



Roj: **STS 953/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:953**

Id Cendoj: **28079130022020100132**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **18/05/2020**

Nº de Recurso: **34/2018**

Nº de Resolución: **428/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3743/2017,**
ATS 5153/2018,
STS 953/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 428/2020

Fecha de sentencia: 18/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 34/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: Emgg

Nota:

R. CASACION núm.: 34/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 428/2020

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado



D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 18 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto en su Sección Segunda, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación núm. 34/2018, interpuesto por la entidad **TELFÓNICA INTERNACIONAL, SAU**, representada por la procuradora de los tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca, bajo la dirección letrada de don Miguel Muñoz Pérez, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de septiembre de 2017, pronunciada en el procedimiento ordinario núm. 351/2015, cuyo objeto estaba constituido por la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 17 de marzo de 2015 en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido por los períodos de junio de 2006 a diciembre de 2007.

Ha comparecido en el recurso de casación como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Resolución recurrida en casación .

En el procedimiento ordinario núm. 351/2015, seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 27 de septiembre de 2017 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS. Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Gloria Teresa Robledo Machuca en nombre y representación de TELEFÓNICA INTERNACIONAL SAU (actualmente, TELEFONICA LATINOAMERICANA HOLDING, SLU) , contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de marzo de 2015 (RG 3764/2012), por la que se confirma la liquidación dictada por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido, periodos de junio a diciembre de 2007, resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO. Preparación del recurso de casación.

Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de TELEFONICA INTERNACIONAL, SAU, demandante en la instancia, presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando recurso de casación, y dicha Sala, por auto de 20 de diciembre de 2017, lo tuvo por preparado, con emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo comparecido, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA, tanto la indicada parte recurrente como, en su condición de parte recurrida, la Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

TERCERO. Admisión del recurso.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección Primera de esta Sala acordó, por auto de 10 de mayo de 2018, la admisión del recurso de casación, determinando asimismo las cuestiones que presentaban interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Lo que efectuó en los términos que se indican más adelante en el apartado de " *fundamentos de derecho*" de la actual sentencia.

CUARTO. Interposición del recurso de casación y oposición al mismo.

1. En el escrito de interposición del recurso de casación, la representación procesal de TELEFONICA INTERNACIONAL, tras argumentar lo que tuvo por conveniente, suplicó a la Sala:



"Que tenga por presentado este escrito, teniendo por interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2017 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 351/2015 y, previos los oportunos trámites, dicte sentencia por la que declare haber lugar al presente recurso de casación núm. 34/20189, case, anule la sentencia recurrida y estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de marzo de 2015"

2. Por su parte, el abogado del Estado, en la representación que le es propia, formuló oposición al recurso de casación mediante escrito en el que, tras efectuar las alegaciones que tuvo por conveniente, terminó suplicando lo siguiente:

"Que teniendo por presentado este escrito y por formulada oposición al recurso de casación, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que, fijando como doctrina la que se postula en el apartado anterior, desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida por ser ajustada a Derecho".

QUINTO. Señalamiento para deliberación del recurso.

Concluido el proceso y rechazada la necesidad de vista pública, se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el 14 de enero de 2020, prolongándose la deliberación en las sesiones posteriores hasta su finalización con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Hechos y actos administrativos litigiosos relevantes para la actual controversia casacional; debate en el proceso de instancia.

1. TELEFÓNICA INTERNACIONAL, SAU (actualmente TELEFÓNICA LATINOAMERICA HOLDING, SLU) -en adelante, TISA- es una sociedad dominada del grupo mercantil y fiscal de Telefónica y es una entidad holding destinada fundamentalmente a la tenencia de participaciones sociales, adquisición y transmisión de las mismas.

La mayor parte de las sociedades en que participa se dedica al sector de las Telecomunicaciones en el exterior y, como cabecera del grupo en el exterior, la función principal de TISA consiste en desarrollar actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del grupo, que percibe dividendos y realiza operaciones de concesión de préstamos y de prestación de otros servicios corporativos a las sociedades participadas, operaciones de seguros y de prestación de otros servicios centrales corporativos a determinadas participadas. Presta, además, servicios de alquiler de inmuebles y otros servicios a sus filiales.

Concretamente, las actividades que realiza TISA son las siguientes: actividad financiera clasificada en el epígrafe 652 y actividad de gestión administrativa, epígrafe 741.

En el ejercicio de su actividad económica, realiza, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, tanto operaciones que generan derecho a la deducción, como operaciones que no determinan tal derecho.

2. La citada entidad fue objeto de actuaciones de comprobación e inspección por parte de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT en relación con los períodos 06/2006 a 12/2007 del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La regularización que se ha realizado a la entidad se basa en los siguientes ajustes:

a) Modificar la prorrata común declarada, que fue del 36% en el año 2006 y del 96% en el año 2007, pues se debían incluir en el denominador de la prorrata de deducción común del ejercicio 2006 y 2007, por el concepto de derivados, una serie de importes de operaciones que se detallan al folio 4 de la resolución del TEAC.

b) Se incluye en el denominador de la prorrata de deducción común el importe correspondiente a las plusvalías obtenidas por transmisión de participaciones.

3. Interpuesta reclamación económico-administrativa contra la regularización indicada, el Tribunal Económico-Administrativo Central la desestimó mediante resolución de 17 de marzo de 2015 (recurrida en la instancia) en la que, muy resumidamente, el citado órgano de revisión ha considerado:

(i). Que las operaciones con derivados son operaciones financieras realizadas con habitualidad por la empresa y no son accesorias, por lo que están exentas del IVA y deben incluirse en el denominador de la prorrata.

(ii). Que en relación con la tenencia y transmisión de acciones, la sociedad no se limita a su mera adquisición y tenencia, sino que efectúa una planificación estratégica, desarrollo y evolución del grupo realizando reiteradas operaciones de inversiones o desinversiones, compras y ventas y operaciones de reestructuración empresarial,

por lo que todas estas actividades suponen una prolongación directa y permanente de la actividad de la empresa.

4. En el proceso de instancia TSA reiteró la exclusión en el cálculo de la prorrata de esos dos grupos de operaciones, y la sentencia recurrida en la actual casación desestimó su recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO. Los razonamientos de la resolución recurrida en la instancia y de la sentencia impugnada en casación.

1. Señala el TEAC, para justificar el carácter de operación principal de la transmisión de participaciones, que cuando una sociedad de cartera (holding) limita su actividad a la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa ni indirectamente en la gestión las mismas, no tiene la condición de empresario a efectos del IVA y, por tanto, no tiene derecho a deducir las cuotas soportadas, pues, tal y como señala el TJUE, la mera adquisición y tenencia de participaciones sociales no debe considerarse como una actividad económica en el sentido de la Directiva.

Por el contrario, cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación y dicha intervención implique la realización de operaciones sujetas al IVA, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por la sociedad holding a sus filiales, dicha actividad constituye una actividad económica en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva, equivalente al artículo 4.2 de la Sexta Directiva, y, por su ejercicio, la sociedad adquiere la condición de sujeto pasivo del Impuesto.

De los datos constatados -siempre según la liquidación recurrida y la resolución del TEAC que la confirma- resulta que tanto el volumen como el número de operaciones en que se materializa la actividad ponen de manifiesto que se trata de una actividad ejercida con carácter habitual respecto de la que la entidad reclamante no se comporta como una holding pura, pues en el presente caso la reclamante realiza actividades económicas cuyos destinatarios son las entidades del grupo que le otorgan la condición de sujeto pasivo del IVA. De hecho, la entidad presta a las entidades del grupo servicios de apoyo a su gestión por los que repercute el Impuesto.

Por tanto, concluye el TEAC, resulta suficientemente justificada por la Inspección la conclusión a la que llega:

"La entidad no se limita a la mera adquisición y mera tenencia de acciones, sino que efectúa una planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, realizando reiteradas operaciones de inversiones o desinversiones, o de compra y venta de participaciones sociales, así como operaciones de reestructuración empresarial, fusiones, absorciones etc., lo cual permite afirmar que estas operaciones suponen una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad de la empresa".

Y en cuanto al tratamiento de las operaciones llevadas a cabo en relación con activos financieros, la resolución concluye que el hecho de que las operaciones con derivados financieros tengan por objeto la cobertura de riesgos empresariales y no la obtención de ingresos continuados en el tiempo no implica que se trate de operaciones no sujetas al IVA. Lo importante para determinar la sujeción en este caso es que, puesto que la entidad reclamante tiene la condición de empresario a efectos del impuesto (cuestión no controvertida en la reclamación), las operaciones con derivados financieros se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial de la entidad.

Y, concluye el TEAC, dado que la propia reclamante reconoce que el objeto de las operaciones era cubrirse de riesgos empresariales, resulta patente que se trata de operaciones incardinadas en el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la entidad.

2. La sentencia de la Audiencia Nacional coincide con la Administración y señala, muy resumidamente lo siguiente:

2.1. Que las operaciones que realiza la actora consisten en la gestión de las sociedades en las que participa, lo cual es una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva en la medida en que implica -como el TJUE exige- la realización de operaciones sujetas al IVA con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por la sociedad holding a sus filiales.

2.2. Que del artículo 104.Tres de la Ley del IVA se deduce que la realización habitual de operaciones financieras por empresarios o profesionales habrá de dar lugar a la inclusión de los importes que correspondan en el denominador de la prorrata, mientras que si las operaciones financieras únicamente se efectúan de forma eventual u ocasional no deberán considerarse a estos efectos, ya que se trataría de operaciones no habituales para el sujeto pasivo o en términos de la Sexta Directiva, operaciones accesorias en el desarrollo de su actividad empresarial.



2.3. Que el término empleado en la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de la que trae causa la Ley 37/1992 es el de *accesoriedad*, que se identifica -según jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo- con todo aquello que no constituya una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad del sujeto pasivo, lo que supone que el carácter accesorio deriva del objeto de la actividad y no del número de operaciones concretas que se realicen, de manera que la nota de accesoriedad no viene determinada por el importe de los gastos en los que incurre la holding para conceder los créditos a las filiales, sino por la existencia de una actividad económica con una cierta rentabilidad estable en la medida en que genera un volumen de negocio, siendo irrelevante a estos efectos que los ingresos por las actividades financieras superen los obtenidos por la actividad principal.

2.4. Que la alegación consistente en que la contratación de derivados financieros es claramente accesorio (pues lo que trata es de garantizar la estabilidad de sus estados financieros, su solvencia y su resultado económico dado que es titular de activos en diversos países y en muchos de ellos la divisa oficial no es el euro) y, por tanto, se trata de operaciones que no deben incluirse en el cálculo de la prorrata (por ser el propio destinatario el sujeto pasivo) debe rechazarse al entender que tales operaciones no son, propiamente, de seguro, ni de crédito, sino un servicio de inversión propio de la actividad habitual de la recurrente que trata de garantizar el resultado de las operaciones en que interviene, y todo ello, en el ámbito de su actividad profesional, lo que implica la subsunción en el artículo 11.2.1º de la Ley 37/1992 (que considera prestaciones de servicios: el ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio) y resulta que se trata de una operación sujeta.

Por eso, según señala la Sala, las operaciones con derivados financieros no son neutras; admiten arrojar ganancia o resultados positivos por lo que no es correcto atender solo a la dicción literal del precepto cuando habla de las "entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por el sujeto pasivo" para entender que es simple destinataria de derivados financieros.

TERCERO. La cuestión que presenta interés objetivo para la formación de jurisprudencia según el auto de admisión del presente recurso.

La determina así la parte dispositiva del auto:

"La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si se deben considerar como "operación principal" o "actividad habitual", o, por el contrario, como "operación accesorio" o "actividad no habitual" (en la terminología de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y la que utiliza la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, respectivamente), a efectos del cálculo de la prorrata en el IVA, los ingresos procedentes de la transmisión que realiza una holding de participaciones de sus filiales y de la suscripción por una holding de derivados financieros a fin de cubrir riesgos de tipo de cambio o de tipo de interés, cuando también realiza para las participadas servicios de apoyo financiero, contable, legal, técnico y comercial, por medio de labores permanentes de asesoramiento, consultoría e intermediación y de concesión de préstamos".

Y en el propio auto, respecto de las normas jurídicas cuya interpretación exige la resolución del asunto, se señala:

"Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 104.Tres.4º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido; y el artículo 174.2.b) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido".

CUARTO. El recurso de casación de TELEFÓNICA INTERNACIONAL SAU; sus argumentos esenciales.

Muy resumidamente, puede afirmarse que el reproche fundamental de la recurrente a la sentencia recurrida descansa en los siguientes argumentos:

1. Las infracciones normativas y jurisprudenciales denunciadas.

Están referidas a (i) los artículos 102.Uno y 104.Dos y Tres.4º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; y (ii) al artículo 174.2.b) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor Añadido.

También a las sentencias de 11 de julio de 1996, Régie dauphinoise (C-306/94, EU:C:1996:290); 14 de noviembre de 2000, Floridienne SA y Berginvest SA (C-142/99, EU:C:2000:623); 29 de abril de 2004, EDM (C-77/01, EU:C:2004:243); y 14 de diciembre de 2016, Mercedes Benz (C-378/15, EU: C:2016:950).

2. Las ideas básicas esgrimidas para sostener esos reproches:



2.1. Se señala que la regla de la prorrata de deducción en el IVA parte de la premisa de que la totalidad de los recursos de una empresa (inputs) se usa indistintamente para obtener la totalidad de sus ingresos (outputs o cuantía del volumen de negocios); esto es, bien provengan dichos ingresos de la actividad empresarial sujeta a IVA con derecho a deducción, o bien de la actividad sujeta y exenta sin derecho a deducir.

Se dice que la prorrata indica el porcentaje como IVA soportado que puede ser deducido. Y se añade que la determinación de ese porcentaje se efectúa a partir de una fracción o cociente entre un numerador (operaciones que generan el derecho a la deducción) y un denominador (el volumen de operaciones totales).

2.2. Se aduce que el artículo 174.2 de la Directiva 2006/112 IVA excluye en el cálculo de la prorrata las operaciones "accesorias"; y esto lo hace cuando no se produce la premisa antes indicada porque la proporción entre recursos e ingresos no es la misma en los dos grupos de actividades empresariales (las que generan el derecho a deducir y las que no lo generan).

2.3. Se sostiene que el criterio que debe determinar ese carácter de "accesoriedad", que impone excluir en el cálculo de la prorrata a determinadas operaciones empresariales, lo constituirá (según el recurso de casación) el hecho de que en estas operaciones excluibles sea nula o muy limitada la utilización de bienes y servicios por los que se haya soportado o pagado IVA.

2.4. Y se defiende que este criterio de la accesoriedad es de apreciar en las dos operaciones que en el actual litigio han resultado polémicas en cuanto a su inclusión o no en el cálculo de la prorrata, esto es, tanto las ventas de las participaciones en entidades del grupo como las actividades con derivados financieros.

3. Como desarrollo argumental de esas ideas básicas iniciales se señala, nuevamente en lo esencial, lo siguiente:

3.1. Que el principio de neutralidad que garantiza el sistema común de IVA conduce a que no deban ser incluidas para el cálculo de la prorrata aquellas operaciones empresariales que no impliquen ningún empleo de bienes o servicios por los que debe pagarse IVA, o que ese empleo sea mínimo. Y que así debe ser porque, de tomarse en consideración para el cálculo de la prorrata de deducción dichas operaciones, el porcentaje de reducción del IVA disminuiría de manera indiscriminada para la totalidad de las operaciones empresariales; con el resultado de que las operaciones que utilizan recursos por los que se soportó IVA no podrían deducírse en su totalidad y ese IVA soportado se convertiría en un coste empresarial vulnerador del principio de neutralidad.

3.2. Que en la aplicación de la normativa IVA deben diferenciarse dos fases:

(i) Una, dirigida a calificar una actividad económica como sujeta o no al IVA, en la que debe operar el criterio de prolongación directa, permanente y necesaria cuando se trate de calificar actividades que guardan relación con una actividad previa; y

(ii) Otra, dirigida a determinar la inclusión o no inclusión de una actividad.

3.3. Que es incorrecta la interpretación que sigue la Audiencia Nacional para determinar lo que deben considerarse actividades "accesorias" a los efectos de excluirlas del cálculo de la prorrata de deducción por IVA. Y ello por cuanto, para decidir si se da o no ese carácter accesorio en una determinada actividad, utiliza el criterio de su prolongación de otra actividad; y este es un criterio que es válido para decidir si una actividad está sujeta al IVA, pero no para dilucidar su inclusión o no en el cálculo de la prorrata de deducción.

4. Como consecuencia de las ideas anteriores, se afirma que, según la normativa aplicable y la jurisprudencia del TJU que la interpreta, los ingresos que percibe un "holding" procedentes de la transmisión de participaciones de sus filiales, o de los derivados financieros suscritos con el fin de cubrir riesgos de tipo de cambio o de tipo de interés, deben ser considerados operaciones accesorias a efectos del cálculo de la prorrata de deducción en el IVA.

Y, se añade, para el caso de que la Sala tenga dudas sobre la interpretación de la normativa europea o sobre el alcance de la jurisprudencia del TJUE resultará procedente elevar cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5. Como cuestiones subsidiarias que suscita el recurso de casación en relación con los derivados financieros, se defiende, en primer lugar, que no procede su inclusión en el cálculo de la prorrata para la deducción por IVA soportado porque en la contratación de tales derivados financieros no existe prestación de servicios alguna por parte de TISA.

Y, en segundo lugar, se postula que, de tener que ser incluidos para el cálculo de la prorrata, el importe a incluir sea el importe global neto, esto es, que solo se incluyan las plusvalías sin tener en cuenta las minusvalías.

QUINTO. Las tres cuestiones en las que se concreta el debate casacional.



Como se sigue de los fundamentos anteriores, tres son las cuestiones que han de resolverse en el presente recurso de casación: la primera será fundamental para resolver las otras dos, referidas, respectivamente, a la relevancia a los efectos que nos ocupan de las operaciones de transmisión de participaciones de las filiales y de suscripción de derivados financieros.

1. La primera, en efecto, es la esencial: consiste en determinar qué operaciones financieras merecen la consideración de "accesorias" para que proceda su exclusión en el cálculo de la prorrata de deducción del IVA en aplicación de lo establecido en el artículo 174.2.b) de la Directiva 2006/112.

A tal efecto, ya resulta conveniente transcribir, de dicho precepto, el siguiente texto del mismo que tiene interés para lo que aquí ha de resolverse:

"1. La prorrata de deducción será la resultante de una fracción en la que figuren las cuantías siguientes:

a) en el numerador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, sin incluir el IVA, relativa a las operaciones que generen el derecho a la deducción, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 168 y 169;

b) en el denominador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, sin incluir el IVA, relativa a las operaciones incluidas en el numerador y a las restantes operaciones que no conlleven el derecho a la deducción.

Los Estados miembros podrán incluir en el denominador la cuantía de las subvenciones que no estén directamente vinculadas al precio de las entregas de bienes o de las prestaciones de servicios contempladas en el artículo 73.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, para el cálculo de la prorrata de deducción, se excluirán los siguientes importes:

b) la cuantía del volumen de negocios relativa a las operaciones accesorias inmobiliarias y financieras; (...)."

2. La segunda estriba en determinar si es o no de apreciar el carácter de "operación accesorias" en la venta de participaciones en empresas del grupo o en la actividad de suscripción de derivados financieros a tenor de la interpretación del precepto que se acaba de transcribir y de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que lo interpreta.

3. Y la tercera si la contratación de derivados financieros por parte de TISA supone o no la realización de una operación sujeta a IVA que deba incluirse en el cálculo de la prorrata.

Y, también en relación con esta cuestión y de aceptarse la procedencia de la inclusión en dicho cálculo, qué importe concreto debería incluirse, si el resultado global del producto financiero o únicamente -como se postula en el recurso- las plusvalías sin tener en cuenta las minusvalías.

Como puede apreciarse, la parte recurrente -como ya hiciera en vía administrativa y en la demanda- formula una pretensión principal (la declaración de que las operaciones de transmisión de participaciones y suscripción de derivados financieros son accesorias), una subsidiaria (que no se incluya en el cálculo de la prorrata el resultado de las operaciones con derivados financieros) y otra subsidiaria de la anterior (que solo se incluya el resultado *neto* de esas operaciones, esto es, descontando las minusvalías generadas).

SEXO. Criterios esenciales para rechazar en una operación el carácter de accesorias y concluir, por dicha razón, que no debe ser excluida en el cálculo de la prorrata de deducción.

1. Tiene razón el abogado del Estado cuando afirma que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no sigue un único criterio para determinar si una actividad tiene o no la consideración de accesorias, pues pondera para ello la concurrencia en la misma de todas o algunas de estas tres circunstancias:

1.1. Que la actividad objeto de polémica constituya una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad de la empresa que genera el Impuesto sobre el Valor Añadido en cuya liquidación se pretende la deducción del IVA soportado.

1.2. El grado de utilización, en esa actividad controvertida, de los bienes y servicios cuya adquisición haya generado el IVA soportado y cuya deducción pretende el sujeto pasivo en las liquidaciones del IVA devengado en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional; y

1.3 La dimensión que esa actividad discutida represente en el volumen total de negocios del sujeto pasivo que pretende la deducción a la que va referida la prorrata de cuyo cálculo se trata.



Así, efectivamente, resulta de las declaraciones que el abogado del Estado transcribe de las sentencias del TJUE de 11 julio 1996 (asunto C-306/94); 29 de abril 2004 (asunto C-77/01); 29 octubre 2009 (asunto 173/08); y 14 de diciembre de 2016 (asunto 378-15).

2. Es de añadir que el sistema de prorrata está configurado o construido sobre la base de estas tres ideas que continúan.

La primera consiste en tomar en consideración este hecho: que la producción de bienes y servicios que constituye el objeto empresarial o profesional del sujeto pasivo puede englobar un conjunto de actividades de diferente signo o contenido, pero enlazadas todas ellas con la meta común de la producción de los bienes y servicios que ese sujeto pasivo coloca en el mercado como profesional o empresario para su adquisición por los consumidores.

La segunda idea la representa la necesidad de ponderar la dificultad o imposibilidad que existe de determinar, en lo que hace a la imputación del global de bienes y servicios que hayan sido adquiridos para poder llevar a cabo el ejercicio empresarial, cuál es el porcentaje de la utilización de esos bienes y servicios que corresponde a cada una de las singulares y variadas modalidades de actividad en las que se materializa dicho ejercicio empresarial.

Y la tercera idea también manejada es, en fin, que, dándose esa ya apuntada imposibilidad o dificultad de deslindar cuál es la parte porcentual de utilización de los bienes y servicios adquiridos que corresponde a cada una de las diferentes modalidades de actividad empresarial que sean realizadas, resulta necesario o ineludible lo siguiente: que la prorrata de deducción correspondiente a las específicas actividades empresariales que originan el derecho a la deducción ha de ser determinada mediante la comparación del importe total de las mismas con el diferente importe total correspondiente al resto de las actividades empresariales que no originan ese derecho (sin indagar el grado de utilización de las adquisiciones por parte de unas y otras actividades empresariales); y esto con la finalidad última de constatar la proporción que corresponde a cada una de estas dos diferentes modalidades de actividad empresarial en relación con el montante global correspondiente a la actividad empresarial total.

3. No es ocioso subrayar que lo anterior es coherente con el sistema general de deducciones que resulta de aplicación en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En dicho sistema no se establecen vinculaciones específicas, en razón de la mayor o menor utilización de los bienes y servicios adquiridos, entre, de un lado, unas concretas adquisiciones y, de otro, unas singulares actividades empresariales sujetas al IVA del sujeto pasivo (consistiendo esa singularización en haberse proyectado sobre ellas en mayor medida la utilización de las adquisiciones).

SÉPTIMO. La venta de participaciones en empresas del grupo no merece la calificación de accesoria en las concretas circunstancias del caso litigioso.

1. Las mencionadas circunstancias son las que más arriba se destacaron: TISA es una entidad holding, dedicada fundamentalmente a la tenencia de participaciones sociales, adquisición o transmisión de las mismas, consistiendo fundamentalmente su función en desarrollar las actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo, que percibe dividendos, concesión de préstamos, operaciones de seguros y de prestación de otros servicios centrales corporativos a determinadas participadas; presta, también, servicios de alquiler de inmuebles y otros a sus filiales. Su actividad, además, se encuadra en el epígrafe del IAE de servicios financieros y contables.

2. A los efectos que ahora nos ocupan, resulta necesario recordar cuál es el concepto de "actividad económica" a tenor de lo establecido en el artículo nueve de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, cuya realización determina la consideración de sujeto pasivo en el impuesto sobre el valor añadido (IVA).

Este precepto dispone, en su primer número, lo siguiente:

1. Serán considerados "sujetos pasivos" quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad.

Serán consideradas "actividades económicas" todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las actividades extractivas, las agrícolas y el ejercicio de profesiones liberales o asimiladas. En particular será considerada actividad económica la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo".

Y debe también dejarse constancia inicial de lo que, en términos análogos, dispone el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido:



"Artículo 5. Concepto de empresario o profesional.

Uno. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales:

a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo (...).

Dos. Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

3. Pues bien, con base en los presupuestos anteriores, debe establecerse desde este momento la conclusión de que la venta de participaciones en empresas del grupo, por parte de TELEFÓNICA INTERNACIONAL, SAU, no solo es una actividad económica que determina su condición de sujeto pasivo en el Impuesto sobre Valor Añadido, sino también una faceta esencial y *principal* de su actividad empresarial que descarta en ella el carácter de accesoria. Justificamos así esta conclusión:

3.1. En primer lugar, porque la tenencia, adquisición y transmisión de esas participaciones sociales tiene como función, según se ha dicho, desarrollar las actividades de planificación estratégica, desarrollo y evolución del Grupo. Lo cual equivale a marcar las pautas directivas sobre el nivel y la modalidad de presencia en el mercado que deben de tener las sociedades participadas. Y se traduce, finalmente, en una directa implicación en la organización y realización de las actividades económicas de prestación de servicios que las entidades participadas ponen a disposición de los consumidores en el mercado económico de producción y distribución de bienes y servicios.

3.2. Y en segundo lugar, porque la vinculación existente entre las operaciones de adquisición y venta de las participaciones de que se viene hablando, y la estrategia empresarial del grupo, permite apreciar esa nota de prolongación que la doctrina del TJUE utiliza como uno de los criterios válidos para descartar en una actividad empresarial la consideración de accesoria.

4. En definitiva, nos hallamos ante una actividad que es, realmente, prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad principal de la compañía, sin que tal conclusión -que determina la corrección de la decisión administrativa recurrida- pueda enervarse atendiendo exclusivamente al escaso volumen de gasto sujeto a IVA en el ejercicio de esa actividad de venta de participaciones.

Reiteramos lo dicho más arriba: el volumen de gasto no es el *único* indicador apto para determinar si una actividad es, a los efectos que nos ocupan, principal o accesoria.

Así parece pretenderlo el recurrente al interpretar de una forma parcial la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, pues dicho Tribunal no solo atiende a ese parámetro, sino a otros muy relevantes, incluido el que aquí concurre en la actividad en estudio: el de constituir prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad de la empresa.

A mayor abundamiento, la irrelevancia del volumen es cuestión fáctica que no ha sido afirmada en la sentencia, siendo así que la parte recurrente -en su escrito de interposición- da por bueno ese dato de hecho sin concretar en qué medios de prueba se asienta tal aseveración.

OCTAVO. Las operaciones con derivados financieros no constituyen operaciones imputables a TISA en concepto de actividad empresarial en la que ostente la condición de sujeto pasivo del IVA y, por tanto, no deben incluirse en el cálculo de la prorrata de TISA.

1. Aunque la parte recurrente solicita, con carácter principal, que declaremos que las operaciones con derivados financieros son *accesorias* a efectos de la prorrata del IVA y, solo con carácter subsidiario, que consideremos que las operaciones de aquella clase no están sujetas a IVA, vamos a alterar el orden de las pretensiones deducidas en relación con esta actividad y analizar, en primer lugar, esta petición subsidiaria.

La razón es simple: si consideramos que esas operaciones no están sujetas a IVA, el resultado de las mismas (bruto o neto) no deberá incluirse en el cálculo de la prorrata, lo que -a nuestro juicio- es algo previo a la consideración del carácter principal o accesorio de tales actividades.

2. Considera la representación procesal de TELEFONICA INTERNACIONAL que la sentencia ha errado -vulnerando el artículo 104.Dos de la ley del impuesto- cuando concluye que la utilización de derivados financieros supone la realización de operaciones sujetas que deben formar parte del denominador de la prorrata de la entidad.

El error radicaría en el entendimiento de que TISA, al contratar estos productos, está prestando un servicio, pues, en realidad, el único que presta tal servicio es la entidad financiera, que lo comercializa y lo ofrece en el



mercado, siendo así que el adquirente se limita a abonar o percibir el saldo correspondiente -sea este negativo o positivo, respectivamente- una vez liquidado el derivado de que se trate.

3. El TEAC, el abogado del Estado y la sentencia recurrida, por el contrario, entienden que, al no poder considerarse esas operaciones como "neutras" por admitir ganancias o resultados positivos, no puede entenderse que TISA sea una pura "destinataria de derivados financieros". Y es que, según la sentencia:

" (...) Tales operaciones no son, propiamente, de seguro, ni de crédito, sino un servicio de inversión propio de la actividad habitual de la recurrente que trata de garantizar el resultado de las operaciones en que interviene, y todo ello, en el ámbito de su actividad profesional, lo que implica la subsunción en el artículo 11.2.1º de la Ley 37/1992 (que considera prestaciones de servicios: el ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio) y resulta que se trata de una operación sujeta".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Llevado a sus últimas consecuencias, el razonamiento expuesto conduciría al absurdo consistente en que la suscripción del producto derivado podría o no ser una prestación de servicio por parte de TISA en atención



al resultado final, esto es, al precio del subyacente correspondiente, incorporando a la operación un extraño componente de aleatoriedad que, desde luego, resulta ajeno al concepto de actividad económica que debe presidir la sujeción al tributo indirecto que nos ocupa.

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

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

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

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

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

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

6. La conclusión expuesta obliga a prescindir del análisis del resto de motivos impugnatorios que adujo el recurrente, esencialmente respecto de la integración de las minusvalías en el denominador de la prorrata.

NOVENO. Recapitulación final en relación con la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia descrita en el auto de admisión.

1. Recordemos que el auto de admisión nos interrogaba sobre si debían considerarse "operación principal" o "actividad habitual", o, por el contrario, "operación accesoria" o "actividad no habitual", a efectos del cálculo de la prorrata en el IVA, los ingresos procedentes de la transmisión que realiza una holding de participaciones de sus filiales y de la suscripción por una holding de derivados financieros a fin de cubrir riesgos de tipo de cambio o de tipo de interés, cuando también realiza para las participadas servicios de apoyo financiero, contable, legal, técnico y comercial, por medio de labores permanentes de asesoramiento, consultoría e intermediación y de concesión de préstamos.

2. La respuesta a esa cuestión va a estar apegada -como no podía ser de otra forma- a las concretas circunstancias del caso, esto es, a las específicas actividades que realiza la compañía recurrente y a la finalidad de la suscripción de productos derivados, de manera que:

2.1. La venta de participaciones en empresas del grupo no merece la calificación de accesoria en las concretas circunstancias del caso por cuanto la entidad realiza para las participadas servicios de apoyo financiero, contable, legal, técnico y comercial, mediante labores permanentes de asesoramiento, consultoría e intermediación y de concesión de préstamos, lo que permite concluir que esa venta de participaciones es, realmente, prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad principal de la compañía (por las razones que, de manera detallada, se expusieron en el fundamento jurídico séptimo de la presente sentencia).

2.2. Las operaciones con derivados financieros, también en las circunstancias del caso, no suponen la realización de operaciones sujetas a IVA y, por tanto, no deben incluirse en el cálculo de la prorrata. Y ello por la razón esencial de que la suscriptora en el caso de autos no solo no presta un servicio al contratar el producto derivado, sino que se limita con tal contratación a garantizar la cobertura de ciertos riesgos que pueden comprometer el buen fin de las actividades que le son propias.

DÉCIMO. Resolución de las pretensiones suscitadas en el recurso de casación.

La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la estimación, parcial, del recurso de casación y, correlativamente, del recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia en el sentido expresado en el fundamento anterior, esto es, (i) declarando conforme a Derecho el ajuste efectuado en la liquidación recurrida respecto de la transmisión que realiza TISA de participaciones de sus filiales (pues no se trata de actividad accesoria) y (ii) anulando el ajuste relativo a las operaciones con productos derivados,



pues éstas no suponen la realización de operaciones sujetas a IVA y, por tanto, no deben incluirse en el cálculo de prorrata.

UNDÉCIMO. Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, no procede declaración expresa de condena a las costas del recurso de casación, al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta procesal de ninguna de las partes.

A tenor del artículo 139.1 LJCA, respecto de las costas de la instancia, las dudas razonables sobre la interpretación de las normas aplicables, determina que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

Primero. Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia .

Segundo. Declarar haber lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto por la entidad TELEFÓNICA INTERNACIONAL, SAU contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 27 de septiembre de 2017, pronunciada en el procedimiento ordinario núm. 351/2015, cuyo objeto estaba constituido por la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 17 de marzo de 2015 en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido por los períodos de junio de 2006 a diciembre de 2007, sentencia que se casa y anula en el exclusivo particular por el que se considera en la misma que las operaciones con productos derivados efectuadas por la demandante suponían la realización de operaciones sujetas a IVA y, por tanto, debían incluirse en el cálculo de prorrata.

Tercero. Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA INTERNACIONAL SAU (actualmente, TELEFONICA LATINOAMERICANA HOLDING, SLU) contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de marzo de 2015, por la que se confirma la liquidación dictada por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido, periodos de junio de 2006 a diciembre de 2007, anulando, por su disconformidad a Derecho, las mencionadas resoluciones en el exclusivo particular en el que consideran que las operaciones con productos derivados efectuadas por la demandante debían incluirse en el cálculo de prorrata, y declarando, en consecuencia, que dichas operaciones no suponen la realización de operaciones sujetas a IVA y, por tanto, no deben incluirse en el cálculo de prorrata.

Asimismo, se desestima el recurso contencioso-administrativo en relación con el resto de los motivos de impugnación que adujo el demandante.

Cuarto. No formular pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, ni en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. JESÚS CUDERO BLAS, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Certifico.