

LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES COMO OPERACIÓN FINANCIERA ACCESORIA A EFECTOS DEL CÁLCULO DE REGLA DE PRORRATA DEL IVA: ANÁLISIS A LUZ DE LA DOCTRINA DEL ACTO ACLARADO Y DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME

COMENTARIO A LA STS DE 2 MARZO DE 2020, rec. 2465/2017

José Manuel Almudí Cid

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2020 (rec. núm. 2465/2017), en la que se hace prevalecer el concepto de operación accesoria inmobiliaria o financiera empleado por el artículo 174.2 de la Directiva 2006/112/CE, sobre el de operación no habitual, al que hace referencia el artículo 104.3 de la Ley del IVA, calificándose como tal, de forma cuestionable, una operación de desinversión consistente en la venta de filiales establecidas en un Estado no miembro de la Unión Europea. El pronunciamiento del Tribunal Supremo se analiza tomando en consideración tanto la doctrina del acto aclarado como el principio de interpretación conforme acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. SUPUESTO DE HECHO

Una sociedad residente en España, perteneciente al sector bancario, contaba con dos filiales radicadas en el Principado de Andorra, participadas respectivamente en un 100% y 46.30%, mediante las que se desarrollaba el negocio bancario y financiero en dicho país. A raíz de la Ley andorrana de regulación del régimen administrativo de la entidades bancarias de 1998, la entidad española se vio obligada a transmitir, en los años 2005 y 2006, su participación en las filiales, en particular, a una entidad domiciliada en Andorra.

La recurrente sostuvo que la plusvalía obtenida en dichas transmisiones debía incluirse tanto en el numerador como en el denominador de la prorrata general del IVA, a raíz de que la actividad consistente en las operaciones de transmisión debía reputarse habitual y no accidental. Téngase presente, que en virtud de lo establecido en el artículo 169 c) de la Directiva 2006/112/CE, reguladora del IVA, y en el artículo 94.Uno3º de la Ley del IVA, la transmisión de acciones a un no establecido constituye una operación exenta que no limita el derecho a deducir, circunstancia que, en el presente supuesto, conducía a incrementar el volumen de IVA deducible por la entidad transmitente. Por su parte, la Inspección y el TEAC estimaron que se trataba de

transmisiones no habituales y, por consiguiente, no podían tomarse en consideración para la determinación del porcentaje de prorrata general.

La resolución desestimatoria del TEAC fue impugnada, en primer término, ante la Audiencia Nacional, que dictó una sentencia confirmando el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central, lo que dio lugar a que la entidad bancaria interpusiera el oportuno recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En el auto de admisión del recurso casación, el Tribunal Supremo, pese a existir, según veremos, una sentencia previa en la que se abordaba la transmisión realizada en el año 2005, estimó oportuno pronunciarse de nuevo sobre la siguiente cuestión:

«Determinar, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, si se deben considerar como “operación principal” o “actividad habitual” o, por el contrario, como “operación accesoria” o “actividad no habitual” (en terminología de la Directiva del IVA y en terminología de la LIVA, respectivamente), a efectos del cálculo de la prorrata en el IVA, el beneficio obtenido por una entidad bancaria como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales en una filial cuya actividad principal es plenamente coincidente con la del propietario de dicha participación, siendo así que éste realiza su actividad principal en otro Estado a través de la mencionada filial».

2. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL

Habida cuenta que el Tribunal Supremo ya se había pronunciado, en su sentencia de 9 de octubre de 2015 (rec. núm. 889/2014), en relación con la operación de venta realizada por la recurrente a otra entidad igualmente radicada en Andorra, la admisión del recurso de casación invitaba a considerar que dicha doctrina podría llegar a ser objeto de revisión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No obstante, la sentencia del Alto Tribunal de 2 de marzo de 2020 confirma íntegramente la doctrina sentada en el pronunciamiento de 9 de octubre de 2015, en el que se subrayaba la deficiente transposición al ordenamiento español de la regla del prorrata regulada por el artículo 174.2 de la Directiva del IVA.

En concreto, se afirma por el Tribunal que «(...) resulta evidente que la transposición efectuada no fue adecuada, como ya dijimos en STS de 1 de julio de 2010 y advierten cuantos han intervenido en el procedimiento administrativo y en el proceso. En efecto, el artículo 104 Tres 4º LIVA se refiere a operaciones inmobiliarias y financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo; y el artículo 19.2 de la Sexta Directiva hace referencia a operaciones inmobiliarias y financieras accesorias.

Habitualidad y accesoriedad no son términos coincidentes: aquella alude a la realización infrecuente o aislada de la operación, ésta a la condición de secundaria respecto de la actividad empresarial o profesional principal, por lo que una operación puede ser no habitual y, sin embargo, formar parte de la actuación empresarial o profesional principal; y al contrario, una operación habitual puede no integrar la actuación empresarial o profesional o principal y ser, por tanto, accesoria».

A juicio del Tribunal, resulta incuestionable que la operación de compraventa de acciones que da lugar al litigio no puede ser considerada habitual, toda vez que es infrecuente o aislada. Sin embargo, a raíz de la aplicación de la regla de la primacía y efecto directo de las Directivas de la Unión Europea, la respuesta a la cuestión enjuiciada dependerá de si la transmisión del paquete accionario tiene la condición de accesoria en los términos contemplados por la Directiva del IVA.

Tras analizar los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo de 11 de julio de 1996 (C-306/94, *Régie Dauphinoise*); 14 de noviembre de 2000 (C-142/99, *Floridienne y Berginvest*) y 29 de abril de 2004 (C-77/01, EDM), el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la accesoria a la que alude la Directiva del IVA constituye un concepto jurídico indeterminado, que obliga a examinar cada caso individualizadamente, empleando los siguientes criterios:

- A) Debe verificarse si se trata de una operación comprendida en el ámbito del IVA, puesto que si se trata de operaciones no sujetas, no cabrá plantear cuestión alguna sobre su accesoria o no a efectos de tenerlas en cuenta en la regla de prorrata.
- B) Debe constatar si es operación financiera sujeta y exenta del impuesto y verificar si se da la condición de accesoria o no respecto de la actividad empresarial o principal del sujeto pasivo.
- C) Las operaciones financieras que constituyan la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad económica del sujeto pasivo no tienen la condición de operación accesoria. Y tampoco la tienen aquellas que impliquen un empleo significativo de bienes y servicios por los que debe pagarse el IVA.

Partiendo de este planteamiento, el Tribunal Supremo alcanza la conclusión de que la compraventa de participaciones de las filiales andorranas tiene carácter accesorio y, por tanto, no debe computar a efectos de determinar (en el supuesto analizado, incrementar) el porcentaje de IVA deducible en virtud de la regla de prorrata, puesto que no constituye la prolongación directa, permanente o necesaria de la actividad económica.

En este sentido, el Tribunal manifiesta que, mediante la venta de acciones se reduce la participación legal hasta un máximo de un 51%, concentrado la actividad financiera en una entidad bancaria diversa, por lo que se considera que no se trata de una prolongación de la actividad financiera principal, ni comporta un empleo muy significativo de bienes y servicios en los términos en los que, según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, excluirían la accesoria.

En virtud de lo anterior, se desestima el recurso de casación tras señalarse que, en virtud la doctrina del acto aclarado, no procede plantear cuestión prejudicial, al considerarse que existían suficientes pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo para la aplicación directa, por el tribunal nacional, de la normativa europea al caso concreto.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

Pese a que el Tribunal Supremo estima que no procede plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo por las razones previamente apuntadas, en el pronunciamiento que es objeto del presente comentario se limita a reproducir la argumentación empleada en la sentencia dictada el 9 de octubre de 2015, relativa al mismo obligado tributario, sin adentrarse a analizar el contenido de las diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, según se refleja en el auto de admisión, fueron invocadas por la recurrente en este nuevo procedimiento.

Sin embargo, a nuestro juicio, la imposibilidad de tomar en consideración la transmisión de participaciones a efectos de incrementar el IVA deducible, en un supuesto en el que la venta de participaciones se realizó a un sujeto establecido en un tercer Estado, resulta cuestionable. Así se desprende, por un lado, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2009 (C-29/08, AB SKF), en la que se declara que la transmisión de la totalidad de participaciones de una filial, en el marco de un proceso de reestructuración empresarial, constituye una operación encaminada a la obtención de ingresos continuados en el tiempo, sujeta al IVA, que excede de la mera venta de acciones en calidad de particular. De este modo, la operación de desinversión determina un vínculo directo con la organización de la actividad realizada por el grupo y, por lo tanto, constituye la prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo.

Por otro lado, no puede perderse de vista que el Tribunal de Luxemburgo ha señalado, en su sentencia de 8 de noviembre de 2018 (C-502/17, *C&D Foods Acquisitions Aps*), que concurrirá la referida prolongación directa, permanente y necesaria de esa actividad cuando dicha operación se realice con el fin de destinar el producto de la venta directamente a la actividad económica gravada de la sociedad matriz o la actividad ejercida por el grupo de dicha entidad.

Por consiguiente, como cabe observar, no cabe descartar que, en un supuesto como el enjuiciado por el Tribunal Supremo, la transmisión de las participaciones en las filiales no residentes deba considerarse una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo, lo que daría lugar, siguiendo el razonamiento del Tribunal Supremo, a que la compraventa accionarial debiese incluirse en la regla de prorata.

Desde esta perspectiva, cabe cuestionar la aplicación de la doctrina del acto claro en el supuesto enjuiciado por el Tribunal, máxime cuando no se ha hecho expresa referencia en el fallo a los mencionados casos *SKF* y *C&D Foods Acquisitions Aps*, circunstancia que permitirá a la recurrente invocar ante el Tribunal Constitucional, a través de un recurso de amparo, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, al no haberse recabado el preceptivo pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 54/2019, de 6 de mayo).

La otra alternativa con la que contará el obligado tributario para hacer valer su derecho a que los tribunales nacionales no apliquen el ordenamiento de la Unión en un sentido diverso al señalado por el Tribunal de Justicia, o para evitar que aquellos asuman indebidamente la posición de intérprete supremo del Derecho de la Unión Europea que el Derecho originario reserva al Tribunal de Luxemburgo, será interponer la correspondiente denuncia ante la Comisión Europea que, en caso de considerarla

fundada, podrá iniciar el oportuno procedimiento por incumplimiento motivado por la actuación de un órgano judicial, según se desprende de las sentencias de 9 de diciembre de 2003 (C-129/00, Comisión/Italia) y de 12 de noviembre de 2009 (C-154/08, Comisión/España).

Al margen de lo anterior, no debe pasarse por alto que, en el supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, el efecto directo de la Directiva del IVA obliga al Alto Tribunal a valorar si, tratándose de una operación de venta de acciones no habitual, el concepto de operación accesoria permite tomarla en consideración de cara a determinar el IVA deducible en aplicación de la prorrata general. Ahora bien, cabe cuestionarse si el Tribunal Supremo, o el resto de órganos jurisdiccionales españoles, podrán invocar igualmente la doctrina del acto claro cuando la falta de identidad de los términos “operación principal” o “actividad habitual”, por una parte, y “operación accesoria” o “actividad no habitual”, por otra, resulte perjudicial para el obligado tributario.

A priori, en contra de esta posibilidad cabría invocar el efecto directo vertical ascendente de las Directivas, del que se desprende que los particulares podrán hacer valer el Derecho derivado, objeto de una deficiente transposición, frente al Estado, pero no a la inversa. No obstante, no debe pasarse por alto que el principio de interpretación conforme determina que el juez nacional, en la medida en que así lo permita el Derecho interno, resulta obligado a interpretar y aplicar dicho ordenamiento de forma conforme con el Derecho de la Unión Europea (STJUE de 10 de abril de 1984, C-14/83 *Von Colson y Kamman*).

Ciertamente, la interpretación y aplicación del ordenamiento interno conforme al Derecho derivado de la Unión Europea es procedente incluso cuando la misma determina un perjuicio para el administrado. Por lo que se refiere al ámbito tributario, según puso de manifiesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de julio de 2007 (C-321/05, *Kofoed*), relativa a la aplicación de la Directiva 90/434/CEE, mediante la que se regula el régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos e intercambio de acciones, el juez nacional está obligado a interpretar el ordenamiento nacional, incluso en perjuicio del obligado tributario, a la luz del Texto y de la finalidad de las directivas.

En concreto, en un supuesto en el que se valoraba la posibilidad de aplicar una norma antiabuso sectorial prevista por la Directiva cuando no estaba contemplada expresamente por el ordenamiento holandés, el Tribunal declaró en el caso *Kofoed* que, «aunque es cierto que el requisito de interpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares o determine o agrave la responsabilidad penal de quienes contravengan sus disposiciones, se admite, no obstante, que el Estado puede, en principio, invocar frente a los particulares una interpretación conforme del Derecho nacional».

En virtud de lo anterior, no cabe descartar que los tribunales nacionales puedan llegar a interpretar los términos “operación habitual” y “operación no habitual” de forma conforme con la Directiva, acudiendo al concepto autónomo de operación “principal” y “accesoria”, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal de Justicia, incluso en perjuicio del obligado tributario, siempre y cuando dicha hermeneusis resulte factible atendiendo a los métodos de interpretación previstos por el ordenamiento interno (contexto, trabajos preparatorios de la norma nacional o espíritu de esta).

No obstante, a estos efectos, a diferencia de lo que acontece en la sentencia que motiva el presente comentario, no cabrá que el tribunal nacional invoque directamente la Directiva en cuestión. Dicha conclusión podrá alcanzarse exclusivamente a raíz de la aplicación de los métodos de interpretación previstos en el artículo 12 de la Ley General Tributaria y 3.1 del Código Civil, lo que requiere cuidar en extremo la motivación de la referida interpretación de la norma interna, pues de lo contrario provocaría una evidente quiebra en el principio de separación de poderes e invalidaría la utilización del criterio de interpretación conforme.

De donde se deduce, por un parte, que la sentencia que es objeto del presente comentario no sienta doctrina en relación con aquellos supuestos en los que el concepto de operación “principal” y “accesoria” empleado por la Directiva 2006/112/CE pudiera resultar perjudicial para el obligado tributario.

Por otra parte, puesto que, según se señala en la sentencia *Kofoed*, sobre la regla de interpretación conforme despliegan efectos limitativos tanto el principio de seguridad jurídica y los principios sancionadores o penales que impiden realizar aplicaciones extensivas o analógicas que tengan por efecto determinar o agravar la responsabilidad, consideramos no cabrá imponer sanciones al obligado tributario en virtud de una aplicación del artículo 104.3 de la Ley del IVA basada en el tenor literal del término “no habitual” empleado por dicho precepto.

Por último, no puede dejar de advertirse que, dado que la Ley General Tributaria proscribiera la aplicación analógica del Derecho para extender, más allá de sus términos estrictos, el ámbito del hecho imponible, las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales, el principio de interpretación conforme, en los términos que ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, no podrá erigirse como un instrumento que permita un colmado de lagunas derivado de una deficiente transposición, de tal modo que, si una vez definido el hecho imponible, alguno de los elementos necesarios para su cuantificación no han sido regulados, no cabrá invocar la Directiva en perjuicio del obligado tributario.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALMUDÍ CID, J.M.: “La inaplazable reforma de la Ley del IVA como consecuencia de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional, operaciones vinculadas y exclusión de las operaciones inmobiliarias o financieras no habituales de la regla de prorrata”, *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2005.

ALMUDÍ CID, J.M.: “La controvertida deducibilidad del impuesto sobre el valor añadido soportado por entidades holding”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 123, 2018.

ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2014.

ALONSO GARCÍA, R.: “La interpretación de los Estados conforme al Derecho comunitario: Las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008.

BAEZ MORENO, A.: “Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en Derecho Tributario”, en la obra colectiva *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

FALCÓN Y TELLA, R.: “Las operaciones financieras e inmobiliarias y la prorrata en el IVA”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2007.

LONGÁS LAFUENTE, A.: “Operaciones financieras accesorias y su no integración en el denominador de la prorrata en el impuesto sobre el valor añadido”, Documentos IEF, 2007.

MARÍN BENÍTEZ, G.: “La analogía en Derecho tributario: tópicos, controversias y algunas reflexiones críticas”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 350, 2012.

La reproducción, copia, uso, distribución, comercialización, comunicación pública o cualquier otra actividad que se pueda realizar con el contenido de este documento, incluida su publicación en redes sociales, queda condicionada a previa autorización de la AEDAF.