

**BASE DE DATOS [NORMACEF](#)**

Referencia: NFJ059792

**TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL**

Resolución de 22 de septiembre de 2015

Vocalía 8.<sup>a</sup>

R.G. 4832/2012

**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:**

Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), art. 267.

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, 5 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.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 105 y 108.

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...**, **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...**, **S.A.** (**X...** 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 10 de febrero de 2012, del acta de disconformidad A02- 72029310.

Mediante diligencia de fecha 2 de febrero de 2012 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 21 de mayo de 2012 se dictó el acuerdo de liquidación que se impugna, notificado el día 22 de mayo 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 y, 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, notificado a la entidad interesada el mismo día, 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. **X...** es la cabecera de un Grupo económico y la sociedad dominante del grupo mercantil y del grupo fiscal con la misma denominación social. Es una entidad holding, dedicada fundamentalmente a la tenencia de participaciones sociales, adquisición o transmisión de las mismas, consistiendo fundamentalmente su función en desarrollar las actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, que percibe dividendos, concesión de préstamos, operaciones de seguros y de prestación de otros servicios centrales corporativos a determinadas participadas. Así mismo presta servicios de alquiler de inmuebles y otros servicios a sus filiales.

La actividad desarrollada por el obligado tributario en los períodos comprobados se encuentra clasificada en el epígrafe de IAE (Empesario) 842: servicios financieros y contables.

3. En el curso de las actuaciones de comprobación e investigación se han puesto de manifiesto los hechos siguientes:

1.- **X...**, en sus declaraciones del Impuesto sobre el Valor Añadido (modelo 392), ha procedido a la aplicación separada del régimen de deducciones considerando la existencia de los siguientes sectores diferenciados:

- Sector diferenciado (sector 1) de intermediación financiera: operaciones sujetas y exentas, que no generan derecho a la deducción de las cuotas soportadas de IVA y operaciones sujetas y exentas que si generan el derecho a deducción (operaciones financieras realizadas fuera de la Unión Europea).

- Sector diferenciado (sector 2) de prestación de servicios a filiales y de arrendamiento de inmuebles: operaciones sujetas y no exentas que generan derecho a la deducción de las cuotas soportadas de IVA.

La empresa aplica una deducción en sectores diferenciados del 0% a las operaciones financieras dentro de la UE y del 100% a las operaciones de prestación de servicios a las filiales, arrendamiento de inmuebles y a las operaciones financieras realizadas fuera de la UE. En cuanto a la deducción de las cuotas de IVA soportadas por las adquisiciones o importaciones de bienes y servicios que se utilizan en ambos sectores, el porcentaje derivado de la aplicación de la prorrata de IVA ha sido del 35% y 36% en 2006 y 2007 respectivamente.

2.- En el acta de conformidad A01-... incoada por el Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 2006 (de junio a diciembre) y 2007, se ha modificado el IVA soportado deducido por dos causas: como consecuencia del cambio de afectación a los distintos sectores de la actividad y por el porcentaje comprobado de afectación por la utilización privada de los vehículos entregados a sus empleados, resultando de ello unas cuotas comprobadas provisionales según el siguiente detalle:

2006	CUOTAS DEDUCIDAS	CUOTA DEDUCIBLE A01
NO DEDUCIDO (0%)	0	0

DEDUCIDO (100 %)	65.306.779,90	64.630.498,67
DEDUCCION PARCIAL (35%)	2.399.263,88	2.561.758,35
Vehículos no deducibles		-5.981,75
RECTIFICACION PRORRATA PROVISIONAL	5.071.081,98	5.071.081,98
	<b>72.777.125,76</b>	<b>72.257.357,25</b>

2007	CUOTAS DEDUCIDAS	CUOTA DEDUCIBLE A01
NO DEDUCIDO (0%)	0	0
DEDUCIDO (100 %)	49.208.277,60	48.565.726,92
DEDUCCION PARCIAL (35%)	4.720.315,02	4.879.116,03
Vehículos no deducibles		-10.329,44
RECTIFICACION PRORRATA PROVISIONAL	134.831,29	134.831,29
	<b>54.063.423,91</b>	<b>53.569.344,80</b>

3.- Los hechos cuya propuesta de regularización se formaliza en el Acta A02 de disconformidad se refieren a las siguientes cuestiones:

A) CÁLCULO DE LA PRORRATA

Se disminuyen los porcentajes de prorrata declarados de deducción común en los ejercicios 2006 y 2007 de 35% y 36% a los porcentajes comprobados de 16% y 19 %, respectivamente, por los siguientes motivos:

a).- Incorporación en el numerador y en el denominador de la prorrata de los ingresos obtenidos por la empresa por la prestación de servicios por "management fee" por importe de 20.306.679,59 y 85.994.097,94, en los ejercicios 2006 y 2007 respectivamente, que no habían sido tenidos en cuenta por la misma.

b).- Incorporación en el denominador de la prorrata del importe de los beneficios generados en la venta de parte de su inmovilizado financiero, al considerar la Inspección que la adquisición y venta de su cartera forma parte de su actividad empresarial. Los importes considerados por la Inspección son los siguientes:

CTA.	DESCRIPCIÓN	EJERCICIO 2006	EJERCICIO 2007
772	Beneficios procedentes de capital a l/p empresas del grupo.	21.067.781,90	1.765.682.949,64
773	Beneficios procedentes de capital a l/p empresas asociadas.	9.476.598,18	18.456.013,14
776	Beneficios procedentes de capital a l/p otras empresas.	1.834.421.973,27	428.149,28
778	Ingresos por resultados en la venta de acciones propias.	48.328.937,91	22.698.781,92
	<b>TOTAL</b>	<b>1.913.295.291,26</b>	<b>1.807.265.893,98</b>

c).- Asimismo, se incorporan en el cálculo del denominador de la prorrata las plusvalías obtenidas de los derivados financieros sin que proceda su compensación con las minusvalías de otros derivados.

Los importes tenidos en cuenta por la inspección son los siguientes:

CTA.	DESCRIPCIÓN	IMPORTE
7681 0	Resultados de operaciones derivados	3.336.643,70
7681 4	Liquidación de derivados grupo	45.451,83
7681 5	Resultados liquidación prestamos a filiales	30.141.587,12
7681 7	Resultados liquidación sobre opciones	12.551.054,46
7681 7	Resultados liquidación derivados directos	159.700.521,6 3
7681 9	Resultados liquidación inversiones financieras	39.590.039,00
	<b>TOTAL EJERCICIO 2006</b>	<b>245.365.297,7 4</b>

CTA.	DESCRIPCIÓN	IMPORTE
7681 0	Resultados de operaciones derivados	46.899,56
7681 4	Liquidación de derivados grupo	32.810,51
7681 5	Resultados liquidación prestamos a filiales	6.471,74
7681 7	Resultados liquidación sobre opciones	2.631.993,57
7681 7	Resultados liquidación derivados directos	72.237.481,66
7681 9	Resultados liquidación inversiones financieras	35.871.889,39
7681 9	Resultados Y... en X...	252.552.557,5 3
	<b>TOTAL EJERCICIO 2007</b>	<b>363.380.103,9 6</b>

El cálculo de la prorrata realizado por la Inspección es el siguiente:

**2006**

CUENTA	DESCRIPCIÓN	IMPORTE
	Bases repercutidas en régimen general	194.435.798,49
	Operaciones fuera UE con derecho a deducción	6.368.106,55
	Intereses créditos fuera UE con derecho a deducción	312.593.882,84
70543	Prestación de servicios- Management Fee	20.306.679,59
	<b>TOTAL NUMERADOR</b>	<b>533.704.467,47</b>
761/762/ 763/769	Total intereses prestamos (menos intereses fuera UE y 76249 )	800.133.830,90

	Total operaciones sin IVA (no incluidas en el numerador)	7.936.858,00
76810	Resultados de operaciones derivados	3.336.643,70
76814	Liquidación de derivados grupo	45.451,83
76815	Resultados liquidación prestamos a filiales	30.141.587,12
76817	Resultados liquidación sobre opciones	12.551.054,46
76817	Resultados liquidación derivados directos	159.700.521,63
76819	Resultados liquidación inversiones financieras	39.590.039,00
772	Beneficios procedentes de capital a l/p empresas del g	21.067.781,90
773	Beneficios procedentes de capital a l/p empresas	9.476.598,18
776	Beneficios procedentes de capital a l/p otras empresas	1.834.421.973,2
778	Ingresos por resultados en la venta de acciones propias.	48.328.937,971
	<b>TOTAL DENOMINADOR</b>	<b>3.500.435.745,3</b>

Prorrata =  $533.704.467,47 / 3.500.435.745,37 = 0,1525$  // Prorrata = 16%

2007

CUENTA	DESCRIPCIÓN	IMPORTE
	Bases repercutidas en régimen general	239.246.042,08
	Operaciones fuera UE con derecho a deducción	20.836.244,79
	Intereses créditos fuera UE con derecho a deducción	329.830.206,61
70543	Prestación de servicios- Management Fee	85.994.097,94
	<b>TOTAL NUMERADOR</b>	<b>675.906.591,42</b>
761/762/ 763/769	Total intereses prestamos (menos intereses fuera UE y 76249 )	830.715.148,26
	Total operaciones sin IVA (no incluidas en el numerador)	4.803.081,78
76810	Resultados de operaciones derivados	46.899,56
76814	Liquidación de derivados grupo	32.810,51
76815	Resultados liquidación prestamos a filiales	6.471,74
76817	Resultados liquidación sobre opciones	2.631.993,57
76817	Resultados liquidación derivados directos	72.237.481,66
76819	Resultados liquidación inversiones financieras	35.871.889,39
76819	Resultados Y... en X...	252.552.557,53
772	Beneficios procedentes de capital a l/p empresas del g	1.765.682.949,6
773	Beneficios procedentes de capital a l/p	18.456.013,14

	empresas	
776	Beneficios procedentes de capital a l/p otras empresas	428.149,28
778	Ingresos por resultados en la venta de acciones propias.	22.698.781,92
<b>TOTAL DENOMINADOR</b>		<b>3.682.070.819,4</b>

Prorrata =  $675.906.591,42 / 3.682.070.819,40 = 0,1836$  // **Prorrata = 19%**

No se computan en la prorrata ni el importe de las entregas de bienes de inversión (Cta. 771 Plusvalías en la enajenación de inmovilizado material), ni el importe de los dividendos (Cta. 760 Dividendos...), en aplicación del criterio del Tribunal de Justicia Europeo según el cual no se considera contraprestación de operaciones sujetas al Impuesto.

**B) FACTURAS NO DEDUCIBLES**

El obligado tributario satisfizo a **Z...** (NIF ...), así como a la entidad **Z...Consultoría** (NIF ...), un importe total durante los ejercicios 2006 y 2007, de 300.000 €, más el IVA correspondiente al 16% (48.000,00 €), si bien la factura número 2... no fue recogida en el Libro Registro de Facturas Recibidas del Impuesto sobre el Valor Añadido en el ejercicio 2007 por lo que no es objeto de regularización en el citado impuesto.

La Inspección considera que las cuotas soportadas en estas facturas no son deducibles, ya que éstas no justifican su afectación, directa y exclusiva a la actividad empresarial que exige el artículo 95 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, no estando justificada su utilización para la realización de operaciones que originan el derecho a la deducción recogidas en el artículo 94 de la mencionada Ley. Los importes no deducibles por este concepto ascienden a la cuantía de 19.520 y 15.680 euros, en 2006 y 2007.

4. En los ejercicios 2006 y 2007 **X...** podría haber aplicado la regularización de deducciones por bienes de inversión prevista en el artículo 107 de la Ley 37/1992, al haber declarado una prorrata de deducción común del 35% y 36% respectivamente, siendo la prorrata definitiva del ejercicio 2002 del 11%, de 2003 del 12%, de 2004 del 12% y de 2005 del 11%. No obstante, **X...**, ni en el ejercicio 2006, ni en el ejercicio 2007, practicó esta regularización, como se deduce tanto de sus declaraciones (modelo 392), como del examen de los libros de IVA. Como consecuencia de que la empresa no regularizó las deducciones por bienes de inversión en los ejercicios 2006 y 2007, no procede ahora corregir esta falta de regularización al ser las prorratas definitivas de deducción del sector común, de 16% y 19%, en los ejercicios 2006 y 2007 respectivamente.

5. Derivado de lo anterior, el resultado de la liquidación fue el siguiente:

Cuota	6.467.245,33
Intereses de Demora	1.417.090,39
Deuda a ingresar	7.884.335,72

**Segundo:**

Disconforme con el acuerdo de liquidación, la entidad interesada interpuso el día 20 de junio de 2012 ante este Tribunal la reclamación económico-administrativa que es objeto de la presente resolución, referenciada con el número RG 4832/2012, al amparo de lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

En fecha 24 de abril de 2013 se notificó a la entidad la puesta de manifiesto del expediente administrativo, presentando con fecha 24 de mayo de 2013 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, de modo que no deben incluirse en el denominador de la prorrata. Se trata de ventas de participaciones en filiales que se realizan exclusivamente en el marco de operaciones reestructuración y 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, debe aceptarse el cómputo en la prorrata general del resultado neto obtenido en la contratación de estas operaciones, pues, de existir una base imponible para las mismas, únicamente puede venir determinada por el resultado global.

c) La Inspección debería haber realizado una regularización completa de la situación tributaria de la entidad interesada, excluyendo del cálculo de la prorrata los ingresos por operaciones financieras de préstamo a filiales en la medida en que no constituyesen actividad económica, en particular en lo referente a dividendos reinvertidos en forma de préstamo.

d) 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.

e) El acuerdo de liquidación no toma en consideración los ajustes a favor de la entidad reclamante en cuanto a la regularización por bienes de inversión, como consecuencia de haber incrementado el porcentaje de prorrata en más de 10 puntos porcentuales.

f) En relación con los servicios recibidos de la Z... y la entidad Z...**Consultoría**., la Inspección no cuestiona su realidad, sino que deniega la deducción de los mismos por no considerarlos útiles para la actividad económica. Esto implica un juicio de valor que no es admisible ni conforme a derecho, pues no se ofrece argumentación alguna distinta de la críticas sobre su contenido y presunta utilidad.

g) Se solicita que el Tribunal Económico-Administrativo Central plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter previo a la resolución del expediente, sobre la base de las dudas interpretativas que generan las cuestiones planteadas en cuanto a la aplicación del derecho comunitario.

## 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 y los intereses percibidos por concesión de préstamos a las empresas del grupo. Por otra parte, se ha de determinar si las cuotas soportadas por los servicios recibidos de a Z...y la entidad Z...**Consultoría** son deducibles.

**Tercero:**

Con carácter previo a la resolución del expediente, la entidad reclamante solicita que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la base de las dudas interpretativas que generan las cuestiones planteadas en cuanto a la aplicación del derecho comunitario.

Conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

*“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

- a) sobre la interpretación de los Tratados;*
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;*

*Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.*

*Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.*

*Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.*

Asimismo, es relevante destacar al respecto la resolución de este Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de octubre de 2010 (RG 2456/07 y acumulados):

*“OCTAVO: Por último, el reclamante pretende plantear a través de este Tribunal Económico-Administrativo Central una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Es de señalar que, a partir de la resolución de 29 de marzo de 1990, se estableció la doctrina de que el Tribunal Económico-Administrativo Central, conforme a la interpretación que hace el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su jurisprudencia del concepto de jurisdicción, es un órgano jurisdiccional al reunir los cuatro requisitos exigidos por dicha jurisprudencia, esto es: a) origen legal, b) permanencia, c) jurisdicción obligatoria, y d) decisión en Derecho; que siendo competente para dicho planteamiento, está obligado a hacerlo, según el art. 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea “cuando la decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial conforme al derecho interno”, circunstancia que aquí no concurre, puesto que la presente resolución es impugnada en la vía contenciosa-administrativa. Por lo tanto, el planteamiento de la cuestión prejudicial es potestativo para este Tribunal Central, y no se estima necesario pronunciamiento del mencionado Tribunal de Justicia respecto de la cuestión de fondo del presente recurso, por lo que debe declararse la no procedencia de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.*

La presente resolución de este Tribunal es susceptible de recurso en la vía contencioso administrativa, por lo que el planteamiento de una cuestión prejudicial al respecto sería potestativo para este Tribunal, que no se encuentra obligado a plantear cuestión prejudicial alguna como consecuencia de una solicitud al respecto del obligado tributario.

En relación con las cuestiones planteadas por la entidad reclamante este Tribunal ya tiene criterio formado al respecto, si bien en alguno de los casos se trata de un criterio no reiterado. Por esta razón se considera que no procede plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Cuarto:**

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 X... es la cabecera de un Grupo económico y la sociedad dominante del grupo mercantil y del grupo fiscal con la misma denominación social. Es una entidad holding, dedicada fundamentalmente a la tenencia de participaciones sociales, adquisición o transmisión de las mismas, consistiendo fundamentalmente su función en desarrollar las actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, que percibe dividendos, concesión de préstamos, operaciones de seguros y de prestación de otros servicios centrales corporativos a determinadas participadas. Así mismo, presta servicios de alquiler de inmuebles y otros servicios a sus filiales.



Establece la Inspección en su acuerdo de liquidación que X... no es una holding pura, de modo que se deben analizar las actividades desarrolladas por la entidad con el fin de determinar si se trata de actividades empresariales. Así, el acuerdo de liquidación establece lo siguiente:

*« (...) las actividades de X... SA, son, como se ha indicado, variadas, no respondiendo a las propias de una "holding pura". En su jurisprudencia, el TJCE distingue a efectos de determinar su sujeción al IVA, entre "las actividades de un inversor privado, que se sitúan fuera del ámbito de aplicación de la Sexta Directiva, y las de un inversor cuyas operaciones constituyen una actividad económica" (véase la sentencia Wellcome Trust, apartado 37 y la sentencia EDM, asunto 77-2001, apartado 61).*

*No obstante, tal distinción no resulta fácil de instrumentar en la práctica, ya que la mencionada sentencia y otras anteriores excluyen del campo de aplicación del IVA a determinadas operaciones tales como ventas de acciones y participaciones en fondos de inversión, el pago de los intereses producidos por depósitos bancarios y por valores, como bonos del Tesoro y certificados de depósito, así como del rendimiento de colocaciones en fondos de inversión, cuando, respecto de las operaciones mencionadas, concurren circunstancias que pueden determinar su realización "como un inversor privado" lo que justifica que la mención de las mismas se anteponga los vocablos "mera" o "sola" indicativos de que, cuando concurren otras circunstancias, dichas operaciones sí deben considerarse realizadas en el marco de una actividad empresarial.*

*Deben, por tanto, analizarse las actividades desarrolladas por la entidad para determinar su naturaleza de actividad empresarial, en el entendimiento de que, al tratarse de una sociedad mercantil, la Ley española, como se ha expuesto, presupone el carácter empresarial de todas sus actividades, salvo que se acreditara la concurrencia indubitada de circunstancias que implicaran el desarrollo de las mismas "como si de un inversor privado se tratase"».*

La Inspección considera que la actividad de cartera de la entidad, en lo que a empresas del grupo se refiere, no se limita a la mera adquisición y mera tenencia de acciones, sino que la reclamante efectúa una planificación estratégica de desarrollo y evolución del Grupo, realizando reiteradas operaciones de compra y venta de participaciones sociales que se incardinan en una actividad empresarial de planificación y gestión del grupo.

*Establece el acuerdo de liquidación que "Según se deduce de las actuaciones llevadas a cabo por la inspección tributaria, la entidad efectuó durante los años objeto de la comprobación reiteradas y frecuentes actividades de compra y venta de acciones, interviniendo además en la decisión y dirección de compra y venta de acciones por parte de las entidades del grupo empresarial, lo que se deriva claramente del contenido, naturaleza, número y cuantía de las operaciones, descritas, como se ha expuesto, en el informe ampliatorio.*

*Es decir, el actuario ha constatado que las numerosas operaciones de compra y venta de acciones efectuadas por la entidad se incardinan en una actividad empresarial de planificación y gestión del grupo, que al efecto destina una evidente organización de medios materiales y humanos.*

*Tal actividad no puede considerarse realizada a título ocasional o meramente instrumental, como alega la entidad, ni limitada a la simple gestión de una cartera de valores a modo de un gestor privado, sino que constituyó el vehículo a través del cual se canalizaron una parte relevante de las inversiones del grupo que lideraba, constituyendo un instrumento eficaz para asegurar el control de numerosas empresas del referido Grupo, lo que tuvo una indudable relevancia en orden a la consecución de objetivos empresariales bien definidos del aludido grupo, como señala el actuario en el informe ampliatorio al acta".*

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 prorata 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 prorata 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 prorata determinadas operaciones que se considera que 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 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) se plantea 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, habrá que determinar si este es el caso de la reclamante.

En la Memoria ordinaria de los ejercicios 2006 y 2007 se establece que *“el objeto social básico de X... los construye la prestación de toda clase de servicios públicos o privados de telecomunicación, así como de los servicios auxiliares o complementarios o derivados de los de telecomunicación. Todas las actividades que integran dicho objeto social pueden ser desarrolladas tanto en España como en el extranjero, pudiendo llevarse a cabo bien directamente o en forma total o parcial por la Sociedad, bien mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades u otras entidades jurídicas con objeto social idéntico o análogo.*

*En consonancia con ello, X... es actualmente la compañía matriz cabecera de un grupo de empresas que desarrollan su actividad principalmente en sectores de telecomunicaciones, media y entretenimiento, suministrando una amplia gama de servicios con una visión internacional”.*

De lo anterior cabe concluir que no hay duda de que la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en empresas del grupo 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, pues la participación en las empresas del grupo se acompaña de una intervención en la gestión de la sociedad participada que implica la realización de operaciones sujetas al IVA. Así se reconoce por la propia entidad en sus alegaciones, donde dice que *“En el caso de una entidad dedicada esencialmente a la prestación de servicios a las sociedades participadas y cuyo objeto social no es la «explotación» de participaciones con el fin de obtener rendimientos de su enajenación, sino de la mencionada prestación de servicios, los medios a cuya ordenación se enfoca la actividad se dedican a operaciones sujetas y no exentas o, en cualquier caso, a operaciones que otorgan el derecho a deducir el impuesto. Este es el caso de X...”*. Por tanto, tal intervención en la gestión de las sociedades del grupo se reconoce por la propia entidad, sin perjuicio de las consideraciones realizadas en relación con el derecho a la deducción, que se analizarán más tarde. La entidad reconoce de manera específica en sus alegaciones que ha intervenido en la gestión de las entidades **A...** y **B...**. Respecto de **C...**, **S.A.** también se trata de una empresa del grupo donde no se discute que la reclamante interviniese en la gestión de la misma.

Sin embargo, la Inspección considera que la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en otras empresas distintas de las del grupo también constituye una actividad económica. Se trata de participaciones en empresas asociadas. En particular, en el informe de disconformidad se recoge lo siguiente:

*“En el ejercicio 2006, se han contabilizado beneficios por transmisiones de participaciones, por importe de 1.844 millones de €, obtenido principalmente por la enajenación de las participaciones en las sociedades:*

- X... A... (A...).
- I....

*En el ejercicio 2007, se han contabilizado beneficios por transmisiones de participaciones por importe de 1.802 millones de €, obtenido principalmente por la enajenación de las participaciones en las sociedades:*

- B....
- D...
- E....
- C..., S.A..

*Por otras ventas de participaciones realizadas, en los ejercicios 2006 y 2007, no se ha obtenido plusvalías, bien porque se han transmitido por el mismo valor de adquisición o porque se hayan realizado con pérdida, como por ejemplo F..., G..., H..., X... MC”.*

La participación en empresas asociadas se define en las propias Memorias consolidadas de 2006 y 2007 (pág. 14 y 15 respectivamente) como “la inversión del Grupo X... en aquellas sociedades sobre las que ejerce influencia significativa (bien por presencia en el Consejo de Administración, bien por acuerdos con los accionistas), sin ejercer control ni existir gestión conjunta con terceros”.

En relación con la participación en I..., se trata de una participación en una empresa asociada y lo mismo sucede con las participaciones en D...y E..., según se describe en las Memorias consolidadas de 2006 y 2007.

La Inspección considera que la adquisición, tenencia y enajenación de participaciones en las sociedades anteriores supone la realización de una actividad económica por parte de la entidad reclamante. Sin embargo, ni en el acta ni en el acuerdo de liquidación se justifica que efectivamente X... intervenga en la gestión de las mismas, por lo que no se logra desvirtuar la información que al respecto se contiene en las memorias, esto es, que X... no ejerce control de las sociedades citadas ni interviene en su gestión.

En estas circunstancias hay que concluir que solamente se ha probado por parte de la Inspección que la adquisición, tenencia y enajenación de participaciones constituye la realización de una actividad económica por parte de la entidad reclamante únicamente respecto de las entidades del grupo, pero no respecto de aquéllas que tienen el estatus de asociadas.

Por último, la Inspección considera que la venta de acciones propias también se realiza en el ejercicio de una actividad empresarial. Ni en el acuerdo de liquidación, ni en el acta ni en el informe de disconformidad se puede encontrar fundamentación alguna que permita vincular las operaciones realizadas con la autocartera con el contexto empresarial que se atribuye a la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en las filiales, por lo que este Tribunal considera procedente estimar también en este punto las alegaciones de la entidad, de manera que se declara improcedente la inclusión en el denominador de la prorrata de las plusvalías derivadas de la venta de acciones propias y e las participaciones de las entidades I..., D...y E....

#### **Quinto:**

La consideración de actividad económica de la adquisición, tenencia y venta de participaciones de empresas del grupo 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 la 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 se tiene en cuenta que se trata de un precepto comunitario claro y preciso.

La delimitación del concepto "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 accesoriedad 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 en empresas del grupo constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo, 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 de venta de participaciones ha de formar parte del denominador de la prorrata, ya que tienen el carácter de operaciones exentas. Efectivamente, tal actividad 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 mismo.

Por tanto, cabe concluir que la entidad X... ha realizado de forma continuada y frecuente las operaciones financieras de transmisión de acciones o participaciones de empresas del grupo, por el número de operaciones, por el importe y por la finalidad económica perseguida y que las transmisiones de dichas acciones estuvieron sujetas al IVA aunque exentas del citado impuesto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20. Uno.18º.k) de la Ley 37/1992.

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 X... 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 conceptuarse 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.

**Sexto:**

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 al 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 se ha de 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 Tribunal Económico-Administrativo Central 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.

#### **Séptimo:**

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.

De acuerdo con lo dispuesto en el informe de disconformidad la mayoría de los derivados financieros que han sido objeto de regularización se refieren a operaciones que se han realizado fuera de los mercados organizados, por lo que hay que entender que se trata de operaciones OTC. En este tipo de operaciones la liquidación del contrato se efectúa por diferencias, esto es, entre el precio de mercado y el precio pactado en el contrato. La liquidación se realiza en la fecha de vencimiento, es decir, no existen liquidaciones periódicas, puesto que se trata de activos financieros que no cotizan en mercados organizados.

#### **Octavo:**

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, X... 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 constituyan 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.

#### **Noveno:**

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.

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 presente caso, en el informe de disconformidad se establece que la mayoría de las operaciones con derivados que han sido regularizadas son operaciones realizadas fuera de mercados organizados. Esto implica que se trata de liquidaciones a vencimiento donde no se producen liquidaciones periódicas, de manera que la postura de la Inspección al tomar únicamente los saldos de las cuentas de ingresos es, a juicio de este Tribunal, correcta, pues los saldos de las cuentas de gastos contienen las diferencias negativas, esto es, las minusvalías que no pueden ser incluidas en la prorrata según se ha establecido anteriormente. Por tanto, hay determinadas operaciones con derivados financieros que generan plusvalía para la entidad (diferencia positiva computada en cuenta de ingresos) y que deben ser incluidas en el denominador de la prorrata y hay otras operaciones con derivados financieros que generan minusvalía (diferencia negativa computada en cuenta de gastos). 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 confirma.

Alega la entidad que la Inspección toma en consideración el saldo de la cuenta 76819 (Otras diferencias positivas de cambio por operaciones financieras), que son meros apuntes contables por actualizaciones del tipo de cambio de posiciones de activos, que no tuvieron, por tanto, impacto alguno en los rendimientos de derivados financieros. Aporta la entidad en esta instancia el mayor de la cuenta. Efectivamente, del examen de dicha cuenta se deduce que los movimientos que la misma contiene no están relacionados con operaciones con derivados financieros, pues responden, entre otros, a los siguientes conceptos:

- Inversiones en divisas.
- Inversiones financieras temporales



- Móviles MX (diversas líneas)
- Deuda de intereses TCP
- Deuda de intereses TMA
- "Promissory note from Bellso"
- Bonos.
- "Facility and Rollover Agreement"
- Reparto dividendos
- Traspaso diferencia de cambio a grupo
- Valoración Imposición Y...
- Valoración cuenta 480000027
- Valoración int. Imp. GBP

En estas circunstancias se ha de acoger esta alegación de la entidad reclamante y excluir los importes de la cuenta 76819 (Otras diferencias positivas de cambio por operaciones financieras) del cálculo de la prorrata, puesto que dicha inclusión, al no responder a operaciones con derivados financieros, resulta injustificada por parte de la Inspección.

#### **Décimo.**

A continuación, la entidad alega, como ya hizo ante la Inspección, que ésta debió proceder a la regularización completa de su situación, excluyendo del cálculo de la prorrata los ingresos por operaciones financieras de préstamo a filiales, en la medida en que no constituyen actividad económica, en particular en lo referente a dividendos reinvertidos en forma de préstamo.

Al presentar su autoliquidación, la entidad tuvo en cuenta en el cálculo de la prorrata los intereses derivados de la financiación a las filiales o a sus participadas. No obstante, en fase de alegaciones en el procedimiento inspector y sin haber planteado cuestión alguna al respecto durante el mismo señala que, siguiendo un criterio de prudencia, incluyó en el denominador de la prorrata tales intereses, pero que, a la vista de criterios jurisprudenciales tales como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de noviembre de 2000, *Floridienne-Berginverst*, Asunto C-142/99, considera que estas operaciones no deberían computarse en la prorrata general de deducción, por cuanto los recursos con IVA que son necesarios para el desarrollo de tal actividad son ínfimos en comparación con los requeridos para las actividades sujetas y no exentas, lo que provoca un efecto adverso en el derecho a deducción afectando de forma desproporcionada a la deducción de cuotas que en modo alguno guardan relación con su realización.

En esta instancia la entidad alega que la concesión de préstamos a filiales y a empresas participadas no tiene carácter empresarial por la ausencia de un afán de rentabilizar los capitales cedidos y la falta de asignación de medios organizativos para el desarrollo de una actividad económica como tal. Sostiene X... que simplemente se limita a asignar los capitales en función de las necesidades de sus filiales en cada momento mediante la suscripción de préstamos (sin afán de obtener con ello un beneficio empresarial como tal), excedentes de capital o dividendos recibidos. Por otra parte, para que la concesión de préstamos tuviese el carácter de actividad económica han de utilizarse fondos que formen parte del patrimonio empresarial y los dividendos recibidos no forman parte del mismo, como tampoco tienen esta consideración los rendimientos derivados de la venta de acciones propias o los excedentes de capital.

La entidad señala en sus alegaciones que la sentencia *Floridienne-Berginverst* establece:

"...no constituye en ningún caso una actividad sujeta al impuesto la mera reinversión, por parte de una sociedad holding, de dividendos percibidos de sus filiales y excluidos, en sí mismos, del ámbito de aplicación del IVA, destinándolos a la concesión de préstamos a dichas filiales. Los intereses devengados por tales préstamos deben por el contrario considerarse fruto de la mera propiedad del bien y son por tanto ajenos al sistema de la deducción".

La propia Inspección contesta a esta alegación en el acuerdo de liquidación señalando que la sentencia *Floridienne-Berginverst* entra en pugna con la también sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *EDM*, Asunto C-77/01 que, siendo una sentencia posterior, establece lo siguiente:

"65 En cambio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los intereses percibidos por un holding como remuneración de los préstamos concedidos a las sociedades en las que posee participaciones no pueden excluirse del ámbito de aplicación del IVA, ya que el pago de dichos intereses no resulta de la mera propiedad del bien, sino que constituye la contraprestación de la puesta a disposición de un capital en beneficio de un tercero (véase, en este sentido, la sentencia *Régie dauphinoise*, antes citada, apartado 17).

66 Respecto a la cuestión de si, en tal situación, un holding realiza dicha prestación de servicio en calidad de sujeto pasivo, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 18 de la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, que una persona actúa como sujeto pasivo cuando efectúa operaciones que constituyen la prolongación directa, permanente y necesaria de su actividad imponible, tales como la percepción por un administrador de comunidades de propietarios de los intereses producidos por el depósito de las cantidades que recibe de sus clientes en el marco de la administración de fincas pertenecientes a éstos.

67 Esto ocurre a fortiori cuando las operaciones de que se trata se efectúan en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos.

68 Ahora bien, es preciso señalar que una empresa actúa así cuando utiliza fondos que forman parte de su patrimonio para realizar prestaciones de servicios que constituyen una actividad económica en el sentido de la Sexta Directiva, tales como la concesión de préstamos remunerados por un holding a sociedades en las que posee participaciones, bien se concedan estos préstamos como ayuda económica a dichas sociedades, bien como depósito de excedentes de tesorería o por otras razones.

69 Tampoco pueden excluirse del ámbito de aplicación del IVA los intereses abonados a una empresa como remuneración de depósitos bancarios o de inversiones en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, dado que los intereses abonados no se derivan de la mera propiedad del bien, sino que constituyen la contraprestación de la puesta a disposición de un capital en beneficio de un tercero (véase, en este sentido, la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, apartado 17). Del apartado anterior se desprende que una empresa actúa como sujeto pasivo cuando utiliza de este modo fondos que forman parte de su patrimonio.

70 Por consiguiente, es preciso señalar que la concesión anual por un holding de préstamos remunerados a las sociedades en las que posee participaciones y sus inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, constituyen actividades económicas efectuadas por un sujeto pasivo que actúa como tal, en el sentido de los artículos 2, punto 1, y 4, apartado 2, de la Sexta Directiva”.

Respecto de esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en su resolución de 18 de diciembre de 2012, RG 2176/2009. Considera el Tribunal Económico-Administrativo Central que, según la doctrina del TJUE, dicha actividad tiene cabida en el ámbito de la Directiva cuando constituya una actividad económica en sí misma o sea la prolongación directa, permanente y necesaria de otra actividad económica desarrollada por el concedente.

El primer supuesto se produce cuando la actividad se ejerza en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos y no se produce cuando se trata de una mera reinversión de dividendos percibidos de las filiales y que se destinan a la concesión de préstamos a dichas filiales, pues en este caso, los intereses devengados, al igual que los dividendos, deben considerarse fruto de la mera propiedad del bien y son por tanto ajenos al IVA.

En cuanto al segundo supuesto, es necesario que las operaciones de préstamo estén necesaria y directamente relacionadas con los demás servicios que presta la concedente a las participadas, para que sean la prolongación directa, permanente y necesaria de dicha actividad económica.

La entidad alega que la concesión de préstamos no se realiza con una finalidad comercial, sino que se trata de una mera reinversión de dividendos percibidos de las filiales y que se destinan a la concesión de préstamos a dichas filiales, por lo que los intereses devengados, al igual que los dividendos, deben considerarse fruto de la mera propiedad del bien y son por tanto ajenos al IVA. Sin embargo, se incluyeron en la prorrata declarada en la autoliquidación por un mero criterio de prudencia. Respecto de esta cuestión, el artículo 108 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece:

*“4. Los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios, se presumen ciertos para ellos, y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario”.*

Es decir, de conformidad con el artículo anterior, los datos y elementos consignados por la entidad reclamante en su autoliquidación del IVA, donde los intereses fueron incluidos en el denominador de la prorrata, se presumen ciertos para ella, y sólo podrá rectificarlos mediante prueba en contrario. El artículo 105 de la Ley General Tributaria, determina que en el procedimiento de aplicación de los tributos, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo. Este principio es interpretado por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de enero de 1992, en el sentido de que “cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma, cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor”. En este sentido, este Tribunal entiende que los anteriores criterios han de conjugarse con los de normalidad y facilidad probatoria “de manera que la carga de la

*prueba ha de atribuirse a aquella parte más próxima a las fuentes de prueba, y para la cual resulta de extrema sencillez la demostración de los hechos controvertidos".* En la vía económico-administrativa rige el principio de "interés" en la prueba, según el cual las consecuencias jurídicas desfavorables de la falta o insuficiencia de la prueba irán a cargo de la parte a la que favorecería la existencia de tal hecho y su demostración, salvo que legalmente se disponga lo contrario, mediante algún tipo de ficción, presunción o "relevatio ab onere probandi".

Pues bien, la entidad afirma que la concesión de préstamos no se realiza con una finalidad comercial, y el elemento probatorio sobre el cual se basa esta alegación es que la mayor parte de los ingresos obtenidos por la entidad en los años sometidos a comprobación derivan de la percepción de dividendos, como ya señala la Inspección en su informe ampliatorio. Considera la entidad que la percepción de estos dividendos es una operación excluida del ámbito de aplicación del IVA. Si así fuera, habría que estimar la presente alegación, pues efectivamente el pago de dichos intereses resultaría de la mera propiedad del bien. Sin embargo, no es esto lo que aquí sucede. En el fundamento de derecho cuarto se concluye que no hay duda de que la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en empresas del grupo 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, pues la participación en las empresas del grupo se acompaña de una intervención en la gestión de la sociedad participada que implica la realización de operaciones sujetas al IVA.

Por tanto, los intereses derivados de la concesión de préstamos a empresas del grupo por parte de la entidad reclamante han de considerarse sujetos al IVA, y exentos, pues los fondos prestados no provienen de una mera reinversión de dividendos, considerados éstos como fruto de la mera propiedad del bien y ajenos por tanto al sistema de la deducción, pues no lo son, como tampoco pueden serlo, en consecuencia, los intereses percibidos. Al contrario de la tesis que sustenta la entidad en su alegación, la actividad de cartera en relación con las empresas del grupo o filiales tiene la consideración de actividad económica a efectos del impuesto, de manera que los fondos que sirven para la concesión de préstamos a las mismas forman parte del patrimonio empresarial de la reclamante.

#### **Undécimo.**

La siguiente alegación se refiere a la procedencia de la regularización de bienes de inversión a favor del sujeto pasivo. Considera la entidad que, de ser estimadas las alegaciones anteriores, el porcentaje de prorrata de los años 2006 y 2007 se verá incrementado, lo cual conlleva la necesidad de reconocer una mayor deducción en dichos años derivada de la regularización de bienes de inversión de ejercicios anteriores.

El artículo 107.Uno de la Ley 37/1992 dispone:

*"Uno. Las cuotas deducibles por la adquisición o importación de bienes de inversión deberán regularizarse durante los cuatro años naturales siguientes a aquel en que los sujetos pasivos realicen las citadas operaciones.*

(...)

*Las regularizaciones indicadas en este apartado sólo se practicarán cuando, entre el porcentaje de deducción definitivo correspondiente a cada uno de dichos años y el que prevaleció en el año en que se soportó la repercusión, exista una diferencia superior a diez puntos".*

Determinadas alegaciones de la entidad en relación con el cálculo de la prorrata realizado en la regularización impugnada han sido estimadas parcialmente en la presente resolución, por lo que es claro que la Inspección deberá proceder a recalcular el porcentaje de prorrata afectado por esta circunstancia. Si como consecuencia de dicho recálculo se pone de manifiesto una diferencia superior a diez puntos porcentuales entre el resultado que arrojen los nuevos porcentajes de prorrata para 2006 y 2007 y los que prevalecieron en los años que se soportaron las repercusiones por la adquisición de bienes de inversión, la Inspección deberá proceder a efectuar la regularización correspondiente según lo establecido en el precepto anterior.

#### **Duodécimo.**

La última alegación de la entidad reclamante gira en torno a la denegación de la deducción de las cuotas soportadas por los servicios recibidos de la Z... y la entidad Z...**Consultoría.**

En el acuerdo de liquidación se recogen cuatro grupos de servicios facturados:

**"1º. Propuesta de estrategia de patrocinios para el Grupo X... 2007-2010. La aportación económica efectuado a Z..., por parte del obligado tributario ha sido de 60.000,00 € más el IVA correspondiente.**

En relación a la justificación de dicho pago la entidad se ha limitado a aportar tres presentaciones en power point que hacen referencia a la celebración de un comité de patrocinios el 10 de enero de 2006 y dos reuniones de trabajo en fechas 2/03/2006 y 31/03/2006.

Analizado el contenido de dichas presentaciones, así como de las reuniones celebradas, se llega a la conclusión del escaso contenido y utilidad de los trabajos facturados lo que difícilmente justificaría el importe satisfecho:

(páginas 31 y 32 del informe de la inspección)

“La primera presentación, fechada con anterioridad al momento en el que se ha acordado iniciar las labores de asesoramiento, consiste en 10 páginas sobre la evaluación de las modalidades de los patrocinios deportivos más relevantes, planteada genéricamente.

La primera de las reuniones de trabajo, celebrada el 2 de marzo de 2006, genera un documento cuyo índice es el siguiente:

- \* Análisis de los competidores.
- \* Benchmarking.
- \* Análisis del patrocinio deportivo en la Fórmula 1.
- \* Análisis del patrocinio deportivo en el fútbol.
- \* Análisis del patrocinio deportivo en el Olimpismo.

En el mismo se recogen una serie de cuadros, con datos sobre patrocinios de otras empresas, audiencias de fútbol, detalle de escuderías de Fórmula 1... Dichos datos, procedentes de internet, han sido extraídos de diferentes fuentes, fundamentalmente de The World Sponsorship. También de Telecinco, Sport Business, Liga de fútbol profesional, Football Economy, Olympic.org, o bien, de las propias compañías analizadas.

En la documentación correspondiente a la primera reunión no hay ninguna parte de la misma que incorpore a unas mínimas conclusiones.

La siguiente reunión de trabajo, celebrada en fecha 31 de marzo de 2006, da lugar a un documento cuyo índice es el siguiente:

- \* Revisión de la misión y objetivos.
- \* Propuesta de portafolio de patrocinios.
- \* Alternativas estratégicas en Fórmula 1.
- \* Alternativas estratégicas en Fútbol.
- \* Alternativas estratégicas en Olimpismo
- \* Deporte e integración social.
- \* Anexo.

En la presentación de la segunda reunión, se recoge en las últimas pantallas una breve referencia a la propuesta de portafolio de patrocinios con conclusiones sin apenas contenido.

En ningún caso, estas presentaciones, que corresponden a dos de las reuniones establecidas en el cronograma que se recoge en el documento del convenio, pueden ser calificadas como de informe final de la labor de asesoramiento acordada. No hay un posible calendario de aplicación, tampoco una cronología ni, tan siquiera, los resultados del citado plan.

Tampoco le consta a esta Inspección que, a raíz del citado trabajo, X..., se haya volcado en el patrocinio de alguna de las tres competiciones seleccionadas y propuestas por el citado Z... como base del plan estratégico, esto es: Fórmula 1, fútbol y olimpismo. Conceptos, los tres, ajenos a los patrocinios llevados a cabo tradicionalmente por el Grupo X....”

Por lo tanto, del contenido de los trabajos elaborados puede concluirse que no existe asesoramiento alguno que sea efectivo y útil para las actividades desarrolladas por la entidad y que justifiquen el pago satisfecho.

### **2º. Convenio de colaboración con X.... Propuesta para los proyectos piloto de diálogo con los grupos de interés en Argentina, Chile y Perú.**

El documento sin firmar entregado como justificación del acuerdo de asesoramiento está fechado el 24 de octubre de 2006 y en él se establece una aportación económica a Z..., por parte de X..., de 80.000,00 € más el IVA correspondiente. Además, se incluye expresamente que “los gastos de billetes de avión y estancia de hotel de los viajes relativos a las jornadas serán a cargo del Grupo X...”. Si bien, a este respecto, la representante de la entidad manifestó en diligencia nº 37, de 2 de febrero de 2012, que: “no existe factura alguna por este concepto, por lo que entendemos que, finalmente, no se han soportado dichos gastos”.

Como justificación de los servicios recibidos, X... ha aportado dos presentaciones de power point **elaboradas por X... SA**, área de Reputación y Responsabilidad Social Corporativa, las cuales son comunes para todos los países. Los informes finales entregados a la inspección por cada uno de los tres países latinoamericanos son idénticos, lo único que cambia, es la relación de las personas que asistieron a los paneles de diálogo.

Los informes se estructuran en cuatro partes, descritas en las páginas 34 y siguientes del informe de la inspección, en dicha descripción llama poderosamente la atención el escaso contenido y valor técnico-profesional de los mismos:

En esta primera parte se llega, entre otras, a las siguientes conclusiones:

Lo mejor es una mesa cuadrada.

Cada persona debe tener un identificador delante con nombre y apellido.

Es importante tener un espacio detrás o a los lados.

Es necesario que el espacio permita colgar las hojas o el material de la reunión para poder ser visualizado por todos los asistentes.

\*El grupo ideal debe ser de 12-16 personas.

Es necesario invitar a los participantes con suficiente antelación.

Se debe incluir a representantes de primer nivel de los diferentes grupos de interés del Grupo X...

...

La segunda parte del informe transcribe lateralmente el orden del día, así como la relación de asistentes, un total de catorce personas (en el caso de Argentina), diecisiete (Chile) y tan solo diez (Perú). También se recogen sus opiniones (lógicamente diferentes para cada asistente).

La tercera parte contiene sugerencias y recomendaciones muy elementales, de carácter general del tipo:

\* Utilización de páginas amarillas.

\* Realizar un Informe Anual de RC ejecutivo que no tuviera más de 30-40 páginas.

\* Realizar un tríptico resumen.

\* Incorporación de links a internet.

Del contenido transcrito se desprende claramente la simplicidad de las recomendaciones así como la inexistencia de aportación diferente para cada país no obstante las peculiaridades nacionales.

Asimismo, en el informe de la inspección se señala:

**La cuarta parte**, se titula "próximos pasos". La idea principal, resaltada en negrilla en el informe que estamos analizando, es que **"es fundamental que cada país haga lo suyo"**.

Tal y como se señala en el informe de la inspección, el contenido total de los informes aportados está constituido por 10 páginas sobre la forma en que debe llevarse la discusión en las reuniones, para finalizar con unas breves recomendaciones de no mucho más de un folio de extensión.

No ha sido aportada a la Inspección ninguna justificación de la realización efectiva de las recomendaciones contenidas en los informes ni de cierre con las principales conclusiones que estaban estipulados en el acuerdo, aparentemente suscrito.

### **3º Propuesta para el desarrollo de diálogos con los grupos de interés del Grupo X...**

El documento, sin firmar, entregado como justificación del acuerdo de asesoramiento no está fechado y por el resto de la documentación aportada se conoce que se refiere a Brasil, Colombia, Alemania e Irlanda. Además, X..., argumenta que, amparado, en el mismo se ha recibido un estudio tipo delphi sobre cambio climático en el sector de las telecomunicaciones. La remuneración que en el mismo figura establecida es una aportación económica a Z..., por parte de X..., de 80.000,00 € más el IVA correspondiente.

En relación a este trabajo hay que tener en cuenta que, aunque se preveía la realización de un Convenio de Colaboración con Alemania e Irlanda, nunca llegó a celebrarse reunión alguna con dichos países porque no quisieron (diligencia nº 37). Este hecho no motivó reducción alguna del importe a satisfacer.

En relación a los diálogos con Brasil y Colombia y al estudio delphi el informe de la inspección (páginas 38 y 39) recoge lo siguiente:

### **III.A) BRASIL**

El denominado “panel de diálogo X...”, se celebró en Sao Paulo el 6 de noviembre de 2007. El informe aportado por X..., en relación con dicho panel, no tiene fecha concreta, simplemente refleja que es del mes de noviembre de 2007.

A diferencia del resto de países analizados anteriormente, en este informe sólo se recoge la lista de participantes, así como sus valoraciones. No hay ningún tipo de sugerencias y recomendaciones. Tampoco conclusiones.

### **III.B) COLOMBIA**

Como se ha señalado con anterioridad es un pre-informe de septiembre de 2006 y tiene idéntica estructura y contenido que los informes ya analizados de Argentina, Chile y Perú.

La única diferencia observada es la siguiente: en el apartado relativo a la preparación se incluye la siguiente referencia al desarrollo del panel: “la sede del panel tiene que ser céntrica y con fácil acceso (o parking)”.

No cabe la menor duda de que la existencia de esta única mención no justifica en absoluto el pago de informes cuyo contenido es idéntico al de los otros países.

### **III.C) Estudio delphi.**

También se incluye en este Convenio, el denominado “Estudio tipo Delphi sobre cambio climático en el sector de las telecomunicaciones”, fechado el 7 de febrero de 2008.

En el estudio se indica que debe su nombre a Delfos (templo griego dedicado a Apolo) y en el mismo se incluye documentación sobre cambio climático, pero sin contener referencias sobre quién es el autor de las conclusiones de la encuesta.

Contiene opiniones de “expertos”, sin citar nunca quién es el experto. Sólo en la página del informe final (consta de 3 páginas) se dice que se ha invitado a participar en el estudio a “muy diversos expertos y grupos de interés: académicos, consultores, abogados, analistas financieros, directivos de empresas, periodistas, ONG’s medioambientales, empleados, sindicatos clientes, organizadores de consumidores, administración pública, organismos reguladores, sociedad en general”. No podemos saber que experto, con nombre y apellidos, es quien ha vertido, dentro de cada grupo, sus opiniones que se reflejan, eso sí, siempre entrecomilladas.

Las conclusiones finales carecen de toda base sólida. Sólo se vierten vaguedades y generalidades de personas, cargos u organismos que, a juicio de Z..., tienen la consideración de expertos pero sin identificar nunca al experto ni relacionarlo con la opinión que se recoge en el informe.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que no se llegaron a celebrar las reuniones previstas con Alemania e Irlanda, sin que ello diera lugar a la rectificación de la factura emitida (Nº2304/2007), que en relación con los diálogos con Brasil sólo se aportó una lista de participantes sin tan siquiera haber aportado un informe con conclusiones o recomendaciones, que en el caso de Colombia el documento aportado es un mero preinforme de carácter no definitivo y, que en relación con el estudio delphi se habla de “expertos” que ni siquiera están identificados, siendo sus conclusiones de carácter general y sin contenido técnico alguno, el pago realizado no puede considerarse que corresponda a la adquisición de servicios afectos a las actividades empresariales de la entidad.

### **4º Convenio de colaboración con X... Propuesta para la gestión de diálogo de “stakeholders” y la elaboración de la Memoria Anual de Responsabilidad Corporativa.**

El documento cuya fotocopia se aporta a la Inspección se encuentra sin fechar ni firmar y, como consecuencia de los presumibles trabajos de asesoramiento realizados, da lugar a una aportación económica a Z..., por parte de X..., de 50.000,00 € más el IVA correspondiente.

La documentación aportada como justificación de los trabajos se trata de una presentación de **power point, confeccionado por X...**, denominadas “breve foro de múltiples stakeholders con el Grupo X...”, celebrado los días 29 y 30 de noviembre de 2006. Al parecer según los anagramas que figuran en ella, expuesta en el Congreso Nacional del Medio Ambiente (CONAMA).

Respecto de dicho trabajo llama la atención lo siguiente:

- la colaboración entre Z ... y X..., se establece **hasta el 30 de junio de 2006**, tiempo estimado para la realización de las tareas que se describen en el documento, sin embargo los foros se desarrollan los días 29 y 30 de noviembre.

- La duración del foro es de tan solo una hora, de ahí su denominación “breve foro”  
- La presentación en power point, elaborada por la propia X... SA, en su área de Reputación y Responsabilidad Social Corporativas, da lugar a otro power point, asimismo elaborado por X..., en el que se analizan las razones para el diálogo como paso clave en el sistema de gestión de responsabilidad corporativa, así como una serie de reflexiones extraídas, en su mayor parte, de la página 18 del “Informe Anual de Responsabilidad Corporativa. Resumen ejecutivo 2005. X...”.

- De una relación de 18 participantes, 6 pertenecen al Grupo X..., no constando participación alguna de miembros Z....

- El documento generado de la reunión del día 29 denominado “Panel sobre temas de medioambiente CONAMA”, dice, de forma expresa, extraer “tres ideas muy claras” cuyo análisis permiten afirmar la ausencia de contenido y utilidad.

Así textualmente en la páginas 41 y siguientes del informe se recogen las siguientes conclusiones:

“Una primera idea iría orientada a profundizar en la iniciativa. Las acciones para poder llevarla a cabo, serían:

- \* Analizar los objetivos del panel
- \* Preparar muy bien el panel
- \* Seleccionar muy bien cada grupo de interés.
- \* Asegurar un buen equipo de relatores.
- \* Dar “feedback” a todos los participantes.

La segunda idea se centra en los empleados de X.... La acción que se propone, en este caso, es que las personas responsables de los temas medioambientales dentro del Grupo X... puedan preparar un seminario de formación interna.

La última idea está centrada en los clientes/usuarios del Grupo X.... La acción que se propone consiste en que los responsables de desarrollo de productos y servicios introduzcan en estos productos y servicios, información básica para que los usuarios hagan una correcta utilización de los mismos con el medio ambiente.

La sesión del día 30 de noviembre genera, por su parte, un documento denominado “Panel de productos y servicios, 30 de noviembre de 2006”. Consta, asimismo de dos páginas, y sus dos conclusiones fundamentales son:

- \* X... debe seguir avanzando para fomentar el uso responsable de sus productos y servicios; y
- \* Aproximación a los clientes de forma segmentada.

Por último, en relación con el tema que nos ocupa, se aporta un Informe denominado “Informe sobre paneles realizados con los diferentes grupos de interés de X...en España (29 y 30 de noviembre de 2006)”.

Las conclusiones, más bien propuestas o recomendaciones, resumidamente, son las siguientes:

1ª Se propone realizar un panel en profundidad, donde puedan asistir personas interesadas en el tema del Grupo X....

No es de extrañar la necesidad de celebrar paneles con posterioridad, dado que los celebrados, como se recoge expresamente en la documentación aportada, han tenido una duración de sesenta minutos, presentación y despedida incluidas, a pesar del gasto de 50.000,00 € que le ha supuesto para X...

2ª Se propone realizar un seminario de formación interno, en temas medioambientales, para personas del Grupo X....

3ª Se propone que, el Grupo X..., cree un grupo que analice y proponga objetivos de comunicación.

4ª Se reconoce la importante evolución del informe de responsabilidad corporativa, al reflejar las aportaciones de los paneles de diálogo.

5ª Necesidad de mejora en el proceso de generación de informes adaptados a cada público objetivo.

6ª Iniciar un proceso de consulta para definir un mapa con los temas más relevantes que permita diseñar una hoja de ruta.

De lo anterior se desprende que dichas conclusiones, nada relevantes, poco o nada pueden aportar o innovar a un grupo del tamaño y características de las del Grupo X....

A la vista de todo lo anterior expuesto se considera que el importe de 300.000,00 € satisfecho por X... S.A., en los ejercicios 2006 y 2007, a Z... y a la entidad Z... Consultoría., tienen la consideración de gastos fiscalmente no deducibles, en el Impuesto sobre Sociedades, al amparo de lo previsto en el artículo 14, e) del TRLIS y tampoco se consideran deducibles en el Impuesto sobre el Valor Añadido las cuotas de IVA que le han

*sido repercutidas, ya que estas prestaciones de servicios no pueden ser consideradas afectas, directa y exclusivamente, a la actividad empresarial del contribuyente, según establece la Ley 37/1992, en los siguientes artículos: (...)*”.

La entidad alega que la Inspección deniega la deducción de las cuotas soportadas por los servicios de asesoramiento anteriores porque no los considera afectos directa y exclusivamente a la actividad de la reclamante, pero que en ningún caso niega la realidad del servicio. Así, se indica que los pagos que **X...** realizó a **Z...** en los ejercicios 2006 y 2007 se corresponden con la prestación de servicios de consultoría o asesoramiento contratados y efectivamente prestados en dichos ejercicios. Se alega que lo que la Inspección cuestiona no es tanto la realidad de los servicios prestados sino la utilidad, validez y novedad que han podido reportar dichos servicios de asesoramiento para una entidad del tamaño y características de la reclamante.

En el acuerdo de liquidación se habla de que los servicios controvertidos carecen de la mínima utilidad para **X...** y esto se debe precisamente a la ausencia de conclusiones y a las generalidades carentes de todo rigor que se plasman en los informes que constan en el expediente. La falta de datos concretos respecto de las realidades que se pretende analizar, el hecho de que la documentación aportada como justificación de los trabajos de asesoramiento realizados sean presentaciones de power point confeccionadas por la propia entidad reclamante, la ausencia del mínimo análisis técnico y, en suma, las vaguedades recogidas a modo de conclusión (cuando esa conclusión existe, lo cual no sucede en todos los casos) conduce a este Tribunal Económico-Administrativo Central a confirmar el acuerdo de liquidación impugnado en este punto.

En virtud de lo expuesto,

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

#### **ACUERDA**

**ESTIMARLA PARCIALMENTE,** de conformidad con lo dispuesto en los fundamentos de derecho cuarto, noveno y undécimo.

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