

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ078478

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 9 de junio de 2020

Sala 2.^a

R.G. 4453/2016.

SUMARIO:

IVA. Deduciones. Regla de prorrata. Prorrata general. *Sujeción de operaciones con derivados financieros que tienen por objeto la cobertura de riesgos de tipo de cambio o de tipo de interés.* En el caso que nos ocupa, en cuanto a los ingresos por valoración de coberturas, la Inspección considera que son operaciones financieras realizadas con habitualidad y no accesorias a las operaciones principales; añade que el Tribunal Central en Resolución, de 17 de marzo de 2015, RG 3764/2012 (NFJ057802) ha establecido la sujeción al impuesto con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad económica o en cada operación en particular. Así, lo fundamental para determinar la sujeción al Impuesto de las operaciones con derivados financieros es que se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial de la entidad, por lo que, en la medida en que el objeto de estas operaciones sea cubrirse de riesgos empresariales, se trata de operaciones encardinadas en el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la entidad. Son, por tanto, operaciones sujetas y exentas que deben incluirse en el denominador de la prorrata de deducción.

Del expediente se deduce que la entidad se refiere a liquidaciones de las coberturas que tiene contratadas para cubrir posibles riesgos por variaciones de tipos de interés.

Pues bien, siendo cierto que el Tribunal Central ha mantenido acerca de esta cuestión el criterio expuesto en el acuerdo de liquidación, dicho criterio debe ser modificado a la vista de las recientes SSTs, de día 18 de mayo de 2020, recurso nº 34/2018 (NFJ077776) y, de día 19 de mayo de 2020, recurso nº 4855/2018 (NFJ077787). En ambas sentencias se considera que la demandante no presta un servicio al suscribir derivados financieros para la cobertura de riesgos de tipo de cambio o de tipo de interés. Y dado que ello no supone realizar operaciones sujetas a IVA, se concluye que los ingresos obtenidos por derivados financieros no deben incluirse en el denominador de la prorrata. **(Criterio 1 de 1)**

PRECEPTOS:

Ley 37/1992 (Ley IVA), arts. 9, 11, 20, 101 y 104.

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

Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sistema Común del IVA: Base imponible uniforme), arts. 4, 17 y 19.

En Madrid, se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El día 19/07/2016 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación, interpuesta en 14/07/2016 contra el acuerdo de liquidación derivado de acta de disconformidad A02-... dictado por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (Agencia Estatal de Administración Tributaria), por el Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 2010 y 2011.

Segundo.

En relación con la entidad XZ SA (en adelante, XZ), como sociedad dominante del Grupo IVA nº ..., el 17 de junio de 2014 se inician actuaciones de comprobación e investigación por la Dependencia de Control Tributario

y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Las actuaciones, de carácter general, se refieren al Impuesto sobre el Valor Añadido, períodos comprendidos entre mayo de 2010 y diciembre de 2011, entre otros conceptos tributarios.

Como consecuencia de las actuaciones inspectoras realizadas, el 13 de abril de 2016 se incoan acta de disconformidad A02-..., junto con el correspondiente informe ampliatorio, y acta de conformidad A01-....

El acuerdo de liquidación derivado del acta de disconformidad se dicta el 15 de junio de 2016 y del mismo resulta un importe de deuda tributaria a ingresar de 7.813.769,40 euros.

La regularización practicada consiste en la minoración de cuotas soportadas deducidas por la entidad por considerar la Inspección que, ante la naturaleza de sus actividades, procede la aplicación del régimen de deducciones en sectores diferenciados, a partir de los hechos y fundamentos jurídicos que se exponen a continuación.

XZ es una entidad holding cuya actividad principal es la tenencia de participaciones, actividad que no realiza como un mero inversor privado, sino como empresario que interviene en la producción de bienes y servicios con el fin de mejorar los resultados de sus filiales con arreglo a una planificación empresarial, para dirigir, controlar y financiar de forma permanente al grupo económico.

Las actividades realizadas por la entidad, y cuyo carácter empresarial es analizado por la Inspección, son las siguientes:

- la tenencia, adquisición y venta de acciones y participaciones sociales, por las que percibe dividendos y beneficios derivados de la transmisión de participaciones en entidades, sin repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- la centralización de la tesorería de las empresas del grupo y concesión de créditos a las mismas y a otras empresas participadas, por las que percibe intereses y otros ingresos financieros, operaciones sujetas y exentas del impuesto de conformidad con el artículo 20.Uno.18.º de la Ley 37/1992.

- la prestación de servicios de apoyo a la gestión a sociedades participadas, operaciones sujetas y no exentas del impuesto, con la correspondiente repercusión.

- la mediación en nombre propio en operaciones de seguro mediante la refacturación periódica de las primas a diversas entidades participadas, operaciones sujetas y exentas del impuesto de acuerdo con el artículo 20.Uno.16.º de la Ley 37/1992.

La entidad ha considerado deducibles la totalidad de las cuotas soportadas en adquisiciones de bienes y servicios. La Inspección entiende que la entidad realiza actividades en dos sectores diferenciados: el sector denominado de actividad de cartera o financiera, que comprende la actividad de tenencia, adquisición y transmisión de participaciones sociales, la centralización de tesorería, concesión de créditos y las operaciones de seguro, y el sector que comprende la actividad de servicios corporativos de apoyo a la gestión, prestados a las sociedades participadas. Las cuotas soportadas en adquisiciones relativas al primer sector no son deducibles, las soportadas en adquisiciones del segundo sector son deducibles en su totalidad y las comunes a ambos sectores son deducibles conforme a prorrata del 23% en el ejercicio 2010 y del 21% en el ejercicio 2011.

El acuerdo de liquidación se notifica a la entidad el 17 de junio de 2016.

Tercero.

Disconforme con el acuerdo de liquidación descrito en el antecedente de hecho anterior, la entidad interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central.

Notificado el trámite de puesta de manifiesto el 7 de junio de 2017, la entidad presenta escrito en el que formula las siguientes alegaciones:

- No deben considerarse actividades económicas la centralización de tesorería del grupo, la concesión de préstamos a las filiales y la mediación en la contratación de seguros.

La concesión de financiación a las filiales es una mera gestión del patrimonio sin finalidad comercial, en la que predomina la escasez de rentabilidad y de medios asignados. Los préstamos se han concedido con cargo a los dividendos percibidos, por lo que los intereses derivados de dichos préstamos deben excluirse de la actividad empresarial y por ende del denominador de la prorrata.

La actividad de mediación en la contratación de seguros no supone rentabilidad alguna ni existe entrega de bienes o prestación de servicios, por lo que debe considerarse no sujeta al impuesto.

La separación de una pretendida actividad financiera resulta artificiosa y contraria a la lógica de funcionamiento de cualquier grupo empresarial. La entidad realiza ciertas funciones de asistencia financiera con el fin de optimizar los recursos del grupo.

- Subsidiariamente, a efectos de cálculo de prorrata, los ingresos a computar por las operaciones anteriores deben determinarse por el margen neto que pudiera asignarse a la sociedad dominante y no por el importe bruto.

- Subsidiariamente, las actividades de concesión de préstamos y de transmisión de participaciones deben considerarse no habituales a efectos de su inclusión en prorrata.

- De conformidad con la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de junio de 2013, RG 5718/09, es improcedente la inclusión en el denominador de la prorrata de las plusvalías derivadas de la venta de acciones propias, así como el importe de los gastos correspondientes a la actualización de cuentas a cobrar e ingresos por valoración de coberturas que no se corresponden con los ingresos por cesión de créditos.

- Subsidiariamente, declaración de nulidad de pleno derecho de la regularización de cuotas soportadas en los períodos de enero a abril de 2010: regularización encubierta de períodos prescritos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

Segundo.

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:
Conformidad a Derecho del acuerdo de liquidación impugnado.

Tercero.

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 del impuesto sobre el valor añadido, que deroga la Directiva 77/388/CEE, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, 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 2006/112/CE (el mismo de la Sexta 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 9.1 de la Directiva de 2006 (4.1 de la Sexta Directiva) considera sujetos pasivos a quienes realicen con carácter independiente alguna de las actividades económicas mencionadas en el párrafo segundo 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 incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

El artículo 168 de la Directiva 2006/112/CE (17 de la Sexta Directiva), 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 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 2006/112/CE (17.5 de la Sexta Directiva), por la parte del IVA que sea proporcional a las operaciones gravadas.

Las normas de determinación de dicha proporción o prorrata de deducción de las cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes y servicios utilizados para efectuar indistintamente operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conlleven tal derecho, se contienen en el artículo 174 de la Directiva 2006/112/CE (19 de la Sexta Directiva), que establece que dicha prorrata es la resultante de una fracción en la que figuren:

- En el numerador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, excluido el IVA, relativa a las operaciones que conlleven el derecho a la deducción.

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

No obstante, en el apartado 2 de dicho artículo 174, se excluyen del cálculo de la prorrata determinadas operaciones que se considera no deben incidir en el régimen de deducción, entre las que se encuentran las operaciones financieras, siempre que se trate de operaciones accesorias.

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 Sexta Directiva, en cuanto comportan la realización de operaciones que impliquen la explotación de un bien corporal o incorporal 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 174 de la Directiva 2006/112/CE (17.5 y 19 de la Sexta Directiva).

En relación con la primera de las exigencias indicadas, 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; 16/07/2015, Larentia + Minerva y Marenave, C-108/14 y C-109/14) respecto de la condición de sujetos pasivos del IVA de las sociedades holding. En la penúltima de las Sentencias indicadas (Portugal Telecom, C-496/11) de 6 de septiembre de 2012, se recuerda dicha jurisprudencia en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Por el contrario, cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación y dicha intervención implique la realización de operaciones sujetas al IVA, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por la sociedad holding a sus filiales, dicha actividad constituye una actividad económica en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva 2006/112/CE (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, 9.1 de la Directiva 2006/112/CE. 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 planteaba como primera cuestión prejudicial, si constituye una actividad económica comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una cesión, por una sociedad matriz, de la totalidad de las acciones de una filial íntegramente participada, así como de su participación restante en una sociedad controlada, antaño íntegramente participada, a las que prestó servicios sujetos al IVA. En respuesta a dicha cuestión, el TJUE reitera la doctrina anteriormente expuesta (apartados 27 a 30) y añade lo siguiente:

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

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

33. Mediante la cesión de la totalidad de las acciones de que era titular en la filial y en la sociedad controlada, SKF pone fin a su participación en dichas sociedades. Puede considerarse que la referida cesión, efectuada por la sociedad matriz para la reestructuración de un grupo de sociedades, es una operación para la obtención de ingresos continuados en el tiempo de actividades que exceden de la mera venta de acciones (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de mayo de 2005, *Kretztechnik*, C-465/03, Rec. p. I-4357, apartado 20 y

jurisprudencia allí citada). Tal operación presenta un vínculo directo con la organización de la actividad realizada por el grupo y, por lo tanto, constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 31. Por consiguiente, tal operación está comprendida en el ámbito de aplicación del IVA.

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

Por tanto, en la anterior sentencia el TJUE, tras reiterar la doctrina consistente en que la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales no es una actividad económica en el sentido de la Sexta 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, señala 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.

En relación con la actividad de concesión de préstamos a las sociedades participadas, el TJUE, en Sentencia de 14 de noviembre de 2000 (Floridienne y Berginvest, C-142/99), analizó un supuesto en el que las entidades demandantes intervenían en las filiales prestándoles servicios administrativos, contables e informáticos y les concedían préstamos para la financiación de sus actividades. En dicha Sentencia, el TJUE encomienda al órgano jurisdiccional remitente verificar si se cumplen los requisitos para la sujeción al IVA de las operaciones de préstamo, conforme a los criterios que el Tribunal proporciona en los apartados 26 a 30:

26. A este respecto procede señalar que el Tribunal de Justicia ha estimado, en el caso de los intereses percibidos por una empresa de administración de fincas en concepto de remuneración del depósito, efectuado por su propia cuenta, de los fondos entregados por los copropietarios o los arrendatarios, que tales intereses no pueden excluirse del ámbito de aplicación del IVA, ya que el pago de los mismos no resulta de la simple propiedad del bien, sino que constituye la contraprestación de la puesta a disposición de un tercero de un capital (sentencia de 11 de julio de 1996, Régie dauphinoise, C-306/94, Rec. p. I-3695, apartado 17).

27 Dado que el artículo 2, apartado 1, de la Sexta Directiva excluye en efecto del ámbito de aplicación del IVA las operaciones en que el sujeto pasivo no actúa como tal, la sujeción al IVA de operaciones de préstamo como las que se contemplan en el asunto principal presupone que las mismas constituyan, o bien una actividad económica del operador contemplada en el artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva, o bien la prolongación directa, permanente y necesaria de una actividad sujeta al impuesto, sin ser no obstante operaciones accesorias a esta última, en el sentido del artículo 19, apartado 2, de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, apartado 18).

28 Para que la actividad de una sociedad holding consistente en poner un capital a disposición de sus filiales pueda considerarse una actividad económica en sí misma, consistente en la explotación de dicho capital con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en forma de intereses, es preciso que dicha actividad no se ejerza sólo a título ocasional y que no se limite a la gestión de una cartera de inversiones al modo de un inversor privado (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 1996, Wellcome Trust, C-155/94, Rec. p. I-3013, apartado 36, y de 26 de septiembre de 1996, Enkler, C-230/94, Rec. p. I-4517, apartado 20), sino que se efectúe en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos.

29 Por otra parte, la concesión de préstamos a filiales a las que la sociedad holding presta servicios de administración, de contabilidad, de informática y de gestión en general no puede considerarse sujeta al IVA basándose en que constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de dicha prestación de servicios, en

el sentido de la sentencia Régie dauphinoise, antes citada. En efecto, tales préstamos no están necesaria ni directamente relacionados con los servicios prestados.

30 Además, procede señalar que no constituye en ningún caso una actividad sujeta al impuesto la mera reinversión, por parte de un 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.

Asimismo, en Sentencia de 29 de abril de 2004 (EDM, C-77/01), el TJUE analizó un supuesto en el que, según el órgano jurisdiccional remitente, la entidad demandante tenía como actividad principal la gestión de sus participaciones y la investigación científica y tecnológica en el sector minero con vistas a invertir en dicho sector. En dicha Sentencia el TJUE, tras considerar que los ingresos derivados de operaciones (venta de acciones y participaciones en fondos de inversión, constitución de depósitos bancarios y tenencia de valores) en las que EDM no actúa como sujeto pasivo del Impuesto, sino como inversor privado, no son contraprestación de operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del IVA, analiza el tratamiento que debe darse a los intereses percibidos por la entidad como remuneración de los préstamos concedidos a las sociedades participadas, en los apartados 65 a 68:

65 En cambio [a diferencia de los dividendos], 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.

Por tanto, los criterios que, según el TJUE, deben tenerse en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional para determinar si las operaciones de préstamo a las filiales por una holding tienen cabida en el ámbito de la Sexta Directiva, son los siguientes:

1. Dichas operaciones deben realizarse en el ejercicio de una actividad económica, es decir, la concesión de préstamos debe constituir una actividad económica en sí misma, consistente en la explotación de un capital con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en forma de intereses, o bien debe ser la prolongación directa, permanente y necesaria de otra actividad económica desarrollada por el concedente.

2. Para que la concesión de préstamos por la matriz a las filiales pueda considerarse una actividad económica en sí misma, debe efectuarse en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos.

3. No está sujeta al impuesto la mera reinversión, por una sociedad holding, de dividendos percibidos de sus filiales y excluidos del ámbito de aplicación del IVA, destinándolos a la concesión de préstamos a dichas filiales. 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 y a su régimen de deducción de cuotas soportadas.

4. En la medida en que las operaciones de préstamo no estén necesaria ni directamente relacionadas con los demás servicios (administración, contabilidad, informática y gestión en general) que presta la concedente a las

participadas, su sujeción al Impuesto no puede fundamentarse en que constituyen la prolongación directa, permanente y necesaria de dicha prestación de servicios.

Cuarto.

Una vez expuestos los criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria respecto a la sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las actividades realizadas por las sociedades holding, corresponde analizar las actividades desarrolladas por la entidad reclamante y su inclusión en el ámbito del impuesto.

En primer lugar, en cuanto a la actividad consistente en la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en las filiales, debemos destacar que la entidad es cabecera de un grupo económico y sociedad dominante del grupo mercantil, cuya función dentro del grupo consiste en desarrollar las actividades de servicios centrales corporativos, central de financiación del grupo en España, percepción de dividendos de sus sociedades y la realización de actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del grupo.

Los datos relativos a su inversión en entidades son los siguientes:

- En el ejercicio 2010 tiene una participación directa en 20 sociedades, que representa una inversión contabilizada de 5.058.156.860,81 euros, y una participación indirecta en 290 sociedades. En 2011 participa directamente en 19 sociedades, lo que supone una inversión contabilizada de 5.690.393.957,34 euros, e indirectamente en 302 sociedades.

- Los ingresos declarados por servicios de apoyo a la gestión o servicios corporativos ascienden a 37.793.979,52 euros en 2010 y a 42.915.721,16 euros en 2011.

- Los ingresos financieros totales obtenidos en 2010 son 379.630.130,97 euros y en 2011, 139.842.503,74 euros. Estas cifras incluyen dividendos por 110.779.091,75 euros en 2010 y 125.670.811,08 en 2011.

- Los ingresos por actividad financiera suponen el 90,95% de los ingresos totales en 2010, y el 76,52% en 2011.

- Las bases imponibles declaradas ascienden a 46.705.131,55 euros en 2010 y a 51.966.779,12 euros en 2011, e incluyen los ingresos correspondientes a servicios corporativos y los obtenidos por ventas de inmovilizado o por refacturaciones de gastos a participadas en cuanto contraprestación de operaciones sujetas.

De los datos anteriores resulta que la actividad principal de la entidad reclamante es precisamente la adquisición, tenencia y venta de participaciones en las filiales, ejercida tanto directamente como a través de su intervención como cabecera del grupo en la dirección y toma de decisiones, tal y como se refleja en las memorias de los años objeto de comprobación. Tanto el volumen como el número de operaciones en que se materializa la actividad de cartera, ponen de manifiesto que se trata de una actividad ejercida con carácter habitual, respecto de la que la entidad reclamante no se comporta como una "holding pura", es decir, una entidad que limite su actividad a la mera adquisición y tenencia de participaciones sociales, pues realiza actividades económicas que le otorgan la condición de sujeto pasivo del IVA. De hecho, la entidad repercute el Impuesto a las filiales por la prestación de servicios de apoyo a su gestión.

Por tanto, resulta suficientemente justificada por la Inspección la conclusión a la que llega: las operaciones de inversión y desinversión en el capital de las filiales no son operaciones en las que la entidad esté actuando como un mero inversor privado, sino que se realizan con una finalidad empresarial de intervención, control y gestión del grupo. Dicha intervención no es únicamente directa, sino que la entidad interviene además en las decisiones de compraventa de acciones que se toman por parte de las entidades del grupo.

Conforme a la doctrina del TJUE expuesta, cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades participadas y dicha intervención 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, en este contexto, las operaciones de adquisición y tenencia de participaciones son operaciones realizadas en el ámbito de una actividad económica sujeta al IVA y 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 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. Este es el caso de XZ, pues presta servicios a sus filiales, servicios por los que cobra un precio y repercute el IVA correspondiente,

siendo esos servicios aquellos necesarios para realizar una intervención en la gestión de dichas entidades y para llevar a cabo su actividad de planificación estratégica del grupo.

En consecuencia, procede confirmar que la actividad desarrollada por la reclamante consistente en la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en las filiales, constituye, conforme a la doctrina del TJUE, una actividad económica a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido. Se trata de una actividad empresarial de planificación y gestión del grupo, y los ingresos percibidos son ingresos derivados de una actividad económica, puesto que la entidad realiza la ordenación por cuenta propia de medios de producción y humanos para la consecución de unos objetivos empresariales bien definidos en el grupo y así intervenir en el mercado.

En cuanto a la actividad consistente en la centralización de la tesorería del grupo y concesión de préstamos destinados a financiar actividades de las filiales, la Inspección realiza un análisis de las principales sentencias de TJUE sobre la cuestión planteada y destaca el carácter habitual y continuado de la actividad que se evidencia por el número de entidades prestatarias y por el elevado importe de los fondos que se ceden (201.406.000,00 euros en 2010 y 217.708.000,00 euros en 2011), añadiendo que la finalidad económica de la actividad, además de la obtención de ingresos, es la estrategia deliberada de la entidad de atender la financiación de sus filiales de manera continuada con vocación de permanencia.

Frente a estas conclusiones, la entidad reclamante alega que la concesión de financiación a las filiales es una mera gestión del patrimonio sin finalidad comercial, en la que predomina la escasez de rentabilidad y de medios asignados, que los préstamos se han concedido con cargo a los dividendos percibidos, por lo que los intereses derivados de dichos préstamos deben excluirse de la actividad empresarial y por ende del denominador de la prorata. Estas cuestiones fueron previamente planteadas por la entidad en el trámite de alegaciones posterior a la incoación del acta de disconformidad, si bien considera que no fueron suficientemente atendidas en el acuerdo de liquidación.

Recordamos que la jurisprudencia comunitaria exige, para que la actividad de concesión de préstamos a filiales constituya una actividad económica en sí misma, que consista en la explotación de un capital con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en forma de intereses, debiendo efectuarse en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos. Se excluye del ámbito de aplicación del impuesto la mera reinversión, por una sociedad holding, de dividendos percibidos de sus filiales, destinándolos a la concesión de préstamos a dichas filiales. 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 y a su régimen de deducción de cuotas soportadas.

De los datos reflejados en el acuerdo de liquidación pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- En los ejercicios comprobados, la entidad destina un volumen de recursos financieros considerable a la financiación de las entidades participadas, en relación con el total de los recursos de que dispone, y concede préstamos a un número relevante de entidades participadas.

- Los ingresos derivados de la actividad financiera suponen aproximadamente el 90,95% de la totalidad de los ingresos obtenidos en el ejercicio, mientras que en 2011 suponen un 76,52% del total.

- Entre los ingresos financieros se encuentran dividendos por importe de 110.779.091,75 en 2010 y 125.670.811,08 en 2011. En relación con estos ingresos, en el acuerdo de liquidación se indica que la entidad obtiene ingresos de diversas fuentes (dividendos, beneficios derivados de la venta de acciones, intereses de préstamos, otros ingresos financieros, ingresos por prestaciones de servicios y por operaciones de seguros) sin que quepa vincular los fondos prestados a una u otra, por lo que no puede concluirse directamente que los dividendos percibidos se hayan destinado a la concesión de préstamos a las filiales.

A partir de lo expuesto, este Tribunal entiende que la entidad realiza una actividad de financiación de las entidades participadas a la que destina un volumen de recursos considerable, constituyendo la contraprestación de dicha actividad los intereses que satisfacen las filiales por la cesión de capital, intereses cuyo pago no resulta de la mera propiedad del bien, a diferencia de los dividendos, sino que son contraprestación de la puesta a disposición de un capital en beneficio de un tercero. Tampoco resulta del expediente que la actividad de financiación de las filiales sea una mera reinversión de los dividendos satisfechos por las filiales.

En consecuencia, teniendo en cuenta los criterios establecidos por el TJUE, en especial en las sentencias *Flordienne* y *Berginvest* y *EDM*, debemos desestimar las alegaciones de la reclamante en cuanto a la consideración de su actuación como inversor privado en la actividad de financiación de las filiales. Por el contrario,

concluimos que existe una actividad económica de financiación de las sociedades participadas consistente en la explotación de un capital con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en forma de intereses.

En cuanto a la actividad consistente en la mediación en nombre propio en la contratación de seguros para la cobertura de determinados riesgos del personal directivo de las filiales, cabe remitirse a lo ya apuntado respecto de la actividad de financiación. Es decir, estamos ante una entidad holding a través de la que se canalizan determinados servicios que son contratados directamente por ella y cuyo coste redistribuye entre las entidades participadas que son destinatarias últimas de dichos servicios. La mediación por cuenta propia está contemplada expresamente en el artículo 11, apartado Dos, número 15.º de la Ley 37/1992, que dispone que, en particular, se considerarán prestaciones de servicios las operaciones de mediación y las de agencia y comisión cuando el agente o comisionista actúe en nombre ajeno. Cuando actúe en nombre propio y medie en una prestación de servicios se entenderá que ha recibido y prestado por sí mismo los correspondientes servicios.

La circunstancia de tratarse de operaciones de seguro no tiene trascendencia. Conforme ha señalado el TJUE (entre otras, Sentencia de 25 de febrero de 1999, Asunto C-349/96, Card Protection Plan Ltd), el tratamiento (la exención) de las operaciones de seguro en el impuesto sobre el valor añadido no está subordinado al hecho de que la entidad que preste el servicio sea una entidad aseguradora, sino que por razones de neutralidad dicho tratamiento es igualmente aplicable a servicios de seguros prestados por otros empresarios o profesionales.

En consecuencia, procede desestimar las alegaciones de la reclamante y considerar que las actividades realizadas por la entidad, consistentes en la tenencia adquisición y venta de participaciones en las filiales, financiación de sus operaciones mediante la concesión de préstamos y mediación en nombre propio en operaciones de seguro para las filiales, son actividades empresariales a efectos del IVA. Dichas actividades comportan la realización de operaciones que no originan el derecho a deducir por aplicación de las exenciones reguladas en el artículo 20 de la Ley 37/1992, lo que conlleva que tengan incidencia en el régimen de deducción de cuotas soportadas.

También esta cuestión, en relación con las distintas actividades realizadas por la entidad, fue resuelta en el mismo sentido por este Tribunal Central en las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por los ejercicios 2004 y 2005 (RG 5718/09), siendo confirmada por la Audiencia Nacional en ... 2015 (recurso ...), y posteriormente por el Tribunal Supremo el ... (recurso ...). El Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de ..., declara lo siguiente:

3. La tarea que corresponde realizar a esta Sala es determinar si, en el presente caso, las actividades desarrolladas por la recurrente que la Inspección encuadró en el sector financiero, constituyen o no actividades económicas a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido y, a tal efecto, deberán tenerse en cuenta los criterios que el TJCE proporciona en las Sentencias a las que nos hemos referido.

3.1. Actividad consistente en la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en las filiales. (...).

De los datos anteriores resulta que la actividad principal de la entidad reclamante es precisamente la adquisición, tenencia y venta de participaciones en las filiales, ejercida tanto directamente como a través de su intervención como cabecera del grupo en la dirección y toma de decisiones, tal y como se refleja en las memorias de los años objeto de comprobación y en las Actas del Consejo de Administración. Tanto el volumen como el número de operaciones en que se materializa la actividad de cartera, ponen de manifiesto que se trata de una actividad ejercida con carácter habitual, respecto de la que la entidad recurrente no se comporta como una "holding pura", es decir, una entidad que limite su actividad a la mera adquisición y tenencia de participaciones sociales, pues realiza actividades económicas que le otorgan la condición de sujeto pasivo del IVA. De hecho, la entidad repercute el Impuesto a las filiales por la prestación de servicios de apoyo a su gestión.

Por tanto, resulta suficientemente justificado que las operaciones de inversión y desinversión en el capital de las filiales no son operaciones en las que la entidad esté actuando como un mero inversor privado, sino que se realizan con una finalidad empresarial de intervención, control y gestión del Grupo.

Dicha intervención no es únicamente directa, sino que la entidad interviene además en las decisiones de compraventa de acciones que se toman por parte de las entidades del Grupo.

Conforme a la doctrina del TJCE expuesta, cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades participadas y dicha intervención 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, en este contexto, las operaciones de adquisición y tenencia de participaciones son operaciones

realizadas en el ámbito de una actividad económica sujeta al IVA y 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 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.

En consecuencia, procede confirmar que la actividad desarrollada por la recurrente consistente en la adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en las filiales, constituye, conforme a la doctrina del TJCE, una actividad económica a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

3.2. Actividad consistente en la centralización de la tesorería del Grupo y concesión de préstamos destinados a financiar actividades de las filiales. (...).

Por el contrario, este Tribunal entiende que la entidad recurrente realiza una actividad de financiación de las entidades participadas, a la que destina un volumen de recursos financieros importante. La contraprestación de dichas operaciones son los intereses que satisfacen las filiales por la cesión de capital, intereses cuyo pago, a diferencia de los dividendos, 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. Tampoco resulta del expediente que la actividad de financiación de las filiales sea una mera reinversión de los dividendos satisfechos por las filiales, lo que determinaría que los intereses, al igual que los dividendos, se califiquen como fruto de la mera propiedad del bien y sean por tanto ajenos al IVA.

En consecuencia, teniendo en cuenta los criterios sentados por el TJCE, en especial, en las Sentencias Floridienne y Berginvest y EDM, no podemos compartir las alegaciones de la recurrente dirigidas a considerar que la financiación de las filiales es una actividad en la que opera como un mero inversor privado y que debe quedar fuera del ámbito del IVA y concluimos que constituye una actividad económica de la entidad recurrente, consistente en la explotación de un capital con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, en forma de intereses.

3.3. Actividad consistente en la mediación en nombre propio en la contratación de seguros para la cobertura de determinados riesgos del personal directivo de las filiales.

En este punto debe recordarse que estamos ante una entidad holding a través de la que se canalizan determinados servicios que son contratados directamente por ella y cuyo coste redistribuye entre las entidades participadas que son destinatarias últimas de dichos servicios. La mediación por cuenta propia está contemplada expresamente en el artículo 11, apartado dos, número 15º de la Ley 37/1992, que dispone que, en particular, se considerarán prestaciones de servicios las operaciones de mediación y las de agencia y comisión cuando el agente o comisionista actúe en nombre ajeno. Cuando actúe en nombre propio y medie en una prestación de servicios se entenderá que ha recibido y prestado por sí mismo los correspondientes servicios.

La circunstancia de tratarse de operaciones de seguro no tiene trascendencia. Conforme ha señalado el TJCE (entre otras, Sentencia de 25 de febrero de 1999, Asunto C-349/96, Card Protection Plan Ltd), el tratamiento (la exención) de las operaciones de seguro en el Impuesto sobre el valor añadido no está subordinado al hecho de que la entidad que preste el servicio sea una entidad aseguradora, sino que por razones de neutralidad dicho tratamiento es igualmente aplicable a servicios de seguros prestados por otros empresarios o profesionales.

En consecuencia, procede considerar que las actividades realizadas por la entidad, consistentes en la tenencia, adquisición y venta de participaciones en las filiales, financiación de sus operaciones mediante la concesión de préstamos y mediación en nombre propio en operaciones de seguro para las filiales, son actividades empresariales a efectos del IVA.

Quinto.

La conclusión alcanzada en el anterior fundamento de derecho conlleva igualmente la confirmación de la existencia de sectores diferenciados apreciada por la Inspección, en la medida en que se cumplan los requisitos que a tal efecto se establecen en la normativa reguladora del impuesto.

Concretamente, el artículo 101 de la Ley 37/1992 dispone:

Uno. Los sujetos pasivos que realicen actividades económicas en sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional deberán aplicar con independencia el régimen de deducciones respecto de cada uno de ellos.

(...).

La definición de sectores diferenciados de actividad empresarial o profesional, se recoge en el artículo 9.1.º c) a) de la misma Ley, según el cual:

A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional los siguientes:

a) Aquellos en los que las actividades económicas realizadas y los regímenes de deducción aplicables sean distintos.

Se considerarán actividades económicas distintas aquéllas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no se reputará distinta la actividad accesoria a otra cuando, en el año precedente, su volumen de operaciones no excediera del 15 por 100 del de esta última y, además, contribuya a su realización. Si no se hubiese ejercido la actividad accesoria durante el año precedente, en el año en curso el requisito relativo al mencionado porcentaje será aplicable según las previsiones razonables del sujeto pasivo, sin perjuicio de la regularización que proceda si el porcentaje real excediese del límite indicado.

Las actividades accesorias seguirán el mismo régimen que las actividades de las que dependan.

Los regímenes de deducción a que se refiere esta letra a) se considerarán distintos si los porcentajes de deducción, determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, que resultarían aplicables en la actividad o actividades distintas de la principal difirieran en más de 50 puntos porcentuales del correspondiente a la citada actividad principal.

La actividad principal, con las actividades accesorias a la misma y las actividades económicas distintas cuyos porcentajes de deducción no difiriesen en más de 50 puntos porcentuales con el de aquélla constituirán un sólo sector diferenciado.

Las actividades distintas de la principal cuyos porcentajes de deducción difiriesen en más de 50 puntos porcentuales con el de ésta constituirán otro sector diferenciado del principal.

A los efectos de lo dispuesto en esta letra a), se considerará principal la actividad en la que se hubiese realizado mayor volumen de operaciones durante el año inmediato anterior.

Por tanto, son dos los requisitos que tienen que cumplir las actividades económicas para ser consideradas sectores diferenciados de actividad empresarial o profesional:

a) Que se trate de actividades distintas, es decir, que tengan asignado distinto grupo a nivel de tres dígitos en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, siempre y cuando no tengan la consideración de actividad accesoria de otra en los términos señalados en dicho artículo.

b) Que los regímenes de deducción de las actividades distintas sean también distintos, es decir, que difieran en más de 50 puntos porcentuales.

La Inspección, una vez calificadas las actividades de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en filiales, financiación de sus operaciones mediante la concesión de préstamos y mediación en nombre propio en operaciones de seguro para las filiales como actividades económicas a efectos del IVA, distingue dos sectores diferenciados:

1. El sector de actividad financiera que integra las actividades anteriormente indicadas, cuyas operaciones están sujetas al IVA y exentas, no pudiendo deducirse las cuotas soportadas por bienes y servicios de utilización exclusiva en este sector.

2. Un segundo sector de actividad constituido por las prestaciones de servicios de apoyo a la gestión a las sociedades participadas, cuyas operaciones están sujetas al IVA y no exentas del citado tributo, pudiendo deducirse íntegramente las cuotas soportadas por bienes y servicios de utilización exclusiva en este sector.

Las cuotas soportadas por bienes y servicios de utilización indistinta en ambos sectores serán deducibles en la proporción resultante de la aplicación de la regla de prorrata común a ambos sectores diferenciados, tal y como establece el artículo 101 de la Ley 37/1992, en el párrafo cuarto del apartado uno, que se remite al artículo 104, apartado dos y siguientes.

De las alegaciones de la entidad no se deduce que ésta considere incumplidos los requisitos para la apreciación de sectores diferenciados de actividad empresarial (actividades distintas con distintos regímenes de

deducción) sino que su oposición se centra en que la única actividad empresarial de la entidad es la que se recoge en el segundo sector diferenciado, alegación que ha sido desestimada conforme a lo señalado en el anterior fundamento de derecho.

Sexto.

Subsidiariamente, la entidad invoca el carácter no habitual de las operaciones realizadas en el ejercicio de las actividades encuadradas en el sector financiero a efectos de la determinación de la prorrata común a ambos sectores diferenciados.

El artículo 101 de la Ley 37/1992, que regula el régimen de deducciones en sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional, establece en el párrafo cuarto del apartado Uno:

Quando se efectúen adquisiciones o importaciones de bienes o servicios para su utilización en común en varios sectores diferenciados de actividad, será de aplicación lo establecido en el artículo 104, apartados dos y siguientes de esta Ley, para determinar el porcentaje de deducción aplicable respecto de las cuotas soportadas en dichas adquisiciones o importaciones, computándose a tal fin las operaciones realizadas en los sectores diferenciados correspondientes (...).

El citado artículo 104 establece las normas reguladoras de la determinación de la prorrata general. En concreto, en el número Tres dispone:

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

(...).

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

(...).

Tendrán la consideración de operaciones financieras a estos efectos las descritas en el artículo 20.1, número 18 de esta Ley, incluidas las que no gocen de exención.

El artículo 104.Tres de la Ley del Impuesto es la transposición al ordenamiento interno del artículo 19 de la Sexta Directiva (artículo 174.2 de la Directiva 2006/112), según el cual:

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 para el cálculo de la prorrata de deducción, se excluirá la cuantía del volumen de negocios relativa a las entregas de bienes de inversión utilizados por el sujeto pasivo en su empresa. Se excluirá igualmente la cuantía del volumen de negocios relativa a las operaciones accesorias inmobiliarias y financieras o a las enunciadas en la letra d) del punto B del artículo 13, siempre que se trate de operaciones accesorias. Cuando los Estados miembros hagan uso de la posibilidad prevista en el apartado 5 del artículo 20 de no exigir la regularización para los bienes de inversión, podrán incluir el producto de la cesión de estos bienes en el cálculo de la prorrata de deducción.

Basta una lectura de ambos preceptos para observar la distinta dicción de uno y otro, por lo que se refiere a la consideración de las operaciones financieras e inmobiliarias 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 Sexta Directiva, operaciones accesorias en el desarrollo de su actividad empresarial. Según se indica en la exposición de motivos de la Propuesta de Sexta Directiva presentada por la Comisión al Consejo el 29 de junio de 1973, la exclusión de dichas operaciones del cálculo de la prorrata obedece a la finalidad de evitar falsear su resultado, en la medida en que tales operaciones

no reflejan la actividad habitual del sujeto pasivo, siendo su importancia secundaria o accidental con relación al volumen de negocios global de la empresa.

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

La delimitación del concepto "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 fundamentalmente a la actividad financiera. También cabe citar, si bien en relación con operaciones inmobiliarias y con ventas de bienes de inversión, las sentencias de 29 de octubre de 2009, Asunto C-174/08 (NCC) y 6 de marzo de 2008, Asunto C-98/07 (Nordania Finans y BG Factoring).

En dichas sentencias, el TJUE lleva a cabo una interpretación restrictiva del carácter accesorio de las operaciones financieras, pudiendo obtener las siguientes conclusiones.

En primer lugar, es preciso determinar si estamos o no ante operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del IVA, pues si se trata de operaciones no sujetas, no cabe plantear cuestión adicional alguna sobre su accesividad o no a efectos de incluirlas en el denominador de la prorata. En este punto, debemos remitirnos a lo señalado en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, en el que concluimos que las actividades consistentes en la tenencia, adquisición y venta de participaciones en las filiales, financiación de sus operaciones mediante la concesión de préstamos y mediación en nombre propio en operaciones de seguro para las filiales, son actividades empresariales a efectos del IVA, lo que determina que las operaciones realizadas en el ejercicio de dichas actividades son operaciones sujetas al Impuesto y deberemos decidir, en relación con las operaciones financieras (artículo 20.Uno.18º LIVA) sobre su carácter accesorio y la procedencia de tenerlas o no en cuenta para calcular el importe a integrar en el denominador de la prorata.

En segundo lugar, el TJUE considera que las operaciones inmobiliarias o financieras no pueden calificarse de accesorias si constituyen la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo y, por tanto, seguirán a la citada actividad económica en cuanto suponen la continuación de dicha actividad. Si bien el concepto de "prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica imponible del sujeto pasivo" no se encuentra definido en la norma comunitaria, por tal el TJUE considera que "ocurre 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". Tampoco pueden calificarse de operaciones accesorias aquellas que implican un empleo significativo de bienes o de servicios por los que debe pagarse el IVA aunque dichas operaciones generen ingresos superiores a los producidos por la actividad indicada como principal constituyendo dicho factor solo un indicio de que no se trata de operaciones accesorias. En estos casos, se tendrán en cuenta en la determinación de la prorata.

Tal y como hemos señalado en el fundamento de derecho tercero, la entidad recurrente realiza una actividad de financiación de las entidades participadas, a la que destina un volumen de recursos financieros importante, centralizando periódicamente todos los saldos de tesorería de las entidades del grupo, obteniendo como contraprestación de dichas operaciones los intereses que satisfacen las filiales por la cesión de capital. Por tanto, realiza dicha actividad en el contexto de unos objetivos empresariales consistentes en la rentabilización de los capitales invertidos. Se materializa en la realización habitual (no ocasional) de operaciones de préstamo, sirviéndose de los medios ordinarios de la empresa, que no son en absoluto insignificantes.

El Tribunal Supremo ha analizado el carácter habitual y no accesorio de las operaciones financieras realizadas por la entidad principal de un holding con relación a sus participadas, en Sentencia de 12 de mayo de 2016 (recurso 2576/2014). En primer lugar, reproduce lo resuelto por la Audiencia Nacional en la Sentencia ante él recurrida, que en lo que aquí interesa es lo siguiente:

CUARTO:

(...) En el caso concreto podemos afirmar, conforme a los criterios de la Inspección, sustentados por el TEAC, y que admitimos como relevantes de entre todos los que expone, que el objeto social de la recurrente

recogido en los Estatutos sociales, el volumen de las operaciones de cartera realizadas (folio 26 del informe) y las plusvalías obtenidas que en 2.003 fueron de 112.261.436,71 euros, nos llevan a la conclusión deducida ex art.108.2 de la LGT 58/2003, de que las mencionadas ventas de las sociedades participadas operadas en los años en cuestión no constituyen operaciones accesorias sino habituales, y que por ello, deben ser incluidas en el denominador de la prorrata conforme al art.105.tres.4º de la LIVA, rechazándose en consecuencia, el motivo expuesto por la actora.

Los demás argumentos que expone la actora no son relevantes, pues la existencia de una operación de reestructuración de un grupo no excluye la calificación de actividad habitual, conforme a la STJUE de 29.10.2009 (asunto C-29/2008). Lo relevante resulta si existió o no un verdadero ánimo de lucro en dichas operaciones, en línea con la Jurisprudencia mencionada antes, y que los datos expuestos por la Inspección ratifican. (...).

SEXTO.

En el último de los motivos formulados por la actora, respecto de los préstamos sobre los que se han cobrado los respectivos intereses de las filiales, ha de decirse que constituyen verdaderas actividades habituales. Así, dispone el folio 27 del informe que acompaña al acta que a la vista del número de entidades a las que se conceden, el importe de los fondos que se ceden, su origen proveniente de su patrimonio empresarial como excedentes de tesorería de una entidad del grupo, y la finalidad económica de atender a parte de la financiación de sus filiales con una vocación de permanencia se justifica la existencia de habitualidad.

Nos encontramos, por tanto, al igual que en el supuesto anterior, ante una prolongación directa y permanente de la actividad económica del sujeto pasivo, que excede de la mera actuación de un inversor privado, con una clara finalidad de rentabilizar los capitales invertidos, aun cuando las cuotas soportadas por bienes y servicios correspondientes exclusivamente a esa actividad financiera sea escasa, pues como indica el TEAC la mayor parte de esos bienes y servicios por los que se soporta el impuesto son de utilización indistinta en ambos sectores. Por otro lado, la distorsión aludida respecto de los períodos comprobados carece de relevancia alguna, dada la falta de justificación y alcance de este argumento que hace la actora. Por otro lado, conviene recordar que los intereses de los préstamos responden a una elevada cuantía, siendo de 1.271.527,77 euros en 2.002 y de 723.762,78 euros, y el importe de los créditos prestados superior a los 30 millones de euros; dato, que junto con los anteriormente expuestos ratificaría la conclusión alcanzada".

Y entrando ya a resolver el recurso de casación sobre esta cuestión:

Quinto.-

Dentro del ámbito de admisibilidad del recurso de casación así delimitado y refiriéndonos al segundo motivo (insistimos que el primero de ellos fue declarado inadmisibile por el Auto de la Sección Primera de esta Sala de 5 de febrero de 2015), comenzaremos por decir que el artículo 104.Tres.3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, al regular la denominada "prorrata general" (esto es, la fracción cuyo numerador está constituido sólo por las operaciones que originan el derecho a la deducción, mientras que el denominador lo está por el total de las operaciones empresariales), y con finalidad de evitar distorsiones, establece que no ha de computarse ni en el numerador ni en el denominador de la prorrata, "el importe de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo".

Pues bien, en el caso específico que resolvemos las operaciones de cartera llevadas a cabo por la recurrente deben considerarse actividad habitual de la misma.

En efecto, la realización de dichas operaciones no es sino consecuencia del objeto social de la entidad que, como pusimos de relieve en los Antecedentes, comprende "la suscripción, adquisición derivativa, tenencia, disfrute, administración y enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales con exclusión de las sujetas a normativa específica." Y es que la actividad referida, aún cuando forme parte de sector diferenciado respecto del de prestación de servicios, tiene carácter habitual en razón del objeto social de la empresa.

Pero es que aún cuando no fuera así, llegamos a la misma conclusión a través de la doctrina del TJCE.

En efecto, como se puso de relieve en la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012- recurso de casación 1980/2010- la del TJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-306/1994 Régie Dauphinoise, caracteriza la nota de accesoriedad desde una perspectiva excluyente, toda vez que incluye entre las operaciones que no caben

ser calificadas como accesorias a aquellas que supongan la prolongación, directa, permanente y necesaria de la actividad imponible de la empresa.

No existe en la norma comunitaria una definición de lo que debe entenderse por prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible de la empresa, pero el TJCE, en la Sentencia de 29 de abril de 2004 -Asunto C-77/01, Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA (EDM)- ha señalado que "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."

Pues bien, Codere realiza una actividad de dirección y coordinación dentro del holding del que es cabecera y es en ese contexto en el que las operaciones de compra y venta de participaciones están estrechamente unidas a aquella y constituyen una prolongación directa y permanente de la misma, sin que pueda equipararse, por tanto, a la actuación de un inversor privado.

Ello hace que deba darse la razón al criterio expresado por la Inspección y que quedó reflejado en los Antecedentes.

En el caso que ahora examinamos, podemos observar que concurren las mismas características que en el caso analizado por el Tribunal Supremo:

- El elevado volumen de las operaciones de crédito a empresas del grupo;
- La función de XZ en el grupo consistente en desarrollar las actividades relacionadas con la planificación estratégica, desarrollo y evolución del grupo, percepción de dividendos de sus sociedades, centralización de la tesorería del Grupo en España, concesión de créditos y prestación de servicios centrales corporativos;
- Los servicios que presta son la dirección y coordinación de las sociedades, sociedades a las cuales a su vez presta servicios de asesoramiento y administración de tipo comercial, fiscal, asesoría jurídica, informática, planificación y control de gestión, financiero, auditoría, personal, administración y formación;
- En este contexto, para que las sociedades participadas puedan realizar sus actividades, XZ también desarrolla una actividad de obtención y suministro de financiación a las entidades en las que participa y que se materializa en operaciones de cartera, de concesión de préstamos y gestión de tesorería.

Por tanto, como vemos, la actividad de cartera y la relativa a concesión de préstamos a sus filiales, forma parte de la manera de actuar del grupo, donde la empresa matriz realiza toda la actividad de gestión, planificación y estrategia del grupo. De esta forma, no puede considerarse que se trata de operaciones accesorias o no habituales, puesto que forman parte de la propia operativa y forma de actuar del grupo, en palabras del Tribunal Supremo, "la realización de dichas operaciones no es sino consecuencia del objeto social de la entidad (...). Y es que la actividad referida, aun cuando forme parte de sector diferenciado respecto del de prestación de servicios tiene carácter habitual en razón del objeto social de la empresa". XZ realiza una actividad de dirección y coordinación dentro del holding del que es cabecera y es en ese contexto en el que las operaciones de compra y venta de participaciones, y las de concesión de créditos a empresas del grupo, están estrechamente unidas a aquella y constituyen una prolongación directa y permanente de la misma, sin que pueda equipararse, por tanto, a la actuación de un inversor privado.

Se desestima, por tanto, esta alegación de la entidad.

También esta cuestión ha sido resuelta en el mismo sentido por este Tribunal Central en la resolución RG 5718/09 antes citada, por la Audiencia Nacional en ... (recurso ...), y por el Tribunal Supremo el ... (recurso ...). El Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de ..., declara lo siguiente:

A la vista del cuadro expuesto es claro que la entidad recurrente realiza una actividad de financiación de las entidades participadas, a la que destina un volumen de recursos financieros importante, centralizando periódicamente todos los saldos de tesorería de las entidades del grupo, obteniendo como contraprestación de dichas operaciones los intereses que satisfacen las filiales por la cesión de capital. Por tanto, realiza dicha actividad en el contexto de unos objetivos empresariales consistentes en la rentabilización de los capitales invertidos. Se materializa en la realización habitual (no ocasional) de operaciones de préstamo, sirviéndose de los medios ordinarios de la empresa, que no son en absoluto insignificantes.

En consecuencia, resulta procedente la inclusión en el denominador de la prorrata común a ambos sectores diferenciados del importe de las operaciones realizadas en el ejercicio de las actividades incluidas en el denominado "sector de actividad financiera", salvo las plusvalías derivadas de las operaciones de venta de acciones propias. (...).

La nota de accesoriedad no viene pues determinada por el importe de los gastos en los que incurre la holding para conceder los créditos a las filiales, sino por la existencia de una actividad económica con una cierta rentabilidad estable en la medida en que genera un volumen de negocio, siendo irrelevante a estos efectos que los ingresos por las actividades financieras superen los obtenidos por la actividad principal, debiendo el órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre esta cuestión.

La STS de 1 de julio de 2010 en su FJ 4, como nos recuerda la STS de 9 de octubre de 2015, (casación nº 889/2014 FJ 2 D, c)) otorga una especial relevancia a la planificación de la empresa para afirmar la concurrencia de la accesoriedad. Esta planificación, según la referida sentencia, debe realizarse mediante la utilización de su patrimonio empresarial en orden a la obtención de una rentabilidad comercial y otra financiera ligada a la actividad de aquel carácter, que da lugar a la obtención de beneficios financieros.

Es cierto, como dice la recurrente, que dicha Sentencia toma en consideración, además, el carácter esencial del volumen económico de los rendimientos para el conjunto de la empresa. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia europea anotada (Sentencia EDM 77), ese dato, es decir, el volumen económico de los rendimientos, si bien no es determinante para negar la calificación de accesoría, puede ser tomado en consideración para afirmarlo, por lo que debe concedérsele una relevancia relativa.

La nota determinante en la que insiste el TS es el uso de patrimonio propio en el seno de una planificación empresarial rentable que proporciona rendimientos habituales y ese criterio es el mismo que se infiere del punto 77 de la sentencia EDM que como puso el acento para afirmar la accesoriedad de la actividad de concesión de préstamos por la holding, en la incierta rentabilidad de la actividad principal de la misma y el muy limitado volumen de negocio generado por las operaciones sujetas a IVA.

En el presente caso XZ admite expresamente que sus filiales se financian habitualmente gracias a la intervención de la sociedad holding, lo que les permite evitar acudir al mercado con los elevados gastos financieros que ello supone. Por otra parte, es un hecho incuestionado que la recurrente emplea para ello su patrimonio, en concreto, sus dividendos . Finalmente, no se ha puesto de manifiesto, como ocurría en el asunto EDM, una situación de incertidumbre sobre la rentabilidad de la actividad de la holding, razón por la que desestimamos este motivo.

Séptimo.

La entidad alega con carácter subsidiario que los ingresos a computar por las operaciones financieras a efectos de prorrata deben determinarse por el margen neto y no por el importe bruto.

Esta pretensión no encuentra fundamento en la Ley reguladora del impuesto, pues las operaciones que realiza la entidad y que le reportan contraprestaciones, operaciones que ya se han descrito y analizado, están sujetas al IVA, y no pueden ser neteadas globalmente por los gastos incurridos por la entidad en la obtención de los fondos que luego se ceden a los prestatarios.

Se trata de una alegación que tal vez pudiera tener trascendencia a efectos del Impuesto sobre Sociedades, al tener en cuenta tanto los ingresos como los gastos de las operaciones; pero desde luego no se puede acoger en IVA, donde los ingresos que se perciben por las operaciones sujetas al Impuesto tienen unas reglas específicas para determinar su base imponible y para su inclusión en la prorrata de deducción, reglas en las que no se tienen en cuenta los gastos incurridos, puesto que lo que se pretende gravar es el valor añadido, no el beneficio.

Octavo.

Alega la reclamante la improcedencia de incluir en el denominador de la prorrata las plusvalías derivadas de la venta de acciones propias y el importe de los gastos correspondientes a la actualización de cuentas a cobrar e ingresos por valoración de coberturas que no se corresponden con los ingresos por cesión de créditos.

En cuanto a los beneficios procedentes de la venta de acciones propias, la entidad se basa en el criterio adoptado en la resolución de este Tribunal Central de 20 de junio de 2013, RG 5718/09, relativa al acuerdo de liquidación dictado respecto de la misma entidad por el Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 2004 a 2006. En el fundamento de derecho quinto de dicha resolución se indica:

No obstante, existen determinadas operaciones de venta de acciones que la entidad reclamante considera que no deben incluirse en el denominador de la prorrata por no realizarse en el ejercicio de actividades

económicas, aún cuando se considerara que la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales constituye una actividad económica a efectos del Impuesto. Se trata de las operaciones de venta de acciones propias, en las que la entidad reclamante no vende la participación previamente adquirida en una filial, sino que se trata de operaciones de autocartera en las que no actúa como empresario sino como un mero inversor privado. Añade la entidad que, a tal efecto, no puede asimilarse dicha actividad a la desarrollada por una SICAV o por cualquier otra entidad que se configure como un vehículo de inversión.

La Inspección, por su parte, incluye dichas operaciones en el denominador de la prorrata porque las considera realizadas en el ámbito de la actividad empresarial de tenencia, adquisición y venta de acciones y participaciones sociales. Por tanto, a efectos de determinar si es procedente la inclusión de las operaciones de venta de autocartera en el denominador de la prorrata, debemos analizar las razones que llevan a la Inspección a calificar la actividad de tenencia, adquisición y venta de acciones y participaciones sociales como empresarial y, a continuación, determinar si la Inspección justifica si dichas razones concurren en las concretas operaciones de autocartera.

Considera la Inspección en el informe ampliatorio que la actividad de tenencia, adquisición y venta de acciones y participaciones sociales es la actividad principal de la entidad, que le permite obtener ingresos vía dividendos, principal fuente de ingresos, en función de los resultados obtenidos de sus filiales, sin perjuicio que, conforme a la doctrina del TJCE, los dividendos no constituyan contraprestación de operaciones sujetas al IVA. La Inspección aprecia en dicha actividad las notas de habitualidad y planificación, con la finalidad de intervenir en la producción de bienes y servicios y mejorar los resultados de sus filiales, y se materializa en operaciones dirigidas a incidir en la estructura del grupo empresarial con una vocación de crecimiento y diversificación y que se manifiestan en el importante número e importe de las operaciones de inversión y desinversión en el capital de las filiales.

(...).

Pues bien, en el informe ampliatorio y en el acuerdo de liquidación no se contienen circunstancias fácticas ni fundamentación jurídica alguna que permita vincular las operaciones de compraventa de acciones propias con el contexto empresarial en el que se desarrolla la actividad de tenencia, adquisición y venta de acciones y participaciones sociales y que está enfocada a incidir en la participación en el capital de otras entidades, invirtiendo o desinvirtiendo en el mismo.

En el apartado de antecedentes fácticos del informe ampliatorio (página 9), la Inspección incluye en el denominador de la prorrata los beneficios derivados de la venta de acciones propias, indicando que son las únicas operaciones de venta de acciones tenidas en cuenta a tal efecto, pues el resto de operaciones de venta de acciones (no propias sino de otras entidades) han generado pérdidas o no han generado resultado por adquirirse y transmitirse por el mismo precio. Dichos beneficios ascienden a las siguientes cantidades:

(...).

En el apartado de fundamentación jurídica de dicho informe (página 49), la Inspección se limita a señalar:

Como ha quedado probado en el punto 4 de los hechos XZ ha realizado, en los tres ejercicios objeto de regularización, numerosas operaciones de compra y venta de acciones tanto propias como de otras entidades, interviniendo también en la dirección y decisión de compras y ventas de acciones por parte de otras entidades del grupo.

Las operaciones con acciones propias no difieren de las realizadas por cualquier sociedad cotizada dentro de las habituales políticas de mantenimiento y gestión de autocartera.

Por lo que respecta a la compra-venta de participaciones en filiales, estas operaciones se encuadran en la planificación empresarial que lleva el grupo en su conjunto, como se puede observar en las Memorias anuales, tanto individuales como consolidadas y en las Actas del Consejo de Administración.

En el acuerdo de liquidación, el Inspector Jefe no añade fundamentación adicional 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 TEAC considera

procedente estimar en este punto las alegaciones de la entidad y declara improcedente la inclusión en el denominador de la prorrata de las plusvalías derivadas de la venta de acciones propias.

En el ejercicio 2010 la entidad realiza una venta de acciones propias, según consta en la memoria, obteniendo beneficio, mientras que en el ejercicio 2011 realiza entregas de acciones propias a consejeros, registrando pérdidas. El informe ampliatorio del acta de disconformidad contiene una referencia a los beneficios por transmisión de participaciones, señalando que fundamentalmente proceden de la venta de acciones propias, puesto que otras transmisiones de participaciones se han realizado con pérdida o sin resultado al transmitirse a entidades del grupo por el valor de adquisición.

Apreciamos, de acuerdo con lo anterior, que concurren en este caso circunstancias similares a las expuestas en la resolución de 20 de junio de 2013 en cuanto a la falta de acreditación por parte de la Inspección de la existencia de vinculación de las operaciones de autocartera con el contexto empresarial que se atribuye a la actividad de adquisición, tenencia y venta de participaciones sociales en las filiales. Procede, por tanto, estimar la alegación de la reclamante y declarar improcedente la inclusión en el denominador de la prorrata de las plusvalías derivadas de la venta de acciones propias.

Noveno.

A continuación corresponde analizar la alegación relativa a la improcedencia de incluir en el denominador de la prorrata el importe de los gastos correspondientes a la actualización de cuentas a cobrar e ingresos por valoración de coberturas que no se corresponden con los ingresos por cesión de créditos.

Respecto a la actualización de cuentas a cobrar, en el acuerdo de liquidación se indica que la entidad no acredita qué parte del importe de otros ingresos financieros corresponde a este concepto, y que en la medida en que las cuentas a cobrar representan derechos que una empresa posee sobre terceros pendientes de cobro en una determinada fecha, las actualizaciones de dichos importes son cantidades exigibles que deben considerarse ingresos derivados de la concesión de créditos.

Este Tribunal comparte lo señalado por la Inspección, dado que, por definición, las cuentas a cobrar constituyen derechos de cobro exigibles frente a terceros derivados de ventas de bienes, prestaciones de servicios, concesión de créditos u otros conceptos análogos, es decir, operaciones que se entienden realizadas en el ejercicio de la actividad empresarial de la entidad y que deben considerarse ingresos derivados de la concesión de créditos.

Décimo.

En cuanto a los ingresos por valoración de coberturas, la Inspección considera que son operaciones financieras realizadas con habitualidad y no accesorias a las operaciones principales; añade que el Tribunal Central en resoluciones de 17 de marzo de 2015 (RG 3764/2012) y de 22 de septiembre de 2015 (RG 4832/2012) ha establecido la sujeción al impuesto con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad económica o en cada operación en particular. Así, lo fundamental para determinar la sujeción al impuesto de las operaciones con derivados financieros es que se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial de la entidad, por lo que, en la medida en que el objeto de estas operaciones sea cubrirse de riesgos empresariales, se trata de operaciones encardinadas en el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la entidad. Son, por tanto, operaciones sujetas y exentas del impuesto que deben incluirse en el denominador de la prorrata de deducción.

Del expediente se deduce que la entidad se refiere a liquidaciones de las coberturas que tiene contratadas para cubrir posibles riesgos por variaciones de tipos de interés.

Si bien este Tribunal ha mantenido acerca de esta cuestión el criterio expuesto en el acuerdo de liquidación, dicho criterio debe ser modificado a la vista de las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 18 y 19 de mayo de 2020, dictadas en los recursos de casación n.º 34/2018 y 4855/2018, respectivamente. En ambas sentencias se considera que la demandante no presta un servicio al suscribir derivados financieros para la cobertura de riesgos de tipo de cambio o de tipo de interés. Y dado que ello no supone realizar operaciones sujetas a IVA, se concluye que los ingresos obtenidos por derivados financieros no deben incluirse en el denominador de la prorrata.

Así, en el fundamento de derecho octavo de la sentencia de 18 de mayo de 2020, se indica:

"(...)

4. No compartimos la tesis contenida en la sentencia recurrida por la razón esencial -adelantamos- no solo de que las operaciones que analizamos no son, en absoluto, actividad habitual de la recurrente, sino porque ni siquiera puede afirmarse que se trate de operaciones realizadas por TISA toda vez que, en puridad, el único que presta el servicio correspondiente en el caso es la entidad financiera que ofrece el producto y que lo liquida, al vencimiento o anticipadamente en los términos que figuran en el contrato.

Las razones que nos llevan a esta conclusión son las siguientes:

4.1. Es un hecho no discutido que TISA contrata con entidades financieras productos derivados con una finalidad esencial: cubrir el riesgo de la fluctuación de la divisa o del cambio del tipo de interés en relación con las distintas actividades que realiza en el ámbito de su giro o tráfico empresarial.

4.2. Es también un hecho incontrovertido el de que la compañía recurrente no se dedica a ofrecer en el mercado estos instrumentos financieros (cuyo valor deriva de la evolución de los precios de otro activo, denominado "activo subyacente"), no ya solo porque no es una entidad autorizada a estos efectos, sino porque los que constan en el caso de autos son contratos suscritos por TISA con entidades financieras para cubrir los riesgos asociados a las fluctuaciones en los tipos de cambio y en los tipos de interés.

4.3. Como se señala con acierto en el escrito de interposición, contratado el derivado financiero y abonado su precio a la entidad que lo comercializa, el elemento subyacente de que se trate en cada caso (tipo de cambio o tipo de interés) generará un flujo financiero positivo o negativo para TISA -según el precio del subyacente al liquidar- que en absoluto supone -por el solo hecho de que dicho flujo sea positivo- que TISA esté prestando servicio alguno en favor de la entidad correspondiente.

Dicho de otro modo, (i) TISA contrata un producto derivado que ofrece en el mercado un banco o una entidad financiera, (ii) abona un precio a esa entidad financiera comercializadora y (iii) liquida -al vencimiento o anticipadamente, en los términos previstos en el contrato- el subyacente, lo cual podrá consistir en un saldo positivo o negativo para TISA en función del precio de ese subyacente en el momento de la liquidación, esto es, en atención al tipo de interés o al tipo de cambio efectivos al finalizar el contrato.

4.4. La sentencia recurrida otorga, erróneamente, una extraordinaria relevancia a dos circunstancias para llegar a la conclusión de que la contratación de derivados constituye para TISA una actividad sujeta a IVA.

La primera es la eventualidad de que TISA, al liquidar el contrato, obtenga una ganancia, esto es, un saldo positivo.

La segunda es la vinculación de esas operaciones de derivados con otras actividades, respecto de las que la suscripción del producto financiero actuaría como garantía de su resultado final.

Ninguna de esas circunstancias, empero, permite extraer esa conclusión pues, como veremos inmediatamente, ni la ganancia eventualmente obtenida al liquidar el producto, ni la finalidad de garantizar otras operaciones propias del giro o tráfico empresarial pueden alterar la verdadera naturaleza de estos productos.

4.5. En el primero de esos elementos (el saldo positivo) la sentencia recurrida confunde el precio del derivado (que es la suma que se abona al banco al suscribir el contrato) con la liquidación del subyacente (que es el saldo -positivo o negativo- en favor o en contra de TISA en función del valor real de ese subyacente al liquidar el contrato).

El hecho de que exista un saldo positivo, esto es, una corriente financiera a favor de TISA no convierte a ésta en prestadora de servicio alguno para la sociedad comercializadora, pues quien presta el servicio es el banco o la entidad financiera y quien lo recibe es la otra parte del negocio.

Llevado a sus últimas consecuencias, el razonamiento expuesto conduciría al absurdo consistente en que la suscripción del producto derivado podría o no ser una prestación de servicio por parte de TISA en atención al resultado final, esto es, al precio del subyacente correspondiente, incorporando a la operación un extraño componente de aleatoriedad que, desde luego, resulta ajeno al concepto de actividad económica que debe presidir la sujeción al tributo indirecto que nos ocupa.

4.6. Tampoco la relación -de garantía o aseguramiento- de la suscripción de productos derivados con otras operaciones de la entidad convierte a esa suscripción en actividad sujeta a IVA en sede de TISA.

Ciertamente -y ya dijimos que esto era un hecho incontrovertido- la finalidad de las operaciones con derivados financieros no es otra que cubrir los riesgos asociados a eventuales fluctuaciones de tipos de cambio o tipos de interés.

Pero esa misma finalidad pone de manifiesto que aquella actividad es puramente accesoria o, si se quiere, instrumental de la que constituye el auténtico giro o tráfico empresarial de la compañía, que es, cabalmente, lo que pretende asegurar a través de la suscripción del instrumento financiero.

En otras palabras, la contratación de derivados financieros no es, en modo alguno, la actividad propia o característica de TISA, pues no está la gestión de flujos financieros entre las operaciones típicas de dicha compañía. Aquella contratación es algo más simple: la adquisición de un producto de quien lo comercializa (el banco o la entidad financiera) con el propósito de asegurar el buen fin de las actividades que -estas sí- constituyen la actividad esencial, propia y características de TISA.

5. A modo de conclusión, entendemos (i) que TISA no presta un servicio al contratar el producto derivado y (ii) que solo garantiza con tal suscripción la cobertura de ciertos riesgos que pueden comprometer el buen fin de las actividades que le son propias.

Y si ello es así, forzoso será concluir que, a los efectos del artículo 104.Dos de la ley del impuesto, la utilización de derivados financieros por parte de TISA no supone para ella la realización de operaciones sujetas a IVA y, por ello, no pueden formar parte del denominador de la prorrata.

En consecuencia, debemos concluir que los ingresos obtenidos por la entidad como consecuencia de la suscripción de contratos de derivados financieros para la cobertura del riesgo de variación del tipo de interés, no deben incluirse en el denominador de la prorrata ya que no suponen la prestación por parte de la interesada de servicios sujetos a IVA.

Décimo primero.

Finalmente, la entidad alega que la Inspección realiza una regularización encubierta de los períodos prescritos 01 a 04/2010 al calcular el porcentaje definitivo de la prorrata del ejercicio 2010 y aplicarlo a todas las cuotas soportadas en el ejercicio.

La alegación descrita debe ser desestimada. La determinación de la prorrata aplicable en el ejercicio 2010 debe realizarse teniendo en cuenta los datos correspondientes a dicho ejercicio, si bien la limitación de la deducibilidad de las cuotas soportadas sólo puede establecerse respecto de los períodos no prescritos en el ejercicio, tal como actúa la Inspección, que regulariza exclusivamente cuotas soportadas en los períodos no prescritos del ejercicio 2010.

Como conclusión de todo lo expuesto, este Tribunal confirma la regularización practicada excepto en lo relativo a la inclusión en el denominador de la prorrata del beneficio derivado de la venta de acciones propias y de los ingresos obtenidos por la utilización de derivados financieros a fin de cubrir riesgos de tipo de interés, en los términos señalados en los fundamentos de derecho octavo y décimo, respectivamente.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo

ACUERDA

ESTIMAR EN PARTE la reclamación en los términos señalados en la presente resolución.

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