

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ073848

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Málaga)**

*Sentencia 2860/2018, de 12 de diciembre de 2018*

*Sala de lo Contencioso-Administrativo*

*Rec. n.º 658/2017*

### SUMARIO:

**IVA. Tipo reducido. Ejecuciones de obra relacionadas con la construcción o rehabilitación de viviendas.** La ejecución de la obra facturada por la recurrente se enmarca en la ejecución de las obligaciones que le corresponden a la entidad aseguradora en el contrato de seguro suscrito con los propietarios del inmueble una vez acaecido el siniestro contemplado en el mismo. En las facturas expedidas se especifica el destinatario de la reparación, que en ninguna es la compañía de seguros, que si viene designada como entidad pagadora de deuda ajena. Además, el conjunto de pruebas aportadas acreditan que las reparaciones realizadas por la recurrente fueron encargadas a esta por los asegurados que sufrieron los siniestros, y no por la aseguradora, por lo que es de aplicación el tipo reducido. [Vid., en el mismo sentido, STSJ de Andalucía, de 2 de mayo de 2018, recurso nº 3/2017 (NFJ072077) y Resolución TEAC, de 25 de septiembre de 2018, RG 3150/2018 (NFJ071411)].

### PRECEPTOS:

Ley 37/1992 (Ley IVA), arts. 89 y 91.

Ley 50/1980 (Contrato de Seguro), arts. 18 y 30.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 13, 17, 35, 102, 103 y 105.

Código Civil arts. 3.º, 1.158, 1.717, 1.888, 1.892 y 1.893.

RD de 22 de agosto de 1885 (CCom), art. 245.

Directiva 2006/112/CE del Consejo (Sistema Común del IVA), art. 98.

### PONENTE:

*Don Santiago Macho Macho*

Magistrados:

Don FERNANDO DE LA TORRE DEZA

Don SANTIAGO MACHO MACHO

Don MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO

### SENTENCIA Nº 2860/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO Nº 658/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Dª. BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2ª

En la Ciudad de Málaga a 12 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente el recurso contencioso-administrativo número 658/2017, por el Procurador Sr. Moreno Küstner, en nombre de DCRISTAL ALUSISTEM, S.L., asistido por el Letrado Sr. Povo, frente a resolución de Málaga del TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE ANDALUCÍA, Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. SANTIAGO MACHO MACHO, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Por el reseñado en la encabezamiento fue presentado escrito el 6/11/2017 en esta Sala interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, Sala de Málaga, a 5/05/17, de las reclamaciones económico-administrativas con números de referencia R.G.: 29/01709/2016 y 29/1715/2016 acumuladas.

#### **Segundo.**

El recurso es admitido con Decreto de 13/11/17, que también acuerda su tramitación conforme a lo dispuesto en el capítulo I del título I de la Ley 29/1.998.

Seguido el curso de los autos es sustanciada demanda el 11/07/18 pidiendo sentencia por la que declare la invalidez y deje sin efectos la Resolución dictada por el TEAR de Andalucía, recaída en las reclamaciones económico-administrativas interpuestas frente a las resoluciones con liquidación provisional, en última instancia impugnadas, y que han sido tramitadas de forma acumulada con los números 29/1709/2016 y 29/1715/2016 que consecuentemente también debe declararse inválida; con expresa condena en costas a la Administración demandada.

Dado traslado a la Administración para contestar a la demanda, fue realizada mediante escrito de 24/09/18, que se da por reproducido, en el que pide sentencia desestimándola la demanda, con imposición de costas a la recurrente.

#### **Tercero.**

En Diligencia de 24/09/18 es fijada la cuantía del procedimiento en 2.492,47 €.

En auto de igual fecha es recibido el pleito a prueba, admitidas y tenidas por practicadas las pruebas que en el mismo constan, con traslado para conclusiones, presentadas por la parte recurrente mediante escrito de 15/10/18 y por la recurrida con escrito de 31/10/18, quedando los autos pendiente de señalamiento para deliberación, votación y fallo, acto que tuvo lugar el pasado día cinco.

#### **Cuarto.**

En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Objeto del recurso presente es determinar si se ajustan a derecho la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, Sala de Málaga, de a 5/05/17, de las reclamaciones económico-administrativas con números de referencia R.G.: 29/01709/2016 y 29/1715/2016 acumuladas, que confirman confirmaron las liquidaciones relativas al Impuesto sobre el Valor Añadido, correspondientes al segundo, tercer y cuarto trimestre del año 2012 y a la totalidad de los periodos de liquidación del año 2013.

#### **Segundo.**

La parte recurrente expone, en síntesis:

- Procede de la aplicación del tipo reducido del IVA previsto en el artículo 91 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido ("LIVA ")., puesto que el "destinatario" jurídico de las reparaciones realizadas por mi representada en las viviendas siniestradas son los titulares de las viviendas (asegurados de Santa Lucía, S.A.).

-Existe una sentencia estimatoria dictada por esa misma sala recaída en el PO 3/2017 de fecha 2 de mayo de 2018 en ella esa sala estima la pretensión de un reparador de referencia de Santa Lucía, respecto de la que existe una absoluta identidad de hecho/jurídica. se solicita que esa Sala aplique su propia doctrina a este proceso

Con carácter previo a cualquier otra cuestión, interesa por su importancia, que esa Sala reparé en la sentencia dictada el pasado 2 de mayo en la que se ha estimado totalmente la pretensión de otro reparador de referencia de Santa Lucía. Nos referimos a la sentencia recaída en el procedimiento ordinario número 3/2017 interpuesto por el reparador denominado SIEMAN ELECTRO CLIMA, S.L.U. ("Sieman"). Se adjunta copia de la misma, como Anexo número 1.

En esta sentencia esa misma Sala corrige el criterio que mantuvo en su día el órgano de aplicación de los tributos de Sevilla y que avaló, posteriormente, la Sede de Sevilla del TEAR de Andalucía.

Como bien conoce, ha concluido que, a la vista del importante soporte probatorio aportado por el reparador de referencia, que es exactamente el mismo que el que ha aportado mi representada tanto en vía administrativa como en la posterior económico- administrativa, la conclusión no puede ser otra que la de que los reparadores de referencia de Santa Lucía prestaron servicios a los titulares de las viviendas siniestradas.

-Importantes y recientes pronunciamientos jurisdiccionales de los Tribunales Económico- administrativos regionales de Andalucía-Granada (resolución número 18/00981/2016, de 7 de abril de 2017), Galicia (Resolución número 32-00220-2016 y acumuladas), Extremadura (resolución número 06/01788/2016 ) y Aragón ( número 50-02353-2016), así como también del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (31 de marzo de 2017, recurso número 297/2016)han estimado las pretensiones de otros reparadores de referencia de Santa lucía en supuestos en los que existe una absoluta identidad de hecho/situaciones jurídicas han concluido que Santa Lucía no fue ni pudo ser la destinataria de los servicios. lo fueron los titulares de las viviendas siniestradas.

Se adjuntan, como conjunto documental bajo la denominación Anexo número 3 (1 Sentencia del TSJ de Asturias, 65 Resoluciones TEAR de Andalucía; 73 Resoluciones TEAR de Galicia; 74 Resoluciones TEAR de Extremadura y 20 del TEAR de Aragón).

Si los titulares de las viviendas deciden definitivamente la contratación del reparador y la obra se ejecuta correctamente, la única intervención de la entidad aseguradora consiste en la intermediación en el pago de las facturas que se expiden a los titulares de las viviendas. Intervención que se instrumentaliza como una mediación en el pago, pues la aseguradora, como resulta de las facturas, se limita a abonar la deuda de un tercero, la de su asegurado. Jurídicamente es un pago realizado por tercero, ex artículo 1.158 del Código Civil .

-Atendiendo a la Ley del Contrato de seguro, ha lugar a estimar la pretensión de mi representada. En este supuesto no hay documento alguno que permita concluir que se convino la sustitución de la indemnización por la reparación. Así lo ha avalado esa sala en su sentencia de Sieman y el TEAR de Extremadura

El art. 18 LCS no ofrece duda.

De acuerdo con los documentos que obran (y con los que no obran) en el expediente administrativo, no puede ni concluirse ni inferirse en modo alguno que los titulares de las viviendas convinieron con la entidad aseguradora la sustitución de la indemnización por la reparación, por lo que siguiendo lo previsto por la Ley de Contrato de seguro, no puede ni debe llegarse a otra conclusión que a la de entender que la entidad aseguradora a través del pago de la reparación estaba indemnizando a su asegurado.

Por tanto, si la Administración tributaria pretendía sostener que en este caso la entidad aseguradora no indemnizó, sino que reparó, debió probar y motivar convenientemente que los asegurados sustituyeron la indemnización a la que tenían derecho por Ley por la reparación. Circunstancia que no ha sucedido y que debió producirse por mandato de los artículos 102 , 103 y 105 de la LGT .

- Existen órganos de aplicación de los tributos que ya han asumido la tesis de esa Sala y de los referidos tribunales administrativos, ello ha comportado que reparadores de referencia de Santa Lucía no hayan visto regularizada su situación tributaria en supuestos de hecho idénticos al que ahora se plantea en estos casos, la administración sostiene expresamente que los destinatarios son los titulares de las viviendas y no Santa Lucía

Para acreditarlo bastan tres resoluciones adicionales dictadas por los órganos de aplicación de los tributos de la Administración tributaria. Nos referimos a: i) una emitida por la Delegación de Almería (resolución de un recurso de reposición); ii) otra emitida por la Delegación de Andalucía-Sevilla y iii) una tercera, muy reciente, dictada por la Delegación Especial de Aragón (como consecuencia de la publicación de las Resoluciones del TEAR de Aragón que cambiaba el criterio jurídico de dicho Tribunal administrativo).

Mi mandante no prestó servicio alguno a la entidad aseguradora, consistente en la reparación de viviendas siniestradas titularidad de sus asegurados. Los destinatarios de las prestaciones de servicios fueron en todo caso, desde una perspectiva jurídica, los titulares de las viviendas siniestradas. Esta es la conclusión que resulta del soporte documental aportado y obrante en autos. la misma que ha alcanzado esa Sala.

debido a su dilatada trayectoria en el sector y a que sus clientes quedan satisfechos con las reparaciones que ha efectuado, a partir de un determinado momento Santa Lucía, la ha venido considerando como un reparador de "confianza" o de "referencia".

Es evidente que si mi representada ha recibido tal consideración por parte de Santa Lucía (que en nada determina la existencia de vínculo o relación jurídica alguna entre ambas entidades de la que pueda concluirse que la primera le presta un servicio de reparación a la segunda) es, además, porque la actuación de mi mandante siempre se ha ajustado a los estándares de calidad que a la referida entidad aseguradora le han parecido satisfactorios en comparación con los del mercado.

Esta es la razón (la única razón) de que Santa Lucía les haya referido o propuesto a sus clientes/asegurados los servicios de mi representada en caso de siniestro. Es decir, los clientes de mi mandante provienen de distintas fuentes y entre ellas está la de la recomendación que Santa Lucía pueda hacer cuando lo considere conveniente a sus asegurados, cuando se produce un siniestro en sus viviendas aseguradas y el daño ocasionado por el siniestro, por sus características (v.gr. localización y tipo de siniestro), puede ser reparado por mi mandante.

Ahora bien, tal referencia/puesta en contacto se hace siempre bajo la estricta premisa de que los titulares de las viviendas siniestradas son los que finalmente deciden la contratación de los servicios de reparación prestados por mi representada. De manera que si consideran que no deben atender la sugerencia de Santa Lucía pueden contratar libremente a quien consideren oportuno. Nada se impone, por la sencilla razón que quien realmente entabla la relación jurídica es el cliente (titular de la vivienda siniestrada) con mi representada (reparador). A ello no obsta el hecho de que quien se relacione con mi representada sea Santa Lucía; eso sí, actuando en nombre y por cuenta del asegurado/titular de la vivienda siniestrada y no éste. Circunstancia de sobra admitida, en la actualidad, por las ya citadas contestaciones vinculantes a consulta evacuadas por la DGT bajo los números de referencia V0285-17 (de 3 de febrero de 2017) y V0435-17 (de 20 de febrero de 2017).

La circunstancia de que Santa Lucía, S.A. sea quien pague materialmente al reparador (mi mandante) por cuenta de su asegurado el importe correspondiente a la reparación llevada a cabo (el que resulta de las facturas), en nada cambia ni transmuta la realidad jurídica. Esto es, que es su cliente/asegurado (titular de la vivienda) quien decide contratar a la empresa sugerida por Santa Lucía, S.A. o a otra distinta que él decida.

La entidad aseguradora únicamente vuelve a actuar, en nombre y por cuenta de sus asegurados, cuando se limita a abonar materialmente el importe de la factura que se expida y en las que se documente la realización de la prestación del servicio contratado. Así resulta del contenido de las facturas que obran en el expediente (como así reconoció el propio TEAR de Andalucía). De ahí la identificación de los dueños de los inmuebles como "destinatarios" de las reparaciones; cuestión que en modo alguno ha sido analizada por el TEAR de Andalucía

La recomendación que Santa Lucía pueda hacer cuando lo considere conveniente a sus asegurados, cuando se produce un siniestro en sus viviendas aseguradas y el daño ocasionado por el siniestro, por sus características (v.gr. localización y tipo de siniestro), puede ser reparado por mi mandante.

Ahora bien, tal referencia/puesta en contacto se hace siempre bajo la estricta premisa de que los titulares de las viviendas siniestradas son los que finalmente deciden la contratación de los servicios de reparación prestados por mi representada. De manera que si consideran que no deben atender la sugerencia de Santa Lucía pueden contratar libremente a quien consideren oportuno. Nada se impone, por la sencilla razón que quien realmente entabla la relación jurídica es el cliente (titular de la vivienda siniestrada) con mi representada (reparador). A ello no obsta el hecho de que quien se relacione con mi representada sea Santa Lucía; eso sí, actuando en nombre y por cuenta del asegurado/titular de la vivienda siniestrada y no éste. Circunstancia de sobra admitida, en la actualidad, por las ya citadas contestaciones vinculantes a consulta evacuadas por la DGT bajo los números de referencia V0285-17 (de 3 de febrero de 2017) y V0435-17 (de 20 de febrero de 2017).

La circunstancia de que Santa Lucía, S.A. sea quien pague materialmente al reparador (mi mandante) por cuenta de su asegurado el importe correspondiente a la reparación llevada a cabo (el que resulta de las facturas), en nada cambia ni transmuta la realidad jurídica. Esto es, que es su cliente/asegurado (titular de la vivienda) quien decide contratar a la empresa sugerida por Santa Lucía, S.A. o a otra distinta que él decida.

La entidad aseguradora únicamente vuelve a actuar, en nombre y por cuenta de sus asegurados, cuando se limita a abonar materialmente el importe de la factura que se expida y en las que se documente la realización de la prestación del servicio contratado. Así resulta del contenido de las facturas que obran en el expediente (como así reconoció el propio TEAR de Andalucía). De ahí la identificación de los dueños de los inmuebles como "destinatarios" de las reparaciones; cuestión que en modo alguno ha sido analizada por el TEAR de Andalucía

Consecuentemente, expuesto lo anterior es evidente que existen, al menos, dos contratos perfectamente diferenciados que deben ser tomados en consideración en este momento al objeto de identificar desde una perspectiva estrictamente jurídica al destinatario de las reparaciones de servicios que se han efectuado por la Sociedad durante los periodos de liquidación objeto de comprobación (todos los periodos de liquidación de los años 2012 y 2013).

\*El primero, el contrato (normalmente verbal, tal y como resulta de los usos y costumbres en el sector para este tipo de reparaciones) de reparación de la vivienda.

Este es un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y típico que se formalizó entre el titular de la vivienda siniestrada (con independencia de que la entidad aseguradora actúe en su nombre y por su cuenta y precisamente por ello) y quien efectúa la misma o presta el servicio en cuestión, esto es, en este caso mi mandante. De dicho contrato nacen obligaciones sinalagmáticas tanto para el titular de la vivienda como para mi mandante (quien repara). Veámoslas.

Mi mandante es deudora de una obligación de hacer, consistente en llevar a cabo una reparación en la vivienda del titular (prestación), a cambio de una contraprestación de naturaleza pecuniaria (obligación de pago) respecto de la cual es, consecuencia de la dinámica contractual, acreedora.

Esta última obligación incumbe al titular de la vivienda reparada por mi mandante y beneficiario único, por tanto, de la prestación (reparación) antes aludida.

Consecuentemente, ambas partes resultan acreedoras y deudoras recíprocas: (i) el titular de la vivienda es acreedor de la obligación de hacer que ha contraído mi mandante (reparación del inmueble) -aunque lo haga a través de tercero que actúa en su nombre y por su cuenta: la entidad aseguradora- y deudor por el pago de la contraprestación acordada; y (ii) mi mandante es acreedora de la citada contraprestación (pago del servicio de reparación) y deudora de la obligación de hacer (reparar la vivienda).

\*El segundo, el contrato de seguro se formaliza entre el titular de la vivienda siniestrada y la entidad aseguradora, no siendo esta última parte en el contrato antes referido de reparación de la vivienda, dado que es una representante que actúa en nombre ajeno (comisionista ex artículo 245 del Código de Comercio).

Y si se atiende a las características propias de este tipo de contratos -de seguro- resulta que es un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y típico, del que nacen obligaciones tanto para el asegurado como para la entidad aseguradora. De dicho contrato no nace obligación o derecho alguno en favor de mi mandante (reparador) como tercero ajeno al mismo.

Así, la entidad aseguradora, a cambio de una contraprestación o prima satisfecha de forma periódica por el titular del inmueble (en este caso la vivienda siniestrada), se compromete a satisfacer al asegurado la indemnización acordada en función de las garantías contratadas, cuando tiene lugar alguno de los siniestros tipificados.

Por tanto, una vez que acaece el siniestro en la vivienda, la compañía aseguradora debe abonarle al asegurado el importe que corresponda en los términos convenidos en el contrato de seguro. Es y debe ser irrelevante que dicho pago de la indemnización se realice al asegurado directamente (reembolsándole los gastos en los que ha incurrido previamente) o mediante el pago de la factura de aquél que ha reparado su vivienda.

Del soporte documental resulta de forma indubitada que los que decidieron la contratación de mi mandante fueron los titulares de las viviendas

Una vez analizada la Resolución, que ahora se impugna, así como las resoluciones con liquidación en última instancia confirmadas, se pone de manifiesto que en modo alguno se comparte el criterio que ha sostenido la Administración tributaria hasta la fecha, en el supuesto que nos ocupa.

Es evidente que mi representada en modo alguno ha prestado a la entidad aseguradora servicios consistentes en la reparación de las viviendas siniestradas de sus asegurados en general, ni durante el año comprobado, en particular. No hay relación directa alguna entre ellas, como bien sostiene, en concreto, esa Sala en la sentencia de Sieman y el TSJ de Asturias. De hecho, no hay documento alguno del que se pueda inferir tal conclusión, como bien puede comprobar esa Sala a la que se dirige este escrito.

No lo hay por una simple razón: no puede haberlo. No se puede documentar lo que no existe. Esta es la conclusión que debió alcanzar la Administración (tanto el órgano de gestión como el TEAR de Andalucía que revisó la legalidad de los actos de liquidación) en el supuesto que nos ocupa.

A modo de inciso, téngase presente una circunstancia muy relevante y que refuerza la tesis anterior: que no hay documento alguno del que pueda inferirse que la aseguradora haya optado frente a sus asegurados (titulares de las viviendas) por la reparación del siniestro. Pues del único documento del que pueden inferirse/analizarse los compromisos de la aseguradora es el contrato de seguro suscrito con cada titular de la vivienda y este ni fue requerido, ni se hubiera podido obtener por mi representada, ni está en el expediente administrativo (porque no lo requirió a terceros la Administración, única que puede hacerlo). Únicamente existen unas facturas expedidas, no a Santa Lucía sino a los titulares de las viviendas siniestradas. Circunstancia de extraordinaria relevancia, pues unido al resto del soporte documental la única conclusión que puede extraerse a este respecto es que la aseguradora no fue destinataria de servicio de reparación alguno. Facturas que, además, han sido analizadas por el TEAR de Andalucía.

Existe, por tanto, un importante soporte documental de cuyo análisis resulta la misma conclusión que la previamente alcanzada. Conclusión que esa misma Sala comparte, a resultas de la Sentencia estimatoria que ha dictado en el asunto de Sieman.

Es decir, de las relaciones jurídicas descritas a lo largo del presente escrito de demanda resulta que la entidad aseguradora no fue nunca la destinataria jurídica de las reparaciones que se contrataron en las viviendas siniestradas de los clientes de mi mandante (reparador).

Es de suma relevancia que se advierta a este respecto la descripción que se hizo de cada uno de los intervinientes en las facturas que se aportaron al órgano de Gestión Tributaria, instructor del procedimiento, y

respecto de las que nada se dice al respecto. Y lo que es aún más relevante: la condición en la que intervenían cada uno de ellos (a resultas de las facturas en las que se indicaba), expresamente asumida, aceptada o convenida.

Adicionalmente, adquiere una relevancia nuclear la existencia de los partes de trabajo, que complementan la información suministrada en las facturas, así como su propio contenido. Partes de trabajo que se aportan en este momento procesal como conjunto documental, bajo la denominación Anexo número 19.

Como puede comprobar esa Sala, en el apartado relativo a las observaciones de los partes de trabajo consta cumplimentado el apartado relativo a la actuación/obra/repación realizada por el reparador. Y consta un detalle mínimo suficiente que permite conocer con precisión el trabajo realizado e incluso que el titular de la vivienda siniestrada/cliente de mi mandante reclame al reparador en el supuesto de que hubiera existido algún problema con el servicio que se le prestó.

Además de que en ellos aparece, la "condición" en la que intervienen cada una de las partes implicadas. Es decir, mi representada como entidad que prestó el servicio y el titular de la vivienda como aquél que decide la contratación de la obra/repación. No aparece en ningún momento en las facturas la entidad aseguradora, que actuará en momento posterior como mediadora en el pago. Esto es, es la entidad aseguradora la que abona materialmente el importe de la reparación, pero lo hace actuando en nombre y por cuenta de los clientes de mi mandante (y asegurados suyos) como forma de instrumentalizar su compromiso indemnizatorio. Así lo concluye esa Sala en su reciente sentencia y el resto de órganos jurisdiccionales.

A la vista de lo expuesto, no hay duda alguna de que se cumplen todos y cada uno de los requisitos que impone esa Sala a los Reparadores de Referencia para la aplicación del tipo impositivo reducido. Y también los que requiere la DGT a través de las últimas contestaciones a consulta invocadas del 2017.

Razón por la cual no hay motivo/razón alguna que permita al TEAR de Andalucía seguir teniendo los prejuicios en los que ha sustentado su Resolución, sin motivo jurídico alguno. Razón por la cual entiende mi representada que debe estimarse la pretensión de mi mandante; máxime si se repara en que esta situación ya ha sido resuelta favorablemente por multitud de órganos jurisdiccionales y administrativos en supuestos idénticos. Y, en particular, por esa misma Sala.

Existe, además, una mención que se consigna en los partes de trabajo (además de las que se incluyen en cada una de las facturas) que no debe ni puede pasar inadvertida, por su extraordinaria relevancia: la relativa al encargo realizado por el Cliente/titular de la vivienda, en la que consta su DNI/NIF y su conformidad con el trabajo realizado.

Las facturas, que constan en los autos y los partes de trabajo, aportados junto con el presente escrito de formalización de demanda, hacen prueba plena no sólo respecto de la identidad de las partes que intervinieron en las reparaciones, sino también de la condición en la que cada una de ellas intervino, de manera que acreditan las relaciones jurídicas existentes entre los intervinientes en la operación descrita; y, por tanto, que los destinatarios de las reparaciones (en consecuencia, los clientes de mi representada) son, cuando así se consigna específicamente en las facturas (y también en los propios partes), cada uno de los dueños de las viviendas. Se insiste: tanto en las facturas que fueron analizadas por la Administración y en los partes de trabajo consta que son los propios dueños de las viviendas quienes firman/prestan su conformidad con la reparación realizada en calidad de cliente que ha contratado el servicio.

- Inexistencia de relación contractual de prestación de servicios entre mi mandante y la entidad aseguradora: la relación de prestación de servicios se da entre el titular de la vivienda y mi representada

Como ya se ha hecho constar en estadios previos ante la Administración tributaria, no existe contrato alguno escrito de prestación de servicios a tal efecto (por la sencilla razón de que no existe prestación de servicios entre entidad aseguradora y entidad reparadora). Y esto es particularmente relevante, pues como puede comprobar esa Sala, el órgano de aplicación de los tributos que regularizó la situación tributaria de mi mandante únicamente motivó la procedencia de aquella sobre la base de un único párrafo, sin aportar, como ya se ha expuesto, motivación fáctica alguna de los motivos por los cuales llega a la conclusión de que la aseguradora fue la destinataria de los servicios.

La sugerencia o propuesta por la entidad aseguradora del profesional que puede reparar los desperfectos, nada tiene que ver con el hecho -se insiste- de que es el titular de la vivienda/asegurado el que debe aceptar quién realizará la reparación; esta decisión entra dentro de la esfera de su libre voluntad; es quien, en definitiva, decide al respecto.

A estos efectos, las facultades de la entidad aseguradora respecto de la proposición/referencia del profesional al asegurado y con cualquier otro elemento del contrato de prestación de servicios (obras de reparación o renovación) serían, a lo sumo, "agencia o administración de los negocios de otro" ( artículo 1.888 del Código Civil ), produciéndose todos los efectos jurídicos y económicos de dicha administración exclusivamente en la esfera jurídica del dueño de dicho negocio (titular de la vivienda/asegurado). Así resulta expresamente de lo establecido en el artículo 1.893 del Código Civil .

La citada responsabilidad de las obligaciones contraídas por el gestor en interés del titular del negocio (titular de la vivienda/asegurado) pone asimismo de manifiesto su derecho a exigir los servicios al profesional o entidad reparadora, con independencia de que el pago de los servicios sea realizado por la entidad aseguradora y gestora,

en su caso, del negocio ajeno. Dicho pago se produce en virtud de las relaciones propias del contrato de seguro entre titular de la vivienda y la entidad aseguradora.

Por tanto, ni la mera intervención de la entidad aseguradora en la "selección" del profesional que lleva a cabo el asegurado, ni tampoco la eventual celebración de un contrato entre la entidad aseguradora y mi mandante, que esta parte reitera en ningún caso consta en el expediente administrativo, permiten atribuir el contrato de servicios y sus efectos a la entidad aseguradora, que no es ni puede considerarse nunca parte del mismo. Tampoco en aquellos supuestos en los que hubiera intervenido en su conclusión como gestor de los negocios de otro.

En este sentido, hay que destacar que, en cualquier caso, el cierre del siniestro como consecuencia del servicio prestado por el profesional o entidad reparadora presupone una ratificación por hechos concluyentes de la gestión de la entidad aseguradora en favor del titular de la vivienda/asegurado (dueño del negocio). Dicha ratificación produce, ex lege ( artículo 1.892 del Código Civil ), "los efectos del mandato expreso".

No es cierto, por tanto, que la entidad aseguradora pueda exigir a la entidad reparadora "el cumplimiento de la obligación resultante del contrato suscrito entre ambas", pues debido a la ratificación por parte del titular de la vivienda, la entidad aseguradora nunca obra en su propio nombre, ni podría entenderse que lo hace -como consecuencia de lo establecido en el artículo 1.717 del Código Civil - en relación con las cosas propias del mandante.

No sólo no consta que la entidad aseguradora se hubiera obligado en su propio nombre en el contrato de prestación servicios (como hemos reiterado el mismo no consta en el expediente), sino que resulta evidente, por todas las circunstancias concurrentes, que cualquier actuación por su parte se produce relativa a bienes o negocios ajenos, pues las viviendas en las que se llevan a cabo los servicios de reparación o renovación por parte de mi representada o cualquier entidad reparadora son de titularidad ajena.

A mayor abundamiento, esta conclusión resulta también avalada por una interpretación objetiva en el ámbito del IVA, pues carece por completo de sentido que el tratamiento a efectos tributarios (tipo impositivo aplicable) de los servicios de reparación prestados en una vivienda dependa de que los mismos se encuentren o no asegurados o de que un tercero (entidad aseguradora) pueda llevar a cabo su pago con arreglo a lo estipulado en el artículo 1.158 del Código Civil (artículo que regula la figura de pago por cuenta de tercero). En todos los casos se está en presencia de prestaciones de servicios cuyo destinatario es una persona física, que utiliza la vivienda a que se refieren las obras para su uso particular.

A estos efectos, el principio de neutralidad fiscal, que debe respetarse al interpretar la normativa del IVA ( Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2001, asunto C-108/99 , apartado 30), considera que en estos casos, con arreglo a la realidad comercial subyacente, el destinatario del servicio es aquel que lo recibe como consecuencia de la utilización de una vivienda para su uso particular, al margen y con independencia de que el coste del mismo sea o no objeto de un contrato de seguro.

-Con arreglo a la normativa del IVA no cabe considerar como destinatario de las prestaciones de servicios a aquel a quien no haya sido repercutido dicho impuesto ni ha sido considerado repercutido en vía de comprobación

El acto recurrido considera que el destinatario de las prestaciones de servicios ha sido la entidad aseguradora y no el titular de la vivienda/asegurado, pero los mismos no han dado lugar a la modificación del obligado tributario a soportar la repercusión ( artículo 35.2 g) de la LGT ).

Mi mandante consideró, por las razones indicadas, que los destinatarios de los servicios eran los titulares de las viviendas afectadas por las reparaciones y, como resulta de sus propias alegaciones que reproduce parcialmente el TEAR de Andalucía, facturó y repercutió el IVA a dichos titulares, sin que tales repercusiones hayan sido modificadas en el sentido de considerar obligado a soportar la repercusión a la entidad aseguradora.

El artículo 88 de la LIVA considera que la condición de destinatario de la operación y repercutido son legalmente coincidentes sin posibilidad alguna de separación y/o de que se considere destinatario de la operación a quien no ha tenido ni tiene la condición de repercutido

Por tanto, la Administración tributaria, para poder entender que la entidad aseguradora es la destinataria de las prestaciones de servicios consistentes en las obras de reparación/renovación en las viviendas titularidad de las personas físicas/asegurados y corregir el tipo impositivo aplicado, debería haber rectificado la condición de "repercutidos" de los titulares de las viviendas y considerado, a todos los efectos, como "repercutido" a la entidad aseguradora, mediante sus distintos actos administrativos.

Dicha corrección no se ha producido nunca ni consta tampoco en el expediente administrativo que por parte de la Administración tributaria haya actuación alguna a este respecto, por lo que resulta totalmente contradictorio a la normativa tributaria aplicable que los actos recurridos pretendan que el destinatario de las prestaciones de servicios es alguien a quien no se ha repercutido el IVA y respecto del cual no se ha tenido en cuenta dicho IVA repercutido en modo alguno. Es decir, ello demuestra la actuación incoherente de la Administración.

Dicha cuestión debe plantearse no sólo en relación con el incremento de la cuota repercutida por los actos recurridos ( artículo 89 de la LIVA ), sino también con la circunstancia de que las cuotas repercutidas a los titulares de las viviendas, que no son sujetos pasivos del IVA, no se han imputado en modo alguno a la entidad aseguradora que según los actos recurridos es la destinataria del servicio, y que es, además, un sujeto pasivo a efectos del IVA.

A estos efectos, no puede considerarse destinatario de la operación, con el único fin de exigirle una cuota del IVA superior, a quien ni ha sido repercutido en la facturación de los servicios prestados ni tampoco ha sido considerado como tal en los actos administrativos de regularización; es decir a la entidad aseguradora.

La condición de destinatario de las operaciones y repercutido es un elemento de la obligación tributaria que no puede ni debe ser alterado por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración tributaria, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas ( artículo 17.4 de la LGT ).

Consecuentemente, la regularización de las cuotas del IVA repercutidas a mi mandante por considerar destinataria de las prestaciones de servicios a la entidad aseguradora y no a los titulares de las viviendas debería haber dado lugar a la atribución, a todos los efectos, de la condición de repercutido a dicha entidad aseguradora, circunstancia que -se insiste ad nauseam- no se ha producido ni consta en modo alguno en el expediente administrativo. Debido a la identidad legal de la condición de destinatario de las prestaciones de servicios y repercutido, los actos recurridos no pueden pretender que la entidad aseguradora (que no ha sido repercutido a ningún efecto) sea legalmente considerada la destinataria de las prestaciones de servicios.

En conclusión, solo los titulares de las viviendas en las que se llevaron a cabo las reparaciones y soportaron como repercutidos el IVA girado en las facturas pueden considerarse destinatarios de las operaciones gravadas correctamente a tipo reducido, por referirse las mismas a obras de reparación realizadas en viviendas de personas físicas, que no actuaban como empresario o particular, y que utilizaban la vivienda para su uso particular. Y no se olvide que la condición legal de obligado a soportar la repercusión ( artículo 35.1.g) de la LGT ) no solo es indisponible para las partes, sino también para la propia Administración tributaria.

-Las conclusiones anteriormente expuestas se ven respaldadas por el principio de neutralidad que debe presidir la aplicación del IVA y que conduciría a que el tipo reducido fuese aplicable en el supuesto de que el servicio hubiese sido contratado por la entidad aseguradora

En el ámbito del IVA es principio esencial el de "neutralidad fiscal" que debe respetarse al aplicar la normativa del citado impuesto (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2001, asunto C-108/99 , apartados 30 y 33). En la misma línea, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con dicho principio fundamental, citamos, por todas, las sentencias de fecha 28 de septiembre de 2010, Recurso No 549/2006 y de fecha 24 de febrero de 2011, Recurso No 2247/2006 .

Con arreglo a tal principio carece por completo de sentido que el tratamiento a efectos tributarios (tipo impositivo aplicable) de los servicios de reparación prestados en una vivienda particular dependa de que los mismos se encuentren o no asegurados o de que un tercero (entidad aseguradora) pueda llevar a cabo su pago con arreglo a lo estipulado en el artículo 1.158 del Código Civil (artículo que regula la figura de pago por cuenta de tercero). En todos los casos se está en presencia de prestaciones de servicios de reparación de viviendas que en cada caso una persona física utiliza para su uso particular.

Consecuentemente, desde esta perspectiva es y debe ser absolutamente irrelevante a estos efectos cualquier otro requisito adicional que pudiera concurrir, así como también otros motivos o razones jurídicas en virtud de los cuales se lleve a cabo dicha reparación. De tal suerte que cualquier reparación efectuada en una edificación cuyo uso es el de vivienda particular debe estar sujeta a gravamen al tipo impositivo reducido del IVA.

El principio de neutralidad del IVA quedaría totalmente frustrado si el tipo impositivo a aplicar por la realización de una misma operación consistente en la reparación de una vivienda particular fuera distinto en función de quien contratase la operación o quien abonase materialmente la reparación. Sin embargo, esta es la conclusión de la Oficina de Gestión Tributaria, que ha sido avalada por la Resolución que es objeto de este recurso.

Es decir, que al amparo de dicho principio debe garantizarse en todo caso que la tributación en este Impuesto de esta operación es siempre la misma, sin perjuicio de quienes intervengan en su contratación y/o pago.

- De conformidad con la normativa comunitaria, que se incorpora a la normativa nacional en el artículo 91 de la LIVA -que debe regir la interpretación del precepto legal-, resulta que a los servicios objeto del presente proceso se les debe resultar de aplicación el tipo del IVA reducido (10 %) con absoluta independencia de quien los contrate, siempre que se trate de operaciones de la naturaleza descrita. la norma legal nacional debe ser interpretada con arreglo al derecho comunitario aunque abordemos esta cuestión en el último Fundamento de Derecho de este escrito de demanda, no por ello resulta menos relevante, sino del máximo interés, como entendemos que apreciará esa Sala.

Aun cuando sea de sobra conocido, por sistemática en la exposición interesa a mi mandante recordar en este momento procesal que el IVA es un tributo armonizado en toda la Unión Europea ("UE"). Circunstancia que para la resolución de este recurso tiene una especial trascendencia, como se expondrá a continuación.

Consecuentemente, luce en este ámbito, con particularidad intensidad, el efecto directo de las directivas, siempre que concurren los presupuestos para su invocación (a saber, que las disposiciones de la directiva invocada sean claras precisas e incondicionales) y la necesidad de que los órganos internos de los Estados (incluidos los Tribunales de justicia) realicen una interpretación del Derecho nacional conforme con el Derecho de la Unión (por efecto natural de la primacía del derecho comunitario), tal y como tiene establecido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y ha sido asumido, como es obligado, por los Tribunales nacionales, incluidos los Tribunales españoles. Sirva como ejemplo de esta práctica consagrada el hecho de que el Tribunal Supremo ha



invocado en ocasiones una directiva como criterio de interpretación de una norma nacional, apoyándose para ello en el artículo 3.1 del Código Civil (se cita, por todas, la sentencia de 23 de julio de 1993 ).

Centrando la atención en el supuesto concreto, consistente en la determinación del tipo impositivo del IVA aplicable a las prestaciones de servicios efectuadas por esta parte, consistentes en las ejecuciones de obra relativas a la renovación y reparación realizadas en edificios o partes de los mismos destinados a viviendas ( artículo 91.2 10o de la LIVA ), es necesario que se analice, aunque sea de forma sintética y esquemática, lo que prevé la Directiva IVA a este respecto, dado que la norma nacional se dirige precisamente, en cuanto ahora interesa, a incorporar al derecho interno el contenido de la citada Directiva. En concreto, lo que se establece en el artículo 98.1 y 2 de la Directiva IVA es lo siguiente: (...)

Obsérvese que la Directiva no distingue. Aplica el tipo reducido siempre que se trate de reparaciones en viviendas particulares sin distinguir quién las realiza o contrata. Y, como bien conoce esa Sala a la que se dirige este escrito con arreglo a la Teoría General y Principios Generales del Derecho donde la Ley no distingue no cabe hacer distinciones. Es innegable, por tanto, que el legislador comunitario condiciona la aplicación del tipo impositivo reducido al cumplimiento de un único requisito, claro y evidente: que las operaciones de renovación y reparación se efectúen en viviendas particulares. Nada más.

Es, por tanto, muy relevante que se advierta que en modo alguno exige el cumplimiento de requisitos adicionales a los que condicionar su aplicación, tales como el destinatario jurídico de la operación. No incluye previsión alguna respecto de quién sea el destinatario de la operación; esto es, quién realiza la contratación de mi mandante.

Consecuentemente, es con arreglo a la citada Directiva ( artículo 98 y al Anexo III) conforme a la cual ha de hacerse cualquier interpretación ajustada a Derecho de la normativa interna. En particular, del artículo 91.2 10o de la LIVA . Pues es evidente que una vez que el Estado miembro hace uso de la facultad concedida por la Directiva (en su artículo 98), como sucede en el supuesto que nos ocupa, para delimitar el ámbito de la aplicación del tipo impositivo reducido, ha de hacerse respetando en todo momento el mandato del legislador comunitario, debido a su primacía sobre el Derecho nacional. Máxime cuando en este caso no ha dejado margen a los Estados miembros, sino que establece de forma clara cómo debe aplicarse el tipo impositivo reducido

En caso contrario, si se suscita alguna controversia, como la que ahora se plantea en este recurso, los contribuyentes, como mi mandante, pueden solicitar la aplicación de la Directiva IVA como consecuencia del efecto directo vertical y la primacía de la normativa comunitaria, toda vez que de la disposición contenida en el Anexo III, por remisión del artículo 98 de la citada Directiva, resulta un derecho para la Comunidad de bienes y dicha disposición es clara, precisa e incondicional.

Como bien conoce esa Sala, si se tiene en cuenta el efecto directo vertical del Derecho comunitario, las disposiciones comunitarias como la contenida en el Anexo III, por remisión del artículo 98 de la Directiva IVA , ha de resultar de plena aplicación para en el supuesto que nos ocupa, siempre que pueda suscitarse controversia o conflicto entre la normativa nacional y la referida disposición comunitaria. Efecto directo vertical que trae causa del principio de primacía del Derecho de la Unión. Todo ello no es sino lógica consecuencia de la primacía del derecho comunitario, que no puede desnaturalizarse a través de normas internas que entren en contradicción o conflicto con las previsiones comunitarias.

Pues bien, centrando la cuestión en la controversia que se suscita en el presente recurso y, por tanto, en el tipo impositivo del IVA que mi mandante debió repercutir a los destinatarios de las prestaciones de servicios consistentes en reparaciones de viviendas particulares, considera esta parte que atendiendo a tales principios (efecto directo de la Directiva IVA y primacía del Derecho de la Unión) cualquier interpretación de la normativa nacional (en concreto, la del artículo 91.2 10o de la LIVA ) debe hacerse necesariamente conforme a la normativa comunitaria o Derecho de la Unión. Así lo tienen sentando tanto los órganos jurisdiccionales como la doctrina más cualificada. Obligación que no sólo incumbe al juez nacional, sino que debió recaer en todos los órganos encargados de la aplicación de los tributos y de la revisión del acto administrativo impugnado, en tanto que Administración pública ( sentencia del TJUE, asunto C-103/88, de 22 de junio de 1989 ) y que, sin embargo, es obvio que no han cumplido.

El propósito que se persigue con el principio de "interpretación conforme" no es otro que el de garantizar a los contribuyentes de un determinado Estado miembro que el Derecho nacional se interpreta conforme al Derecho comunitario, de acuerdo con el principio de primacía de éste, y sin que tenga que llegarse a la solución extrema de inaplicar el Derecho nacional incompatible (aunque sin duda los Tribunales nacionales deben inaplicar incluso una norma con rango de ley cuando observen que está en contradicción o conflicto con el derecho comunitario). Solución que, al mismo tiempo, ofrece seguridad jurídica a los contribuyentes, quienes ven salvaguardados los derechos que les otorga o reconoce el legislador comunitario.

Lo anterior comporta indefectiblemente que en el supuesto que nos ocupa la única interpretación que cabe hacer del artículo controvertido (el artículo 91.2 10o de la LIVA ) debe ser acorde y respetar el mandato del legislador comunitario.

Ello implica que no pueda exigirse o condicionarse por un órgano de aplicación de los tributos el cumplimiento de un requisito adicional al que prevé el legislador comunitario en el apartado 10 del Anexo III de la Directiva, para la aplicación del tipo impositivo reducido en las reparaciones de viviendas particulares.

Dicho de otra forma, que aun cuando se concluyera (escenario que no se comparte ni asume) que quien contrató al reparador para que prestara sus servicios en viviendas particulares hubiese sido, durante los años 2012 y 2013, la entidad aseguradora, en la medida en que los bienes reparados por esta parte fueron siempre y en todo caso viviendas particulares (algo que no es objeto de controversia), una interpretación del citado artículo 91 conforme a la Directiva IVA determina, necesariamente, que el tipo impositivo del IVA que se repercutió fue el correcto (es decir, el tipo reducido).

Por tanto, el Tribunal puede y debe:

Interpretar el derecho nacional conforme al contenido del derecho comunitario; en este caso las previsiones de la LIVA debe interpretarlas de acuerdo con el contenido de la Directiva (apartado 10 del Anexo III de la Directiva, por remisión del artículo 98 de dicho texto comunitario).

En caso de que observe un conflicto entre el derecho nacional y el comunitario que no sea resoluble a través de la interpretación (aunque consideramos que en este caso es perfectamente resoluble a través de la interpretación aludida en el inciso anterior), el Tribunal nacional debe inaplicar la Ley interna incompatible con el derecho comunitario.

Y finalmente, si esa Sala tuviera una duda razonable que no pudiera solventarse a través de alguno de los mecanismos señalados en los dos incisos anteriores, debe plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante los órganos jurisdiccionales competentes de la UE.

Consecuentemente, desde esta perspectiva es y debe ser absolutamente irrelevante a estos efectos cualquier otro requisito adicional que pudiera concurrir, así como también otros motivos o razones jurídicas en virtud de los cuales se lleve a cabo dicha reparación. De tal suerte que cualquier reparación efectuada en una edificación cuyo uso es el de vivienda particular debe estar sujeta a gravamen al tipo impositivo reducido del IV A.

### Tercero.

La defensa de la Administración opone, en síntesis:

-Se niegan todos y cada uno de los hechos de la demanda, en tanto en cuanto se opongan, nieguen o no coincidan exactamente con los derivados del expediente administrativo.

-La cuestión controvertida radica en el tipo impositivo aplicable a la prestación de servicios realizada por la entidad hoy demandante y que generó la consiguiente cuota de IVA repercutido, entendiéndose que resulta de aplicación el tipo reducido del 10% ex art. 91.Uno.2.10º de la Ley del IVA .

Como pone de relieve la resolución económico-administrativa recurrida, el concepto de destinatario del servicio es crucial para determinar la aplicación del tipo general o del tipo reducido y ello por cuanto que la demandante aboga el tipo reducido con fundamento en las características subjetivas del perceptor de los servicios y no en características objetivas de éstos.

En efecto, el requisito cuya concurrencia se discute es el previsto en la letra a) del citado precepto, el cual establece lo siguiente

" Se aplicará el tipo del 10 por ciento a las operaciones siguientes:

2. Las prestaciones de servicios siguientes:

10 Las ejecuciones de obra de renovación y reparación realizadas en edificios o partes de los mismos destinados a viviendas, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el destinatario sea persona física, no actúe como empresario o profesional y utilice la vivienda a que se refieren las obras para su uso particular.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, también se comprenderán en este número las citadas ejecuciones de obra cuando su destinatario sea una comunidad de propietarios.

b) Que la construcción o rehabilitación de la vivienda a que se refieren las obras haya concluido al menos dos años antes del inicio de estas últimas.

c) Que la persona que realice las obras no aporte materiales para su ejecución o, en el caso de que los aporte, su coste no exceda del 40 por ciento de la base imponible de la operación ."

En el presente caso, la ejecución de la obra se enmarca, a su vez, en la ejecución de las obligaciones que le corresponden a la entidad SANTA LUCÍA como aseguradora en el contrato de seguro suscrito con los propietarios del inmueble una vez acaecido el siniestro contemplado en el mismo. No consta aportado ni el contrato de seguro ni la póliza correspondiente.

Conforme al art. 18 de la Ley del Contrato de Seguro el asegurador, ocurrido el siniestro, está obligado a cumplir su prestación satisfaciendo al asegurado la indemnización en función de las cláusulas y circunstancias de la póliza. En este punto es preciso destacar que el importe de la indemnización no tiene porque coincidir con el importe de los daños sufridos, puesto que puede darse la situación de infraseguro, en el caso de que la suma asegurada sea inferior al valor del interés ( art. 30 de la Ley del Contrato de Seguro ).

No obstante, con carácter subsidiario de lo anterior, cabe asimismo la restitutio in integrum en virtud de la cual se le faculta al asegurador "sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado" tal y como se desprende del párrafo segundo del citado precepto.

La elección de una u otra forma de cumplimiento de la prestación por parte de la entidad aseguradora constituye una cuestión de vital importancia en el caso que aquí nos ocupa.

En efecto, en los casos en que la entidad aseguradora satisface al asegurado una indemnización de daños y perjuicios, éste último resulta compensado en metálico del daño producido de forma que desde que se produce el abono de la indemnización queda la aseguradora liberada de su obligación. En este caso, queda a voluntad del asegurado la decisión de destinar la cantidad de dinero percibido a sufragar los costes necesarios para reparar el perjuicio patrimonial sufrido o destinar dicho importe a la finalidad que tenga por conveniente. Así, en el supuesto de que decida invertir la indemnización percibida a reparar el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia del siniestro, será el propio asegurado quien aparezca como destinatario de los servicios que contrate para obtener aquella reparación.

Sin embargo, en los casos en que el modo de cumplir la prestación por parte de la entidad aseguradora sea la restitutio in integrum, el cumplimiento de sus obligaciones solo se produce a partir del momento en que pone a disposición del asegurado el bien en el estado en que se encontraba en el momento inmediatamente anterior al de la producción del daño o, en su defecto, y en caso de resultar imposible lo anterior, un bien de análogas características. Por ello, en el caso de que afronte la reparación del bien y, en la medida de que lo hace en cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato de seguro, es la propia entidad aseguradora la destinataria de los servicios que resulten necesarios contratar para alcanzar dicha finalidad.

La diferencia entre uno u otro escenario en lo que se refiere al tipo impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido es esencial, pues solo en el primer caso, y siempre que el asegurado sea una persona física, es de aplicación el tipo impositivo reducido al amparo del art. 91.Uno.Dos.10º de la Ley del IVA, mientras que en el segundo caso, es de aplicación el tipo general.

En el caso que aquí nos ocupa, debemos, por tanto, calificar el modo en que la entidad aseguradora ha cumplido con su obligación principal. A juicio de esta representación, no cabe duda alguna de que la forma de cumplimiento ha sido la prevista en el párrafo segundo del art. 18 de la Ley del Contrato de Seguro.

Ante todo rige lo dispuesto en el art. 13 de la Ley General Tributaria a cuyo tenor:

" Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez ." Así, con independencia de la forma y denominación que las partes hayan pretendido dar a los hechos de los que se desprende la obligación tributaria, ésta debe de tributar conforme a su verdadera naturaleza.

La extensa demanda presentada por la demandante califica el pago realizado por la entidad aseguradora a favor del prestador de los servicios como el pago hecho por un tercero, invocando, para defender esta postura, el art. 1158 del Código Civil.

Sin embargo, a pesar de que la factura aparezca formalmente dirigida al asegurado y a pesar de que en la misma aparezca formalmente como "pagador por reembolso" la entidad SANTA LUCÍA SA, ello no es óbice para que la calificación jurídica del modo de cumplir sus obligaciones por parte de la entidad aseguradora sea distinto al que las partes, voluntaria o involuntariamente, han aparentado.

Así, SANTA LUCÍA SA en relación a los servicios realizados no puede considerarse en ningún caso un tercero, sino todo lo contrario, es destinatario de los mismos y deudor del importe de su coste y ello se desprende de su posición contractual en el contrato de seguro correspondiente.

En el presente caso, no cabe concluir, tal y como hace la parte actora, que la entidad aseguradora haya procedido a cumplir con la prestación en la modalidad de pago de indemnización de daños y perjuicios, por cuanto que de los hechos de deriva precisamente lo contrario, es decir, que SANTA LUCÍA SA, procede a cumplir su obligación en la modalidad de restitutio in integrum.

En efecto, el art. 18 de la Ley del Contrato de Seguro comienza señalando que

"( E)l asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo..." Así, el cumplimiento de la prestación mediante el pago de una indemnización exige que ésta se satisfaga al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro, no siendo posible, como se nos pretende hacer creer aquí, que la indemnización de daños y perjuicios se satisfaga ex post, una vez realizados los trabajos de reparación, y pagando la "indemnización" contra la factura que emite el propio reparador.

Para que jurídicamente pudiésemos considerar que SANTA LUCÍA ha cumplido con su prestación en la modalidad de pago de una indemnización sería preciso que se hubieran aportado las investigaciones y peritaciones que hubiesen permitido, primero, determinar la existencia del siniestro y, segundo, valorar los daños producidos de forma que inmediatamente después de esclarecer ambas cuestiones hubiese procedido al abono de la

indemnización quedando libre de su obligación. Sin embargo, nada existe previo al pago de la factura por parte de la entidad aseguradora, ni un presupuesto de obra, ni un informe pericial ni nada parecido.

Por todo ello, la calificación jurídica de los hechos que han permitido a la entidad aseguradora dar cumplimiento a las obligaciones que se derivan de su posición contractual no puede ser otra que la de encontrarnos ante una restitutio in integrum. En efecto, en el momento en que se produce la reparación del bien, la entidad aseguradora no ha satisfecho indemnización alguna al asegurado. Las reparaciones se producen porque su finalidad es que la entidad aseguradora pueda cumplir con su obligación de poner a disposición del asegurado el bien objeto del contrato en un estado igual al del momento inmediatamente anterior a aquél en que se produjo el daño y eso equivale a cumplir la obligación en la modalidad de reparar el objeto siniestrado, con independencia del nombre que las partes le hayan querido dar a estos hechos.

Así las cosas, el entidad reparadora ha prestado sus servicios a favor de la entidad asegurada (que además es quien le ha pagado) para que a su vez ésta pueda cumplir para con el asegurado las obligaciones que se derivan del contrato de seguro suscrito con este último. Cualquier otra calificación de los hechos supone alterar el normal desenvolvimiento y estructura de las obligaciones que se desprenden del contrato de seguro con la consiguiente distorsión de las consecuencias jurídico-tributarias de las mismas, lo que en este caso se traduce en gravar con un tipo impositivo menor al que corresponde al servicio prestado alterando, en definitiva, la finalidad de la política fiscal que inspira la aplicación de unos tipos u otros en el IVA en función de las características objetivas y/o subjetivas que rodean la entrega y prestación de determinados bienes y servicios.

#### Cuarto.

La cuestión controvertida radica en el tipo impositivo aplicable a la prestación de servicios realizada por la entidad hoy demandante y que generó cuota de IVA repercutido, entendiéndose la recurrente que resulta de aplicación el tipo reducido del 10% ex art. 91.Uno.2.10º de la Ley del IVA, por haber prestado sus servicios al asegurado que sufrió el siniestro, y no a la aseguradora, por lo que está cumplió con el contrato de seguro en la modalidad de pago de indemnización de daños y perjuicios.

Por el contrario la Administración considera que la aseguradora, SANTA LUCÍA SA, cumplió su obligación en la modalidad de restitutio in integrum, puesto que la ahora recurrente ha prestado sus servicios a favor de la entidad asegurada, que la pagadora, para que a su vez ésta pueda cumplir para con el asegurado las obligaciones que se derivan del contrato de seguro suscrito con este último, con los que es de aplicación el tipo general del IVA.

El artículo 91 de la Ley 37/1992, establece el tipo impositivo a aplicar en atención de las circunstancias de las ejecuciones de obra de renovación y reparación realizadas en edificios o partes de los mismos destinados a viviendas, estableciendo el tipo reducido para cuando se cumplan los siguientes requisitos:

"a) Que el destinatario sea persona física, no actúe como empresario o profesional y utilice la vivienda a que se refieren las obras para su uso particular".

El hecho de tener en cuenta la condición del destinatario de los servicios viene impuesta por la Directiva 2006/112/CE que restringe la aplicación de este tipo impositivo reducido a las obras realizadas en "viviendas particulares" y la Ley 37/1992 traspone dicha disposición estableciendo que el destinatario sea una "persona física", en definitiva, que el destinatario de la prestación de servicios no tenga la condición de empresario o profesional.

En cuanto a la interpretación de la condición del destinatario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es reiterada en que la aplicación de tipos reducidos debe interpretarse de forma estricta pues no dejan de ser excepciones a la aplicación del tipo general del Impuesto. En este sentido citar diversas sentencias como el Asunto C-360/11, Comisión contra España, apartado 18, o el asunto C-41/09, Comisión contra Países Bajos, apartado 58.

El artículo 18 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro, prevé dos sistemas de resarcimiento en caso de siniestro. El primero de ellos consiste en el abono de una indemnización por las aseguradoras una vez realizadas las peritaciones oportunas. En dicho supuesto no existen dudas en cuanto al destinatario del servicio de reparación, pues es el asegurado quien contrata con la empresa de reparaciones y posteriormente, en los plazos fijados, se le resarce de los daños ocasionados. En este caso, el destinatario real de las citadas operaciones es el asegurado, destinatario que usa la vivienda para uso particular o la comunidad de propietarios, tributando al tipo impositivo reducido las ejecuciones de obra de reparación, en las que concurren todos y cada uno de los requisitos enumerados en la Ley 37/1992. En este supuesto, en la factura debe identificarse al asegurado, persona física o comunidad de propietarios, destinataria del servicio, con independencia, en cualquier caso, de quién sea la persona o entidad que efectúe el pago material de los mismos.

Lo establecido en el párrafo anterior no queda desvirtuado por el hecho de que la entidad aseguradora facilite a los asegurados su comunicación con las plataformas de gestión de siniestros y que estas últimas puedan recomendar al asegurado la contratación de la reparación con determinadas empresas dedicadas a efectuar estas reparaciones a favor del asegurado, obteniendo, en su caso una comisión de las mismas, en el caso que el asegurado opte por encargar la reparación a estas empresas por el servicio que la consultante les presta de captación

de clientes. Tampoco será determinante para la aplicación del tipo impositivo reducido, el hecho de que las entidades aseguradoras establezcan sistemas de control de calidad de los servicios que le suministran las plataformas de gestión de siniestros y, en su caso, incentivos o penalizaciones en función de los mismos.

No obstante, la aplicación del tipo reducido no se extenderá a los supuestos en que las plataformas de gestión de siniestros se obliguen a garantizar las reparaciones a las entidades aseguradoras o a obligarse frente a las aseguradoras a asumir que las reparaciones se efectúan en determinadas condiciones y precios fijados por las entidades aseguradoras, pues en tales casos el destinatario real de dichos contratos sería la entidad aseguradora y no la persona física o comunidad de propietarios.

El segundo sistema prevé la posibilidad de que el asegurado consienta en sustituir la indemnización por la reparación o reposición del objeto siniestrado. Esta situación debe entenderse equivalente cuando de la propia póliza de seguro se desprenda que la prestación comprometida es exclusivamente la reparación o reposición del objeto dañado. Sobre esta posibilidad se ha manifestado la Audiencia Nacional que, en su sentencia de 24 de febrero de 2014, Recurso contencioso-administrativo núm. 737/2012, dice:

"Deviene así fundamental averiguar quién es realmente el destinatario de los servicios y en el presente caso habremos de atender a lo dispuesto en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que en su artículo 20 regula las dos formas en que el asegurador puede satisfacer al asegurado la indemnización caso de siniestro mediante o bien la oportuna reparación del daño o indemnizando su importe en metálico o cuando el asegurado lo consienta, sustituyendo el pago de la indemnización por la reparación o reposición del objeto siniestrado. Así, tal y como correctamente pone de relieve el Abogado del Estado, cuando el asegurador opte por realizar los servicios de reparación habrá de ser considerado el destinatario de los mismos mientras que, por el contrario, si el asegurador se limita a indemnizar al asegurado en los gastos que éste incurre por reparar habrá de entenderse que el destinatario de los servicios es el asegurado y no el asegurador."

Ese mismo criterio ha sido reiterado también por el Tribunal Económico-Administrativo Central, en diversas resoluciones, como la Resolución de 25 septiembre 2018, JT 2018\836, resolución 03150/2018/00/00, que resolviendo recurso extraordinario de alzada, con cita de otras muchas así como de sentencias del TSJA - la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de marzo de 2017, Rec. nº 297/2016; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de febrero de 2017, Rec. nº 531/2015- y resoluciones de los diversos TEAR, unificando criterio dice:

" 1 La determinación del tipo impositivo, general o reducido, aplicable a las obras de reparación realizadas en edificios o partes de los mismos destinados a viviendas por la empresa de reparaciones exige analizar previamente quién es el destinatario de tales obras, si la persona física que utiliza la vivienda para su uso particular o si la compañía aseguradora. Cuando el destinatario sea la persona física el tipo impositivo será el reducido siempre que se cumplan los restantes requisitos previstos en el artículo 91.Uno.2.10º de la Ley 37/1992 (RCL 1992, 2786y RCL 1993, 401). Cuando el destinatario sea la compañía aseguradora el tipo será el general.

2 Será destinataria de las obras de reparación la persona física que utiliza la vivienda para su uso particular cuando el modo de rescaramiento resultante de la póliza de seguro sea el pago de una indemnización por la compañía aseguradora una vez realizadas las peritaciones oportunas. En este caso es el asegurado quien contrata en su propio nombre con la empresa de reparaciones y quien está obligado a efectuar el pago de la contraprestación de los servicios de reparación, con independencia de quién sea la persona o entidad que efectúe el pago material de los mismos, si el propio asegurado, al que se le indemnizará por la compañía de seguros en los plazos estipulados, o si la propia empresa aseguradora tras la autorización por el asegurado del cobro de la indemnización directamente por la empresa de reparaciones. En la factura habrá de identificarse al asegurado destinatario del servicio, sin perjuicio de que, en su caso, se haga constar también a la entidad aseguradora como pagadora por reembolso. No se opone a la consideración como destinatario del asegurado el hecho de que la compañía de seguros facilite a éste la contratación de la reparación con determinadas empresas del sector a través de plataformas de gestión de siniestros obteniendo de ellas una comisión por captación de clientes ni el hecho de que las entidades aseguradoras establezcan sistemas de control de calidad de los servicios suministrados a través de dichas plataformas y, en su caso, incentivos o penalizaciones por los mismos.

3 Será destinataria de las obras de reparación la compañía aseguradora cuando se sustituya la indemnización por la reparación o reposición del objeto siniestrado. Ello exige que el asegurado consienta dicha sustitución o que de la propia póliza de seguro se infiera que la prestación comprometida es exclusivamente la reparación o reposición del objeto dañado. En este caso es la compañía aseguradora la que contrata con la empresa de reparaciones, la que está obligada a efectuar el pago, la que paga materialmente y la destinataria de los servicios de reparación. En la factura habrá de identificarse a la entidad de seguros."

## Quinto.

En definitiva la cuestión litigiosa se reduce a aplicar la referida doctrina a los hechos que en autos se acrediten. Al caso, como el planteado y resuelto en la referida sentencia del TSJ de Asturias, existen varios

siniestros en relación con el seguro del hogar que los prestatarios de los servicios realizados por la recurrente tenían asegurados con una determinada empresa aseguradora, Santa Lucía S.A..

Las pruebas que constan en autos son las facturas expedidas por a recurrente, todas sobre reparaciones de cristalería, que ya constaban en el expediente administrativo, en las que se especifica el destinatario de la reparación, que en ninguna es la compañía de seguros, que si viene designada como entidad pagadora de deuda ajena.

En sede judicial son aportados, con la demanda, como anexo 19, partes de trabajo firmados por los titulares de local donde se producen los siniestros, que prestan su conformidad con la prestación realizada por la recurrente "como clientes que encargaron" la misma, e indicación de no precisar peritación.

No son aportadas las correspondiente pólizas, pero la recurrente no era parte de las mismas, y los órganos de gestión no requirieron a la compañía aseguradora para que las aportara. En su lugar la recurrente aporta con la demanda certificaciones expedidas por Santalucía S.A., de 14/02/18 y de 20/05/18, sobre que las pólizas de seguro de hogar de autos son idénticas a otras, en que fue aplicado el tipo reducido del IVA al plantarse cuestión ante los TEAR o TSJ, además de indicar que ella no contrató los servicios, limitándose a realizar el pago por sus asegurados.

Conjunto de pruebas que a juicio de esta Sala acreditan que las reparaciones realizadas por la ahora recurrente fueron encargadas a esta por los asegurados que sufrieron los siniestros, y no por la aseguradora, por lo que es de aplicación el tipo reducido. Conclusión a la que también llegó este Tribunal, en su Sala de Sevilla, en asunto similar, resuelto en sentencia de 2 de mayo de 2018, recuse numero 3/2017

#### **Sexto.**

La estimación del recurso, implicaría que procedería la condena en costas a la parte recurrida, sin embargo, existiendo en la tramitación administrativa serias dudas de hecho, que sólo han sido disipadas con la aportación ante esta Sala por la recurrente de documental, que la Administración no tuvo oportunidad de valorar, no procede la imposición, conforme al art. 139.1 Ley 29/98 , en redacción dada por Ley 37/11.

### **FALLAMOS**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

#### **Primero.**

Estimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de DCRISTAL ALUSISTEM, S.L., declarar no conformes a derecho, nulas y sin efecto, tanto la derecho la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, Sala de Málaga, de a 5/05/17, que desestima las reclamaciones económico-administrativas con números de referencia R.G.: 29/01709/2016 y 29/1715/2016 acumuladas, como las liquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido que la misma confirma, correspondientes al segundo, tercer y cuarto trimestre del año 2012 y a la totalidad de los periodos de liquidación del año 2013.

#### **Segundo.**

Sin imponer el pago de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe, en su caso, interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal .

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio designados.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.