobertura de riesgos empresariales. Por consiguiente, no cabe conceptuarla como "accesoria" (en términos de la Directiva) o "no habitual" (en términos de la Ley del IVA), por lo que el importe de las operaciones realizadas con derivados financieros ha de formar parte del denominador de la prorrata, ya que tienen el carácter de operaciones financieras exentas.

Por tanto, este Tribunal Económico-Administrativo Central ha de determinar el importe que ha de ser incluido en la prorrata a efectos de computar las operaciones de derivados financieros en el denominador de dicha fracción.

El artículo 104.Dos de la Ley 37/1992 establece lo siguiente:

"Dos. El porcentaje de deducción a que se refiere el apartado anterior se determinará multiplicando por 100 el resultante de una fracción en la que figuren:

1.º En el numerador, el importe total, determinado para cada año natural, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que originen el derecho a la deducción, realizadas por el sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional o, en su caso, en el sector diferenciado que corresponda.

2.º En el denominador, el importe total, determinado para el mismo período de tiempo, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por el sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional o, en su caso, en el sector diferenciado que corresponda, incluidas aquellas que no originen el derecho a deducir.

En las operaciones de cesión de divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, exentas del impuesto, el importe a computar en el denominador será el de la contraprestación de la reventa de dichos medios de pago, incrementado, en su caso, en el de las comisiones percibidas y minorado en el precio de adquisición de las mismas o, si éste no pudiera determinarse, en el precio de otras divisas, billetes o monedas de la misma naturaleza adquiridas en igual fecha.

En las operaciones de cesión de pagarés y valores no integrados en la cartera de las entidades financieras, el importe a computar en el denominador será el de la contraprestación de la reventa de dichos efectos incrementado, en su caso, en el de los intereses y comisiones exigibles y minorado en el precio de adquisición de los mismos.

Tratándose de valores integrados en la cartera de las entidades financieras deberán computarse en el denominador de la prorrata los intereses exigibles durante el período de tiempo que corresponda y, en los casos de transmisión de los referidos valores, las plusvalías obtenidas.

La prorrata de deducción resultante de la aplicación de los criterios anteriores se redondeará en la unidad superior".

Es decir, en operaciones de cesión de instrumentos financieros en general, el importe que se ha de computar en el denominador de la prorrata viene a corresponderse con la plusvalía obtenida en la operación, pues se entiende que este es el importe de la retribución que el empresario o profesional recibe por la realización de las operaciones.

En el presente caso, se trata de determinar cuál es la retribución que la entidad reclamante obtiene por la realización de operaciones con derivados financieros, pues esta será la cantidad que hay que incluir en el denominador de la prorrata. A estos efectos es necesario recordar que dicho importe no puede ser en ningún caso negativo, pues, en este caso, perdería su naturaleza de contraprestación, como ya ha señalado este Tribunal Económico-Administrativo Central de manera reiterada, por ejemplo en la resolución de 22 de marzo de 2011, RG 7246/2008, según la cual:

QUINTO: Del estudio de los preceptos que abordan la determinación del porcentaje de deducción, o regla de prorrata, que se concretan en el artículo 104 de la vigente Ley 37/92, se obtiene la conclusión de que la cantidad que debe figurar en el denominador es la suma de las contraprestaciones de cada una de las operaciones realizadas por el sujeto pasivo. Ello es así porque el precepto citado dispone en su apartado seis que "a los efectos del cálculo de la prorrata se entenderá por importe total de operaciones la suma de las contraprestaciones correspondientes a las mismas, determinadas según lo establecido en los artículos 78 y 79 de esta Ley, incluso respecto de las operaciones exentas v no sujetas al Impuesto". Los artículos a los que se remite

el precepto establecen las reglas para determinar la base imponible, concluyendo que ésta está constituida por la suma de las contraprestaciones correspondientes a cada entrega o prestación de servicios y no contemplan, en ningún caso, que dicha contraprestación pueda ser negativa.

Se trata, por tanto, de operaciones financieras en las que el Banco realiza la cesión temporal de activos financieros con pacto de recompra no opcional obteniendo una remuneración o contraprestación que puede estar constituida por las comisiones, intereses y, en su caso, plusvalías que se hayan pactado, pero que nunca puede traducirse en una cifra negativa porque ya no sería contraprestación; quizá convenga recordar que se trata del Impuesto sobre el Valor Añadido y no del Impuesto sobre Sociedades.

De todo lo expuesto se desprende que son correctas las conclusiones que se establecen en la liquidación impugnada, ya que una recta interpretación de los citados preceptos lleva necesariamente a la conclusión de que deben tenerse en cuenta, a efectos de determinar la base imponible de las operaciones, los intereses y comisiones percibidos y registrados por la entidad y en los casos en que en dichas operaciones no existan plusvalías o se produzcan minusvalías, el importe de la contraprestación obtenida será de cero sin que, en ningún caso, resulte procedente compensar el importe de las minusvalías que se produzcan en algunas operaciones con el de las plusvalías obtenidas en otras.

Dado que en las operaciones controvertidas las liquidaciones se producen por diferencias, el resultado de las mismas se anota en cuentas de ingresos y gastos, en función de que la diferencia sea positiva o negativa. Dichas cuentas recogen la globalidad de las diferencias producidas para todos los contratos de derivados financieros que la entidad negocia. Así, las cuentas en las que plasman las diferencias en las liquidaciones son las siguientes:

		2006	2007
7681011000	DIF POSITIV CAMBIO MATERIALIZ EN OPCION TIPO CBIO	37.719.164,12	11.646.851,14
7681012000	DIF POSITIV CAMBIO MATERIALIZ EN SWAP TIPO CBIO	10.026.764,23	3.071.816,89
7681013000	DIF POSITIV CBIO MATERIALIZ EN FUTUROS TIPO CBIO	23.721.398,45	20.333.641,21
<b>Total</b>		<b>71.467.326,80</b>	<b>35.052.309,24</b>
		2006	2007
6681011000	DIF NEG CAMBIO MATERIALIZ EN OPCION TIPO CBIO	0	10.571.686,69
6681012000	DIF NEG CAMBIO MATERIALIZ EN SWAP TIPO CBIO	10.427.626,80	21.659.647,55
6681013000	DIF NEG CBIO MATERIALIZ EN FUTUROS TIPO CBIO	13.599.933,92	1.343.125,80
<b>Total</b>		<b>24.027.560,72</b>	<b>33.574.460,04</b>

La Inspección incluye en el denominador de la prorrata la totalidad del saldo de las cuentas de ingresos, porque considera que es el importe de las plusvalías, esto es, el de la contraprestación obtenida por la realización de las operaciones. Con este razonamiento se considera que el saldo de las cuentas gastos no puede ser incluido porque representa minusvalías que, por su carácter negativo, no pueden ser tenidas en cuenta como contraprestación porque carecen de dicha naturaleza.

Sin embargo, la entidad reclamante sostiene que únicamente puede ser considerado como base imponible el resultado neto obtenido, teniendo en consideración ambos saldos, el de las cuentas de ingresos y el de las cuentas de gastos.

Pues bien, desde el punto de vista de este Tribunal Económico-Administrativo Central, lo pertinente en este caso es determinar operación por operación cuál ha sido la retribución obtenida por el empresario o profesional, en este caso la entidad reclamante. Así, si la liquidación (o diferencia) de una determinada operación con derivados financieros arroja saldo positivo, esta cantidad deberá formar parte del denominador de la prorrata. En el caso de que el saldo sea negativo, entonces no será computable en la misma. En este sentido hay que señalar que en una misma operación con derivados financieros se pueden producir tanto anotaciones positivas como negativas cuando se realicen liquidaciones periódicas. En estos casos, el importe de la diferencia y, por tanto, el computable en el denominador de la prorrata será la suma (o compensación) de las anotaciones positivas

o negativas que se hayan puesto de manifiesto en dicha específica operación en las liquidaciones periódicas, siempre que este saldo resulte positivo. Si resulta negativo es evidente que no habrá de computarse en la prorrata.

Por tanto, en el caso de que las liquidaciones sean periódicas no es correcto computar globalmente los saldos correspondientes exclusivamente a las diferencias positivas, ni tampoco minorar aquéllos con el saldo de las diferencias negativas de las respectivas cuentas de ingresos y gastos. Se trata de determinar del conjunto total de anotaciones cuáles conforman diferencias finales positivas (computables en prorrata) y cuáles conforman diferencias finales negativas (no computables en prorrata). Si se toman los saldos globales de las cuentas de ingresos y gastos se llegará a un importe erróneo, pues se estarán computando importes que no forman parte del denominador de la prorrata y, al contrario, se dejarán de computar importes que sí deben formar parte del mismo, pues se estarán compensando diferencias, tanto positivas como negativas, que corresponden a operaciones distintas. Por ello, el análisis que hay que hacer es necesariamente operación por operación, para determinar si la retribución por la misma (lo cual se corresponde con la suma de liquidaciones periódicas positivas y negativas imputables a dicha operación) arroja un saldo positivo o negativo. En el primer caso, dicho saldo deberá ser incluido en el denominador de la prorrata. No así en el segundo caso.

Esta postura viene refrendada por la doctrina del Tribunal Supremo aplicable a operaciones de cesión temporal de activos con rendimiento explícito con pacto de recompra no opcional que dicho Tribunal extiende a los contratos de futuros sobre tipo de interés (FRA'S) o en operaciones de futuros financieros, tal y como establece en distintas sentencias de la que se puede destacar la de 28 de marzo de 2012, recurso de casación 1289/2008. El fundamento tercero establece lo siguiente:

TERCERO: El tercer motivo alude a la infracción de los artículos 8 y 10 del Real Decreto 505/1987, de 3 de Abril, de las Circulares 4/1991 y 4/2004, del Banco de España, y de los artículos 102 , 104 y demás concordantes de la ley 37/1992, de 28 de Diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , al estimar la recurrente que debe minorarse el denominador de la prorrata en los costes relativos a la cesión temporal de activos financieros con pacto de recompra no opcional y de las operaciones financieras relativas a la cartera de negociación, contratos FRA'S y futuros financieros.

Se sostiene por la recurrente que la sentencia impugnada realiza una interpretación del párrafo sexto del artículo 104.2 de la ley del IVA errónea y contraria al principio de neutralidad del IVA, pues lo que entiende por minusvalías son, en realidad, bien los costes de la cesión en el caso de la cesión temporal de activos, bien los costes de contrapartida en los casos de contratos FRA'S y futuros financieros, y lo que el artículo 104.2. párrafo sexto de la ley del IVA considera que debe incluirse en el denominador de la prorrata son tanto los intereses como las plusvalías en caso de transmisión de valores integrados en la cartera.

La cuestión que plantea el motivo ha sido abordada por esta Sala en las sentencias de 2 de Diciembre de 2009 ,( cas. 960/2004 ), 16 de Septiembre de 2010 , ( cas. 4406/05 ), 7 de Abril de 2011 , ( casc. 6118/2005 ), y 8 de Marzo de 2012 , ( cas. 540/2008 ) en las que se concluye que no procede minorar en el denominador de la prorrata el importe de los costes de las operaciones de cesión temporal de activos con rendimiento explícito, cuando el precio de adquisición es superior al de la venta, toda vez que el art. 104.4 de la ley 37/1992 , dispone que "a los efectos del cálculo de la prorrata, se entenderá por importe total de las operaciones la suma de las contraprestaciones correspondientes a las mismas", sin que la regla peculiar establecida en relación con las operaciones de "transmisión de valores integrados la cartera de valores de las entidades financieras", de que en tales casos deberán computarse en el denominador de la prorrata "las plusvalías obtenidas", pueda interpretarse en el sentido que postula la parte, ya que en los casos en que, en una determinada transmisión, no exista plusvalía o se produzca una minusvalía, hay que entender que el importe de la plusvalía obtenida será de cero, sin que, en ningún caso, resulte procedente compensar el importe de las minusvalías que se produzcan en algunas transmisiones con el de las plusvalías obtenidas en otras.

La misma fundamentación debe aplicarse a las operaciones relativas a contratos de FRA'S (futuros sobre tipos de interés) y a futuros financieros.

Por lo expuesto, procede desestimar este motivo.

La propia Audiencia Nacional también es clara al respecto. En su sentencia de 8 de marzo de 2007 (recurso número 35/2006) ha dispuesto lo siguiente:

"Igualmente ha sido resuelta por esta Sala en sentido negativo la cuestión relativa a si en el cálculo de la base imponible de las operaciones de futuros, diferencias de cambio y transmisión de valores con pacto de recompra no opcional o REPOS deben ser tenidas en cuenta las pérdidas sufridas (minusvalías) y los gastos incurridos en el desarrollo de dichas operaciones o por el contrario solo deben incluirse los importes efectivos obtenidos.

Según se resolvió en las sentencias de 8-II-2005, 5-VII-2005 y 12-VII-2005 entre otras, el artículo 104.2, párrafo sexto LIVA, incluye en el denominador de la prorrata la suma de intereses y plusvalías de cada una de las

operaciones que describe, sin que admita la inclusión de las diferencias negativas en los casos en que el precio de venta sea inferior al de adquisición. Es claro para esta Sala que una minusvalía no es una contraprestación”.

En el acuerdo de liquidación se establece que “la sociedad, para el cómputo de la prorrata de deducción, está minorando el denominador mediante la compensación de las plusvalías obtenidas por la liquidación de unas operaciones financieras (de derivados) con las minusvalías generadas por la liquidación de otras operaciones financieras (de derivados) distintas”. De esta aseveración se deduce que las liquidaciones se han producido a vencimiento por diferencias, es decir, no hay posibilidad de que en una misma operación con derivados financieros se puedan producir anotaciones positivas y negativas, pues esto sólo puede suceder cuando las liquidaciones son periódicas. Por tanto, hay determinadas operaciones con derivados financieros que generan plusvalía para la entidad (diferencia positiva) y que deben ser incluidas en el denominador de la prorrata y hay otras operaciones con derivados financieros que generan minusvalía (diferencia negativa). Estas últimas han de incluirse en la prorrata con valor cero y es exactamente la regularización que ha practicado la Inspección y que este Tribunal Económico-Administrativo Central ha de confirmar.

En virtud de lo expuesto,

ESTE TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL, EN SALA, en la presente reclamación económico-administrativa,

#### **ACUERDA**

DESESTIMARLA, confirmando la liquidación impugnada en todos sus extremos.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.