

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ086971

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 23 de junio de 2022

Sala 2.^a

R.G. 1803/2019

SUMARIO:

IVA. Exenciones en operaciones interiores. Operaciones financieras. *Comisiones recibidas por la entrega y mantenimiento de tarjetas VIA-T.* En el acuerdo de liquidación que nos ocupa, se indica que la entidad percibe de sus clientes determinadas comisiones por la cesión y el mantenimiento de los dispositivos denominados TPVs o datáfonos, mediante los cuales los clientes de la entidad, normalmente comerciantes, pueden aceptar los pagos que les son efectuados con tarjetas de crédito, o de los llamados VIA-T que, colocados en los vehículos, permiten efectuar el pago, pasando por carriles expresamente habilitados para ello tanto en autopistas de peaje como en algunos aparcamientos públicos. Entiende la entidad que las operaciones de entrega y mantenimiento de los referidos soportes físicos constituyen un servicio accesorio a otro principal, relacionado con tarjetas de pago o de crédito, por lo que les resulta igualmente aplicable la exención prevista en el art. 20.Uno.18.º de la Ley 37/1992 (Ley IVA). Frente a estas consideraciones, la Inspección mantiene que los referidos servicios no se encuentran amparados por supuesto alguno de exención de IVA de los contemplados en la Ley 37/1992 (Ley IVA).

Pues bien, a efectos de decidir si la exención prevista en el art. 20.Uno.18.º.h) de la Ley del Impuesto es aplicable a los servicios de cesión y mantenimiento de dispositivos TPV y VIA-T prestados por la entidad, resulta fundamental determinar si tales servicios forman un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio financiero de pago mediante tarjetas de pago o crédito.

En ese sentido, la entidad manifiesta que el funcionamiento de las tarjetas VIA-T es muy parecido, por no decir idéntico, al de las tarjetas contactless, de uso generalizado en la actualidad cuyo tratamiento a efectos de IVA no se cuestiona; el fin perseguido por los clientes que contratan el servicio es el mismo que el que subyace cuando contratan una tarjeta de crédito o débito y, por ello, las condiciones de contratación son idénticas entre ambos tipos de dispositivos, sin perjuicio de que las comisiones satisfechas por uno u otro concepto sean diferentes.

El Tribunal no comparte lo alegado por la interesada y considera, por el contrario, que las prestaciones de servicios de cesión y mantenimiento de dispositivos VIA-T por parte de la entidad no cumplen las funciones específicas y esenciales de un pago, sin que pueda considerarse que tengan el efecto de transmitir efectivamente los fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras, en el sentido establecido por la jurisprudencia comunitaria, sino que se trata de una prestación material o técnica que está sujeta y no exenta del Impuesto.

La función esencial de estos dispositivos electrónicos es enviar una señal a la entrada y salida de las autopistas de peajes, de forma que una vez recibida por las entidades concesionarias de autopistas, queda identificado el vehículo y registrados los accesos y salidas en las autopistas. Ello permite calcular el coste del servicio que finalmente será cobrado al cliente conforme al sistema de pago al que esté vinculado el dispositivo. **(Criterio 1 de 2)**

Deducciones. Regla de prorata. Prorrata general. Por otra parte, a efectos del cálculo de prorata, las entidades incluían en el denominador de la fracción a que se refiere el art. 104 de la Ley del IVA, en tanto operaciones financieras exentas, los rendimientos producidos por el resultado final de los derivados financieros contratados, determinado por el importe total de las liquidaciones positivas, con deducción de las negativas. La Inspección consideró que el importe que debía integrarse en el denominador de la prorata era, exclusivamente, el derivado de las liquidaciones positivas, sin admitir, por tanto, compensaciones con las liquidaciones negativas que pudieran derivarse de su negociación.

Pues bien, el Tribunal confirma la regularización practicada en cuanto a la minoración de cuotas soportadas deducibles derivada de la inclusión en el denominador de la prorata exclusivamente de las diferencias positivas resultantes de operaciones de negociación de derivados financieros. Así, la entidad bancaria debe incluir en el denominador de la prorata las diferencias positivas, esto es, los resultados que generen plusvalías, mientras que cuando generen una minusvalía -diferencia negativa- habrán de incluirse en la prorata a valor cero. **(Criterio 2 de 2)**

PRECEPTOS:

Ley 37/1992 (Ley IVA), arts. 11, 20, 88, 89 y 104.

Directiva 2006/112/CE del Consejo (Sistema Común del IVA), arts. 12 y 135.

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 01/04/2019 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación, interpuesta en 25/03/2019 contra el acuerdo de liquidación dictado el 27 de febrero de 2019 por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (Agencia Estatal de Administración Tributaria) en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), ejercicios 2012 a 2014, y cuantía 6.938.355,96 euros.

Segundo.

Con fecha 11 de julio de 2016 se iniciaron actuaciones inspectoras de comprobación e investigación en relación con **XZ SA**.

Las actuaciones del procedimiento se realizaron respecto del grupo IVA ... (nivel "avanzado" de acuerdo con la opción del artículo 163.sexies.5 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en adelante, Ley del IVA), del que es dominante la entidad reclamante, y se iniciaron, entre otros conceptos, con carácter parcial en relación con el IVA de los ejercicios comprendidos entre 1 de julio de 2012 y 31 de diciembre de 2014, limitándose originalmente a la comprobación de la situación tributaria de la sociedad dominante del grupo.

Con fecha 3 de julio de 2017 se dictó un acuerdo de ampliación del alcance de las actuaciones inspectoras, por el que se determina la comprobación parcial, en cuanto al IVA, a los periodos julio de 2012 a diciembre de 2016, con el siguiente alcance:

*"Las actuaciones iniciales por el IS e IVA se extienden a las sociedades dependientes **XT (...)** y **QR SL (...)** por los ejercicios 2011 a 2014 del IS y 07/2013 a 12/2014 del IVA. La extensión también alcanza a las entidades **XT** por el IS 2015 e IVA de 2016, **XW SA (...)** por el IS de 2014 y 2015 e IVA de 2015 y **NP SL (...)** por el IS de 2014, pero únicamente alcanzará a la comprobación de la proporción del volumen de operaciones realizado en territorio común y forales respecto del total de operaciones declaradas, de acuerdo con los escritos presentados por dichas entidades instando rectificativas de lo inicialmente declarado".*

Como consecuencia de las actuaciones de comprobación e investigación, se formalizó, con fecha 9 de enero de 2019, Acta de disconformidad, modelo A02 y número de referencia: ...76, en relación con el IVA de los ejercicios 2012 a 2014, propuesta que fue confirmada mediante acuerdo de liquidación, dictado el 27 de febrero de 2019, en el que se regulariza la situación tributaria de las entidades que forman parte del grupo del que la reclamante es la entidad dominante por los siguientes motivos:

1. En la sociedad dominante **XZ, SA**:

1.1. En las cuotas de IVA devengado: incrementar el IVA devengado liquidado por la entidad correspondiente a las comisiones recibidas por la entrega y mantenimiento en el servicio de los "Terminales Punto de Venta" (TPVs) y de las "tarjetas Via-T" para pago en autopistas, comisiones que la sociedad ha considerado contraprestación de operaciones exentas del Impuesto. El ajuste se efectúa con base en los fundamentos expuestos en el Informe A/4/27/6, emitido por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la AEAT.

1.2. En las cuotas de IVA soportado deducible.

- Minoración del IVA soportado deducido por la adquisición de bienes y servicios relacionados con los citados terminales punto de venta (TPV) y tarjetas Via-T: estas cuotas la entidad las ha deducido con aplicación de la prorrata común, mientras que se considera aplicable la prorrata aplicable al sector principal de actividad, la prorrata financiera, ya que la comercialización de tales soportes queda integrada en la actividad bancaria de la entidad.

- Minoración de las cuotas de IVA soportado deducible por variaciones en el cálculo de la prorrata general bancaria y de la prorrata común a los distintos sectores diferenciados derivadas, entre otros, de dos ajustes:

a) En el numerador de la prorrata, ha de incluirse el importe de las comisiones por la entrega y mantenimiento de los TPV y de las tarjetas VIA-T, por las que se ha regularizado el IVA devengado, al considerárseles operaciones que originan el derecho a deducir.

b) En el denominador de la prorrata, se modifica el cómputo de los importes a incluir en el mismo, como consecuencia del resultado de las liquidaciones positivas de instrumentos derivados, sin compensación de las mismas con las liquidaciones negativas que se hayan podido desprender de la negociación con tales instrumentos.

2. En la sociedad dependiente **XT, SL.**

Se deniega la solicitud de rectificación de autoliquidaciones presentadas durante el ejercicio 2014 a fin de deducir las cuotas de IVA soportadas en la adquisición de inmuebles (promociones acabadas de viviendas, juntamente con las plazas de aparcamiento y trasteros) directamente del promotor y que no habían sido objeto de arrendamiento, cesión o uso por cualquier otro título por parte de la entidad, por considerar que el destino previsible es su utilización en operaciones exentas conforme dispone la Ley del IVA e inicialmente declaró la entidad.

El acuerdo de liquidación fue notificado a la entidad el 28 de febrero de 2019.

Tercero.

Disconforme con dicha liquidación, con fecha 25 de marzo de 2019, la entidad interpone la presente reclamación económico-administrativa ante este Tribunal Económico-Administrativo Central.

Notificado el trámite de puesta de manifiesto del expediente administrativo, el 15 de octubre de 2019 la entidad presenta escrito en el que formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- La cesión de los dispositivos de pago VIA-T son plenamente equiparables a los de cesión de otros dispositivos de pago, como, por ejemplo, las tarjetas de crédito o débito, cumpliendo una misma finalidad para los usuarios, de modo que deben tener el mismo tratamiento a efectos de IVA y considerarse operaciones exentas.

- La cesión de los dispositivos TPV son servicios accesorios a los servicios de adquisición de medios de pago prestados por **XZ**, por cuanto dichos dispositivos tienen por objeto facilitar a los clientes del Banco efectuar el pago mediante una tarjeta de crédito o débito que esté garantizada por una entidad financiera.

- Subsidiariamente, considerando que parte de los usuarios de este tipo de dispositivos (tarjetas VIA-T) son particulares; las citadas cuotas de IVA debieron considerarse incluidas en la contraprestación percibida a efectos del cálculo de la cuota a ingresar.

- De considerarse que la cesión de los dispositivos VIA-T y TPV constituyen prestaciones no exentas de IVA, debe aceptarse la deducción íntegra de las cuotas de IVA soportadas en la adquisición de los bienes y servicios necesarios para la prestación del servicio por aplicación de la regla de prorrata especial.

- Los derivados financieros objeto de análisis no pueden considerarse operaciones sujetas al Impuesto dado que:

a. Los importes satisfechos y recibidos como consecuencia de las liquidaciones periódicas practicadas no constituyen la contraprestación por la prestación de ningún servicio sino el servicio en sí mismo.

b. El carácter aleatorio de la contraprestación impide que pueda considerarse la existencia de una operación sujeta.

c. Atendiendo a su naturaleza, los derivados podrían equipararse a un contrato de seguro en el que las liquidaciones positivas constituyen la indemnización a percibir en caso de producirse el siniestro, indemnización que no tiene la consideración de contraprestación a efectos de IVA.

- En caso de existir un servicio prestado por **XZ SA**, éste sería el de intermediación entre el cliente que contrata el derivado de cobertura y la entidad financiera con la que esta parte contrata el derivado espejo. En consecuencia, la contraprestación percibida y que debería incluirse en el denominador de la prorrata, en su caso, sería el margen obtenido por la diferencia entre los productos contratados con cada parte. Es decir, el importe a integrar en el denominador de la prorrata debería ser el resultado de las liquidaciones positivas y negativas realizadas en el ejercicio.

- Deducibilidad de las cuotas soportadas por la adquisición de inmuebles directamente del promotor que no habían sido objeto de arrendamiento, cesión o uso por cualquier otro título por parte de XT, SL. por cuanto las transmisiones de los mismos, conforme a la Directiva IVA y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deben considerarse sujetas y no exentas del IVA por ser anteriores a su primera ocupación.

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 acto impugnado, lo que exige pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

1º. Exención de IVA de las operaciones por las que la entidad financiera cede y mantiene en uso determinados TPV (datáfonos) y tarjetas VIA-T que se utilizan para el pago en comercios y autopistas de peaje, en operaciones por las que la entidad financiera percibe determinadas comisiones, diferentes de las que obtiene de sus operaciones financieras.

2º. Inclusión del IVA que grava tales operaciones en las comisiones acordadas por la entidad con sus clientes.

3º. Deducción de las cuotas soportadas por la adquisición de inputs destinados a ser utilizados en las referidas operaciones.

4º. Importe a computar en el denominador de la prorrata de deducción como contraprestación de los instrumentos financieros derivados.

5º. Consideración de las entregas de edificaciones efectuadas por quien las adquirió terminadas de su promotor y sin haber hecho ningún uso por cualquier título de las mismas, como entregas sujetas y no exentas.

Tercero.

Corresponde en primer lugar decidir sobre la conformidad a Derecho de la regularización practicada consistente en el incremento de la base imponible de IVA devengado declarada por **XZ SA** en el importe de las comisiones percibidas por la entrega y mantenimiento de los "Terminales Punto de Venta" (TPVs) y de las tarjetas para pago en autopistas "tarjetas VIA-T".

En el acuerdo de liquidación se indica que la entidad **XZ SA** percibe de sus clientes determinadas comisiones por la cesión y el mantenimiento de los dispositivos denominados Terminales Punto de Venta (TPV) o datáfonos, mediante los cuales los clientes de la entidad, normalmente comerciantes, pueden aceptar los pagos que les son efectuados con tarjetas de crédito, o de los llamados VIA-T que, colocados en los vehículos, permiten efectuar el pago, pasando por carriles expresamente habilitados para ello tanto en autopistas de peaje como en algunos aparcamientos públicos. Entiende la entidad que las operaciones de entrega y mantenimiento de los referidos soportes físicos constituyen un servicio accesorio a otro principal, relacionado con tarjetas de pago o de crédito, por lo que les resulta igualmente aplicable la exención prevista en el artículo 20.Uno.18.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en lo sucesivo, Ley del IVA).

Frente a estas consideraciones, la Inspección mantiene que los referidos servicios no se encuentran amparados por supuesto alguno de exención de IVA de los contemplados en su Ley reguladora. En particular, se señala en el acuerdo de liquidación:

"(...) con ocasión de la utilización habitual por parte de los clientes de los soportes mencionados, la entidad percibe de modo constante comisiones financieras relacionadas con el importe de los pagos efectuados a través de los mismos. Estas comisiones, cuya existencia la Inspección ha verificado, se tratan, y a juicio de la Inspección correctamente, como exentas del Impuesto, por corresponderse con un servicio exclusivamente financiero, de mediación puntual en el pago. (...)

Sin embargo, en lo que respecta a la entrega y mantenimiento de los TPV y de las tarjetas VIA-T, que se retribuye mediante las citadas comisiones, el actuario, basándose en los criterios sentados por el Informe de la AEAT evacuado para determinar el tratamiento en el IVA de estas precisas operaciones, considera que no son operaciones a las que sea aplicable la exención de IVA relativa a las operaciones financieras, porque tal contraprestación no lo es de un servicio de emisión o comercialización de medios de pago, sino la contraprestación por el arrendamiento de un dispositivo."

El informe a que se refiere el acuerdo de liquidación y que fundamenta la regularización es el Informe A/4/27/6, emitido el 4 de julio de 2016 por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el que se concluye que la cesión y mantenimiento de los referidos dispositivos son operaciones con sustantividad propia que no pueden ser calificadas como accesorias de operaciones financieras exentas, sino que constituyen operaciones sujetas y no exentas del impuesto de

conformidad con el artículo 11.Dos de la Ley 37/1992. Se indica en el citado informe, transcrito parcialmente en el acuerdo de liquidación:

"Inf. A/4/27/6 ASUNTO: INFORME SOBRE LA TRIBUTACIÓN EN IVA DE DETERMINADAS OPERACIONES RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD FINANCIERA.

Se ha recibido en esta Subdirección General de Ordenación Legal petición de informe cursada por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (DCGC) en relación con la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 20.Uno.18 de la Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, a determinadas operaciones íntimamente relacionadas con la actividad financiera.

La problemática se plantea en relación con las siguientes operaciones:

- a) Comisiones por utilización/mantenimiento de TPVs (Terminales de Punto de Venta de tarjetas de crédito).*
- b) Cuotas de interconexión.*
- c) Comisión por utilización de aparatos VIA-T.*

Para determinar la tributación procedente a cada una de las operaciones anteriores, analizaremos de forma breve cuáles son los rasgos básicos del mercado de tarjetas, y posteriormente nos referiremos a cada una de las operaciones cuestionadas y la tributación en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido.

RASGOS BÁSICOS DEL MERCADO DE TARJETAS

Cuando se efectúa un pago utilizando una tarjeta en un comercio, ya sea físicamente o a través de internet, hay varias partes que intervienen en la realización de dicho pago. Normalmente participan cuatro clases de agentes denominándose en este caso sistema de tarjetas de pago "cuatripartito":

- el comprador o adquirente del bien o servicio, que paga con su tarjeta,*
- el vendedor del bien o servicio que cobra con un Terminal Punto de Venta (TPV),*
- el proveedor financiero de la TPV del comerciante, que abona el precio del bien o servicio al vendedor (también denominado banco adquirente), y*
- el proveedor financiero de la tarjeta del comprador que carga en cuenta el importe del precio del bien adquirido o servicio recibido (también denominado banco emisor).*

No obstante, en determinadas ocasiones las funciones de emisión del instrumento y de adquisición de las operaciones de pago confluyen en una misma figura. En estos casos, el anterior modelo sufre una ligera modificación, limitando así su alcance a tres únicos protagonistas; en este caso se habla de un sistema "tripartito".

La intervención de las distintas partes se completa con la transferencia de fondos del proveedor financiero de la tarjeta, en ejecución del pago autorizado por el comprador, al proveedor financiero de la TPV.

Con el fin de hacer posible el intercambio de transacciones entre los mencionados agentes, se hace necesario articular dicho tráfico a través de lo que se conoce como «esquema» o «red de tarjeta»; se entiende por tal el conjunto de elementos, tanto técnicos como de negocio, sobre los que queda regulada formalmente la suma de relaciones y flujos que el uso de la tarjeta vaya a ocasionar.

En España, se articula dicho tráfico mediante la creación de redes de tarjetas o, lo que es lo mismo, sistemas formales de interrelaciones entre agentes a cargo de empresas especializadas. El capital de estas sociedades reside, principalmente, en las manos de los integrantes del sistema financiero, quienes, en nuestro caso particular, han optado por agruparse en torno a tres compañías diferentes: ServiRed, Sistema 4B y Euro 6000. Estas tres sociedades han logrado, además, asegurar la plena interconexión de sus sistemas internos por medio de la consecución de una serie de acuerdos de interconexión recíprocos, evitándose así la fragmentación del mercado interior. Por otro lado, en razón de sus vínculos con los grandes operadores mundiales, tales como Visa o MasterCard, estas compañías cuentan asimismo con los derechos de explotación a nivel local de las principales marcas de tarjetas reconocidas internacionalmente. Una circunstancia, esta última, que habilita legalmente a las entidades adheridas a dichos esquemas españoles para la emisión de productos de pago bajo cualquiera de las señaladas marcas y, en consecuencia, les da acceso al mercado internacional.

Encontramos dos tipos de operaciones:

- Operaciones intersistema: aquellas operaciones en las que cada una de las Entidades que intervienen, emisora y adquirente, son miembros de sistemas nacionales distintos.*
- Operaciones intrasistema: aquellas operaciones en las que cada una de las Entidades que intervienen, emisora y adquirente, son miembros del mismo sistema nacional.*

Dentro del marco de este circuito de pago mediante tarjeta se van a liquidar determinadas comisiones o tasas que constituyen la retribución que los proveedores financieros, tanto la entidad emisora de la tarjeta como la entidad financiera proveedora de la TPV, perciben por los servicios que prestan derivados de la intervención en dicho circuito. Estas tasas son las siguientes:

- Tasa de descuento: comisión o retribución pagada por el beneficiario de la operación de pago a su proveedor de servicios de pago por cada operación realizada mediante tarjeta compuesta por la tasa de intercambio, la comisión de procesamiento y del sistema de pagos y el margen del adquirente (art. 10.1.b) Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia).

- Tasa de intercambio: Toda comisión o retribución pagada, directa o indirectamente, por cada operación efectuada entre los proveedores de servicios de pago del ordenante y del beneficiario que intervengan en una operación de pago mediante tarjeta (art. 10.1.a) Ley 18/2014).

En el "Acuerdo Marco Regulador de la fijación de las tasas de intercambio en transacciones con pago mediante tarjetas de crédito o débito" se dispone sobre la forma de determinar las tasas de intercambio intrasistemas y la de intercambio intersistemas, con referencia a los costes ocasionados por estas operaciones.

De otro lado, la entidad financiera proveedora de la TPV cobra al comercio o establecimiento, entre otras cantidades, una comisión mensual por mantenimiento del terminal (TPV).

LEGISLACIÓN EUROPEA Y NACIONAL

El artículo 135.d) de la Directiva 2006/112/CE recoge: "Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes: (...):

d) Las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos."

En particular, la trasposición de este precepto a la normativa nacional se encuentra en el artículo 20.uno.18º.h) Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), donde se recoge la exención de "las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago."

Es importante tener en cuenta que tales preceptos no establecen una exención genérica en IVA que se apliquen a todas las operaciones financieras. Por tanto, la discusión sobre la tributación de cualquier operación financiera requiere estar a lo dispuesto en la norma, así como a la jurisprudencia y doctrina evacuada en aplicación de la misma para determinar si procede o no la exención a dicha operación. Esta configuración de la exención es coherente con el principio de interpretación estricta o restrictiva de los supuestos de exención que el TJUE ha señalado de forma reiterada (Cfr. sentencia TJUE 28-10-2010 asunto AXA UK plc C-175/09, 28-7- 2011, asunto Nordea Pankki Suomi Oyj, C-350/10).

En particular, la exención de las operaciones financieras responde de un lado a razones de interés general, tendentes a abaratar el crédito, de modo que éste resulte accesible a los consumidores finales, y de otro lado se justifica por motivos técnicos, dadas las dificultades para la determinación de la base imponible de las operaciones y su impacto en el derecho a la deducción.

JURISPRUDENCIA EUROPEA

Encontramos diversas sentencias del TJUE en relación a las operaciones financieras que nos permiten esquematizar las condiciones o requisitos exigidos para la aplicación de la exención en relación a las operaciones financieras. A continuación analizaremos algunas de estas sentencias al objeto de determinar las condiciones a tener en cuenta para aplicar la exención.

El TJUE en sentencia 5-6-97, asunto Sparekassernes Datacenter, SDC, C-2/95, se refiere a la aplicación de las exenciones de las operaciones financieras en supuestos de subcontratación de funciones. De esta sentencia se puede inferir las siguientes consideraciones:

- La transferencia es una operación consistente en ejecutar una orden de transmitir una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra, caracterizada por el hecho de que implica el cambio de la situación jurídica y financiera existente, por un lado entre el ordenante y el beneficiario y, por otro, entre éstos y sus respectivos bancos y, en su caso, entre los bancos. Los aspectos funcionales resultan decisivos para determinar si una operación constituye una transferencia.

- La Directiva no excluye la posibilidad de que la operación de transferencia se descomponga en diversos servicios diferentes, los cuales constituyen "operaciones relativas a las transferencias". La facturación es irrelevante

para aplicar la exención siempre que los actos necesarios para efectuar la operación exenta puedan identificarse en relación con los demás servicios.

- El mero hecho de que un elemento sea indispensable para realizar una operación exenta no permite deducir que el servicio correspondiente a tal elemento disfrute de la exención. Para calificarse de operaciones exentas los servicios previos a otra que vaya a estar exenta deberán tener por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de la operación exenta. En el caso de "una operación relativa a transferencias", los servicios prestados deben tener por efecto transmitir fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras. Procede distinguir el servicio exento a efectos de la Directiva de una mera prestación material o técnica como es el hecho de poner a disposición del banco un sistema informático.

De otro lado, la sentencia TJUE 2-12-10, asunto Everything Everywhere LTd, C- 276/09, analizó la posible exención de determinados recargos cobrados por una empresa de telecomunicaciones en determinadas modalidades de pago por parte de sus clientes, concluyendo que el servicio principal era el de telecomunicaciones en este caso, y resultando el servicio de cobro accesorio del anterior.

De manera expresa se indica en la sentencia que esta conclusión no resulta contraria al principio de neutralidad al ser la situación de Everything Everywhere distinta de la de los operadores que pudieran estar efectuando prestaciones equivalentes como prestaciones principales, es decir, al margen de la prestación de otros servicios.

En la sentencia TJUE 28-7-11, asunto Nordea Pankki Suomi Oyj, Nordea, C-350/10 se analiza la posible exención de los servicios de mensajería electrónica prestados para la ejecución de las operaciones de transferencia y de compra de títulos valores. En esta sentencia el TJUE reitera que el hecho de que un elemento sea indispensable para realizar una operación exenta no permite deducir que el servicio esté exento. Puesto que los servicios prestados en este caso son servicios de mensajería electrónica que únicamente tienen por objeto transmitir datos, no cumplen por sí solos ninguna de las funciones de las operaciones financieras contempladas en la Directiva, es decir, las que tienen como efecto la transmisión de fondos o títulos, y, por lo tanto, no poseen sus características y en consecuencia quedan excluidos de la exención.

A esta cuestión se refiere igualmente la sentencia TJUE 13-3-14, asunto ATP Pension Service A/S ATP C-464/12, relativa a la exención de los servicios relativos a fondos de pensiones, indicando que la exención se aplica a los servicios por los cuales un organismo materializa los derechos afiliados a planes de pensiones y la anotación de las cotizaciones de esos afiliados en su cuenta, así como a las operaciones que son accesorias a los servicios aludidos o que constituyen con ellos una prestación económica única.

Sobre la base imponible de las operaciones se refiere la sentencia TJUE 25-5-93, Asunto Chaussures Bally, C-18/92, Bally comercializaba calzado y cobraba a sus clientes el precio de sus compras en metálico mediante cheque o tarjeta de crédito. En este último caso, Bally había celebrado contratos con distintos emisores de tarjetas de crédito, de modo que cuando el cliente optara por pagar mediante tarjeta, Bally vendería la mercancía a cambio del precio correspondiente aunque percibiría un precio menor como consecuencia de la retención de una comisión. Aunque la controversia se suscitaba sobre la base imponible de la operación, el TJUE señaló en relación a la exención de los servicios prestados a los comerciantes por los emisores de las tarjetas de crédito que, cuando el comprador paga el precio de la mercancía mediante una tarjeta de crédito, se producen dos operaciones: la venta de la mercancía por el comerciante y, por otra, la prestación de servicios al comerciante por el emisor de la tarjeta. Respecto de esta última operación el TJUE determina que dicha operación está exenta, de conformidad con la letra d) del punto B del artículo 13 de la sexta Directiva, que permite a los Estados miembros declarar exentas, entre otras, determinadas operaciones relativas a la concesión y negociación de créditos, así como la gestión de créditos efectuada por quienes los concedieron, la negociación y la prestación de fianzas, cauciones y otras modalidades de garantía. Por tanto, el TJUE concluye que los servicios prestados a comerciantes minoristas por emisores de tarjetas de crédito que aquellos aceptan como medios de pago son servicios exentos.

Por último en la sentencia de TJUE de 26-5-16, Asunto Bookit C-607/14 se plantea la exención para una sociedad británica cuya actividad consistía en procesar los pagos realizados mediante tarjetas de débito y de crédito (gestión de pagos mediante tarjeta) a los clientes que adquirirían entradas de cine, pagos que eran comisiones por dicha gestión, concluyendo que no procede tal exención porque el prestador de un servicio de gestión de pagos mediante tarjeta no participa de manera específica y esencial en las modificaciones jurídicas y financieras que materializan una transferencia sino que se limita a aplicar los medios técnicos y administrativos que le permiten recoger los datos y comunicarlos a su banco adquirente, además de a recibir, por el mismo cauce, la comunicación de los datos que le permitan realizar una venta y recibir los fondos que le corresponden. Como un servicio de gestión de pagos mediante tarjeta consiste en un intercambio de datos entre un comerciante y su banco adquirente, con objeto de recibir el pago de un producto o servicio puesto a la venta, tal servicio no puede estar comprendido en la exención.

De las sentencias referidas pueden resumirse cuatro notas en relación a la exención de las operaciones financieras:

1. La transferencia o pago ha de suponer una modificación de la posición jurídica y financiera de las partes.
2. Cualquier prestación que cumpla las funciones específicas y esenciales necesarias para surtir el efecto anterior puede considerarse exenta en tanto que relativa a un pago o transferencia. El elemento funcional es el elemento determinante para la aplicación de la exención.
3. De otro lado, el hecho de que una determinada prestación sea indispensable para la realización de una transferencia o pago carece de relevancia, siempre que no cumpla con las funciones esenciales mencionadas.
4. Las meras operaciones materiales o preparatorias son ajenas a la exención, al igual que otras que puedan considerarse accesorias de otras que, como tales, sean operaciones sujetas y no exentas.

Además de la jurisprudencia europea también puede ser de utilidad a la hora de analizar la tributación de operaciones relacionadas con la actividad financiera, las dos propuestas presentadas por la Comisión en 2007, una Directiva y un Reglamento de Ejecución, sobre operaciones financieras, que aunque ninguna de las cuales consiguió el consenso necesario para su aprobación por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, permiten conocer los conceptos y criterios derivados de la jurisprudencia europea que se decidieron integrar en tales propuestas.

Estas propuestas se plantean dado que las definiciones de los servicios financieros y de seguros exentos habían quedado desfasados y daban lugar a disparidades en la interpretación y aplicación de las exenciones por los Estados miembros. Por ello, en ese momento se considera preciso aclarar las normas que regulan la exención del IVA a los servicios financieros y de seguros, al objeto de lograr una mayor seguridad jurídica y reducir la carga financiera.

La propuesta de Directiva contiene una nueva redacción del artículo 135 de la Directiva, y añade los apartados 1 bis, 1 ter y 1 quarter. Dentro del artículo 135 recoge la exención entre otras para las operaciones relativas a depósitos financieros y al mantenimiento de cuentas, indicando en el apartado 1 bis que la exención se aplicará a las entregas de cualquier elemento integrante de un servicio financiero o de seguro, que constituya un conjunto diferenciado y tenga el carácter específico y esencial del servicio exento.

Recogía la propuesta las mismas notas relativas a la exención de operaciones financieras recogidas por la jurisprudencia europea y resumida en los cuatro puntos expuestos en párrafos anteriores.

De otro lado la propuesta de Reglamento de Ejecución consideraba conveniente especificar ciertos servicios que tienen carácter específico y esencial de los servicios exentos y otros que no tienen tal carácter. En este sentido, el artículo 18 de dicha propuesta consideraba como servicios que tienen el carácter específico y esencial de "mantenimiento de cuenta":

- a) Los servicios entre operadores con vistas a la transferencia de fondos entre cuentas monetarias y la compensación de la transferencia;
- b) Los servicios de adhesión, inscripción o suscripción en relación con tarjetas o sistemas de pago vinculados a una cuenta;
- c) Los servicios de control con dispositivos de seguridad para la correcta tramitación de las transferencias de fondos entre cuentas monetarias;
- d) La emisión de estados de cuenta de clientes y comerciantes;
- e) La verificación de pagos;
- f) La emisión de talonarios de cheques en relación con una cuenta específica.

Y no tienen carácter específico y esencial del "mantenimiento de una cuenta":

- a) Los trabajos generales de impresión de talonarios de cheques;
- b) La entrega de tarjetas vírgenes;
- c) El alojamiento en Internet;
- d) El alquiler de terminales y otros aparatos para la tramitación de los pagos con tarjeta.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

La Dirección General de Tributos (DGT) en la Resolución de 24-7-1987, contesta la consulta vinculante planteada por la Asociación Española de Banca Privada quien solicitaba aclaración sobre la extensión de la exención del artículo 53 Ley 48/85, de 27 de diciembre (hoy art. 20.Uno.18 Ley 37/92). En la misma se indica "IV. Operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o crédito y otras órdenes de pago.

1. Están exentos del Impuesto los servicios referentes a los siguientes documentos y operaciones, cuando se presten por empresarios o profesionales y en su ejercicio de su actividad empresarial:

...;)

7º Tarjetas de crédito, débito y uso múltiple, tanto los servicios prestados a los titulares, cuya contraprestación son las comisiones percibidas de los mismos por la emisión o renovación de dichas tarjetas, por la disposición en ventanilla, en cajeros automáticos o en oficinas de otras entidades nacionales o extranjeras, como los servicios prestados a los establecimientos donde se utilicen dichas tarjetas, retribuidos mediante las comisiones percibidas de dichos establecimientos.

También están exentas las comisiones percibidas de la entidad emisora cuando el titular de la tarjeta hace uso de la misma en oficinas de otras entidades".

Posteriormente son varias las consultas que la DGT ha emitido sobre la aplicación de la exención en relación a las operaciones financieras. A efectos de este informe y al objeto de delimitar las líneas que permitan determinar cuándo aplicamos la exención relativa a operaciones financieras destacamos las siguientes:

- DGT 07-08-2009 V1833/2009: La consulta distingue en relación con los servicios en materia de medios de pago con tarjeta a través de un esquema de adhesión al sistema de pago en el que se encuentran integradas diversas entidades financieras cuyo funcionamiento se deriva de la ejecución de un contrato de tarjeta de crédito o débito dos tareas principales: los servicios de gestión de esquema y los servicios de procesamiento. Los servicios de gestión se dirigen a garantizar la operatividad, calidad y continuidad de la red, proporcionando a las entidades financieras adheridas el acceso al esquema nacional e internacional. Estos servicios engloban los de garantía de pago prestado (abonando el importe de la transacción al banco adquirente, que es el banco de quien el empresario o profesional comerciante recibirá el precio de sus bienes o servicios minorado en la comisión pactada, y es quien asumirá de forma momentánea e instrumental la posición acreedora frente a la entidad emisora, que será la que realice, periódica o instantáneamente, el cargo en cuenta a sus clientes por sus compras) y la consiguiente transmisión de créditos (el banco adquirente al esquema y de ésta al banco emisor).

Los servicios de procesamiento consisten fundamentalmente en la contabilización automatizada y directa en el sistema de la entidad de los créditos y débitos, el registro de cobros y pagos así como de transferencias, la determinación de los tipos de interés pagaderos, la generación de la información necesaria para la emisión de recibos y extractos, la implantación y adaptación de las aplicaciones a los nuevos productos y parámetros. Se incluyen dentro de estos servicios la autorización para que se lleve a cabo la transacción y la compensación de posiciones entre los bancos emisor y adquirente.

De las operaciones descritas en relación con la gestión del esquema, descritas como la puesta a disposición a las partes de una estructura de relaciones jurídicas previamente convenidas y eventualmente reguladas que aseguran el pago a través de tarjetas de crédito y débito en cualquier lugar, con unas condiciones de seguridad y garantía, la DGT concluye que se tratan de operaciones relativas a tarjetas de pago o crédito que se encuentran exentas del IVA. Sobre las operaciones de procesamiento, ha de considerarse si constituyen un conjunto diferenciado que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio financiero exento. En la consulta planteada se considera que los servicios prestados van más allá del mero tratamiento de datos, por lo que se incluyen, en este caso, dentro del ámbito de la exención de los servicios financieros.

- DGT 1-10-12 V1914/2012: La consultante es una entidad de crédito que ha externalizado la prestación de un servicio de telemarketing dirigido a la verificación y recuperación de los datos de los clientes solicitantes de tarjetas de créditos para la correcta prestación de sus servicios. Lo que se plantea es si la externalización de estos servicios queda sujeta y exenta del Impuesto. Lo primero que es preciso determinar es la naturaleza de estos servicios, si se trata de un mero servicio de suministro de información o si se trata de un servicio financiero. Para calificar unos servicios como financieros deben formar un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio financiero exento y no tratarse de meras prestaciones materiales o técnicas. Por ello, debe examinarse si el servicio únicamente comprende aspectos técnicos o se extiende a elementos específicos y esenciales de las órdenes de pago. Dado que el sistema externalizado comprende la verificación de datos que fueran necesarios para la correcta prestación de los servicios, estamos ante operaciones de back-office, las cuales quedan sujetas y no exentas del Impuesto, pues no van más allá del mero tratamiento de datos. No se trata de servicios que cumplen las funciones específicas y esenciales de un servicio financiero, en este caso las transferencias de créditos.

- DGT 25-04-2013 V1439/2013: Planteada la tributación del servicio de alquiler de gestión de terminales de punto de venta, y de acuerdo con la doctrina del TJUE, el órgano consultivo concluye que las operaciones de gestión de cobro de créditos no participan de la naturaleza financiera de los servicios exentos del artículo 135.1.d) de la Directiva. Se trata de servicios de gestión administrativa y, por tanto, quedan sujetos y no exentos del Impuesto. Señala que el servicio de alquiler de gestión de terminales de punto de venta es un servicio sujeto y no exento del Impuesto.

- DGT 4-04-2013 V1098/2013 y 30-05-2014 V1432/2014: Se resuelve sobre la posible exención a la prestación por una sociedad de servicios de gestión de una plataforma de medios de pago. Se planteaban dos supuestos diferentes:

a) La entidad actuaba como entidad financiera prestando un servicio integral de pago electrónico que abarcaba todo el procesamiento electrónico, informático y telemático necesario para la gestión de las tarjetas bancarias. Esta gestión integral de medios de pago incluye la operativa de liquidación de pagos. Si la operativa comprende la ejecución de pagos entre distintos operadores dicho servicio cumple las funciones específicas y esenciales del servicio financiero exento de transferencias y órdenes de pago.

b) Si la operativa de liquidación se limita a prestar un servicio de verificación de pagos y generación de extractos, dicho servicio se encontrará sujeto y no exento en la medida que predomina un componente administrativo de gestión, ajeno a las características esenciales del servicio de transferencias de créditos.

- DGT 29-09-15 V2828/2015: La mercantil consultante va a iniciar una actividad denominada de pasarela de pago electrónica a través de TPV virtual, recibiendo en su cuenta bancaria los ingresos de los clientes de sus propios clientes, que luego transfiere a estos últimos tras aplicar una comisión por la intermediación en el cobro. Resulta que la entidad se encarga de gestionar el pago a través de un sistema electrónico de modo que recibe en su cuenta bancaria ingresos de los clientes de sus clientes y, a continuación, tras aplicar una comisión, realiza una transferencia a sus clientes.

Dicha actividad debe considerarse como gestión de cobro en el sentido de la jurisprudencia europea y por ello una actividad sujeta y no exenta del Impuesto.

- DGT 21-12-15 V4121/2015: Una sociedad realiza una actividad de intermediación financiera en la venta de productos a través de TPV virtuales. La DGT en este supuesto entiende que la sociedad realiza una intermediación en el pago en la medida en que el consultante presta un servicio financiero, pago a través de un TPV virtual, y actúa como responsable en la cadena de pago, de modo que si existieran impagos o devoluciones podrían generarse pérdidas en su actividad. En consecuencia, tales servicios están exentos.

En esta consulta se indica que esta situación es distinta de la analizada en la consulta V2828/2015 en donde se analizó los efectos de prestar un servicio de pasarela de pago que consisten en la conexión de los servidores de las principales tarjetas de crédito y en donde se concluyó que tal servicio tenía naturaleza administrativa y, por tanto, en su prestación aislada debían considerarse como servicios sujetos y no exentos del Impuesto.

- DGT 29-6-15 V2022/2015: La consultante es una sociedad cuya actividad es la de prestar servicios de gestión de sistemas de cobro en relación con la utilización de infraestructuras, como las autopistas de peaje y los aparcamientos. En el ejercicio de su actividad la sociedad cede un dispositivo a sus clientes, el cual es utilizado como un medio de pago en autopistas de peaje y aparcamientos autorizados. La sociedad asume el pago y el riesgo de impago por parte de los clientes-usuarios, frente a los proveedores de los servicios de autopistas y aparcamientos y, posteriormente refacturará a dichos clientes el uso de las infraestructuras utilizado. Adicionalmente la consultante factura una cuota anual de servicios que se añade a los consumos efectuados, que se facturan a mes vencido. En relación con la cesión del uso del dispositivo por lo que se cobra una cuantía anual, la DGT indica que no resulta aplicable ninguna de las exenciones dado que dicha cuota que se cobra no supone la contraprestación de servicios de emisión o comercialización de medios de pago, sino la contraprestación por el arrendamiento de un dispositivo, operación que conforme a lo previsto en el art. 11.Dos.2º de la Ley 37/1992 estará sujeta y no exenta al Impuesto.

Como conclusión puede señalarse que la doctrina administrativa, en línea con la jurisprudencia europea, indica que para calificar unos servicios como financieros deben formar un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tengan por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio financiero exento y no tratarse de meras prestaciones materiales o técnicas. Por ello, debe examinarse si el servicio únicamente comprende aspectos técnicos (operaciones de back office) o se extiende a elementos específicos y esenciales de las órdenes de pago. Las operaciones de back-office, quedan sujetas y no exentas del Impuesto, pues no se trata de servicios que cumplen las funciones específicas y esenciales de un servicio financiero".

ANÁLISIS TRIBUTARIO DE LOS HECHOS PLANTEADOS.

(...;)

C. Comisiones por la utilización de aparatos VIA-T.

Antes de analizar los hechos propios del expediente del que deriva la consulta expondremos las líneas básicas en las que consiste el denominado servicio VIA-T.

VIA T es un sistema que permite a los conductores proceder al pago de los peajes en Autopista sin detener el vehículo.

El sistema de cobro VIA-T requiere los siguientes pasos:

1. Instalación de un dispositivo especial (transmisor-receptor) denominado OBE (On Board Equipment) en el vehículo que recoge y envía una señal a la entrada y salida de las autopistas de peaje.

2. Esa señal recibida por las concesionarias de autopistas, identifica el dispositivo instalado en el vehículo, haciendo que queden registrados los accesos y salidas en las autopistas.

3. La identificación del vehículo enviada por el citado sistema (OBE), se vincula con un sistema de pago, que puede ser una tarjeta bancaria o incluso una cuenta bancaria.

4. Esa identificación y vinculación, sirven para calcular el coste del servicio, que finalmente será cobrado al cliente, o bien mediante tarjeta de crédito o bien mediante abono en cuenta.

En la actualidad este servicio no es sólo prestado por entidades financieras, sino que existen otro tipo de entidades que ya prestan ese servicio, y en las que se procede a la repercusión del Impuesto, tanto por la cuota de mantenimiento como por la cuota de Alta.

C.1. Hechos del expediente.

En las cuentas de la entidad financiera relativas al ejercicio 2010, se encuentra la cuenta 764399 "Comisión Alta Servicio Tarjeta VIA-T" (321.580,00 euros), incluida en el modelo T1 del Banco de España en el epígrafe 05.04.03 denominado Comisiones Percibidas por servicio de cobros y pagos. Solicitada por la Inspección justificación de la naturaleza de tales ingresos, y en su caso, justificación de la falta de repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, la entidad manifestó que "La comisión por el alta del Servicio Vía T se trata de apuntes por comisión unitaria de 30euros. El Vía T es una tarjeta que permite abonar el peaje a todos los conductores de autopistas sin necesidad de detener tu vehículo"

Y en cuanto a la ausencia de repercusión que: "La comisión a nuestro juicio está sujeta pero exenta de IVA según el artículo 20 LIVA"

En el libro de tarifas del periodo 2010 aportado por la entidad, constan 3 conceptos en relación con la Tarjeta Via-T:

"1º- Cuota de alta y renovación en el servicio (en concepto de participación del cliente en el coste del dispositivo aplicable en el momento de alta y en cada fecha de caducidad de la tarjeta): importe 50 euros

2º-Cuota anual de mantenimiento: importe 15 euros

3º-Comisión por duplicado (por causa imputable al titular)"

En los contratos relativos al producto VIA-T aportados por la entidad constan las siguientes menciones:

"2.1-Cuota de alta en el servicio. Responde al coste de emisión del OBE y se devengará en el momento del alta del contrato para la activación del servicio y por renovación de cada dispositivo por caducidad del anterior. Se liquidará en el momento del alta o renovación, cuando la tarjeta se domicilie en [ENTIDAD FINANCIERA XXXX], y junto al primer extracto mensual con posterioridad a la fecha de su devengo cuando la tarjeta se domicilie en otra Entidad.

2.2. Cuota anual de mantenimiento. Se devengará anualmente, liquidándose en el aniversario de la fecha de emisión, de una sola vez y sin que sea posible su fraccionamiento.

2.4. Comisión por expedición de duplicado. Estas comisiones se devengarán por cada expedición de nuevas Tarjetas u OBE,s por cualquier motivo imputable al Titular o Beneficiario, siempre que su emisión responda a fallos técnicos de los OBEs. Se liquidará junto al primer extracto mensual con posterioridad a la fecha de su devengo."

C.2. Tributación

El suministro del dispositivo especial (transmisor-receptor) denominado OBE, al igual que la cesión de las TPVs no constituye una prestación accesorio de una actividad financiera ni cumple la función esencial y específica propia de una operación financiera exenta.

El dispositivo permite identificar el tránsito del vehículo por las autopistas de peaje. Una vez que se proporciona el dato electrónicamente por el dispositivo OBE a la empresa concesionaria de la autopista de peaje, ésta identifica el coste del servicio que tienen que cobrar. A partir de ese momento se produce un servicio financiero.

La cesión del uso de este especial dispositivo por lo que se cobra una cuantía anual no es una operación a la que sea aplicable la exención de las operaciones financieras. Tal contraprestación no lo es de un servicio de emisión o comercialización de medios de pago, sino la contraprestación por el arrendamiento de un dispositivo, operación sujeta y no exenta al Impuesto conforme al artículo 11.Dos LIVA.

En este sentido concluye la DGT en consulta de 29 de junio de 2015 V2022/2015 para un supuesto similar.

CONCLUSIONES

Planteada a la Subdirección General de Ordenación Legal la posible aplicación de la exención de determinadas operaciones vinculadas a la actividad financiera se concluye lo siguiente: (...)

- La cesión del dispositivo especial OBE para el pago de los peajes en autopista goza de sustantividad propia sin que se califique como operación accesoria a una operación accesoria. Es una operación sujeta y no exenta de acuerdo con el artículo 11.Dos LIVA".

Cuarto.

El artículo 20 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, regula las exenciones en operaciones interiores, y establece en su apartado Uno.18.ºh):

"Uno. Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones:

(...).

18.º Las siguientes operaciones financieras:

(...).

h) Las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago.

(...)."

Este precepto constituye la transposición del artículo 135.1.d) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, que establece:

"1. Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes:

(...).

d) las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos (...)"

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las exenciones contempladas en el artículo 135, apartado 1, de la Directiva del IVA constituyen conceptos autónomos del Derecho de la Unión que tienen por objeto evitar divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA (sentencias de 25 de febrero de 1999, CPP, C-349/96, apartado 15, y de 26 de mayo de 2016, Bookit, C-607/14, apartado 33). También constituye jurisprudencia reiterada que los términos empleados para designar dichas exenciones son de interpretación estricta, dado que constituyen excepciones al principio general de que el IVA se percibe por cada entrega de bienes y cada prestación de servicios efectuadas a título oneroso por un sujeto pasivo (sentencias de 10 de marzo de 2011, Skandinaviska Enskilda Banken, C-540/09, apartado 20, y de 26 de mayo de 2016, Bookit, C-607/14, apartado 34).

Debemos tener en cuenta asimismo la jurisprudencia comunitaria que exige, a efectos de aplicar determinadas exenciones financieras, que los servicios respecto a los que se plantea dicha aplicabilidad formen un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio descrito en la disposición reguladora de la exención. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2011, asunto C-350/10, Nordea Pankki Suomi Oyj, analiza la exención del impuesto como actividad financiera de los denominados servicios swift, a los que se recurre en los pagos y en la liquidación de operaciones de títulos valores entre las entidades de crédito. La sentencia incide, por una parte, en que para aplicar la exención los servicios prestados deben formar un conjunto diferenciado considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio descrito en las disposiciones reguladoras de las exenciones en operaciones financieras y, por otra, destaca la importancia de examinar el alcance de la responsabilidad del prestador de los servicios, que puede limitarse a aspectos técnicos o extenderse a elementos esenciales de las operaciones. Dispone la sentencia en los números 24 y siguientes:

"24 Según jurisprudencia reiterada, para ser calificados de operaciones exentas con arreglo al artículo 13, parte B, letra d), números 3 y 5, de la Sexta Directiva, los servicios prestados deben formar un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio descrito en las citadas disposiciones. En el caso de las operaciones relativas a giros, en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), número 3, de dicha Directiva, los servicios prestados deben tener por efecto transferir fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras. Procede distinguir el servicio exento a efectos de la citada Directiva de una mera prestación material o técnica como es el hecho de poner a disposición del banco un sistema informático. Para ello, el juez nacional deberá examinar especialmente el alcance de la responsabilidad del prestador de servicios

frente a los bancos y, en particular, si esta responsabilidad se limita a los aspectos técnicos o si se extiende a los elementos específicos y esenciales de las operaciones (véanse, en este sentido, las sentencias SDC, antes citada, apartado 66, y de 13 de diciembre de 2001, CSC Financial Services, C-235/00, Rec. p. I-10237, apartados 25 y 26).

25 El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la transferencia es una operación consistente en ejecutar una orden de transmitir una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra. Se caracteriza por el hecho de que implica el cambio de la situación jurídica y financiera existente, por un lado, entre el ordenante y el beneficiario y, por otro, entre éstos y sus respectivos bancos y, en su caso, entre los bancos. Además, la operación que implica esta modificación es la mera transmisión de fondos entre las cuentas, independientemente de su causa (véase, en este sentido, la sentencia SDC, antes citada, apartado 53).

26 Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este análisis referente a las operaciones relativas a giros o a pagos en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva es aplicable, en principio, mutatis mutandis, a las operaciones relativas a títulos valores, en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), número 5, de dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, CSC Financial Services, apartado 27, y Skandinaviska Enskilda Banken, apartado 33).

27 Por lo tanto, nada se opone a que servicios encomendados a operadores externos a las entidades financieras, que por lo tanto no tienen una relación directa con los clientes de dichas entidades, estén exentos del IVA (véase, en este sentido, la sentencia SDC, antes citada, apartado 59), siempre que tales servicios formen un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de las operaciones financieras contempladas en el artículo 13, parte B, letra d), números 3 y 5, de la Sexta Directiva.

28 Para poder apreciar si los servicios swift se ajustan a este criterio, procede examinar, por una parte, si la prestación de esos servicios puede implicar modificaciones jurídicas y financieras similares a las modificaciones que implican los propios pagos interbancarios u operaciones relativas a títulos, y, por otra parte, si la responsabilidad de SWIFT frente a sus clientes se limita a los aspectos técnicos o si se extiende a los elementos específicos y esenciales de dichas operaciones financieras."

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto C-42/18, Cardpoint GmbH:

"21 Habida cuenta de estas consideraciones, de reiterada jurisprudencia puede deducirse que, para que los servicios en cuestión sean calificados de «operaciones relativas a pagos», a efectos del artículo 13, parte B, letra d), punto 3, de la Sexta Directiva, tales servicios deben formar un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por objeto cumplir las funciones específicas y esenciales de un pago y, por lo tanto, que tenga el efecto de transmitir los fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras. A este respecto, debe distinguirse el servicio exento a efectos de la Sexta Directiva de la realización de una mera prestación material o técnica (véase, en este sentido, la sentencia Bookit, apartado 40 y jurisprudencia citada).

22 En consecuencia, los aspectos funcionales son decisivos para determinar si una operación se refiere a pagos en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), punto 3, de la Sexta Directiva. El criterio que permite distinguir entre una operación que tiene el efecto de transmitir fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras, incluida en la exención prevista en esa disposición, y una operación que no tiene esos efectos y que, por lo tanto, no está incluida en la exención, reside en determinar si la operación considerada transmite, de manera efectiva o potencial, la propiedad de los fondos de que se trata, o tiene el efecto de cumplir las funciones específicas y esenciales de ese tipo de transferencia (véanse, en este sentido, las sentencias Bookit, apartado 41, y de 25 de julio de 2018, DPAS, C-5/17, EU:C:2018:592, apartado 38 y jurisprudencia citada).

23 Si bien el hecho de que el prestador de servicios de que se trate practique directamente un cargo o abono en una cuenta, o incluso actúe mediante anotaciones en las cuentas del titular de una cuenta, permite, en principio, considerar que se cumple este requisito y llegar a la conclusión de que el servicio considerado está exento, el mero hecho de que ese servicio no incluya directamente esa función no puede excluir de inmediato, sin embargo, que pueda estar comprendido en la exención de que se trata, teniendo en cuenta que la interpretación recordada en el apartado 21 de la presente sentencia no prejuzga los mecanismos para realizar los pagos (véase, por analogía, la sentencia Bookit, apartado 42 y jurisprudencia citada).

24 La respuesta a la cuestión planteada debe guiarse por las consideraciones anteriores.

25 En el caso de autos, de la resolución de remisión resulta que Cardpoint no realizaba por sí misma los cargos en las cuentas bancarias, sino que procedía a entregar físicamente las cantidades de dinero retiradas de los cajeros automáticos cuyo mantenimiento tenía encomendado. Además, tampoco era ella quien autorizaba las transacciones. En efecto, Cardpoint no tenía poder de decisión alguno en lo que concierne a las transacciones de que se trata, sino que transmitía los datos, a través de una cadena de intermediarios, al banco emisor de la tarjeta bancaria utilizada, y ejecutaba las instrucciones de dicho banco procediendo a la entrega del dinero solicitado. A continuación, elaboraba un registro de la retirada de efectivo, que transmitía como orden de contabilización a su cliente, el banco que explotaba el cajero automático en cuestión.

26 De ello se deduce que los servicios prestados por Cardpoint no constituyen una transmisión de fondos ni implican las modificaciones jurídicas y financieras características de una «operación relativa a pagos» en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), punto 3, de la Sexta Directiva. Es cierto que, a diferencia de la situación controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia Bookit, los servicios prestados por Cardpoint no se limitan al intercambio de datos entre el banco emisor de la tarjeta y el banco que explota el cajero automático, sino que tienen por objeto igualmente la distribución física del dinero. Sin embargo, el hecho de entregar los billetes cuando se retira efectivo de un cajero automático no constituye una transmisión de propiedad de Cardpoint al usuario del cajero. Es el banco emisor de la tarjeta bancaria quien da la autorización para que se proceda a la retirada de efectivo, quien carga el importe correspondiente en la cuenta bancaria del usuario del cajero y quien transmite la propiedad del dinero directamente a ese usuario."

De la jurisprudencia comunitaria expuesta puede extraerse las siguientes conclusiones a efectos de la aplicación de la exención financiera:

- Los servicios prestados que son objeto de externalización deben formar un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales del servicio financiero. Es decir, tales servicios deben constituir por sí mismos una prestación sujeta y exenta, sin perjuicio de que en una fase posterior se les añada una prestación adicional.

- El hecho de que los servicios prestados sean imprescindibles para iniciar o tramitar el proceso de pago no supone que automáticamente los mismos queden exentos si no tienen el efecto de producir cambios en la situación legal y financiera de las partes. En particular, los servicios de obtención y transmisión de información necesarios para realizar pagos así como la remisión de los archivos de liquidación no cumplen con las funciones específicas y esenciales de una operación de pago.

- La responsabilidad del prestador del servicio de gestión no se debe limitar a los aspectos técnicos o de gestión sino que debe alcanzar a las funciones específicas y esenciales de la operación de pago de que se trate para que la operación esté exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido.

De acuerdo con lo anterior, a efectos de decidir si la exención prevista en el artículo 20.Uno.18.º h) de la Ley del IVA es aplicable a los servicios de cesión y mantenimiento de dispositivos TPV y VIA-T prestados por **XZ SA**, resulta fundamental determinar si tales servicios forman un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio descrito en la citada disposición, es decir, de un servicio financiero de pago mediante tarjetas de pago o crédito.

Quinto.

En su escrito de alegaciones ante el Tribunal Central, la entidad manifiesta que el funcionamiento de las tarjetas VIA-T es muy parecido, por no decir idéntico, al de las tarjetas contactless, de uso generalizado en la actualidad cuyo tratamiento a efectos de IVA no se cuestiona; el fin perseguido por los clientes que contratan el servicio es el mismo que el que subyace cuando contratan una tarjeta de crédito o débito y, por ello, las condiciones de contratación son idénticas entre ambos tipos de dispositivos, sin perjuicio de que las comisiones satisfechas por uno u otro concepto sean diferentes.

Este Tribunal no comparte lo alegado por la interesada y considera, por el contrario, que las prestaciones de servicios de cesión y mantenimiento de dispositivos VIA-T por parte de **XZ SA** no cumplen las funciones específicas y esenciales de un pago, sin que pueda considerarse que tengan el efecto de transmitir efectivamente los fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras, en el sentido establecido por la jurisprudencia comunitaria.

El funcionamiento de los dispositivos VIA-T es descrito en el acuerdo de liquidación, así como por la entidad reclamante en sus alegaciones. De dichas descripciones resulta que la función esencial del dispositivo es la recepción y envío de una señal a la entrada y a la salida de las autopistas de peaje, de forma que una vez recibida la señal por las entidades concesionarias de autopistas queda identificado el dispositivo instalado en el vehículo y registrados los accesos y salidas en las autopistas.

Por tanto, la cesión y mantenimiento de dispositivos VIA-T tiene como fin permitir que las entradas y salidas de las autopistas por parte del usuario queden registradas a efectos de que se realice el pago de los correspondientes peajes, bien mediante tarjeta bancaria, bien mediante cargo en cuenta bancaria.

No es posible entender, por tanto, que dicha cesión de dispositivos dé lugar a la transmisión de la propiedad de fondos, ni tenga por efecto el cumplimiento de funciones específicas y esenciales de ese tipo de transferencia, sino que se trata de una prestación material o técnica con una finalidad propia y que debe diferenciarse del servicio financiero exento.

Debemos confirmar, de acuerdo con lo expuesto, la regularización practicada en cuanto al incremento de la base imponible de IVA devengado declarada por **XZ SA** en el importe de las comisiones percibidas por la entrega y mantenimiento del servicio de dispositivos VIA-T.

Este mismo criterio ha sido mantenido por este TEAC en resolución de fecha 20 de septiembre de 2021 (R.G. 00-00993-2018).

Sexto.

Subsidiariamente, la entidad plantea en sus alegaciones que, siendo los destinatarios de este tipo de tarjetas particulares, las cuotas de IVA correspondientes a estos contratos debieron considerarse incluidas en la contraprestación percibida a efectos del cálculo de la cuota a ingresar.

El artículo 88 de la Ley 37/1992 regula la repercusión del impuesto en los siguientes términos:

"Uno. Los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos.

(...)

Dos. La repercusión del Impuesto deberá efectuarse mediante factura en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente.

(...)

Tres. La repercusión del Impuesto deberá efectuarse al tiempo de expedir y entregar la factura correspondiente.

Cuatro. Se perderá el derecho a la repercusión cuando haya transcurrido un año desde la fecha del devengo.

(...)."

El artículo 89 de la citada ley establece en relación con la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas:

"Uno. Los sujetos pasivos deberán efectuar la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas cuando el importe de las mismas se hubiese determinado incorrectamente o se produzcan las circunstancias que, según lo dispuesto en el artículo 80 de esta Ley, dan lugar a la modificación de la base imponible.

La rectificación deberá efectuarse en el momento en que se adviertan las causas de la incorrecta determinación de las cuotas o se produzcan las demás circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, siempre que no hubiesen transcurrido cuatro años a partir del momento en que se devengó el impuesto correspondiente a la operación o, en su caso, se produjeron las circunstancias a que se refiere el citado artículo 80.

Dos. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación cuando, no habiéndose repercutido cuota alguna, se hubiese expedido la factura correspondiente a la operación.

Tres. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, no procederá la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas en los siguientes casos:

1.º Cuando la rectificación no esté motivada por las causas previstas en el artículo 80 de esta Ley, implique un aumento de las cuotas repercutidas y los destinatarios de las operaciones no actúen como empresarios o profesionales, salvo en supuestos de elevación legal de los tipos impositivos, en que la rectificación podrá efectuarse en el mes en que tenga lugar la entrada en vigor de los nuevos tipos impositivos y en el siguiente.

2.º Cuando sea la Administración Tributaria la que ponga de manifiesto, a través de las correspondientes liquidaciones, cuotas impositivas devengadas y no repercutidas mayores que las declaradas por el sujeto pasivo y resulte acreditado, mediante datos objetivos, que dicho sujeto pasivo participaba en un fraude, o que sabía o debía haber sabido, utilizando al efecto una diligencia razonable, que realizaba una operación que formaba parte de un fraude.

(...)."

En sus alegaciones, la reclamante manifiesta que en el caso de destinatarios no empresarios o profesionales, el impuesto devengado debe entenderse incluido en el importe de la contraprestación. Cita la entidad sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, asuntos C-249/12 y C-250/12, y la resolución de este Tribunal Central de 17 de marzo de 2015 (R.G. 00-07068-2013).

Conforme al criterio establecido en la citada resolución, la base imponible está constituida por la totalidad de la contraprestación que quien realice la entrega o preste el servicio obtenga o vaya a obtener, con cargo a estas operaciones, del adquirente de los bienes, del destinatario de la prestación o de un tercero; y el IVA no debe estar incluido en la base imponible. Ahora bien, cuando un contrato se ha celebrado sin mención del IVA, considerar la totalidad del precio, sin deducción del IVA, como la base a la que se aplica el IVA tendría como consecuencia, en el

supuesto de que no se permita al vendedor recuperar del adquirente el IVA posteriormente exigido por la Administración tributaria, que el IVA gravaría a dicho vendedor, en contra del principio de que el IVA es un impuesto sobre el consumo que debe soportar el consumidor final. Tal enfoque infringe la regla de que la Administración tributaria no puede percibir en concepto de IVA un importe superior al percibido por el sujeto pasivo. Por ello, cuando las partes han establecido el precio de un bien o un servicio sin ninguna mención del IVA y el vendedor de dicho bien o el prestador del servicio es el deudor del IVA devengado por la operación gravada, el IVA debe considerarse ya incluido en el precio pactado si el vendedor carece de la posibilidad de recuperar el IVA reclamado por la Administración tributaria.

El criterio expuesto constituye doctrina de este Tribunal Económico-Administrativo Central, recogida en la resolución citada y en la de 17 de marzo de 2015 (RG 00-01265-2014).

En el caso que analizamos, la entidad **XZ SA** presta determinados servicios que considera sujetos y exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido. La Administración tributaria regulariza el impuesto correspondiente a dichas operaciones, declarándolas sujetas y no exentas y exigiendo las correspondientes cuotas devengadas.

En estos supuestos, según el criterio de este TEAC que constituye doctrina, recogido, entre otras, en resoluciones de 24 de abril de 2012 (RG. 00/04385/2010) y de 21 de octubre de 2020 (RG. 00/06367/2017), existiendo actuación de la Administración, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 89.Tres.2º de la Ley del IVA.

En efecto, este TEAC, en la primera de las resoluciones mencionadas, en la que se plantea la concurrencia de los números 1º y 2º del artículo 89.Tres de la Ley del IVA, recogiendo doctrina del Tribunal Supremo, señala (el subrayado es nuestro):

"El propio Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de una interpretación amplia del citado artículo 89 LIVA en su sentencia de 21 de febrero del 2012 (Rec. Nº 395/2009) resolviendo un recurso de casación en unificación de doctrina y donde juzgando sobre la posibilidad de rectificación de una repercusión no hecha inicialmente a cargo de particulares no empresarios, a efectos del impuesto, y donde la fecha del devengo fue el 8/4/1999 y la factura emitida el 5/2/2002, rectificación no permitida expresamente por el párrafo Tres. 1º del propio artículo 89, resolvió con fundamento en doctrina, que califica de consolidada, del TJCE (y cita por todas la de fecha 19 de septiembre del 2000) en el sentido de que cuando quien expide las facturas haya eliminado por completo el riesgo de pérdida de ingresos fiscales, el principio de neutralidad del IVA exige que el impuesto indebidamente facturado pueda ser regularizado, sin que la regularización pueda quedar supeditada a la buena fe de quien expide la factura, por lo que si todo ello es así según el TJCE, con mayor razón debe aceptarse la validez de la regularización intentada por un sujeto pasivo cuyo comportamiento por la Inspección se entendió amparado por una interpretación razonable de la norma tributaria. Y concluye que: "En definitiva, hay que entender que el supuesto primero del apartado tres del artículo 89 está previsto para casos generales en los que no media comprobación administrativa, a diferencia del supuesto segundo de dicho apartado que plantea un caso especial en el que es indiferente la cualidad de empresario o profesional de quien no fue inicialmente repercutidor y ahora lo es, por rectificación de las cuotas impositivas, a partir de una comprobación administrativa. Por otra parte, esta posición resulta coherente con una interpretación sistemática y finalista de la norma. Si la Administración tiene un plazo de cuatro años (antes cinco) para comprobar la situación tributaria del sujeto pasivo es lógico y razonable que se conceda al sujeto pasivo un plazo igual para rectificar las cuotas tributarias."

Por consiguiente, en la medida en que las cuotas han sido puestas de manifiesto por la Administración y no existen indicios de fraude, procedería la rectificación de la repercusión, con independencia de la condición del destinatario. Nótese que sólo de este modo puede salvaguardarse el principio de neutralidad, procurando que la carga tributaria se traslade a los destinatarios de las operaciones, lo que parece especialmente adecuado cuando dicha carga tributaria trae causa de una actuación administrativa en la que se han puesto de manifiesto cuotas de IVA devengadas y no ingresadas y no se ha apreciado la existencia de ningún supuesto de fraude fiscal.

De acuerdo con ello, siendo posible la rectificación de las cuotas de IVA, el obligado tributario podría recuperarlas de los adquirentes, por lo que no cabe entender que el impuesto esté incluido en el precio de las operaciones regularizadas, debiendo así confirmar en este punto el acuerdo de liquidación impugnado.

Séptimo.

En relación con la entrega y mantenimiento de los TPV (Terminales de Punto de Venta), como ya se ha señalado en los anteriores fundamentos de derecho, sólo cuando la prestación cumpla las funciones específicas y esenciales necesarias para surtir el efecto de la transferencia o pago consistente en una modificación de la posición jurídica y financiera de las partes, puede considerarse exenta en tanto que relativa a un pago o transferencia. El elemento funcional es el elemento determinante para la aplicación de la exención. Asimismo, el hecho de que una determinada prestación sea indispensable para la realización de una transferencia o pago carece de relevancia, siempre que no cumpla con las funciones esenciales mencionadas. Así se deduce de la jurisprudencia europea ya referida.

En este sentido, si bien el TPV puede considerarse indispensable para que la transferencia o pago se realice, este hecho no implica que la prestación consistente en la cesión y en el mantenimiento del TPV cumpla una función esencial y específica propia para que se lleve a cabo el pago y que la operación resulte exenta.

Por el contrario, este Tribunal considera que se trata de una prestación técnica con sustantividad propia. El TPV es un dispositivo que permite a los establecimientos la aceptación de pagos mediante tarjeta bancaria, pero los servicios prestados no tienen por efecto transmitir fondos ni implican modificaciones jurídicas y financieras, sino que tan solo posibilitan la transmisión de los datos de la tarjeta empleada como medio de pago que sean necesarios en una concreta operación de compra, lo que constituye una mera prestación material o técnica. Por tanto, no se trata de un servicio que reúna las notas esenciales y específicas de una operación financiera exenta.

En efecto, hay que distinguir los supuestos en los que efectivamente se procede a un cobro/pago de aquellos otros en los que, por el contrario, se presta un servicio de gestión de cobros y pagos o de mera gestión administrativa o de soporte para ello, debiendo valorar la aplicación de la exención en atención a la naturaleza misma del servicio prestado.

El medio de pago es la propia tarjeta de crédito o débito de cuyo uso y aceptación se deriva una alteración de la posición jurídica y financiera de las partes y una transferencia de fondos. Por su parte, la entrega a los establecimientos mercantiles de un TPV y su mantenimiento no participa de esos elementos específicos y esenciales de una operación financiera, antes al contrario, supone una prestación material que da soporte a una operación financiera, sin perjuicio de que la misma sea indispensable para poder llevar a cabo esta última. Se trata, por tanto, de una mera prestación material o técnica que implica poner a disposición de los establecimientos un medio a través del cual se permita gestionar los pagos mediante tarjetas de la venta de sus productos. En consecuencia, esta prestación técnica preparatoria de la realización de una prestación adicional que no goza de la caracterización propia de una operación financiera, queda fuera del ámbito de la exención.

También la Dirección General de Tributos, en la consulta V1439-13, de 25 de abril de 2013, ha señalado que el servicio de alquiler de gestión de terminales de punto de venta es un servicio sujeto y no exento del Impuesto.

Octavo.

La entidad manifiesta en sus alegaciones que ofrece a los establecimientos que suscriben el contrato de afiliación al programa de tarjetas de crédito una prestación principal consistente en la adhesión del establecimiento a los servicios de adquisición de medios pagos y, de forma accesorio, ofrece la posibilidad al establecimiento de adherirse al servicio TPV. Entiende, pues, que el servicio de cesión y mantenimiento de soportes TPV prestado por **XZ SA** necesariamente es un servicio accesorio al servicio de adquisición de medios de pago, en la medida en que se trata del instrumento mediante el cual los clientes de los establecimientos pueden efectuar sus pagos mediante tarjetas de crédito o débito.

La determinación de cuándo, ante varias prestaciones, debe entenderse que existe una única operación a los efectos de su gravamen conjunto en el IVA o, por el contrario, son varias las transacciones, a cada una de las cuales ha de aplicarse el tratamiento que les corresponda, depende de la consideración de la existencia de una prestación principal, a la que se acompaña de otras que le son accesorias, o de una pluralidad de transacciones con sustantividad propia, desprovistas de la nota de accesoriedad.

El TJUE se ha referido a esta cuestión en varios de sus pronunciamientos:

El primero de ellos es la sentencia de 12 de junio de 1979, asunto NV Nederlandse Spoorwegen C-126/78, que se refiere a la posible caracterización como accesorios de los servicios de "recaudación" prestados en el contexto de un servicio de entrega contra reembolso, en el cual el transportista entregaba la mercancía y, adicionalmente, recibía del destinatario el precio de la misma y lo enviaba al remitente. Considerando que por este servicio se cobraba una comisión o contraprestación específica, se suscitó ante el TJUE si este servicio de recaudación debía considerarse accesorio del principal, de transporte, o si había de ser tratado por separado.

Entendió el TJUE que la relación del servicio de recaudación con el de transporte era tan estrecha que no se justificaba un tratamiento distinto para uno y otro. El cobro era condición necesaria para la entrega de la mercancía transportada, por lo que no tenía sentido la separación de este servicio de la prestación de transporte y entrega de la mercancía.

La sentencia del mismo TJUE de 22 de octubre de 1998, asuntos acumulados C-308/96 y C-94/97, Madgett y Baldwin, se pronuncia respecto a ciertos servicios adicionales prestados a sus clientes por los propietarios de un hotel, determinando si habían de considerarse como accesorios de los servicios de alojamiento o no. El TJUE dictaminó (el subrayado es nuestro):

"24. (...) es corriente que algunos operadores económicos, como los hoteleros, que prestan servicios habitualmente relacionados con viajes, tengan que utilizar prestaciones adquiridas a terceros, las cuales, por un lado, en comparación con las operaciones de alojamiento, representan una parte menos importante del importe del precio global y, por otro lado, están comprendidas en el marco de las funciones que tradicionalmente ejercen tales

operadores. Por tanto, dichas prestaciones adquiridas a terceros no constituyen para la clientela un fin en sí, sino el medio de disfrutar en mejores condiciones del servicio principal de ese operador.

25. Debe indicarse que, en tales circunstancias, las prestaciones adquiridas a terceros siguen siendo meramente accesorias respecto a las prestaciones propias y que no procede gravar al operador económico con arreglo al artículo 26 de la Sexta Directiva.

26. (...) cuando un hotelero ofrece a sus clientes de manera habitual, además del alojamiento, prestaciones que no están incluidas dentro de las funciones tradicionalmente ejercidas por los hoteleros y cuya realización no puede dejar de incidir notablemente en el precio global practicado, tales como el viaje hasta el hotel desde puntos de recogida alejados, dichas prestaciones no pueden equipararse a prestaciones de servicios meramente accesorias."

El TJUE excluyó la accesoriedad en este caso, siendo relevante a estos efectos que las prestaciones pretendidamente accesorias no eran las habituales en el sector hotelero, su influencia significativa en el precio de los servicios prestados y el hecho de que los citados servicios adicionales eran claramente percibidos por los clientes como algo distinto, ajeno a las prestaciones que se vinculan normalmente a los servicios de alojamiento, con utilidad propia y distinta a la de los servicios hoteleros.

La sentencia de 25 de febrero de 1999, asunto Card Protection Plan, CPP C-349/96, dictada en el contexto de las operaciones de seguro, continúa (seguimos subrayando nosotros):

"29. A este respecto, teniendo en cuenta la doble circunstancia de que, por una parte, del apartado 1 del artículo 2 de la Sexta Directiva se deduce que cada prestación de servicio normalmente debe ser considerada como distinta e independiente y que, por otra, la prestación constituida por un único servicio desde el punto de vista económico, no debe ser desglosada artificialmente para no alterar la funcionalidad del sistema del IVA, es importante buscar los elementos característicos de la operación controvertida para determinar si el sujeto pasivo realiza para el consumidor, considerado como un consumidor medio, varias prestaciones principales distintas o una prestación única.

30. Hay que señalar que se trata de una prestación única, en particular, en el caso de autos, en el que ha de considerarse que uno o varios elementos constituyen la prestación principal, mientras que, a la inversa, uno o varios elementos deben ser considerados como una o varias prestaciones accesorias que comparten el tratamiento fiscal que la prestación principal. Una prestación debe ser considerada accesorio de una prestación principal cuando no constituye para la clientela un fin en sí, sino el medio de disfrutar en las mejores condiciones del servicio principal del prestador (sentencia de 22 de octubre de 1998, Madgett y Baldwin, asuntos acumulados C-308/96 y C-94/97, Rec p. I-6229, apartado 24).

31. En estas circunstancias, el hecho de que se facture un precio único no tiene importancia decisiva. Es cierto que cuando un prestador proporciona a sus clientes una prestación de servicio compuesta por varios elementos contra el pago de un precio único, éste puede abogar en favor de la existencia de una prestación única. Sin embargo, pese al precio único, si de las circunstancias descritas en los apartados 7 a 10 de la presente sentencia se desprende que los clientes entienden comprar dos prestaciones distintas, a saber, una prestación de seguro y una prestación de servicio de registro de tarjetas, entonces sería preciso aislar la parte del precio único relativa a la prestación de seguro, que, en todo caso, quedaría exenta. Para ello, debe seguirse el método de cálculo o de apreciación más sencillo posible (véase, en este sentido, la sentencia Madgett y Baldwin, antes citada, apartados 45 y 46)."

Las consideraciones que se vierten en esta sentencia son de gran relevancia a estos efectos, conteniéndose en ella criterios que se han recogido en pronunciamientos posteriores, tanto del propio TJUE como de otras instancias interpretativas nacionales.

Con posterioridad a la sentencia CPP son diversas las sentencias que se han dictado, como son las de 27 de octubre de 2005, asunto Levob Verzekeringen y OV Bank C-41/04, 29 de marzo de 2007, asunto Aktiebolaget NN C-111/05, 10 de marzo de 2011, asuntos acumulados Bog y otros C-497/09, C-499/09, C-501/09 y C-502/09, 21 de febrero de 2013, asunto Mesto Zamberk C-18/12, 8 de diciembre de 2016, asunto Stock'94 C-208/15, 18 de enero de 2018, asunto Stadion Amsterdam C-463/16, ó 24 de marzo de 2021, asunto Q, C-907/19, entre otras.

Con base en el cuerpo de jurisprudencia que se acaba de exponer, pueden enunciarse los criterios que, al entender de este Tribunal, determinan, ante una transacción configurada por múltiples prestaciones, la consideración conjunta de las transacciones, en tanto que accesorias unas de otras, o conducentes a su tratamiento por separado:

1º. En la determinación de si nos encontramos ante una prestación única o varias prestaciones diferenciadas hay que tomar en consideración todas las circunstancias en las que estas se desarrollan (sentencias de 27 de octubre de 2005, asunto Levob Verzekeringen y OV Bank C-41/04, de 29 de marzo de 2007, asunto Aktiebolaget

NN C-111/05, y de 10 de marzo de 2011, asuntos acumulados Bog y otros C-497/09, C-499/09, C-501/09 y C-502/09).

Ha de descartarse, por tanto, una caracterización que tome como referencia únicamente aspectos parciales de las operaciones, debiendo procederse a realizar un análisis conjunto de todos ellos que los integre.

2º. La consideración de cualquier operación como accesoria de otra principal será procedente cuando esta no constituya por sí misma un fin para el cliente, sino el medio de disfrutar en mejores condiciones de la transacción principal (sentencias de 25 de febrero de 1999, asunto CPP C-349/96, 10 de marzo de 2011, asunto Bog y otros C-497/09, C-499/09, C-501/09 y C-502/09, ó 27 de septiembre de 2012, asunto Field Fisher Waterhouse C-392/11).

3º. En caso de que dos o más elementos o actos que el sujeto pasivo realice para el cliente se encuentren tan estrechamente ligados que objetivamente formen una sola operación económica indisociable, cuyo desglose resultaría artificial, ha de concluirse que existe una única operación a estos efectos (sentencias de 27 de octubre de 2005, asunto Levob Verzekeringen y OV Bank, C-41/04, 21 de febrero de 2008, asunto Part Service, C-425/2006, y 10 de marzo de 2011, asuntos acumulados Bog y otros, C-497/09, C-499/09, C-501/09 y C-502/09).

4º. En la concreción de si nos encontramos ante una prestación compleja, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias en que se desarrolla, determinándose así sus elementos característicos e identificando sus elementos predominantes (sentencias de 2 de mayo de 1996, asunto Faaborg-Gelting Linien, C-231/94, 27 de octubre de 2005, asunto Levob Verzekeringen y OV Bank, C-41/04, y 10 de marzo de 2011, asuntos acumulados Bog y otros, C-497/09, C-499/09, C-501/09 y C-502/09).

5º. La determinación del elemento predominante de cualquier prestación ha de realizarse desde el punto de vista del consumidor medio (sentencias de 27 de octubre de 1995, asunto Levob Verzekeringen y OV Bank, C-41/04, y de 2 de diciembre de 2010, asunto Everything Everywhere, C-276/09), en atención igualmente, en una apreciación de conjunto, a la importancia cualitativa, y no meramente cuantitativa, de sus elementos (sentencia de 10 de marzo de 2011, asuntos acumulados Bog y otros, C-497/09, C-499/09, C-501/09 y C-502/09).

Así, para la determinación del elemento predominante en la entrada a un parque acuático que daba acceso al conjunto de las instalaciones, se hizo referencia a su concepción según sus características objetivas, esto es, según los diferentes tipos de infraestructuras ofrecidas, la forma de acondicionarlas, su número y su importancia respecto al conjunto del parque, considerando igualmente si los espacios disponibles admitían la práctica de la natación deportiva o si, por el contrario, estaban acondicionados esencialmente para usos lúdicos. La circunstancia de que algunos visitantes pudieran tener una intención de uso distinta se consideró menor, señalándose que: "(...) un criterio que tuviera en cuenta la intención de cada visitante considerado individualmente respecto a la utilización de las infraestructuras puestas a su disposición sería contrario a los objetivos del sistema del IVA consistentes en garantizar la seguridad jurídica y la aplicación correcta y sencilla de las exenciones establecidas en el artículo 132 de la Directiva IVA. A este respecto, procede recordar que, para facilitar las actuaciones inherentes a la aplicación del IVA hay que tomar en consideración, salvo en casos excepcionales, la naturaleza objetiva de la operación de que se trate (...)" (apartado 36 de la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-18/12, Mesto Zamberk).

6º. El hecho de que se cobre un precio o contraprestación única es, a estos efectos, irrelevante.

Sentado lo anterior, a efectos de analizar si concurre la nota de accesoriedad a la que nos venimos refiriendo en la prestación consistente en la entrega y mantenimiento de los TPV por parte de la entidad **XZ SA** a los establecimientos que se adhieran al programa de tarjetas, habrá que partir de los términos del contrato de afiliación al programa de tarjetas que figura en el expediente.

De acuerdo con las condiciones generales, "este contrato regula la adhesión del Establecimiento a los servicios de adquisición de pagos con tarjetas pertenecientes a los sistemas de medios de pago o marcas de tarjetas que admita o a los que esté vinculado el Banco en cada momento, así como los términos y condiciones bajo los cuales el Establecimiento debe procesar las operaciones de pago destinadas a adquirir bienes y servicios a través del correspondiente terminal punto de venta (en adelante, TPV), ya sea presencial como de venta no presencial o a distancia, que el Establecimiento tenga en servicio y el abono a la cuenta asociada de acuerdo con las condiciones pactadas en el presente contrato."

Por su parte, a los TPV se refiere el segundo punto de las condiciones generales del referido contrato, donde se establece lo siguiente:

"2. Equipamiento.

2.1. *En el caso de que el Establecimiento no disponga de los elementos de equipamiento necesarios para poder aceptar el pago con tarjetas, estos podrán ser facilitados por el Banco, que decidirá el tipo de equipamiento a facilitar, en concepto de cesión de uso. El equipamiento no podrá ser cedido a terceros por parte del Establecimiento, ni ubicarlo en domicilio distinto a aquel en que sea entregado por el Banco.*

Los gastos de utilización del TPV como línea telefónica, sistema de comunicación, etc., así como los de mantenimiento, conservación o reparación, en caso de que el aparato haya sido facilitado al Establecimiento por el Banco, serán a cargo del Establecimiento.

Si el Establecimiento no procediese a la conservación, el mantenimiento y la adecuada utilización del equipo cedido, el Banco podrá exigir el pago de los desperfectos y la devolución inmediata del mismo, pudiendo incluso proceder a su retirada.

No podrán modificarse, alterarse o sustituirse los elementos del equipamiento. En el caso de TPV cedido por el Banco, el Establecimiento se obliga a no dejar manipular el mismo ni su memoria interna a otro personal que no sea directamente autorizado por el Banco.

2.2. En el caso de que el Establecimiento disponga de TPV propios que no son controlados en la fase inicial de la operación por el Banco, con el objeto de evitar el acceso de terceras personas a la información de la tarjeta que es recogida por los terminales donde operan y su posterior utilización en acciones fraudulentas, el Establecimiento afiliado al programa de tarjetas del Banco deberá custodiar con la mayor diligencia los datos referidos a las citadas tarjetas utilizadas en los procesos de autorización y compensación de operaciones, respondiendo de las consecuencias que se deriven del uso ilícito de las 'mismas. Por tanto, si se accediese a la información y se produjese la consiguiente utilización ilícita de la misma, el Establecimiento propietario de los TPV será responsable de las operaciones fraudulentas así realizadas y de los daños y perjuicios que tal circunstancia cause a los sistemas que resulten afectados, a la entidad emisora de las tarjetas o a los titulares de las mismas.

2.3. En caso de que el Establecimiento tenga intención de contratar un proveedor de servicios tecnológicos para la tramitación y/o procesamiento de sus operaciones a través de sus propios sistemas, el Establecimiento se obliga a comunicarlo previamente y por escrito al Banco, identificando el proveedor citado, y a garantizar:

a) Que su proveedor de servicios tecnológicos conoce el contenido de este contrato y en particular las obligaciones a las que se refieren los apartados 6 y 7 de la condición general 8.

b) Que su proveedor de servicios tecnológicos tiene implementadas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los estándares de seguridad de datos de tarjetas que en cada momento hayan establecido las principales marcas de tarjetas, en particular VISA; MASTERCARD o cualquier otra organización que las represente en materia de seguridad de datos de tarjetas, y que se encuentran accesibles y a su disposición en las páginas web www.visaeurope.com y www.mastercard.com.

c) Que el proveedor de servicios tecnológicos permitirá al Banco, o a cualquier entidad que el Banco designe, auditar y verificar sus sistemas con objeto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones que se especifican en este punto 2.3.

d) Que dispone de los correspondientes acuerdos con el proveedor de servicios para garantizar el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y de las medidas de seguridad aplicables a los mismos.

El Establecimiento facilitará a petición del Banco toda la documentación relativa a los acuerdos de prestación de servicios de su proveedor y de las medidas de seguridad informáticas que el proveedor haya implantado.

El Establecimiento asume sin ninguna limitación ante el Banco toda la responsabilidad por la acción u omisión de su proveedor de servicios tecnológicos, por lo que se entiende que, en relación con este contrato, el proveedor actúa en todo momento en nombre y por cuenta del Establecimiento."

El dispositivo TPV es un soporte técnico para la gestión y aceptación por los establecimientos, de pagos mediante tarjetas, y se deduce de lo expuesto, que puede ser facilitado por la entidad que presta el servicio de medios de pago, pero también puede ser arrendado o adquirido por el establecimiento a otro proveedor. Dicho suministro, así como su mantenimiento, con independencia de quién lo efectúe, tiene un precio específico y diferenciado de otros servicios que, en su caso, se puedan prestar al destinatario del mismo, en atención a la función propia del dispositivo. Por ello, entiende este Tribunal, que en aquellos casos en que un establecimiento se adhiere al programa de tarjetas de la entidad y además, contrata la cesión de uso de los TPV, percibe que adquiere dos prestaciones de servicios distintas, un servicio de adquisición de pagos con tarjetas y un servicio de arrendamiento del equipamiento necesario para poder aceptar el pago con tarjetas.

Por tanto, al igual que ocurría con las tarjetas VIA-T, este Tribunal coincide con la Inspección, con el informe de la Sudirección General de Ordenación Legal y con la doctrina de la Dirección General de Tributos en que "el mantenimiento y cesión de la TPV no cumple una función específica y esencial necesaria para que se efectúe el pago. Se trata de una prestación técnica, con sustantividad propia. Los servicios prestados no tienen en este caso por efecto transmitir fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras, sino que se constituyen en una mera prestación material o técnica como es el hecho de poner a disposición del destinatario un dispositivo."

En consecuencia, deben desestimarse las alegaciones de la entidad en este punto en tanto que la cesión de dispositivos TPVs no se considera accesoria de una operación financiera exenta sino que constituye un servicio propio y diferenciado, con un fin en sí mismo, sujeto y no exento.

Dicha accesoriadad tampoco se predica de las tarjetas VIA-T que también tienen una finalidad en sí mismas, tal y como se señaló, cual es identificar las entradas y salidas de los usuarios de las autopistas facilitándoles su acceso a las mismas.

Noveno.

Por otra parte, relacionado con la cesión y mantenimiento de los TPV y tarjetas VIA-T, la Inspección procede a realizar un ajuste en las deducciones practicadas por la adquisición de bienes o servicios destinados a la realización de las referidas operaciones que se han considerado sujetas y no exentas de IVA.

Debe tenerse en cuenta que en sus actuaciones, la Inspección pone de manifiesto la existencia de sectores diferenciados (uno constituido por la actividad financiera en tanto actividad económica principal), determina la prorrata aplicable al sector de banca y recalcula la prorrata común inicialmente aplicada por la entidad.

De este modo, entre otros ajustes, en el acuerdo de liquidación se recoge la regularización derivada de aplicar a las cuotas soportadas como consecuencia de las adquisiciones de bienes o servicios para la comercialización de los TPV y tarjetas VIA-T, la prorrata aplicable al sector principal de actividad, la prorrata financiera, ya que se entiende que la comercialización de tales soportes queda integrada en la actividad bancaria de la entidad.

Dispone al efecto el acuerdo de liquidación:

"El tratamiento de las operaciones de cesión de los citados artilugios como no exento del Impuesto deriva, como se ha expuesto, de la consideración de tales operaciones como no accesorias, en términos de base imponible, a las de prestación de los servicios financieros. Ello, sin embargo, no significa que los inputs a que se refiere el actuario en su propuesta se utilicen única y exclusivamente en tales operaciones sujetas y no exentas del tributo, porque los mismos se destinan a la realización de los servicios financieros exentos, que son el objetivo principal de las prestaciones, además de a la realización de las operaciones de cesión y mantenimiento de los artilugios, operaciones que tienen su sustantividad propia y su contraprestación separada, como anteriormente se ha expuesto. A juicio de esta Oficina, confirmándose la propuesta del actuario, la deducción de las cuotas indicadas ha de efectuarse de acuerdo con la prorrata existente para las actividades financieras de la entidad, ya que tales inputs se destinan a la realización de la actividad bancaria de la entidad, además de a la realización de las operaciones de cesión y mantenimiento de los artificios, en los términos indicados. No resulta de aplicación la prorrata común, que fue la utilizada por la entidad, porque sí puede determinarse que el destino de tales inputs es la realización de las operaciones financieras indicadas, y tampoco cabe aceptar la pretensión de la entidad, subsidiaria para el caso de que se entiendan sujetas y no exentas del Impuesto las operaciones controvertidas, de deducir tales inputs en su totalidad, porque, como se ha expuesto, no se destinan a su utilización única y exclusiva en las operaciones de cesión y mantenimiento de los artilugios, sino indistintamente para éstas y para su uso en los servicios financieros."

En relación con la deducción de las cuotas soportadas por las adquisiciones relacionadas con los TPV y tarjetas VIA-T, este Tribunal ha considerado, según se analiza en los fundamentos de derecho anteriores de la presente resolución, que las prestaciones de servicios de cesión y mantenimiento de los referidos dispositivos por parte de XZ SA no cumplen las funciones específicas y esenciales de un pago, sin que pueda considerarse que tengan la función de transmitir efectivamente los fondos e implicar modificaciones jurídicas y financieras de las partes, siendo su finalidad, en el caso de los TPV, permitir la gestión y aceptación de pagos mediante tarjetas, y, en el de las tarjetas VIA-T, permitir que las entradas y salidas de las autopistas por parte del usuario queden registradas a efectos de que se realice el pago de los correspondientes peajes, bien mediante tarjeta bancaria, bien mediante cargo en cuenta bancaria.

Se trata, pues, de prestaciones materiales o técnicas sujetas y no exentas que deben diferenciarse del servicio financiero exento y respecto del cual no caben considerarse servicio accesorio. En este sentido, debe concluirse que dichas prestaciones no forman parte del sector de actividad financiera ni se utilizan para la realización de operaciones financieras, con independencia de que las mismas conlleven la realización posterior de prestaciones adicionales financieras como lo son el pago de los bienes o servicios entre los que se encuentran los peajes de las autopistas.

Por consiguiente, respecto de la deducibilidad de las cuotas soportadas por la adquisición de inputs para la comercialización de los dispositivos TPV y las tarjetas VIA-T debemos estimar las alegaciones de la reclamante en el sentido de no considerar aplicable ni la prorrata del sector financiero ni la común a los distintos sectores de actividad.

Décimo.

A continuación procede entrar a conocer la conformidad a Derecho de otro de los ajustes practicados mediante el acuerdo de liquidación recurrido, consistente en la minoración del importe de las cuotas soportadas deducidas respecto del impuesto de la entidad **XZ SA**, como consecuencia de la inclusión en el denominador de la prorrata exclusivamente de las cuantías resultantes de las liquidaciones positivas derivadas de la negociación de derivados financieros, sin que sea posible su compensación con eventuales liquidaciones negativas, como consideraba la reclamante.

Es decir, a efectos del cálculo de prorrata, las entidades incluían en el denominador de la fracción a que se refiere el artículo 104 de la Ley del IVA, en tanto operaciones financieras exentas, los rendimientos producidos por el resultado final de los derivados financieros contratados, determinado por el importe total de las liquidaciones positivas, con deducción de las negativas. La Inspección consideró que el importe que debía integrarse en el denominador de la prorrata era, exclusivamente, el derivado de las liquidaciones positivas, sin admitir, por tanto, compensaciones con las liquidaciones negativas que pudieran derivarse de su negociación.

El artículo 104 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, regulador de la prorrata general, dispone:

"Uno. En los casos de aplicación de la regla de prorrata general, sólo será deducible el impuesto soportado en cada período de liquidación en el porcentaje que resulte de lo dispuesto en el apartado dos siguiente.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior no se computarán en el impuesto soportado las cuotas que no sean deducibles en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de esta Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Cuatro. A los efectos del cálculo de la prorrata, se entenderá por importe total de las operaciones la suma de las contraprestaciones correspondientes a las mismas, determinadas según lo establecido en los artículos 78 y 79 de esta Ley, incluso respecto de las operaciones exentas o no sujetas al impuesto.

(...)."

En relación con el ajuste practicado por la Inspección, la primera alegación de la entidad reclamante se centra en la no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones de negociación de derivados financieros, y solo subsidiariamente a la procedencia de integrar en el denominador de la prorrata el resultado de las liquidaciones positivas y negativas resultantes de las operaciones con derivados financieros.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia nº 445/2020 (recurso de casación 4166/2017), de fecha 18 de mayo de 2020, en cuyo fundamento de derecho cuarto el Alto Tribunal decide sobre la sujeción de las operaciones controvertidas al Impuesto sobre el Valor Añadido, confirmándola en los siguientes términos:

"CUARTO. Sobre la sujeción de la operación al Impuesto sobre el Valor Añadido.

La representación de ..., S.A. cuestiona la sujeción de la operación al IVA, e insiste en que se ha producido vulneración del art. 267 del TFUE (RCL 2009, 2300) al no haber accedido la sentencia de instancia al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de este punto, así como sobre el importe que debería ser incluido en el cálculo de la prorratea.

Alega que los derivados financieros contratados tienen una función puramente especulativa, pues para el cliente minorista puede ser la cobertura de determinados riesgos, no sólo el derivado contratación de préstamos a tipo variable, sino que también puede tener por objeto la cobertura de riesgos de otro tipo de productos, e incluso de riesgos empresariales por la oscilación del valor a que pueden verse sometida por la variación de los costes de financiación. Sostiene que los rendimientos positivos obtenidos no son contraprestación de operaciones sujetas al IVA, pues las liquidaciones por diferencias son la prestación en sí misma, operación no sujeta por consistir en la entrega de dinero a título de pago.

La alegación no puede prosperar. El artículo 4 de la Ley 37/1992 (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , que regula la sujeción al impuesto, dispone:

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

(...)

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

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

Más aún, en el caso de las entidades financieras, la naturaleza de servicio profesional de este tipo de actividades es indiscutible y clara a la vista de la jurisprudencia del TJUE. Así, la sentencia recurrida invoca acertadamente que no puede negarse la condición de prestación de servicio a esta actividad cuando se realiza por una entidad financiera, conforme al criterio sentado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, C-604/11 (TJCE 2013, 142) , Caso Genil 48, S.L., y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.. Aunque el objeto de aquella sentencia es el alcance del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848y LCEur 2005, 289) , en el ámbito del mercado de instrumentos financieros, y las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a los clientes, concretamente el asesoramiento en materia de inversión, no cabe duda de que, a la vista de los razonamientos de la sentencia, se trata de una prestación de servicios la consistente en ofertar y en su caso contratar con el cliente de la entidad financiera este tipo de productos, SWAP/IRS, tanto si es por requerimiento del cliente o a propia iniciativa de la entidad financiera. En definitiva, ofertar y contratar un producto como el de permuta financiera constituye, desde el punto de vista de la entidad financiera, una prestación de servicios financieros que, además, puede requerir un asesoramiento de inversión, bajo determinadas condiciones del cliente y la forma en que se oferta el producto.

Confunde la entidad el concepto de operación sujeta al IVA con el concepto de empresario o profesional a efectos de este impuesto. Efectivamente, el artículo 5 de la Ley 37/1992 regula la noción de empresario o profesional y uno de los supuestos establecidos como tal es el recogido en el apartado uno, letra c), que determina que se reputará empresario o profesional a quien realice "una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo". Añade el precepto que "En particular, tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes". En consecuencia, la obtención de ingresos continuados en el tiempo está ligada al concepto de empresario, pues ello supone la realización de una actividad económica a efectos del impuesto.

Sin embargo, la sujeción al impuesto de operaciones en particular se determina no en función de su resultado, sino de su naturaleza, empresarial o no empresarial. En este sentido, ya se ha dicho que las operaciones de cobertura de riesgos a través de la contratación de derivados financieros se han realizado en el ejercicio de la actividad empresarial. Se trata, en definitiva, de una operación de cobertura de riesgo mediante un contrato de permuta estrictamente financiera, que la recurrente realiza este servicio en el ámbito de su actividad empresarial, que realiza de forma habitual y, por el que percibe una prestación onerosa en el sentido del art. 2 de la Directiva.

La onerosidad de la contraprestación de este servicio no puede quedar empañada por los argumentos que utiliza la recurrente, apoyándose en que, en determinados casos, la evolución del índice de referencia conduzca a que, en lugar de percibir ningún tipo de plusvalía, deba afrontar por el contrario un pago a favor de la contraparte

del swap/IRS. En este sentido, procede recordar con la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-264/14 (TJCE 2015, 244) , Skatteverket que:

"[u]na prestación de servicios sólo se efectúa "a título oneroso" en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c) , de la Directiva del IVA , y, por consiguiente, sólo está sujeta al IVA, si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo (sentencias Loyalty Management UK y Baxi Group , C-53/09 y C-55/09, EU:C:2010:590, apartado 51 y jurisprudencia citada, y Serebryannay vek , C-283/12, EU:C:2013:599, apartado 37). Tal relación directa se establece cuando existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario (sentencia Le Rayon d'Or, C-151/13, EU:C:2014:185, apartado 29 y jurisprudencia citada)". (apartado 27).

En este caso, la onerosidad de la prestación no puede ser cuestionada sobre la base de la incertidumbre en el monto de la misma, pues la bases para determinar dicha prestación están establecidas en los contratos de "swap/IRS" mediante la referencia a determinados elementos (nacional, tipo o índice de referencia, periodos de liquidación, etc) que la hacen perfectamente determinable en sus respectivos periodos de liquidación. Y esa contraprestación está en relación directa entre el servicio prestado por la recurrente y la otra parte contratante, que se intercambian prestaciones recíprocas. El resultado final, favorable o no, que se alcance con el contrato espejo, si es que se formaliza - cosa que sólo corresponde decidir a la entidad financiera, en el marco de su política de asunción de riesgos - no afecta a la naturaleza de contraprestación onerosa que tienen las respectivas liquidaciones del contrato de "swap", que constituyen el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario (sentencia Le Rayon d'Or, C-151/13, EU:C:2014:185, apartado 29 y jurisprudencia citada).

Los pronunciamientos del TJUE que la entidad recurrente invoca a favor de su tesis de que no existe contraprestación no resultan desde luego comparables. En la STJUE de 10 de noviembre de 2016, C-432/15 Paulina Bastová, se afirma por el TJUE que no constituye una prestación de servicios realizada a título oneroso, en el sentido de esa disposición, la puesta a disposición de un caballo por parte de su propietario, sujeto al impuesto sobre el valor añadido, a favor del organizador de una carrera hípica para que participe en la misma, en el supuesto de que esa puesta a disposición no dé lugar al pago de una cantidad derivada del hecho de que la participación del caballo da un mayor caché a la carrera o de otra remuneración directa, y cuando sólo los propietarios de los caballos que obtengan una determinada clasificación al llegar a la meta obtienen un premio, aunque éste haya quedado determinado a priori. En el caso analizado en la STJUE de 10 de noviembre de 2016, cit., hay una evidente ausencia de contraprestación de la puesta a disposición, pues esta no recibe ninguna contraprestación, y la obtención de un premio en caso de obtener una determinada clasificación en la carrera responde al derecho generado por el abono de los derechos de inscripción y participación en la carrera. Tampoco resulta de ningún respaldo para las tesis de la recurrente el caso examinado en la STJUE de 3 de marzo de 1994, asunto C-16/93 Tolsma, cuando señala que el concepto de prestación de servicios realizada a título oneroso, en el sentido de esta Disposición, no comprende la actividad consistente en interpretar música en la vía pública sin que se haya pactado retribución, aunque el interesado pida y obtenga algún dinero, cuyo importe, sin embargo, no está determinado ni es determinable.

Obviamente, el caso de la contraprestación que recibirá la entidad financiera en un contrato de IRS no es en absoluto comparable con los anteriores, pues dicha contraprestación no depende más que de elementos perfectamente prefijados en el contrato de swap de tipos de interés, y en su caso en el contrato marco de operaciones que deberá formalizar previamente, en el que se establecerán los parámetros bajo los que el flujo de intercambios se producirá, tales como nacional o subyacente, índice de referencia, tipo fijo, tipo variable, plazo de duración y periodos de liquidación. Así, si el tipo de interés pactado se encuentra por encima del índice de referencia, será la entidad financiera la que deba de abonar al contratante el importe que corresponda por la "cobertura de los tipos de interés", mientras que lo contrario ocurrirá en caso de que el índice de referencia esté por debajo del tipo de interés fijado en el "swap".

En definitiva, la relación de las contrapartes en el contrato de "swap" sí tiene una relación recíproca entre sus respectivas contraprestaciones, ya que las dos partes acuerdan intercambiar dos corrientes de pagos, ya sea en la misma moneda (swap de tipo de interés, también conocido por sus siglas en inglés IRS, interest rate swap) o en diferentes monedas (swap de divisas). Y si bien dichas corrientes pueden ser ciertas o no en el momento del acuerdo, lo relevante es que en todo caso en dicho acuerdo deben quedar establecidas las bases sobre las que serán calculadas, y estas son ajenas a la voluntad de cualquiera de los contratantes, y resultarán perfectamente determinables cuando llegue el momento de la liquidación, también en su caso las sucesivas liquidaciones periódicas.

No mejor acogida puede tener el argumento de que se trataría de una actividad no sujeta al IVA ya que en el caso de liquidaciones positivas del derivado financiero, lo que recibe ..., S.A. es una cantidad de dinero a título de pago, y puesto que en el artículo 7.12º de la Ley del IVA se establece la no sujeción de "Las entregas de dinero a título de contraprestación o pago" se pretende la no sujeción de la operación financiera con derivados. La razón de la no sujeción del artículo 7.12º no es otra que la consideración de la operación que está siendo gravada. Se sujeta al IVA la entrega de bienes o la prestación de servicios (prestación en sentido amplio), pero no la contraprestación

cuando ésta consiste en dinero, pues como se comprende fácilmente, esto implicaría repercusiones del impuesto ad infinitum.

Sin embargo, la liquidación por diferencias que es característica del "swap" no es la prestación en sí misma, sino la ejecución de la contraprestación. Que el contrato se liquide por entrega o por diferencias, previa compensación, no afecta en absoluto a la esencia del mismo. En la liquidación por entrega el vendedor entrega el activo y el comprador paga el precio que se había acordado, al término del contrato, de manera que la entrega del activo constituiría la prestación y el pago del precio, la contraprestación. En la liquidación por diferencias característica del SWAP/IRS, se produce una compensación de la diferencia entre el flujo de pagos de cada parte contratante, esto es, se determina una cantidad neta, pero la contraprestación está constituida por el precio pactado y recibido, con independencia del método de compensación utilizado para liquidarlo, y de que a efectos de su inclusión en prorrata se sigan reglas especiales para su cálculo, como más adelante se verá.

Llevando al absurdo la alegación de ..., S.A., deberíamos aceptar que las operaciones financieras en general se encuentran no sujetas al impuesto porque su sustrato es dinero, lo que sin duda carece de todo sentido. Basta examinar el artículo 11.Uno de la LIVA, que dispone que: "A los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes". El apartado dos de este artículo establece una lista de operaciones que a efectos del impuesto y, a título de ejemplo, se consideran prestaciones de servicios. En particular, en su número 12º se mencionan "Los préstamos y créditos en dinero", operaciones financieras por antonomasia que, de manera expresa, la propia Ley califica como prestaciones de servicios, si bien se consideran exentas según lo dispuesto en el artículo 20.Uno. 18º del citado texto legal. Obviamente, tal exención no sería posible si se tratase de operaciones no sujetas al impuesto en cualquier caso, como pretende la reclamante. Y, sin duda, la recurrente participó de esta misma opinión cuando incluyó las operaciones con "swap" y otras modalidades de permutas financieras en el cálculo de la regla de la prorrata, por mas que ahora traiga argumentos que contradicen su propia actuación en la autoliquidación del IVA.

En consecuencia, las operaciones en cuestión constituyen prestación de servicios realizadas a título oneroso sujetas al IVA de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias, que por su claridad (doctrina del acto claro o aclarado) excluye la procedencia de plantear cuestión prejudicial al TJUE sobre tal cuestión."

A partir de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, este Tribunal Económico- Administrativo Central debe confirmar la sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones de negociación de derivados financieros efectuadas por la entidad financiera reclamante.

Décimo primero.

La segunda cuestión, en relación con la negociación de derivados financieros, planteada subsidiariamente por la entidad reclamante es la procedencia de integrar en el denominador de la prorrata el resultado de las liquidaciones positivas y negativas realizadas en el ejercicio como consecuencia de dichas operaciones de negociación de derivados financieros, y no exclusivamente los importes resultantes de liquidaciones positivas.

Respecto de la cuestión planteada, el Tribunal Supremo, en la precitada sentencia de 18 de mayo de 2020, establece en el fundamento de derecho quinto lo siguiente:

"QUINTO. La base de determinación del volumen de operaciones a efectos de la prorrata.

Abordaremos ahora la segunda cuestión de interés relacionada con la anterior, a saber, determinar cómo debe calcularse la retribución de este tipo de operaciones a efectos de su inclusión en el denominador de la prorrata.

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

De los acuerdos de liquidación se deriva que la sociedad, para el cómputo de la prorrata de deducción, ha minorando el denominador mediante la compensación de las plusvalías obtenidas por la liquidación de unas operaciones financieras (de SWAP/IRS) con las minusvalías generadas por la liquidación de otras operaciones financieras (de SWAP/IRS) distintas. Por tanto, hay determinadas operaciones con estos derivados financieros que generan plusvalía para la entidad (diferencia positiva) y que deben ser incluidas en el denominador de la prorrata y hay otras operaciones con derivados financieros del mismo tipo, pero distintos, que generan minusvalía (diferencia negativa).

Según refleja la resolución del TEAC, con transcripción de los datos obrantes en la Diligencia 38, que no son cuestionados, resulta una diferencia relevante para el cálculo de la prorrata aplicando el criterio de no compensación. Los resultados positivos y negativos por ejercicio y tipo de derivado constan en la diligencia 38, citada.

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

La postura de la recurrente, por el contrario, es que únicamente puede ser considerado como base imponible el resultado neto obtenido, teniendo en consideración ambos saldos, el de las cuentas de ingresos y el de las cuentas de gastos, previa compensación de los mismos.

Con tal planteamiento, se produciría el resulta de asimilar el concepto "volumen de operaciones" que es el relevante para el cálculo de la prorrata, con el de "resultado de las operaciones" que será relevante para otras figuras impositivas (impuesto de sociedades) pero no para el cálculo de la prorrata. Debe atenderse, como resulta evidente, al volumen de operaciones, criterio que, de forma más exacta, permite calcular el porcentaje de deducción aplicable, pues lo será en la misma proporción que el volumen de operaciones que realiza la entidad que devengue IVA.

Por otra parte, el importe a incluir en la prorrata no puede depender del hecho de que, en las operaciones con SWAP/IRS derivados, la entidad haya, a su vez, contratado un derivado espejo con un tercero. Si la entidad con el derivado primero obtiene un beneficio, tendrá una pérdida con el segundo puesto que es espejo del mismo; y si con el primero obtiene una pérdida, con el segundo obtendrá un beneficio. Pero tales beneficios y pérdidas incidirán en el rendimiento neto de la operación globalmente considerada, pero no en el importe definido como "volumen de operaciones" a efectos del cálculo de la prorrata.

En este caso la operación relevante a efectos de la prorrata del IVA para la reclamante es la contratación que hace su cliente de la permuta financiera, operación que generará una plusvalía o una minusvalía, que coincidirá con la cantidad a trasladar al denominador si se trata de una plusvalía, siendo de cero euros la inclusión en el denominador si se trata de una minusvalía.

Por consiguiente, la fijación de doctrina jurisprudencial sobre la cuestión suscitada no precisa del previo planteamiento de cuestión prejudicial alguna ante el TJUE como pretende la recurrente, puesto que los elementos determinantes de la sujeción de la actividad en cuestión al Impuesto sobre el Valor añadido, y el modo de determinar el importe de las operaciones a efectos de la regla de prorrata no ofrecen dudas a esta Sala."

El fundamento de derecho sexto de la misma sentencia fija la siguiente doctrina de interés casacional:

"La doctrina de interés casacional que establecemos respecto al recurso de casación interpuesto por ... es la siguiente: las prestaciones realizadas por una entidad financiera, como es el caso de la recurrente, en virtud de contratos de permuta financiera (swap/IRS), constituyen, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, prestaciones de servicio realizadas a título oneroso que, cuando tengan un resultado generador de plusvalía para la entidad financiera (diferencia positiva) deben ser incluidas en el denominador de la prorrata del art. 104 LIVA, y cuando generan minusvalía (diferencia negativa) habrán de incluirse en la prorrata a valor cero."

La doctrina expuesta es aplicable, asimismo, a otro tipo de operaciones con instrumentos derivados financieros. Así, entre otros, para los contratos de futuros sobre tipo de interes (FRAS) o a las operaciones de futuros financieros se ha referido el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 2012 (recurso de casación 1289/2008).

De acuerdo con lo expuesto, solo cabe desestimar las alegaciones de la entidad reclamante y confirmar la regularización practicada en cuanto a la minoración de cuotas soportadas deducibles derivada de la inclusión en el denominador de la prorrata exclusivamente de las diferencias positivas resultantes de operaciones de negociación de derivados financieros.

Este mismo criterio ha sido asumido por este TEAC en resolución de fecha 20 de septiembre de 2021 (R.G. 00-00993-2018).

Décimo segundo.

Finalmente, este Tribunal debe entrar a conocer sobre la exención de las transmisiones de viviendas efectuadas por la entidad **XT**, **SL**, adquiridas a sus promotores y que no han sido ocupadas con anterioridad a las mismas.

La entidad **XT**, **SL** aplicó el régimen de deducibilidad de prorrata especial, lo que dio lugar a que dicha sociedad no se dedujese inicialmente el IVA soportado en relación con la adquisición de inmuebles de uso residencial, atendiendo al hecho de que el destino más probable de dichas viviendas era su utilización en operaciones exentas, ya fuera la venta por tratarse de una segunda transmisión, ya fuera el alquiler, el cual también se halla exento del IVA.

No obstante lo anterior, la entidad, el 4 de junio de 2018, en el curso de las actuaciones inspectoras, presentó un escrito solicitando la rectificación de la deducción de las cuotas de IVA soportadas por la adquisición de los

referidos inmuebles al considerar, sobre la base de la normativa y jurisprudencia comunitarias, que la definición de "primera entrega de edificaciones" ha de entenderse vinculada a su ocupación o uso, de manera que las edificaciones adquiridas a sus promotores y que son transmitidas a su vez sin haber sido ocupadas o usadas deben considerarse sujetas y no exentas de IVA, lo que supone la existencia de unas cuotas de IVA devengado no ingresado, y de unas cuotas soportadas que pasan a ser deducibles en el momento de transmisión de los inmuebles.

En particular, en el acuerdo de liquidación se señala como fundamento de la pretensión de la entidad, tal y como consta en su escrito de solicitud de rectificación, la posible incompatibilidad de la norma española con la Directiva del IVA puesto que para esta última el elemento esencial y único que determinaría la exención o no de la transmisión de una edificación es si la misma ha sido ocupada efectivamente con anterioridad.

A juicio de la reclamante, estas conclusiones se ven amparadas por la sentencia del TJUE de 16 de noviembre de 2017, Asunto C- 308/16, Kozuba Premium Selection.

Por todo ello, "la Entidad entiende que las transmisiones de los inmuebles adquiridos a quienes hubieran sido sus promotores y los cuales no hubieran sido objeto de arrendamiento, cesión o uso por cualquier otro título por la propia entidad o por terceros debe considerarse sujetas y no exentas del IVA, en aplicación de los principios de primacía del Derecho comunitario y del efecto directo de las directivas comunitarias".

En este sentido, dispone el artículo 135 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido:

"1.Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes:

(...)

j) las entregas de edificios o de partes de los mismos, y del terreno sobre el que se levanten, distintas a las contempladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 12;

(...)."

El referido artículo 12 de la Directiva señala:

"1. Los Estados miembros podrán considerar sujetos pasivos a quienes realicen de modo ocasional una operación relacionada con las actividades mencionadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 9 y en especial alguna de las operaciones siguientes:

a) la entrega anterior a su primera ocupación de un edificio o parte del mismo y de la porción de terreno sobre la que éstos se levantan;

(...)

2. A efectos de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1, se considerará como «edificio» toda construcción incorporada al suelo.

Los Estados miembros podrán definir las modalidades de aplicación del criterio contemplado en la letra a) del apartado 1 a las transformaciones de inmuebles y al terreno sobre el que éstos se levantan.

Los Estados miembros podrán aplicar criterios distintos al de la primera ocupación, tales como el del plazo transcurrido entre la fecha de terminación del inmueble y la de la primera entrega, o el del plazo transcurrido entre la fecha de la primera ocupación y la de la entrega ulterior, en tanto que estos plazos no rebasen, respectivamente, cinco y dos años.

(...)."

Por su parte, el artículo 20.Uno.22º de la Ley del IVA discutido establece lo siguiente:

"22.ºA) Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los períodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones.

Los terrenos en que se hallen enclavadas las edificaciones comprenderán aquéllos en los que se hayan realizado las obras de urbanización accesorias a las mismas. No obstante, tratándose de viviendas unifamiliares, los terrenos urbanizados de carácter accesorio no podrán exceder de 5.000 metros cuadrados.

Las transmisiones no sujetas al Impuesto en virtud de lo establecido en el número 1.º del artículo 7 de esta Ley no tendrán, en su caso, la consideración de primera entrega a efectos de lo dispuesto en este número.

La exención prevista en este número no se aplicará:

a) A las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero. A estos efectos, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra.

Los contratos de arrendamiento financiero a que se refiere el párrafo anterior tendrán una duración mínima de diez años.

b) A las entregas de edificaciones para su rehabilitación por el adquirente, siempre que se cumplan los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

c) A las entregas de edificaciones que sean objeto de demolición con carácter previo a una nueva promoción urbanística.

B) A los efectos de esta ley, son obras de rehabilitación de edificaciones las que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que su objeto principal sea la reconstrucción de las mismas, entendiéndose cumplido este requisito cuando más del 50 por ciento del coste total del proyecto de rehabilitación se corresponda con obras de consolidación o tratamiento de elementos estructurales, fachadas o cubiertas o con obras análogas o conexas a las de rehabilitación.

2.º Que el coste total de las obras a que se refiera el proyecto exceda del 25 por ciento del precio de adquisición de la edificación si se hubiese efectuado aquélla durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la edificación o parte de la misma en el momento de dicho inicio. A estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la edificación la parte proporcional correspondiente al suelo.

Se considerarán obras análogas a las de rehabilitación las siguientes:

a) Las de adecuación estructural que proporcionen a la edificación condiciones de seguridad constructiva, de forma que quede garantizada su estabilidad y resistencia mecánica.

b) Las de refuerzo o adecuación de la cimentación así como las que afecten o consistan en el tratamiento de pilares o forjados.

c) Las de ampliación de la superficie construida, sobre y bajo rasante.

d) Las de reconstrucción de fachadas y patios interiores.

e) Las de instalación de elementos elevadores, incluidos los destinados a salvar barreras arquitectónicas para su uso por discapacitados.

Se considerarán obras conexas a las de rehabilitación las que se citan a continuación cuando su coste total sea inferior al derivado de las obras de consolidación o tratamiento de elementos estructurales, fachadas o cubiertas y, en su caso, de las obras análogas a éstas, siempre que estén vinculadas a ellas de forma indisoluble y no consistan en el mero acabado u ornato de la edificación ni en el simple mantenimiento o pintura de la fachada:

a) Las obras de albañilería, fontanería y carpintería.

b) Las destinadas a la mejora y adecuación de cerramientos, instalaciones eléctricas, agua y climatización y protección contra incendios.

c) Las obras de rehabilitación energética.

Se considerarán obras de rehabilitación energética las destinadas a la mejora del comportamiento energético de las edificaciones reduciendo su demanda energética, al aumento del rendimiento de los sistemas e instalaciones térmicas o a la incorporación de equipos que utilicen fuentes de energía renovables."

Frente a la postura de la entidad, entiende la Inspección que el artículo 20.Uno.22º de la Ley del IVA no contraviene la normativa comunitaria.

Así, se dispone en el acuerdo de liquidación lo siguiente:

"(...) el artículo 135.1.j) exonera las entregas de los edificios "distintas a las contempladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 12". La delimitación negativa se refiere, por tanto, a las "entregas" contempladas en dicho artículo 12.1.a), el cual ha de leerse completo: no sólo la frase que incorpora literalmente dicha letra, sino también

las precisiones y modificaciones que, en su ámbito, introduce el apartado 2, segundo párrafo del precepto, cuando permite a los Estados miembros "aplicar criterios distintos al de la primera ocupación" para definir dichas entregas contempladas en el artículo 12.1.a). Por tanto, no es cierto, como afirma la entidad en sus alegaciones, que "la referencia a la letra a) del apartado 1 del artículo 12 confiere a la primera ocupación un carácter ineludible en la definición de la exención en las transmisiones de edificaciones", porque el ámbito de dicha letra a) se encuentra matizada por las potestades que los párrafos siguientes otorgan a los Estados miembros.

España, como bien indica el obligado tributario en sus alegaciones, ha hecho uso del referido artículo 12 para considerar como "empresario o profesional" a quien realiza dichas operaciones inmobiliarias a título ocasional (artículo 5, apartado uno, letra e) de la LIVA), pero, a juicio de esta Oficina, esto no es trascendente para la discusión objeto de este acuerdo de liquidación. Lo trascendente es que, en la definición de la letra a) del artículo 12.1, los Estados miembros pueden entender incluidas entregas anteriores a la primera ocupación (sea cual sea el concepto de ésta), e incluso posteriores, y esta definición que efectúe el Estado miembro determinará, por exclusión, el ámbito de aplicación de la exención contemplada en el artículo 135.1.j).

Obviamente, el criterio "diferente del de la primera ocupación" al que se refiere el precepto no puede determinar, ni una extensión ilimitada del ámbito de la exención (no puede aplicarse a la primera entrega de una edificación inmediata a su terminación, porque en tal caso quedaría sin gravar por IVA el proceso productivo del bien), ni, evidentemente, dejar la exención sin contenido, porque no es ésta la pretensión de la Directiva cuando regula la materia: esto se corrobora cuando en el precepto se alude expresamente a criterios diferentes del de la primera ocupación por referencia a tres hitos temporales: la fecha de terminación del inmueble, la fecha de la primera entrega, y la fecha de la primera ocupación, limitando, eso sí, el criterio aplicable a determinados lapsos máximos temporales, que toman como primera fecha posible la fecha de terminación del inmueble, y la última la de una entrega posterior a la primera ocupación que no sea mayor de dos años.

Aunque la redacción de los preceptos y la técnica tributaria utilizada para delimitar el ámbito de la exención, ciertamente, no es sencilla, la única lectura coherente del precepto es la indicada: otorga a los Estados miembros la potestad de determinar el ámbito de aplicación de la exención respecto de las entregas de inmuebles realizadas entre su terminación y un plazo máximo de dos años posterior a su primera ocupación. El legislador español determina la exención por referencia a la primera entrega posterior a su terminación, lo cual se encuentra perfectamente encuadrado en el ámbito otorgado al respecto por el artículo 12.

Pero es que, tal y como expone acertadamente el actuario, no es evidente que el término "primera ocupación" en Derecho español no sea equivalente, en términos jurídicos, al de "primera entrega de una vivienda". Así, expone el actuario que:

"También debería negarse que el concepto español de primera entrega no se corresponda suficientemente con ese comunitario de primera ocupación.

Las edificaciones y, particularmente, las destinadas a su uso como viviendas, son objetos de consumo, que generan un proceso de creación de valor que parte de la urbanización y que comprende la promoción y construcción y la posterior comercialización del bien. Su primera entrega se produce para su ocupación, ocupación que tiene lugar, si no fácticamente sí jurídicamente de forma plena con la adquisición por parte del nuevo propietario, especialmente cuando no se trata de adquirentes personas físicas.

¿Por qué puede afirmarse que la entidad interesada no ha ocupado las viviendas que ha adquirido? ¿Porque no vive en ellas? Nuestra interpretación, creemos que más acorde con el espíritu y finalidad de la norma, es que la ocupación sí se ha producido, por cuanto se ha adquirido un bien que ha finalizado el proceso de creación de valor a que se refiere la Directiva, la sentencia invocada y el propio obligado tributario en sus alegaciones.

En efecto, tal como se ha explicado anteriormente, el IVA es un tributo que grava el valor añadido generado en cada fase del proceso de fabricación o producción, distribución y venta de un bien o servicio. Por tanto, según los mismos postulados que defiende la entidad reclamante en el presente caso, debemos establecer el momento a partir del cual un bien inmueble, en sí mismo considerado (como cosa), deja de generar valor empresarial.

La pura lógica nos lleva a entender que este momento debe coincidir con el de la finalización de la obra, es decir, con el instante en el que el inmueble puede ser objeto de consumo, utilización u ocupación, por primera vez, y que, por tanto, debe coincidir con el de terminación de la obra (concepto delimitado en nuestro ordenamiento jurídico por una norma no fiscal). En definitiva, el uso posterior que se dé a dicho inmueble en nada incrementa el valor intrínseco del mismo, salvo obra de rehabilitación sustancial que implique que el inmueble vuelva a formar parte de un nuevo proceso productivo.

Así lo interpreta también en el proceso invocado por el obligado tributario el Abogado General cuando, empleando igual que la norma nacional el concepto de primeras y ulteriores entregas, señala que:

47. El centro de gravedad de la exención se sitúa en la falta de novedad de las edificaciones que se transmiten. Las segundas y ulteriores entregas de edificios (que ya no son «nuevos», sino «usados») no sufren la carga impositiva, lo que es coherente con el sistema del IVA. Así lo confirmó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 4 de octubre de 2001, Goed Wonen2., al aseverar que no había lugar para la imposición en el caso de «las

ventas de una edificación nueva posteriores a su primera entrega a un consumidor final», y que dicha entrega «marca el fin del proceso productivo».

48. En efecto, la lógica de este tributo es gravar las actividades económicas que lleven consigo la incorporación de un valor añadido. Para los inmuebles, el valor añadido es inherente a la construcción de un nuevo edificio, cuya primera entrega, precisamente por marcar «el fin del proceso productivo», hace surgir la obligación de pagar el IVA.

49. No estaría justificado que ese mismo edificio volviese a tributar, por ese mismo concepto, cada vez que se venda ulteriormente.

(...)

En el caso del ordenamiento jurídico español existen hitos administrativos que confieren una seguridad jurídica máxima para la determinación de cuándo nos entramos ante una primera entrega/primera ocupación o cuando no (...) una vivienda está terminada (su proceso productivo está enteramente finalizado) cuando obtiene el certificado final de obra y se considera enteramente apta para su ocupación, que cabe presumir se produce a partir del momento de la entrega en tales condiciones, con la obtención de la cédula de habitabilidad.

(...)."

La Inspección, respecto a la sentencia del TJUE en el asunto C-308/16 alegada, concluye lo siguiente:

"La sentencia indicada, tras reconocer que el concepto de "primera ocupación" está recogido en el artículo 12 de la Directiva IVA, pero que en tal norma dicho concepto "no se define", expone una interesante digresión acerca del concepto de "primera ocupación" en los trabajos preparatorios de la Sexta Directiva, indicando que "tal como resulta...; de los trabajos preparatorios de la Directiva...; el criterio de la ""primera ocupación"" de un edificio debe entenderse en el sentido de que se refiere a la primera utilización del bien por su propietario o por un arrendatario. En esos trabajos preparatorios se precisa que este criterio se empleó para determinar el momento en el que el edificio abandona el proceso de producción y se convierte en objeto de consumo. De este análisis histórico no se deduce, sin embargo, que la utilización del bien por su propietario deba producirse en el marco de una operación gravada...;"

No obstante, y en este punto la sentencia es especialmente explícita, indica que "si bien el artículo 12, apartado 2 de la Directiva IVA faculta a los Estados miembros para determinar el modo de aplicar a las transformaciones de inmuebles el criterio contemplado en el apartado 1, letra a), de dicho artículo, en particular en lo que respecta a la entrega del edificio anterior a su primera ocupación, no cabe sin embargo interpretar esta disposición en el sentido de que los Estados miembros disfruten de un margen que les permita modificar el propio concepto de ""primera ocupación"" en sus legislaciones nacionales, so pena de menoscabar la efectividad a dicha exención". Es decir, el Tribunal considera que la delimitación de las operaciones contempladas en la letra a) del artículo 12.1 mediante la utilización de las autorizaciones contempladas en el apartado 2 afecta directamente al ámbito de aplicación de la exención contemplada en el artículo 135.1.j), de manera que los Estados miembros disponen del margen de maniobra indicado anteriormente, pero limitado, como señala el TJUE, a no menoscabar la efectividad de dicha exención, como señala la sentencia a continuación, tal y como "se deduce, pues, del análisis literal del artículo 12" (aquí no se precisa apartado, porque ha de tomarse en consideración el artículo con todos sus apartados, y no sólo la letra a) del apartado 1) "y del artículo 135, apartado 1, letra j), de la Directiva IVA, unido al examen del contexto y de los objetivos que esta Directiva persigue, que en ella no se confiere a los Estados miembros la facultad de condicionar o de restringir las exenciones que allí se establecen".

Es decir, no es cierto, como expone el obligado tributario en sus alegaciones, que, "de acuerdo con lo que indica la sentencia, los términos de la exención no pueden depender de que la norma nacional regule elementos que intervienen en la definición de los mismos", porque, dentro del ámbito que señala el propio artículo 12, sin menoscabar la exención, ni ampliar tampoco su interpretación dado que de una excepción al principio general de que el IVA se percibe por cada entrega de bienes y prestación de servicios sujeta al tributo, el Estado miembro tiene un margen para delimitar el ámbito de aplicación de la exención sin inaplicar por ello la Directiva, porque este margen lo reconoce la propia Directiva, y ello lo dice claramente el TJUE en la sentencia citada. Además, como expone el actuario, no resulta por tanto extraño a esta regulación entender que, a efectos de la norma española, el concepto de "primera ocupación" es el que se ha expuesto, siendo que éste, además, otorga seguridad jurídica y logra un correcto gravamen por IVA, dado que, como se expone también por la sentencia, "la ratio legis de estas disposiciones es la relativa inexistencia de valor añadido generado por la venta de un edificio antiguo".

(...)."

Este TEAC comparte el criterio expuesto del órgano inspector al considerar que la Ley del IVA, al declarar sujeta a gravamen la primera entrega de edificaciones realizada por su promotor bajo determinadas condiciones, estableciendo la exención para las segundas o ulteriores entregas de las mismas, lo que pretende es gravar la

primera puesta de un bien de esta naturaleza en el mercado entendiendo que las posteriores no suponen atribuir valor añadido a las edificaciones, razón por la cual su transmisión se deja al margen del Impuesto.

Esta misma idea es la que subyace en la exposición de motivos de la ya derogada Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido al señalar:

"La misma finalidad -someter a gravamen efectivo exclusivamente el proceso de producción de las edificaciones- determina la conveniencia de exonerar las segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones, cuyo proceso de construcción hubiese concluido, en concordancia con lo establecido en el artículo 13, B), g), de la Sexta Directiva."

Partiendo de lo anterior, cabe concluir que la regulación de la exención prevista en el artículo 20.Uno.22º de la Ley del IVA no contraviene la normativa europea.

En el mismo sentido puede verse la resolución de este Tribunal de fecha 20 de octubre de 2021 (R.G. 00-00416-2019).

En consecuencia, procede declarar conforme a Derecho la denegación de la rectificación de la deducción practicada por las cuotas soportadas por la entidad reclamante al adquirir las viviendas destinadas a la realización posterior de operaciones exentas en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.Uno.22º de la Ley del IVA en los términos expuestos en el acuerdo de liquidación.

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.