

CRONICA TRIBUTARIA

Boletín de Actualidad 5/2013



INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES

SUMARIO

Alarcón García, Gloria: La cooperación administrativa en materia tributaria y el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea: el Asunto C-539/09

García-Torres Fernández, María Jesús: Los intereses de demora por devolución de IVA en un caso de contravención del Derecho comunitario

Rodríguez Márquez, Jesús: La calificación del arrendamiento financiero en el Impuesto sobre el Valor Añadido (la adopción del criterio contable por parte de la jurisprudencia comunitaria)

Ruiz Hidalgo, Carmen: Discriminación por razón de la residencia de las sociedades de inversión. Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2012

LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN EUROPEA: EL ASUNTO C-539/09

Gloria Alarcón García

Profesora Titular de Economía Aplicada
Magistrada Suplente del TSJ de Murcia

Comentario a la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011 por el Asunto C-539/09: recurso por incumplimiento interpuesto por la *Comisión Europea*, apoyada por el *Parlamento Europeo* y el *Tribunal de Cuentas de la Unión Europea*, contra la *República Federal de Alemania*,

«Incumplimiento de Estado - Intención del Tribunal de Cuentas de efectuar controles en un Estado miembro - Negativa de dicho Estado miembro - Competencias del Tribunal de Cuentas - Artículo 248 CE - Control de la cooperación de las autoridades administrativas nacionales en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido - Reglamento (CE) n° 1798/2003 - Ingresos de la Comunidad - Recursos propios procedentes del impuesto sobre el valor añadido»

1. El objeto del litigio

La causa principal del litigio consiste en apreciar si el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea está facultado de manera concreta para someter a auditoría la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido del Reglamento n° 1798/2003 a un Estado miembro.

En este asunto se dilucida si la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la normativa de la Unión, al negarse a permitir que el Tribunal de Cuentas Europeo efectuara controles en Alemania en relación con la cooperación transfronteriza de las administraciones nacionales en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido. En este marco, la Comisión incoó un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania debido a una posible vulneración de las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas, dado que dicho órgano carece de competencias para actuar *per se*.

De este modo, el presente caso permite al Tribunal de Justicia precisar el alcance y el objeto de las competencias del Tribunal de Cuentas para controlar las actuaciones de los Estados miembros, tomando como ejemplo una pretensión de auditoría concreta. La importancia institucional del presente procedimiento por incumplimiento se ha visto confirmada por la decisión del Parlamento Europeo de intervenir, por primera vez, en un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro en apoyo de la Comisión.

Con independencia de lo anterior, resulta llamativa la postura de la República Federal de Alemania de obstaculizar una auditoría tendente a la verificación de los procedimientos de intercambio de información con transcendencia tributaria, tras la aprobación de la Directiva 2011/16/UE que si bien regula el intercambio de información y la cooperación administrativa entre estados miembros y no respecto de una institución comunitaria, como este es el caso, amplía a la anterior directiva su ámbito objetivo,

subjetivo y temporal, extendiendo su aplicación a todos los tributos y no aceptando la limitación de intercambio de información por motivos de interés fiscal nacional¹.

2. El litigio

La Comisión informó a la República Federal de Alemania de que, debido a su reiterada negativa a cooperar con el Tribunal de Cuentas, se obstaculizó al Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de controlar los ingresos de la Unión. La República Federal de Alemania negó las infracciones imputadas por considerar que la actuación que pretendía llevar a cabo el Tribunal de Cuentas no estaba cubierta por el artículo 248 CE, puesto que dicha auditoría no se refería a los ingresos ni a los gastos de la Unión.

En este contexto, la *Comisión*, el *Parlamento Europeo* y el *Tribunal de Cuentas* defienden una interpretación amplia de las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas, así como de las correspondientes obligaciones de cooperación de los Estados miembros. En este sentido, determinan que la función del Tribunal de Cuentas, establecida en el Derecho primario, es la de evaluar la recaudación y el uso de recursos de la Unión, así como el de examinar si las operaciones financieras se registran y presentan debidamente y si se ejecutaron y administraron de manera legal y regular. Ello significa que la misión del Tribunal de Cuentas, en opinión de dichas instituciones, es la de ser un auditor independiente y externo y la de contribuir a mejorar la gestión financiera de la Unión y a salvaguardar los intereses económicos de los ciudadanos de la Unión. Es por ello que las competencias de control del Tribunal de Cuentas deben interpretarse de manera amplia. En consonancia con lo anterior, las instituciones comunitarias mencionadas consideran que, de los preceptos del Derecho de la Unión, resulta que en caso de auditorías llevadas a cabo en los Estados miembros, éstos tienen que prestar al Tribunal de Cuentas su pleno apoyo en el ejercicio de su actividad.

Ello supone que los Estados miembros están obligados a permitir todas las auditorías por parte del Tribunal de Cuentas que sirvan para examinar la recaudación y el uso de los recursos de la Unión y a prestar al Tribunal de Cuentas su pleno apoyo en este contexto, siendo esto precisamente lo que las autoridades alemanas han negado al Tribunal de Cuentas en el presente asunto.

Y ello porque el control de si los Estados miembros han establecido un sistema eficiente de cooperación y asistencia en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, forma parte del examen de los recursos propios procedentes del impuesto sobre el valor añadido. Además, no puede ignorarse que los demás Estados miembros tendrían que compensar los posibles déficit en el ámbito de los recursos propios procedentes del impuesto sobre el valor añadido mediante mayores contribuciones en el ámbito de los recursos propios RNB.

Es importante destacar en este asunto que el control pretendido en este supuesto por el Tribunal de Cuentas es bien diferente al que llevaría a cabo la Comisión ya que el objetivo de las auditorías efectuadas por el Tribunal de Cuentas no consiste en examinar la aplicación del Reglamento nº 1798/2003 por los Estados miembros en orden a la imposición de sanciones contra ellos en caso de incumplimiento de sus obligaciones, sino más bien en controlar el buen funcionamiento del sistema de cooperación administrativa en la práctica y, en su caso, proponer mejoras.

¹ Rodríguez-Bereijo León, M.: “El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria”, *InDret*, Barcelona, julio 2012, www.indret.com. Descargado el 15 de septiembre de 2012.

El cometido del Tribunal de Cuentas Europeo es tanto el control de legalidad y regularidad (*audit financiero*) como el de la buena gestión financiera (*performace audit o value for money audit*), siendo un “generador de confianza” en las estructuras comunitarias², dado su carácter político instrumental. A este respecto, el *Tribunal de Cuentas* destaca que la interpretación restrictiva de las competencias del Tribunal de Cuentas que propugna el Gobierno alemán tendría como consecuencia que éste únicamente podría ejercer un control de la contabilidad muy limitado, lo que le impediría llevar a cabo auditorías de la gestión (*performance audits*). Sin embargo, dichas auditorías son necesarias para que el Tribunal de Cuentas pueda cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del tenor del artículo 248 CE.

Bajo las consideraciones de la Comisión, del Parlamento Europeo y del Tribunal de Cuentas expuestas, la negativa de la República Federal de Alemania a permitir al Tribunal de Cuentas la auditoría de la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido conduce a una infracción del artículo 248 CE, apartados 1, 2 y 3, de los artículos 140, apartado 2, y 142, apartado 1, del Reglamento nº 1605/2002, así como del artículo 10 CE.

El *Gobierno alemán*, sin embargo, aboga en favor de una interpretación más restrictiva de las competencias del Tribunal de Cuentas. Señala que la función del Tribunal de Cuentas está claramente limitada al control de las operaciones que guarden relación directa con los ingresos y gastos de la Unión, y que estos no lo son.

Para oponerse a las actuaciones del Tribunal de Cuentas, el Gobierno alemán invoca también el principio de subsidiariedad por considerar que el control de la recaudación del impuesto sobre el valor añadido corresponde, en principio, a los tribunales de cuentas nacionales.

Según la *Comisión*, el *Parlamento Europeo* y el *Tribunal de Cuentas*, el argumento de la subsidiariedad no resulta convincente. Antes bien, el aspecto transfronterizo de la cooperación administrativa del Reglamento nº 1798/2003 aboga por entender que el Tribunal de Cuentas dispone de una competencia de auditoría. La *Comisión* destaca además el carácter autónomo de las auditorías del Tribunal de Cuentas. La existencia de una competencia de auditoría de la Comisión o de los tribunales de cuentas nacionales no excluiría automáticamente, en virtud de todo ello, que el Tribunal de Cuentas disponga de una competencia de auditoría.

3. El fallo

La sentencia comentada falla en el sentido de considerar que el Tribunal de Cuentas está facultado, de conformidad con el artículo 248 CE, apartados 1 y 2, y con el artículo 140, apartado 2, del Reglamento nº 1605/2002, para controlar la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, prevista en el Reglamento nº 1798/2003. Considera que, en el ejercicio de dicha competencia de auditoría, el Tribunal de Cuentas ha observado tanto el principio de subsidiariedad como el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto estima que, la República Federal de Alemania estaba obligada, en virtud del artículo 248 CE, apartado 3, del artículo 10 CE, en relación con el artículo 248 CE, apartados 1 y 2, así como del artículo 140, apartado 2, del Reglamento nº 1605/2002, a

² Castells, A.: “El papel del Tribunal de Cuentas Europeo en la Unión Europea. Balance y perspectivas”, *Auditoría Pública*, nº 12, 1997.

facilitar al Tribunal de Cuentas la realización de dicha auditoría y a apoyarlo de manera leal de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones.

En este contexto, la negativa de la oficina central de enlace, del *Bundesfinanzministerium* y del *Bundesrechnungshof* a permitir al Tribunal de Cuentas la realización de la auditoría de la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y de apoyarlo en dicha tarea, constituye un incumplimiento por parte de la República Federal de Alemania de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 10 CE, en relación con el artículo 248 CE, apartados 1 y 2, del artículo 248 CE, apartado 3, y del artículo 140, apartado 2, del Reglamento n° 1605/2002.

4. Comentarios a la sentencia

Desde el punto de vista procesal, el presente procedimiento se caracteriza por la particularidad de que la Comisión ha incoado un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro porque éste supuestamente ha vulnerado las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas. Pese a que el Tribunal de Cuentas ha abogado en el pasado expresamente por que se le atribuyera la facultad de incoar procedimientos para ejercer sus derechos de manera autónoma frente a los Estados miembros, no dispone, tras la última modificación del sistema de recursos y procedimientos del Derecho de la Unión por el Tratado de Lisboa, de ninguna facultad directa para incoar procedimientos contra Estados miembros que supuestamente hayan vulnerado sus competencias de auditoría. Antes bien, el Tribunal de Cuentas ha de notificar tal infracción a la Comisión para que ésta incoe, como en el caso de autos, un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE contra el Estado miembro de que se trate, en el que, a continuación, el Tribunal de Cuentas puede intervenir.

La apreciación de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la negativa de la República Federal de Alemania a permitir al Tribunal de Cuentas controlar la cooperación administrativa de los Estados miembros en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido depende, en definitiva, de la respuesta que se dé a la cuestión de si el Tribunal de Cuentas estaba facultado para llevar a cabo dicha auditoría o no.

Si el Tribunal de Cuentas no estaba facultado para llevar a cabo tal auditoría, la República Federal de Alemania podía denegar al Tribunal de Cuentas la cooperación sin más motivación. Si, por el contrario, el Tribunal de Cuentas estaba facultado para llevar a cabo dicha auditoría, como alegan la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Cuentas, procedería considerar que la República Federal de Alemania ha infringido, por su negativa, las obligaciones de cooperación que le incumben en virtud del Derecho de la Unión.

El Tribunal de Cuentas forma parte de las instituciones de la Unión, art. 7 CE, apdo. 1, actuando en el marco de las disposiciones de dicho tratado. Este precepto ha sido desarrollado por el artículo 248 CE, apdo. 1, el cual establece que el Tribunal de Cuentas examinará las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Comunidad y las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de cualquier organismo creado por la Comunidad en la medida en que el acto constitutivo de dicho organismo no excluya dicho examen. Ello significa que las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas se refieren, en principio, a los ingresos y gastos de la Unión.

La solución a esta contienda jurídica pasa por conocer si el Tribunal de Cuentas estaba facultado para ejercer dicho control y si, en el marco de la preparación y el ejercicio de dicho control, observó los límites de sus competencias de auditoría. Y ello porque los

Estados miembros únicamente están obligados a colaborar con el Tribunal de Cuentas en la medida en que éste actúe dentro de los límites de sus competencias de auditoría³. En este contexto es necesario precisar el objeto, el alcance y los límites de las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas, así como los criterios de control de que dispone el Tribunal de Cuentas en el ámbito del ejercicio de sus funciones.

En cuanto al *objeto, alcance y límites* de las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas, relativos al derecho a controlar los actos de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros, los artículos 248 CE, apartados 1 y 2, y el artículo 140, apartado 1 del Reglamento nº 1605/2002 –adoptado sobre la base del artículo 279 CE–, disponen que el Tribunal de Cuentas está facultado, en principio, para controlar todos los actos de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros que presenten una relación suficientemente directa con los ingresos o gastos de la Unión.

En relación con el segundo aspecto, el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión como reserva de competencia en el contexto del control por el Tribunal de Cuentas de las actuaciones de los Estados miembros, parece posible afirmar que la competencia de auditoría del Tribunal de Cuentas no sólo exige que la actuación de los Estados miembros que se controla presente una relación lo suficientemente directa con las cuentas de la Unión, sino también que, al realizar las actuaciones objeto de control, los Estados miembros estén obligados a observar preceptos del Derecho de la Unión, lo que sucede cuando se trata del ámbito de los gastos de los de la Unión y, no así en la de los ingresos, ya que estos pueden quedar fuera del ámbito del derecho de la Unión cuando las normas deriven de decisiones de política económica de los Estados miembros.

En este contexto, el Gobierno alemán adujo que la estructura organizativa de la administración tributaria, las inspecciones fiscales, así como la recaudación de impuestos, constituye una competencia de los Estados miembros. Dicha distribución administrativa de las competencias entre la Unión y los Estados miembros no puede separarse de la cuestión de qué entidad de control puede controlar las correspondientes actividades administrativas. Por lo tanto, la delimitación de las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas tiene que corresponderse con la delimitación de las competencias administrativas. Por consiguiente, no cabe un control de los actos administrativos comprendidos dentro de la competencia de los Estados miembros sin que exista una base expresa en el Tratado.

Es importante destacar que todo el sistema de cooperación administrativa establecido en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido⁴ está dirigido, esencialmente, a combatir el fraude y la evasión fiscal a través de las fronteras de los Estados miembros, mejorando, entre los Estados miembros, el intercambio de información necesario para la aplicación regular de las normas en materia del impuesto sobre el valor añadido⁵.

En la medida en la que la pretensión de la auditoría del Tribunal de Cuentas en este asunto era la de averiguar, en particular, si la República Federal de Alemania había creado las estructuras administrativas y organizativas para garantizar la cooperación administrativa prevista en el Reglamento nº 1798/2003 y mejorar el intercambio de información entre las administraciones nacionales en el ámbito del impuesto sobre el

³ Resolución del Parlamento Europeo de 29 de marzo de 2007 sobre el futuro de los recursos propios de la Unión Europea (DO C 27E, p. 214, letra d).

⁴ Establecido en el Reglamento nº 1798/2003.

⁵ Considerandos 1 a 3 del Reglamento nº 1798/2003.

valor añadido, aún cuando dichas actuaciones sirven para determinar correctamente el impuesto sobre el valor añadido y se refiere a los intereses económicos de los Estados miembros de que se trate, la cuantía de los ingresos procedentes del impuesto sobre el valor añadido de los Estados miembros produce efectos de varios modos sobre el sistema de recursos propios de la Unión.

La estrecha relación entre los ingresos procedentes del impuesto –y su recaudación– sobre el valor añadido de los Estados miembros y el pago de los recursos propios procedentes del impuesto sobre el valor añadido por éstos a la Unión se destaca en varios lugares de la Sexta Directiva IVA⁶. Dicha relación ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones⁷.

Por todo lo expuesto, cabe apreciar que el control controvertido de la cooperación de las administraciones nacionales en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido del Reglamento nº1798/2003 está comprendido en las competencias de auditoría del Tribunal de Cuentas en el ámbito de los ingresos de la Unión en el sentido del artículo 248 CE, apartados 1 y 2, así como del artículo 140, apartado 1, del Reglamento nº 1605/2002.

Por último, en lo atinente a la obligación de respetar los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad por parte del Tribunal de Cuentas, la observancia de los mismos significa que éste podrá controlar las actuaciones que guarden una relación suficientemente directa con los ingresos o gastos de la Unión de los Estados Miembros pero que ha de observar, en el marco de la preparación, ejecución y conclusión de dicho control, ambos principios⁸.

El *principio de subsidiariedad* implica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 CE, párrafo segundo, que la Unión intervendrá en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a escala de la Unión. Dados los aspectos transfronterizos del objeto de control en este asunto, el procedimiento de control, y de los objetivos del mismo, parece poder afirmarse que ni los tribunales de cuentas nacionales ni otras instancias nacionales de control podían preparar y llevar a cabo de manera acertada la auditoría de que se trata, no produciéndose, en consecuencia una vulneración de dicho principio.

El *principio de proporcionalidad* es particularmente relevante aunque no es aducido por la República de Alemania. Según lo dispuesto en el artículo 5 CE, párrafo tercero, supone que ninguna acción de las instituciones comunitarias podrá exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. Ello se interpreta por jurisprudencia consolidada⁹ que los actos de las instituciones de la Unión no pueden rebasar los límites

⁶ Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54).

⁷ Sentencias de 12 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia* (C-276/97, Rec. p. I-6251); *Comisión/Irlanda* (C-358/97, Rec. p.I-6301); *Comisión/Reino Unido* (C-359/97, Rec. p. I-6355) y Sentencia de 17 de julio de 2008, *Comisión/Italia* (C-132/06, Rec. p. I-5457), apartados 37 y ss.

⁸ Dichos principios están igualmente reiterados en la Directiva 2011/16/UE.

⁹ Sentencias de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical* (C 343/09, Rec. p. I 0000), apartado 45; de 20 de mayo de 2010, *Agrana Zucker* (C-365/08, Rec. p I-0000), apartado 29; de 11 de junio de 2009, *Agrana*

de lo que resulta *apropiado*¹⁰ y *necesario*¹¹ para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la medida controvertida, entendiéndose que, cuando se existan varias medidas adecuadas para el logro de un fin, debe recurrirse a la menos onerosa. Del mismo modo, este principio obliga a que las desventajas ocasionadas por la medida adoptada no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Expresado en otros términos, el principio de proporcionalidad exige que la actividad de intervención pública sea útil en relación a su fin, necesaria en relación con el resto de posibles medidas y equilibrada en la relación entre costes y beneficios que representa¹²

En opinión de la abogada general en este asunto, procedería declarar que se ha infringido dicho principio, sobre todo, en el caso de que una actuación sea inapropiada, innecesaria o desproporcionada para alcanzar los objetivos perseguidos con la auditoría.

En cuanto a si fueron apropiados, el expediente pone de manifiesto que las actuaciones previstas y el detalle de las mismas estaban dirigidos a someter los aspectos estructurales y prácticos de la cooperación administrativa a un control coherente y sistemático, lo que permite considerar que el control previsto era el apropiado para alcanzar los objetivos perseguidos.

En lo atinente a la necesidad de los actos de control del Tribunal de Cuentas obstaculizados por la República Federal de Alemania, cabe considerar que éstos son también *necesarios* para alcanzar los objetivos fijados en el mismo, pudiendo estimarse que un control menos exhaustivo de las administraciones nacionales y de los procedimientos establecidos por cada una de ellas, no parece que hubiera podido arrojar la información que permitía cotejar los procedimientos.

5. Conclusiones

La República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 10 CE, en relación con el artículo 248 CE, apartados 1 y 2, del artículo 248 CE, apartado 3, y del artículo 140, apartado 2, del Reglamento nº 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, al haberse negado a permitir al Tribunal de Cuentas llevar a cabo en Alemania auditorías respecto de la cooperación administrativa de los Estados miembros en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, prevista en el Reglamento nº 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre de 2003, relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 218/92 y a apoyarlo en dicha tarea.

Hubiera sido posible sin mayor injerencia en la nueva estructura del TFUE atribuir al Tribunal de Cuentas la facultad para incoar procedimientos contra los Estados miembros. A esos efectos, podía haberse establecido, por ejemplo, en una nueva letra e) del artículo 271 TFUE que el Tribunal de Cuentas puede interponer un recurso por

Zucker (C-33/08, Rec. p I-5035), apartado 31; de 7 de septiembre de 2006, *España/Consejo* (C-310/04, Rec. p. I-7285), apartado 97; de 12 de julio de 2001, *Jippes y otros* (C-189/01, Rec. p. I-5689), apartado 81; de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros* (C-133/93, C-300/93, C-362/93, Rec. p. I-4863), apartado 41, y de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros* (C-331/88, Rec. p. I-4023), apartado 13.

¹⁰ Véanse las sentencias de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group* (C-384/08, Rec. p.I-0000), apartado 51, y de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Rec. p. I-10821), apartado 42.

¹¹ Sentencia de 11 de julio de 1989, *Schröder* (265/87, Rec. p. 2237), apartado 21.

incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE contra un Estado miembro por vulneración de sus competencias de auditoría y acceso previstos en el artículo 287 TFUE.

La cuestión esencial en este asunto es el fortalecimiento de la cooperación administrativa en materia tributaria entre los estados miembros de la EU articulada en este caso, o verificada en sus procedimientos u organizaciones por el Tribunal de Cuentas europeo con la finalidad de garantizar los recursos propios de la UE y evitar el fraude fiscal. Si en el marco de la OCDE es indiscutida la necesidad de promover todas las actuaciones para hacer frente a las nuevas vías de elusión y de incumplimiento de las obligaciones tributarias domésticas, incluso abogando por un derecho global tributario¹³ para regular estas circunstancias, si recientemente se ha aprobado la Directiva 2011/16/UE, de cooperación administrativa en materia fiscal, lo que anuncia una mayor tendencia a la transparencia internacional en temas fiscales¹⁴, resulta inexplicable que se niegue por parte de un estado miembro las actuaciones del Tribunal de Cuentas europeo.

Y ello cobra especial importancia cuando se obstruye unas actuaciones y se pone en tela de juicio la competencia de una institución comunitaria cuyo cometido es el de fiscalizar las cuentas y actividades de la EU y de emitir dictámenes acerca de las medidas legales y organizativas tomadas por la EU para luchar contra el fraude¹⁵.

Es por todo ello que parece acertado el fallo del Tribunal de Justicia en este asunto.

¹³ García Prats, F. A.: “Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. Derecho tributario global”, *Documentos de Trabajo*, nº 3/2007, Instituto de Estudios Fiscales.

¹⁴ Calderón Carrero, J. M.: “Hacia una nueva era de la cooperación fiscal europea: las directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 343, 2011, pp. 49-86.

¹⁵ Karlsson, J. O.: “El Tribunal de Cuentas Europeo y el fraude en la Unión Europea”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 2, nº 5, 2000, pp. 9-30.

LOS INTERESES DE DEMORA POR DEVOLUCION DE IVA EN UN CASO DE CONTRAVENCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

María Jesús García-Torres Fernández
Universidad de Granada

1. Los derechos y garantías en la armonización del Derecho Tributario en la Unión Europea

La armonización tributaria en el seno de la Unión Europea (en adelante, UE) se basa en la primacía del Derecho comunitario frente a las normas internas incompatibles. Las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, Estados miembros o particulares, pudiendo ser directamente invocadas ante los órganos jurisdiccionales internos, que tienen la obligación de aplicarlas. Todo ello conlleva la prohibición de que las autoridades nacionales apliquen normas internas declaradas incompatibles con las disposiciones europeas. No obstante, en el caso de incumplimiento o irregularidades con el Derecho Comunitario, el Estado miembro queda obligado a reparar el hecho ilícito producido, es decir, suprimir con efectos retroactivos las consecuencias de la infracción, mediante la devolución de los ingresos indebidos e incluso satisfacer una indemnización adecuada, cuando la aplicación retroactiva sea imposible. En los supuestos de armonización por vía de la ejecución de sentencias del TJUE, la regulación del procedimiento de devolución de los ingresos indebidos, exigido por la nulidad del derecho interno impuesta por la jurisprudencia comunitaria, corresponde a los Estados Miembros. Esta regulación procedimental interna deberá cumplir tanto el principio de equivalencia, por el que el procedimiento elegido no podrá ser menos favorable que el previsto para reclamaciones semejantes de naturaleza interna, como el principio de efectividad, por el que no podrá hacer imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho comunitario o excesivamente difícil su práctica¹.

En definitiva, corresponde a los Estados miembros asegurar el reembolso de los tributos recaudados con infracción del Derecho comunitario, conforme a las disposiciones de su Derecho interno, designar el órgano competente y regular los mecanismos de devolución el Estado miembro pero, en cuanto que no existe ningún procedimiento específico, la devolución se hará siguiendo los procedimientos nacionales. Ahora bien, en cualquier caso no se pueden establecer requisitos de fondo o forma que sean menos favorables que los referentes a solicitudes semejantes de naturaleza interna ni hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Por ello, cada caso de contravención con el Derecho comunitario se resuelve de diferentes maneras en los distintos Estados miembros, e incluso dentro de un mismo Estado, según los diversos tipos de impuesto y exacciones de que se vean afectados. En relación con el cálculo de la indemnización correspondiente rige el principio de la reparación integral, lo que supone que la responsabilidad patrimonial del legislador comprende los daños alegados y probados

¹ Sentencia TJUE de 15 de septiembre de 1988 (TJUE 1998,190), C-231/96 y la Sentencia TJUE 17 de junio de 2004 (TJUE 2004, 154), C-30/02).

por el perjudicado y conlleva la inclusión de los intereses económicos valiables y los conceptos de lucro cesante y daño emergente.

La Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2005 por la cual se condena a España a rectificar su legislación sobre IVA de acuerdo con la Sexta Directiva es un claro ejemplo del proceso armonizador realizado en el seno de la UE. La armonización iniciada por la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2005 implicaba consecuencias en el cálculo del IVA Soportado a favor del sujeto pasivo y la correspondiente devolución de los ingresos indebidos. Respecto de la indemnización, por las particularidades de esta STJUE, en cuanto que la individualización del daño es de imposible realización, se ha limitado al pago de los correspondientes intereses de demora.

Antes de continuar, es importante recordar sobre qué recayó el acto armonizador. La regla de la prorrata del IVA, en cualquiera de sus modalidades, está configurada para determinar el porcentaje de deducibilidad del IVA soportado en relación con determinados sujetos pasivos, denominados *sujetos pasivos mixtos*, caracterizados por realizar al mismo tiempo operaciones no exentas, y que por tanto dan derecho a la deducción del IVA soportado en su realización, y operaciones económicas exentas (*exenciones limitadas*), las cuales no dan lugar a la deducción del IVA soportado. La clasificación de *sujeto pasivo mixto* se contrapone al *sujeto pasivo total*, referido este último a aquellos que desarrollan únicamente actividades no exentas que dan derecho a la deducción total del IVA soportado. El artículo 102 LIVA obligaba a la aplicación de la regla de la prorrata cuando se recibían subvenciones a la explotación (subvenciones en general destinadas a financiar actividades económicas de la empresa y que no se integran en la base imponible del IVA), con independencia de ser sujeto mixto o total. Sin embargo, en virtud del artículo 104, apartado Dos, 2º LIVA, cuando se trataba de subvenciones de capital (subvenciones no vinculadas al precio) destinadas a financiar la adquisición de determinados bienes o servicios, también se obligaba a aplicar la regla de la prorrata por parte de la empresa receptora, lo que desvirtuaba la diferencia entre sujeto pasivo total o mixto, ya que la aplicación de la regla de la prorrata no venía determinada por la existencia de una actividad exenta de IVA, sino por el mero hecho de haber recibido una subvención, y se concretaba en la minoración del importe de las cuotas soportadas en la misma medida que la subvención había contribuido a la financiación empresarial. Sobre estos hechos, el TJUE, en su sentencia de de 6 de octubre de 2005, consideró que si bien el artículo 102 LIVA amplía la limitación al derecho a deducción mediante su aplicación a los sujetos pasivos totales, el artículo 104 LIVA contemplaba un supuesto no previsto en la Sexta Directiva y, por tanto, no autorizado. En consecuencia, se debía limitar la aplicación de la prorrata a los sujetos pasivos mixtos y, sólo en este caso, se tendrían en cuenta, para el cálculo del límite de deducción, las subvenciones percibidas en general y no incluidas en la base imponible. Asimismo, las subvenciones de capital debían tener el mismo trato que corresponde a las subvenciones a la explotación, de tal forma que se eliminaba el trato diferenciado existente.

El alcance de la sentencia no se limitó a la corrección de los preceptos que contravenían la necesaria armonización del IVA, sino que suscitó un interesante debate sobre los efectos de la misma, en cuanto que quedaba implicado el mecanismo de devolución del IVA Soportado.

Desde un primer momento, existía acuerdo en que la ejecución del proceso armonizador debía cumplir los principios de equivalencia y eficacia como garantía del contribuyente. Por tanto, como consecuencia de la STJUE de 6 de octubre de 2005, el Estado quedaba obligado a devolver el IVA indebidamente ingresado o que no fue deducido durante el

tiempo que estuvo en vigor la norma anulada como consecuencia de haber aplicado la regla de la prorrata del IVA, o bien reconocer el derecho a compensar o a solicitar la devolución del IVA soportado reconocido por la aplicación de la sentencia comunitaria. La indemnización se calcularía sobre el IVA no deducido en su momento por los sujetos pasivos como consecuencia del artículo 102 LIVA y los importes de las correspondientes sanciones, junto con los intereses legales generados en cada caso.

2. El devengo de intereses de demora en el caso de rectificación de declaraciones-liquidaciones con solicitud de devolución de IVA

Como consecuencia de la declaración-liquidación anual de IVA, podemos encontrar tres casos diferentes. El primero de ellos, es que la declaración arroje un saldo positivo de IVA a ingresar. El segundo caso se refiere a que resulte un saldo negativo de IVA, ante lo cual el sujeto pasivo debe optar por dos opciones: Solicitar la devolución del IVA ingresado en exceso durante el ejercicio, o bien, proceder a compensar el exceso de IVA Soportado en declaraciones posteriores.

El caso que vamos a analizar recae sobre un supuesto en el que el sujeto pasivo había solicitado la devolución del IVA soportado en exceso en las declaraciones de IVA de 2003 y 2004. Estas declaraciones fueron presentadas con anterioridad a la Sentencia armonizadora del TJUE, las cuales a su vez fueron objeto de rectificación en 2006 en ejercicio de los derechos otorgados por la citada sentencia de 6 de octubre de 2005. El problema planteado versa sobre el cálculo los intereses de demora resultantes de dicha declaración rectificativa, sobre la que recayó la Sentencia del TS de 10 de mayo de 2012, la cual se pronuncia sobre los intereses de demora de los que debe responder la Administración a la hora de proceder a la devolución del IVA Soportado no deducido en su día por la incorrecta legislación sobre la regla de la prorrata.

La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 10 de mayo de 2012 dispone que, con respecto de los intereses moratorios, para su solicitud y cálculo se aplicará el régimen de devoluciones del IVA, es decir, el artículo 115 LIVA, en cuanto que no se produjo ingreso alguno derivado de la autoliquidación. Partiendo de la base de que se trata de la rectificación de una previa declaración-liquidación por la que se solicitaba la devolución del IVA soportado consecuencia de un saldo favorable al contribuyente, y que dicho saldo se incrementó como consecuencia de la rectificación, considera que esta última cantidad no se trata de un ingreso indebido, sino que se debe interpretar de acuerdo con la dinámica propia del IVA, en base a la cual el TS no aprecia una mayor devolución sobrevenida como ingreso indebido, sino un crédito a favor del recurrente. En consecuencia, interpreta que se trata de una rectificación de la autoliquidación, no de la devolución de ingresos indebidos y, en aplicación del artículo 120.3 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT), el IVA vincula el devengo de los intereses de demora a la existencia de un retraso en la devolución imputable a la Administración, más allá plazo de los 6 meses desde el reconocimiento del derecho de devolución, es decir, que los intereses se devengarán a partir de los 6 meses desde la presentación de la solicitud de rectificación de 2006, cuando la Administración no responda trascurrido ese plazo, circunstancia que no se cumple en el caso juzgado.

3. El procedimiento de derecho interno empleado para la corrección de los efectos de la nulidad del precepto por contravención de Derecho comunitario

En el caso que juzga la Sentencia del TS de 10 de mayo de 2012, el sujeto pasivo optó por solicitar la devolución del IVA Soportado en exceso mediante la presentación de una declaración-liquidación rectificativa de la declaración de IVA dentro del procedimiento general de devolución del IVA. En aplicación de este procedimiento de

devolución del IVA, los sujetos pasivos que, aplicando por el procedimiento previsto en el artículo 99 LIVA, no hayan podido efectuar las deducciones originadas en un período de liquidación al exceder continuamente la cuantía de las mismas de la de las cuotas devengadas, tendrán derecho a solicitar la devolución del saldo a su favor existente a 31 de diciembre de cada año en la declaración-liquidación correspondiente al último período de liquidación de dicho año. En el momento en que se ejercitó este derecho, el derecho a la devolución únicamente podía ejercitarse en el período comprendido entre el 1 y el 30 de enero, en el que se establece el plazo de presentación voluntaria de la declaración-liquidación del 4º trimestre del ejercicio y del resumen anual de operaciones. Según esta práctica, cuando la declaración-liquidación, o en su caso, de la liquidación provisional resulte cantidad a devolver, la Administración Tributaria procederá a su devolución de oficio, sin perjuicio de la práctica de las ulteriores liquidaciones, provisionales o definitivas, que procedan.

En este punto es importante hacer una precisión respecto del procedimiento interno a seguir. Pont Clemente², al analizar la naturaleza del derecho a la devolución de ingresos indebidos resultado de una contravención del Derecho comunitario, considera que los ingresos, en cuanto que se realizan en virtud de una norma que los exigen, no tienen la misma naturaleza de otros ingresos indebidos, pues son consecuencia del deber que impone la corrección de la norma, por lo que su devolución no precisa del procedimiento especial de reconocimiento de ingresos indebidos, sino que se deriva de la propia resolución de nulidad por contravención del Derecho comunitario. En esta misma línea, en opinión de García Manchacoses³, es cuestionable que el procedimiento de devolución sea el de devolución de ingresos indebidos del artículo 221 LGT por las siguientes razones:

- El art. 221,1 LGT recoge un procedimiento de “reconocimiento de un derecho a la devolución” y, en este caso, el reconocimiento se realiza directamente por la sentencia comunitaria, por lo que no es necesario iniciar este procedimiento para reconocer el derecho a la devolución.
- Cuando la devolución se reconozca por este procedimiento, se procederá a la devolución conforme al artículo 20 del Reglamento General de Revisión, mientras que en este caso se realiza mediante el procedimiento general del IVA.

Así, en opinión de Calvo Vérguez⁴, se hayan excluidos del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos aquellos supuestos en los que el ingreso procede de una autoliquidación, respecto a los cuales ha de solicitarse la oportuna rectificación de la misma. Cuando el ingreso indebido se haya producido como consecuencia de una declaración-liquidación o de una autoliquidación, el interesado de encuentra obligado a solicitar su rectificación en los términos previstos en el artículo 120.3 LGT. Una vez instada la rectificación y cuando resultase la devolución de un ingreso indebido, la Administración quedaría obligada al abono del interés de

²Pont Clemente, J. F.: “El derecho a la devolución de ingresos tributarios indebidos como resultado de una contravención del Derecho comunitario”. *Quincena Fiscal Aranzadi* nº 5/2010, p. 8.

³ García Manchacoses, E.: “La imputación de las subvenciones en el IVA a efectos del cálculo de la prorata. Sentencia TJCE de 6 de octubre de 2005 (TJCE 2005, 2002)”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* nº 3/2006 (Estudio). (Texto disponible en www.westlaw.es, BIB 2006/631, p 7).

⁴ Calvo Vérguez, J.: “El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos tributarios indebidos”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2012. (Texto disponible en www.westlaw.es, BIB 2012/1243, p. 2).

demora en los términos señalados en el artículo 32.2 LGT⁵, sin necesidad de que el obligado tributario los solicite. Estos intereses se devengarían desde la fecha en que se hubiesen realizado los ingresos hasta aquélla en la que se ordene el pago de la correspondiente devolución.

Esta interpretación es la que justifica que en la ejecución de la Sentencia del TJUE se recurra al procedimiento de devolución propio del IVA y no al procedimiento de devolución de ingresos indebidos. La Administración Tributaria ya manifestó su doctrina en la Resolución DGT 2/2005, de 14 de noviembre, sobre la incidencia en el derecho a la deducción en el IVA de la percepción de subvenciones no vinculadas al precio a partir de la STJUE, y en la Instrucción de la AEAT 10/2005.

En concreto, la Instrucción de la AEAT 10/2005 establece, entre otros, los criterios de actuación en relación con la existencia de saldos a compensar o a devolver, reconocimiento de los intereses de demora y prescripción del Derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. En tal caso, se abren dos vías para obtener la devolución del IVA Soportado:

- a) Aplicando el artículo 114 LIVA, es decir, mediante la rectificación de deducciones, si bien no se permite el resarcimiento de los intereses de demora.
- b) Aplicando el artículo 115 LIVA, solicitar la rectificación de las autoliquidaciones, que podrá originar la devolución de los ingresos indebidos. En este caso, según el criterio de la Administración Tributaria, los intereses de demora procederán de la siguiente forma:
 - Si el resultado de la declaración fue a ingresar y de la regularización resulta un menor saldo a ingresar o nulo, el importe del ingreso indebido devengará intereses de demora desde la fecha de dicho ingreso hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.
 - Si el resultado de la declaración fue a ingresar y de la regularización resulta un saldo a devolver, se reconocerán intereses de demora sobre la parte ingresada indebidamente desde la fecha de dicho ingreso hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución, pero siempre que la devolución se haya instado por el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones.
 - Si el resultado de la declaración fue a devolver y de la regularización resulta un mayor saldo a devolver, el plazo para el devengo de los intereses de demora se calculará aplicando el artículo 31 LGT en base a siguiente:
 - Si se ha instado un procedimiento de rectificación de las autoliquidaciones y se ha efectuado la devolución, los intereses se calcularán sobre el mayor saldo a devolver.
 - Si no se ha efectuado la devolución, por no haber finalizado el procedimiento, los intereses se calcularán sólo sobre el importe de la devolución solicitado en su momento.

⁵ En relación con los intereses de demora, el artículo 221 LGT, donde se regula el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, se remite a lo dispuesto en el artículo 32.2 de la LGT. Esta disposición considera que la Administración abonará el interés de demora devengado desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

Calvo Vérguez ⁶ ya criticó el carácter errático de la Instrucción 10/2005 en relación con el abono de los intereses, ya que al remitirse al artículo 120.3 LGT, relativo a las devoluciones derivadas de la normativa propia de cada tributo, únicamente procederán a reconocerse intereses una vez transcurridos seis meses sin revisarse la autoliquidación, pero a partir del instante en que se inste dicha revisión. Frente a esta interpretación de la Administración, considera que no se trata de una devolución derivada de la normativa del IVA, sino de una devolución de un ingreso indebido, motivo por lo que debería aplicarse el último párrafo del artículo 120.3 de la LGT que a su vez se remite al artículo 32.2, por el que los intereses se devengan desde el momento en que se produce el ingreso indebido.

La LGT establece dos tipos de devoluciones: El artículo 31 LGT, por el que la devolución se hace de acuerdo con la normativa de cada tributo; y el artículo 32 LGT, por el que la devolución se practica al margen de la propia construcción del tributo, y exige que se ingrese una cantidad superior, de modo que el interés de demora se calculará desde el momento en el que se presentó la declaración originaria, no desde que se rectifique.

Asimismo, el artículo 120.3 LGT regula la rectificación de las autoliquidaciones. Cuando se origine una devolución derivada de la normativa del tributo, se abonará el interés de demora del artículo 26 LGT, contado el plazo a partir de los 6 meses desde la presentación de la autoliquidación o rectificación de la misma, en aplicación del artículo 31 LGT. La Administración considera que en los casos de devolución o compensación del IVA Soportado, y este es la interpretación que adopta la Sentencia del TS de 10 de mayo de 2012, en cuanto que no ha habido un ingreso directo por parte del sujeto pasivo derivado de la autoliquidación, se debe aplicar esta norma. Asimismo, cuando la rectificación origine la devolución de un ingreso ya efectuado pero que se reconozca como indebido, se abonará un interés de demora en los términos señalados el art. 32.2 LGT.

Esta interpretación realizada por la Sentencia del TS de 10 de mayo de 2012 perjudica los intereses legítimos del sujeto pasivo cuando, marcado por circunstancias propias de su negocio en el momento de hacer valer su derecho consecuencia de la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2005, resultase una cantidad de IVA Soportado a devolver, y optase por ello.

El problema que se encuentra en la base de este injusto trato es que se confunde el fondo con la forma: Es cierto que al no haber un procedimiento específico para aplicar la devolución de ingresos indebidos derivados de un incumplimiento comunitario, el ordenamiento interno puede recurrir a la utilización de procedimientos previstos en el ordenamiento interno siempre que se cumplan los requisitos de equivalencia y eficacia. Sin embargo, el problema deriva de la aplicación de estos procedimientos en el caso singular del IVA. En la liquidación de este tributo por parte del sujeto pasivo pueden darse dos supuestos distintos, bien ingreso de IVA, o bien devolución o compensación del mismo, al que se le otorgan consecuencias distintas en relación a los intereses de demora reconocidos.

Si existe devolución, se aplica a rajatabla la normativa del tributo, y en concreto el artículo 31 LGT, pero se olvida un dato importante: La rectificación de la

⁶ Calvo Vérguez, J.: "Las devoluciones de ingresos tributarios indebidos derivadas de la vulneración de la normativa comunitaria". *Deloitte-CISS*, nº 55, julio-agosto 2011, p 36.

autoliquidación tiene su origen en un perjuicio de los intereses legítimos del sujeto pasivo ocasionado por el Estado, por lo que, aún en el caso de aplicar el procedimiento de devolución del IVA, el cómputo de los intereses de demora se debería contar desde transcurridos los seis meses desde que se presentó la declaración-liquidación originaria, para que se cumplan los efectos retroactivos que exige la STJUE condenatoria de la contravención del Derecho comunitario, y no desde la presentación de la declaración-liquidación rectificativa. En apoyo a esta interpretación se debe recurrir al principio de autonomía de los procedimientos, ya que la aplicación del procedimiento de rectificación de las autoliquidaciones en este caso es la solución a la que ha recurrido la Administración para no desarrollar un procedimiento *ad hoc* en el caso de la ejecución de la Sentencia de TJUE. En todo momento hay que tener presente que el sujeto pasivo no pudo solicitar la totalidad de la devolución de la que es deudor el Estado por haber dado cumplimiento de una norma vigente que resulta posteriormente anulada, por ser contraria a la normativa europea, por lo que se debería retrotraer el cálculo de los intereses de demora a la fecha de la primera solicitud de devolución, no a la de la rectificación. Aún así, considero aceptable que, para no establecer un trato diferente respecto de las solicitudes de devolución que no se vieron afectadas por la aplicación de la Sentencia del TJUE, se comenzase a computar el plazo a partir de los 6 meses desde la presentación de la autoliquidación originaria, pero comenzar a computar ese plazo desde la fecha de presentación de la rectificación.

A mayor abundamiento, discriminar respecto al que efectúa un ingreso por aplicación de la normativa del IVA vigente en ese momento, respecto del que no lo realiza, por tener un saldo a su favor, y que opta por solicitar su devolución, es contrario al espíritu del IVA como impuesto neutral. Además, si la autoliquidación del IVA genera el derecho a la devolución es porque ya había pagado IVA en exceso al haber soportado de más en sus adquisiciones de bienes y servicios afectos a la actividad, aunque este IVA no lo hubiera ingresado directamente, sino a través de un tercero, el suministrador de esos bienes y servicios que le repercutió el IVA soportado en cuestión. Todo esto provoca un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con este sujeto en cuestión, que debe ser resarcido en forma de interés de demora. En definitiva, existe un nexo causal entre el daño sufrido y el incumplimiento comunitario: La devolución del IVA pretende que el IVA soportado en exceso revierta a la corriente financiera y económica de la empresa y contribuya al desarrollo de la misma. De no ser así, se está rompiendo la neutralidad del IVA como un impuesto que sólo grava al consumidor final.

Si no se respetan los principios básicos del IVA, se estaría produciendo un resultado desigual en la ejecución de la STJUE de 6 de octubre de 2005, en el que encontrarían afectados todos los supuestos calificados como devolución de ingresos indebidos, es decir, tanto los casos en los que se había dictado una liquidación administrativa provisional o definitiva devenida firme, que podían haber solicitado la devolución por responsabilidad patrimonial del Estado, como los casos en los que recaía una liquidación administrativa no firme, para cuya resolución se debería aplicar la nueva normativa que deriva de la resolución y, por supuesto, aquellas declaraciones que dieron lugar a un ingreso y que estaban dentro del plazo de presentar la rectificación de la misma, a las que es de aplicación el artículo 32 LGT.

4. Bibliografía

Calvo Vérguez, J.: “Las devoluciones de ingresos tributarios indebidos derivadas de la vulneración de la normativa comunitaria”. *Deloitte-CISS*, nº 55, julio-agosto 2011.

Calvo Vérguez, J.: “El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos tributarios indebidos”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2012. (Texto disponible en www.westlaw.es, *BIB* 2012/1243).

Checa González, C.: “Subvenciones y limitaciones del derecho a deducir el IVA. Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea (STS de 3 de diciembre de 2010). *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 9/2011. (Texto disponible en www.westlaw.es, *BIB* 2011/547).

García Machancoses, E.: “La imputación de las subvenciones en el IVA a efectos del cálculo de la prorata. Sentencia TJCE de 6 de octubre de 2005 (TJCE 2005,2002)”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 3/2006 (Estudio). (Texto disponible en www.westlaw.es, *BIB* 2006/631).

Martin Fernández, J.: “IVA y subvenciones: La responsabilidad patrimonial del Estado legislador”. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 20/2006. Texto disponible en www.westlaw.es, *BIB* 2006/1989).

Pallarés Rodríguez, R. y Almagro Martín, C.: “La adaptación de la normativa española en materia de IVA a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 266/2007.

Pont Clemente, J. F.: “El derecho a la devolución de ingresos tributarios indebidos como resultado de una contravención del Derecho comunitario”. *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 5/2010, p 8. (Texto disponible en www.westlaw.es, *BIB* 2010/193)

Suárez Mosquera, C.: “Las subvenciones en el IVA. Consecuencias de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005.” Instituto de Estudios Fiscales. *Documento de Trabajo*, nº 17/2006.

Vicente-Tutor Rodríguez, M. de y Herrera Molina, P.: “La revocación por ingresos indebidos ante el incumplimiento del derecho comunitario por el legislador español”. *Quincena Fiscal Aranzadi*, nº 11/2006. (Texto disponible en www.westlaw.es, *BIB* 2006/853).

LA CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO CONTABLE POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA)

Jesús Rodríguez Márquez
Instituto de Estudios Fiscales

1. Presentación

El objeto de las presentes líneas consiste en determinar cuál es la calificación correcta de los contratos de arrendamiento financiero a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA). Como sabemos, en este impuesto resulta esencial precisar, con carácter previo, si la operación que analizamos constituye una entrega de bienes o una prestación de servicios. De ello depende todo el régimen jurídico posterior, que va desde la aplicación de exenciones, al devengo, la base imponible, el lugar de realización o el tipo impositivo.

Hasta el momento, esta cuestión sólo se había contemplado desde la perspectiva del Derecho nacional, ya que, como veremos a continuación, la Ley española contiene una regulación expresa de la materia. Dicha solución tiene la ventaja indudable de otorgar un alto grado de seguridad jurídica a los operadores económicos. No obstante, esta normativa atiende al dato de la existencia de una opción de compra y al compromiso acerca de su ejercicio. Sin embargo, como sabemos, el nuevo Derecho contable adoptado tanto por la Unión Europea como por nuestro país –más allá de lo que era estrictamente obligatorio- ha venido a consagrar la existencia de una “propiedad económica” desvinculada del dato formal de la titularidad jurídica. De aquí se deduce que podamos hablar de contratos de arrendamiento financiero, desde un punto de vista contable, en muchos supuestos en los que ni siquiera existe la opción de compra.

Por otra parte, el análisis de la norma española tampoco puede desconocer, tratándose de un tributo armonizado, la perspectiva comunitaria. Esto es, debemos plantearnos la compatibilidad entre la Ley nacional y la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 (en adelante, Directiva 2006/112). Sobre todo, debemos atender a la doctrina elaborada por la jurisprudencia comunitaria, en particular, a través de la STJUE de 16 de febrero de 2012 (asunto C-118/11, *Eon Aset Menidjmont OOD*).

En las páginas que siguen a continuación abordamos esta tarea, comenzando con una exposición del concepto de contrato de arrendamiento financiero, para seguir con su tratamiento a efectos del IVA. Y ello teniendo en cuenta tanto el Derecho comunitario como de la Ley española como, finalmente, la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la materia, tal y como acabamos de indicar. Finalizaremos con un juicio crítico de estos renovados criterios interpretativos, formulando, asimismo, una propuesta de reforma normativa en la materia, tanto a nivel comunitario como nacional.

2. La dualidad conceptual del arrendamiento financiero en el Derecho español

En nuestro Derecho pueden advertirse dos conceptos distintos de arrendamiento financiero. Desde un punto de vista de la regulación de las entidades financieras, el apartado primero de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de crédito (en adelante, LDIEC), considera operaciones de arrendamiento financiero, *"aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha*

finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición." Ahora bien, "los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario". Por último, si el usuario no llega a adquirir la propiedad del bien, "el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario".

Como puede observarse, son cuatro los elementos definatorios de este contrato, de conformidad con la definición expuesta:

- A. Su objeto exclusivo ha de estar constituido por la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad por el cedente, según las instrucciones del cesionario. Esta última circunstancia sólo ha de concurrir en el primer contrato, no así en los sucesivos que, eventualmente, puedan celebrarse sobre los mismos bienes con otros usuarios
- B. Los bienes objeto de cesión han de destinarse por el arrendatario, de forma exclusiva, a su actividad empresarial o profesional.
- C. El contrato ha de incorporar, necesariamente, una opción de compra.
- D. Aunque no se señale expresamente, es necesario que el contrato se formalice con una entidad financiera. Es decir, la entidad a la que se dirige el usuario para que adquiera o encargue la construcción de los bienes y luego se los ceda en arrendamiento debe ser una entidad financiera. Así se desprende de la remisión a la LDIEC, ya que esta norma únicamente se aplica a esta clase de empresas.

Desde un punto de vista fiscal, el cumplimiento de estos requisitos habilita la aplicación del régimen especial de aceleración de amortizaciones regulado en el art. 115 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS). Todo ello siempre que, además, se respeten las exigencias adicionales previstas en dicha norma.

Como puede observarse, este concepto es el que venía siendo tradicional en nuestro Derecho –todo lo tradicional que puede ser una figura jurídica importada, como es el caso-, que no incorpora esa nueva idea de “propiedad económica” a la que antes nos referíamos. Al contrario, con arreglo al contrato que ahora examinamos, sólo puede hablarse del concepto de propiedad ya conocido –sería más exacto decir, el único que existe-, cuya titularidad ostenta el arrendador financiero hasta el ejercicio de la opción de compra y el arrendatario desde dicho momento.

No obstante, la incorporación de la Norma Internacional de Contabilidad 17 (en adelante, NIC 17) al Derecho de la Unión, por obra del Reglamento (CE) nº 1126/2008 ha alterado el esquema anterior, reforzando las peculiaridades que, desde un punto de vista contable, ya existían en el tratamiento de este negocio. Dicha Norma caracteriza el arrendamiento financiero por el hecho de que se transfieran al arrendatario la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal del bien.

Pues bien, como es conocido, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) –dictado en desarrollo de la Ley 16/2007- llevó a cabo una adaptación del Derecho contable español

al objeto de hacerlo converger con los Reglamentos comunitarios sobre la materia. En este sentido y centrándonos ya en el negocio que nos interesa, su Norma de Registro y Valoración 8ª, siguiendo los criterios expresados en los párrafos 10 y 11 de la NIC 17, lo califica como arrendamiento financiero cuando se transfieran sustancialmente al arrendatario todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato. Adicionalmente, se establecen dos presunciones de que tiene lugar dicha transferencia de riesgos, la primera *iuris et de iure* y la segunda con posibilidad de prueba en contrario.

La primera entra en juego cuando el contrato incorpore una opción de compra y no existan dudas razonables de que va a ejercitarse. Ello sucede, entendemos y siguiendo nuestra tradición contable que luego examinaremos, cuando el precio de la opción sea inferior al valor del bien en el momento en que aquélla deba ejercitarse.

La segunda presunción que, como hemos dicho, admite prueba en contra, rige en aquellos contratos en los que, aunque no se incluya una opción de compra, concurra alguna de estas circunstancias:

- a) La propiedad del activo se transfiere, o de las condiciones del contrato se deduce que se va a transferir, al arrendatario al finalizar el plazo del arrendamiento.
- b) El plazo del arrendamiento coincide o cubre la mayor parte de la vida económica del activo, y siempre que de las condiciones pactadas se desprenda la racionalidad económica del mantenimiento de la cesión de uso.

A estos efectos, se aclara expresamente el concepto de plazo del arrendamiento. Es el período no revocable para el cual el arrendatario ha contratado el arrendamiento del activo, junto con cualquier período adicional en el que éste tenga derecho a continuar con el mismo, con o sin pago adicional, siempre que, a su inicio, se tenga la certeza razonable de que se ejercerá tal opción.

- c) Al comienzo del arrendamiento, el valor actual de los pagos mínimos acordados por el arrendamiento supone la práctica totalidad del valor razonable del activo arrendado.
- d) Las especiales características de los activos objeto del arrendamiento hacen que su utilidad quede restringida al arrendatario.
- e) El arrendatario puede cancelar el contrato de arrendamiento y las pérdidas sufridas por el arrendador a causa de tal cancelación son asumidas por el arrendatario.
- f) Los resultados derivados de las fluctuaciones en el valor razonable del importe residual recaen sobre el arrendatario.
- g) El arrendatario tiene la posibilidad de prorrogar el contrato durante un segundo período, con unos pagos por arrendamiento que sean sustancialmente inferiores a los habituales del mercado.

Dándose la transferencia de riesgos y beneficios, el arrendatario, en el momento inicial, registrará un activo como inmovilizado material o del intangible, según su naturaleza, y un pasivo financiero por el mismo importe. Este último será el menor entre el valor razonable del activo arrendado y el valor actual al inicio del arrendamiento de los pagos mínimos acordados, entre los que se incluye el pago por la opción de compra, cuando no existan dudas razonables sobre su ejercicio, y cualquier importe que haya garantizado, directa o indirectamente, excluyéndose las cuotas de carácter contingente,

el coste de los servicios y los impuestos repercutibles por el arrendador. A estos efectos, se entiende por cuotas de carácter contingente los pagos por arrendamiento cuyo importe no es fijo sino que depende de la evolución futura de una variable. Adicionalmente, los gastos directos iniciales inherentes a la operación en los que incurra el arrendatario han de considerarse como mayor valor del activo. Para el cálculo del valor actual se utiliza el tipo de interés implícito del contrato y si éste no se puede determinar, el tipo de interés del arrendatario para operaciones similares.

La carga financiera total debe distribuirse a lo largo del plazo del arrendamiento y se imputa a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se devengue, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

Las cuotas de carácter contingente son gastos del ejercicio en que se incurra en ellas. El arrendatario ha de aplicar a los activos que tenga que reconocer en el balance como consecuencia del arrendamiento los criterios de amortización, deterioro y baja que les correspondan según su naturaleza y a la baja de los pasivos financieros lo dispuesto en el apartado 3.5 de la Norma de Registro y Valoración 9ª.

Obviando ahora las cuotas de carácter contingente, la forma de contabilizar que hemos descrito implica imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias, anualmente, el importe correspondiente a la amortización del activo en función de su vida útil, así como la parte de carga financiera correspondiente.

En el arrendamiento operativo, por el contrario, el gasto por los pagos satisfechos al arrendador se imputa en los ejercicios en que se vayan devengando.

Como puede comprobarse, el sistema descrito supone, desde un punto de vista contable, tratar al arrendatario financiero, incluso aunque carezca de opción de compra, como si fuera propietario, reconociendo un activo en su balance, que se amortizará en función de su vida útil. De ahí que se hable – impropriamente, porque la propiedad no puede ser otra cosa que jurídica- de “propiedad económica”, ya que deriva de la posesión fáctica de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad, pero no de esta última.

Este concepto de “propiedad económica” ya aparecía mencionado en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el anterior Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC/1990), que también otorgaba a estos contratos un tratamiento diferente al de la LDIEC. Así, la letra f) de su norma de valoración quinta establecía que, cuando por las condiciones económicas de la operación, no existan dudas de que se va a ejercitar la opción de compra, los derechos derivados del contrato, se contabilizarían como activos inmateriales por el valor al contado del bien, reflejándose en el pasivo la deuda total por las cuotas más la opción de compra. La diferencia entre ambos importes, que expresa la carga financiera, se contabilizaría como gastos a distribuir en varios ejercicios. Estos se imputaban en cada uno de ellos de acuerdo con un criterio financiero. Por su parte, los activos inmateriales eran amortizados atendiendo a la vida útil del bien objeto del contrato. En el momento en que se ejercitara la opción de compra, el valor de los derechos registrados y su correspondiente amortización acumulada se daba de baja en cuentas, pasando a formar parte del valor del bien adquirido.

El contenido de la letra f) de la norma de valoración quinta del PGC/1990 debía completarse con las disposiciones contenidas en la Resolución de 21 de enero de 1992 del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial. Con arreglo al apartado cuarto de la norma octava de la Resolución citada, se entendía que no existen dudas razonables de

que se va a ejercitar la opción de compra, entre otros, en dos supuestos. En primer lugar, cuando, en el momento de firmar el contrato, el precio de la opción de compra sea menor que el valor residual que se estima tendrá el bien en la fecha en que se ejercite la opción de compra. En segundo lugar, cuando el precio de la opción de compra en el momento de firmar el contrato sea insignificante o simbólico en relación al importe total del contrato de arrendamiento financiero.

Por otra parte, el apartado segundo de la norma octava de la Resolución, disponía que *"cuando durante el período de vigencia del contrato de arrendamiento financiero se comprometa formalmente o se garantice el ejercicio de la opción de compra, se procederá a registrar contablemente el bien objeto del mismo como si se tratara de una compraventa con precio aplazado"*. No obstante, esta disposición fue sido anulada por la STS, de 27 de octubre de 1997 (QF, núm. 22, diciembre 1997, pp. 27-30), que entiende que dicho criterio contradecía el PGC/1990 y normas superiores del ordenamiento jurídico, ya que el concepto de propiedad es unívoco y, en consecuencia, no puede hablarse de dos tipos de propiedad, uno jurídico y otro económico-contable.

Como puede observarse, el PGC/1990 fue un primer paso en este proceso de tratar los contratos de arrendamiento financiero de manera desvinculada de su forma jurídica. En todo caso, fue un paso dado solo a medias, ya que siempre se refería a contratos con opción de compra y para supuestos en los que no ejercitarla constituía una decisión absolutamente irracional. Además, nuestra jurisprudencia cortó los intentos de institucionalizar a efectos contables la idea de "propiedad económica", dado el rango ínfimo de la norma que lo pretendía.

En la actualidad, la situación es muy diferente, en la medida en que es el propio art. 34.2 del Código de Comercio (en adelante, Ccom), modificado por la citada Ley 16/2007, quien afirma que las cuentas anuales *"deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica"*. Intentado hacer valer este principio de prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica, el actual PGC formula una definición mucho más amplia de arrendamiento financiero que la que se desprende de la disposición adicional séptima de la LDIEC. Hasta tal punto es así que ni siquiera exige la presencia de una opción de compra. Basta con un contrato de arrendamiento ordinario en su forma jurídica, pero en el que, analizando las circunstancias económicas antes señaladas, pueda apreciarse la transferencia de beneficios y riesgos. Implica tratar al arrendatario como si fuera un propietario porque, desde el punto de vista económico, sufre los riesgos de pérdida de la cosa y disfruta de sus beneficios como si efectivamente lo fuera. Pero ello no es más, insistimos, que una consecuencia derivada del principio formulado por el art. 34.2 del Ccom.

Debe advertirse, sin embargo, que estas dos concepciones del contrato que venimos examinando no deben entenderse como una disfunción de nuestro ordenamiento jurídico, sino como la respuesta a las finalidades perseguidas en cada uno de sus sectores. Así, el concepto más clásico, incorporado a la LDIEC, pretende dotar de seguridad a las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes, formulando una definición del contrato en la que prima la forma jurídica. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que deba aplicarse aquí toda la teoría de los negocios anómalos. El Derecho contable, sin embargo, persigue ofrecer una imagen fiable y real de la situación patrimonial y del resultado de las empresas. Por ello, otorga preeminencia a las

condiciones económicas en las que se conciertan los contratos de arrendamiento, poniendo el acento en la existencia o no de esa transferencia de beneficios y riesgos.

3. La aplicación del concepto de entrega de bienes al arrendamiento financiero en la Directiva IVA

La Directiva 2006/112 contiene dos previsiones que debemos analizar a la hora de pronunciarnos acerca de la calificación de las operaciones de arrendamiento financiero. En primer lugar, el concepto general de “entregas de bienes”, que se definen por el art. 14.1 como *“la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario”*. Interpretando esta disposición, el TJUE ha declarado, desde antiguo, que, para poder calificar a una operación como entrega de bienes, no es necesario que se produzca la transmisión jurídica del bien. En este sentido, la STJUE de 8 de febrero de 1990 (asunto C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV*) afirma que este concepto *“incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho, como si ésta fuera la propietaria de dicho bien”*. Ello es coherente, afirma esta resolución, con la idea de un impuesto armonizado, que debe aplicarse de manera uniforme, lo que impide condicionar el concepto de entrega de bienes a los requisitos previstos en el Derecho civil nacional para considerar que existe una transmisión de la propiedad.

Nos encontramos, por otra parte, ante una doctrina muy consolidada que, tratándose de pronunciamientos más recientes, se reproduce en las SSTJUE de 6 de febrero de 2003 (asunto C-185/01, *Auto Lease Holland*), de 3 de junio de 2010 (asunto C-237/09, *De Fruytier*) de 7 de octubre de 2010 (asuntos C-53/09 y C-55/09, *Loyalty Management UK*), de 16 de febrero de 2012 (asunto C-118/11, *Eon Aset Menidjmund*), que luego comentaremos, y de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-165/11, *Profitube*).

Además, debe resaltarse que este concepto de “transmisión del poder de disposición” y, por tanto, también el de entrega de bienes, son de carácter objetivo, de manera que no dependen de la finalidad perseguida por el sujeto. Esto es, siempre que se cumplan los criterios objetivos que determinan la existencia de una entrega de bienes, la operación debe calificarse como tal, aun en el caso de que la única finalidad del sujeto haya sido la de obtener una ventaja fiscal [vid. SSTJUE de 12 de enero de 2006 (asunto C-354/03, 355/03 y 484/03, *Optigen* y otros) y de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02, *Halifax*)]. No concurren tales elementos objetivos, sin embargo, en los supuestos más agresivos de fraude, como son los de emisión de declaraciones o facturas falsas [STJUE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-223/03, *University of Huddersfield Higher Education Corporation*)].

En segundo lugar, la Directiva 2006/112 contiene otro precepto que formula algún criterio más preciso, a los efectos que ahora nos ocupan, que el de la mera definición general de entregas de bienes. Así, el art. 14.2.b) señala que, además de las operaciones amparadas por la cláusula general, también constituye una entrega de bienes, *“la entrega material de bienes en virtud de contratos en los que se estipule el arrendamiento del bien durante un cierto período de tiempo, o la venta de bienes a plazos, cuando en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo”*. Como puede comprobarse, la Directiva equipara en este caso el concepto de entrega de bienes con la mera puesta a disposición, pero sometido a dos condiciones. De un lado, que el uso del bien se produzca en virtud de un contrato de arrendamiento o de venta a plazos. De otro lado,

que, dadas las circunstancias, lo normal sea que el usuario adquiriera la plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo.

Esta previsión no sólo significa calificar la operación como entrega de bienes, sino –y esto es lo verdaderamente importante- hacerlo desde el mismo momento de la puesta a disposición del bien –la entrega material, según la norma- y por toda la contraprestación pactada (en la que, como sabemos y veremos luego, no se incluyen los intereses). Esto es, en el momento de la entrega inicial del bien, el arrendador deberá repercutir el impuesto sobre la totalidad de la contraprestación, por mucho que ésta se fraccione luego, como es usual en estos negocios, en cuotas mensuales. Así lo señala expresamente el art. 64 de la Directiva, cuando excluye de la regla de devengo de las operaciones de tracto sucesivo a “*las que tengan por objeto un arrendamiento de bienes durante un cierto período o la venta a plazos de bienes a que se refiere la letra b) del apartado 2 del artículo 14*”.

La norma especial que acabamos de describir llama la atención por su remisión a conceptos propios de los ordenamientos nacionales. Así sucede cuando exige que el uso venga amparado por un contrato de arrendamiento o de venta a plazos o, sobre todo, cuando condiciona la calificación de la operación a que pueda predecirse que, en condiciones normales, se vaya a adquirir la plena propiedad del bien. Y no puede dudarse acerca del sentido de las expresiones empleadas por la norma europea, ya que es bastante clara al exigir que, “como máximo”, se adquiriera “su plena propiedad” –la del bien- con el pago del último vencimiento.

4. Las trasposición del concepto de entrega de bienes efectuada por la Ley española

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA) es plenamente respetuosa con esta caracterización general de las entregas de bienes, que aparecen definidas, en su art. 8.Uno, como “*la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales*”. Como se ve, el precepto no define la entrega como la transmisión de la propiedad sobre un bien, sino que acude a ese otro concepto, más vago e independiente de la norma civil nacional, de “transmisión del poder de disposición”.

En relación a los contratos de arrendamiento financiero se plantea, entonces, el problema de dilucidar cuál es el concepto relevante a efectos de IVA. O, mejor dicho, en qué casos y cuándo puede entenderse que un contrato que proporciona el uso de un bien puede entenderse que implica, a favor del usuario, la transmisión del poder de disposición sobre el mismo.

Acabamos de ver cómo el art. 14.2.b) de la Directiva contiene una norma que, aunque más precisa que la cláusula general, no está prevista exclusivamente para los arrendamientos financieros. En todo caso, debería permitir ofrecer una solución para tales contratos. No obstante, plantea un problema esencial, como es el de determinar en qué supuestos puede afirmarse que “en el curso normal de los hechos” se va a adquirir la propiedad del bien en el momento del pago del último vencimiento como máximo.

Esta incertidumbre aparece resuelta, para el caso español, por el art. 8.Dos.5º de la LIVA. De un lado, considera entrega de bienes, “*las cesiones de bienes en virtud de contratos de arrendamiento-venta y asimilados*”. En este caso es evidente que, desde la entrega del bien, ya se conoce que el usuario va a terminar adquiriendo su propiedad, puesto que la venta se pacta en el mismo contrato inicial. De otro lado, aclara que “*a efectos de este impuesto, se asimilarán a los contratos de arrendamiento-venta los de*

arrendamiento con opción de compra desde el momento en que el arrendatario se comprometa a ejercitar dicha opción y, en general, los de arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes". Por su parte, el art. 11.Dos de la LIVA califica como prestaciones de servicios, "los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra" y "las cesiones del uso o disfrute de bienes". Por tanto, pueden darse tres posibilidades en los contratos de arrendamiento financiero, según esta norma. En primer lugar, que, desde la misma celebración del contrato, el usuario se comprometa al ejercicio de la opción de compra. En este caso, la totalidad de la operación tendrá la consideración de entrega de bienes. En segundo lugar, que el arrendatario nunca llegue a ejercitar aquella opción, por lo que la cesión del uso constituirá una prestación de servicios. Por último, lo más frecuente será que el usuario no se comprometa desde el principio al ejercicio de la opción de compra, pero que finalmente adquiera dicho compromiso o ejercite la opción. En este caso, la operación será considerada, inicialmente, una prestación de servicios y, con posterioridad, pasará a ser calificada como entrega de bienes.

Como puede observarse, para el caso del arrendamiento financiero, el legislador español ha interpretado la expresión relativa a que "en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo" –art. 14.2.b) de la Directiva- como sinónimo de un compromiso de ejercicio de la opción de compra. Se trata, sin duda, de una elección conservadora, que exige un compromiso jurídicamente vinculante para entender que lo normal es que se acabe adquiriendo la propiedad. La fórmula adoptada tiene la virtualidad de ofrecer seguridad jurídica, en la medida en que será el dato cierto de la existencia de un compromiso de ejercicio de la opción lo que determine la calificación de la operación como entrega de bienes.

No obstante, también debe tenerse en cuenta que la solución de nuestra norma presenta un inconveniente nada desdeñable, vinculado a la determinación de la base imponible. Como sabemos, la situación más normal en estos contratos consiste en que el usuario no se compromete al ejercicio de la opción de compra, pero, llegado el momento, la ejercita efectivamente. En estas situaciones, hasta que el usuario no adquiere la propiedad del bien, la operación constituye una prestación de servicios. La parte de carga financiera que forma parte de cada uno de los cánones satisfechos deberá incluirse en la base imponible. Ello porque el devengo del tributo se produce en el momento en que resultan exigibles las cuotas de arrendamiento adeudadas por el usuario. Y el devengo de los intereses de cada cuota se extiende al período comprendido entre la celebración del contrato y el pago de aquélla. Empleando la terminología del art. 78.Dos.1º de la LIVA, se trata de intereses derivados de un aplazamiento en el pago del precio, en la parte en que dicho aplazamiento corresponde a un período anterior a la prestación del servicio. Como puede observarse, el resultado no se compadece bien con la naturaleza de los contratos de *leasing*, que tienen un marcado carácter financiero. A pesar de ello y como consecuencia de la calificación de la operación, la carga financiera se incluye en la base imponible, frente a lo que sucede en otras operaciones de financiación, como el préstamo.

Esta situación no se daría si la calificación de la operación como entrega de bienes, en los contratos más usuales, se produjera en un momento anterior, señaladamente a su celebración. En tales casos, la base estaría constituida por la parte de las cuotas correspondientes a la recuperación del coste del bien, pero excluyéndose la carga financiera, ya que se trataría de intereses posteriores al devengo de la entrega.

A nuestro juicio, por tanto, son tres los elementos que se deben ponderar a la hora de ofrecer una solución normativa nacional para estos contratos. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la redacción del art. 14.2.b) de la Directiva impide extender mucho más allá de lo que hace la norma española la calificación de entrega de bienes, exigiéndose siempre que exista una cuota cuyo pago funcione como opción de compra y que su efectivo ejercicio se revele como la situación ordinaria o normal. En segundo lugar, debe velarse por la seguridad jurídica, de manera que los sujetos intervinientes tengan reglas claras para determinar, desde el inicio del contrato, tanto su calificación como su devengo y su base imponible. Finalmente, debe atenderse a la finalidad principal que se persigue a través de los contratos de leasing, que no es otra que proporcionar y obtener financiación para la adquisición de activos empresariales.

Teniendo en cuenta estos elementos, la Ley española tal vez podía y debía haber ido más lejos, adoptando una solución similar a la del anterior PCG/1990. Esto es, entendiendo que se adquirirá la propiedad, en circunstancias normales, no sólo si existe un compromiso del futuro ejercicio de la opción de compra, sino también si el precio de esta última es inferior al valor neto que tendrá el bien en el momento de su ejercicio o resulta insignificante. Pero, insistimos, la existencia de una opción de compra, así como la previsibilidad de su ejercicio, resultan ser elementos indispensables, de conformidad con el art. 14.2.b) de la Directiva.

5. La adopción del criterio contable de arrendamiento financiero por parte de la jurisprudencia comunitaria

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia comunitaria puede cuestionar, aparentemente, la trasposición llevada a cabo por la Ley española, en la medida en que parece extender, a efectos de IVA, el concepto contable de arrendamiento financiero. Nos referimos a las SSTJUE de 16 de febrero de 2012 (asunto C-118/11, *Eon Aset Menidjmont OOD*) y de 17 de enero de 2013 (asunto C-224/11, *BGZ Leasing sp. z o.o.*). La primera de ellas, muy relevante, trata de resolver la adecuación de la normativa búlgara a las disposiciones de la Directiva relativas a la deducción de las cuotas soportadas por la adquisición de bienes de inversión. Para decidir el asunto debe decidir, como cuestión previa, si la utilización de un vehículo en virtud de un contrato de arrendamiento financiero puede equipararse a la adquisición de un bien de inversión. Esto es, debe proporcionar al órgano nacional los criterios necesarios para dilucidar cuándo dicho contrato da lugar a una entrega de bienes o a una prestación de servicios.

Situado ante dicho problema, el Tribunal comienza afirmando que, con carácter general, el arrendamiento financiero da lugar a una prestación de servicios. En concreto, señala que *“al no constituir el arrendamiento de un automóvil una entrega de bienes, debe calificarse, en principio, de prestación de servicios en el sentido del artículo 24, apartado 1, de la referida Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2003, Cookies World, C-155/01, Rec. p. I-8785, apartado 45, y de 21 de febrero de 2008, Part Service, C-425/06, Rec. p. I-897, apartado 61)”*.

No obstante y a continuación, también recuerda que un contrato de arrendamiento financiero puede dar lugar a la adquisición de un bien de inversión. En este punto, se recuerda que los bienes de inversión se caracterizan por su carácter duradero y su valor, lo que determina que los costes no sean contabilizados como gastos corrientes, sino amortizados durante varios ejercicios [SSTJUE de 1 de febrero de 1977 (asunto C-51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*) y de 6 de marzo de 2008 (asunto C-98/07, *Nordania Finans y BG Factoring*)]. Como veremos más adelante, esta

vinculación entre la calificación de un elemento como bien de inversión y su registro contable va a resultar determinante en el razonamiento empleado por el Tribunal.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal acude, como es lógico, al art. 14.2.b) de la Directiva 112/2006, constatando que en los contratos de arrendamiento financiero no tienen por qué darse las condiciones señaladas por la norma. Así, *“en el supuesto de un contrato de arrendamiento financiero, no existe necesariamente adquisición del bien, puesto que puede establecerse en tal contrato que el tomador puede optar por no adquirir el bien al término del período de arrendamiento”*.

A nuestro juicio, en este punto el Tribunal debería haber intentado desentrañar el sentido del art. 14.2.b) de la Directiva, cuya vaguedad, al referirse al “curso normal de los hechos”, deja mucho margen a la interpretación. Se trata, además, de un esfuerzo hermenéutico que el Tribunal no ha realizado hasta la fecha. El caso paradigmático es la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (asunto C-277/09, *RBS Deutschland Holdings GmbH*), donde el pretendido abuso de Derecho se producía, precisamente, por la distinta calificación –y, por ello, regla de localización- que otorgaban Reino Unido y Alemania a los contratos de arrendamiento financiero. Pues bien, a pesar de ello, el Tribunal, en dicha resolución se abstuvo de realizar –tampoco se le solicitaba directamente, bien es verdad- ningún tipo de reflexión, aun a título de *obiter dictum*, en torno al significado del art. 14.2.b) de la Directiva. Por el contrario se limitó a constatar que *“en la medida en que, a pesar del establecimiento del sistema común del IVA por medio de las disposiciones de la Directiva, aún subsisten en la materia deficiencias legislativas y reglamentarias entre los Estados miembros, el hecho de que un Estado miembro, debido a la calificación que ha dado a una operación comercial, no haya recaudado IVA alguno por dicha operación, no puede privar al sujeto pasivo del derecho a la deducción del IVA soportado en otro Estado miembro”*. Lo mismo puede afirmarse en relación a la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (asunto C-103/09, *Weald Leasing Ltd*), en cuyo caso una correcta calificación del contrato hubiese resultado fundamental.

Pues bien, en la resolución que ahora examinamos el Tribunal también renuncia a interpretar correctamente el tan citado art. 14.2.b) de la Directiva. Al observar que esta norma no ampara, como entregas de bienes –y, por tanto, como adquisición de bienes de inversión-, a todos los contratos de arrendamiento financiero, opta por la aplicación acumulativa de aquella norma y de la cláusula general del art. 14.1 para llevar a cabo la calificación. El proceso lógico seguido por el Tribunal es el siguiente:

En primer lugar, acude al concepto incluido en la NIC 17, caracterizando el arrendamiento financiero por el hecho de que se transfieran al usuario los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad del bien.

Adicionalmente, señala algunos indicios de los contemplados por la NIC 17 –y por nuestro PGC- para calificar el arrendamiento como financiero y no como operativo. Así, afirma que *“el hecho de que una transmisión de la propiedad esté prevista al finalizar el contrato o que la cantidad actualizada de los vencimientos sea prácticamente idéntica al valor venal del bien constituyen, individual o conjuntamente, criterios que permiten determinar si un contrato puede calificarse de contrato de arrendamiento financiero”*.

A nuestro juicio, este recurso al concepto contable de arrendamiento financiero debe conectarse con la incidencia de la forma de contabilización del bien para su consideración como bien de inversión. Así, como vimos, la Sentencia que comentamos acude, previamente, a la jurisprudencia que afirma que tales bienes se caracterizan por

su contabilización como inmovilizado y su amortización a lo largo de su vida útil. Pues bien, creemos que dicho punto de partida es el que lleva al Tribunal a considerar relevante la norma contable relativa al arrendamiento financiero. Así, se viene a afirmar, aunque no expresamente, que los bienes utilizados a través de un arrendamiento financiero, como se contabilizan del modo indicado, deben ser considerados como bienes de inversión. Ello le va a llevar a la necesidad, claro está y como veremos a continuación, de afirmar que nos encontramos ante entregas de bienes.

En segundo lugar, el Tribunal recuerda que el concepto general de entrega de bienes alude a la transmisión de un bien corporal que faculta al adquirente a disponer de dicho bien como si fuera el propietario.

Finalmente y como conclusión lógica, nos encontramos ante entregas de bienes en dos casos. De un lado, si el contrato prevé la transmisión de la propiedad del bien al término del contrato, esto es, por aplicación del art. 14.2.b) de la Directiva. De otro lado y ésta es la verdadera novedad, si se transmiten al usuario la mayoría de los beneficios y riesgos inherentes a la propiedad legal. En tal caso y por aplicación del art. 14.1 de la Directiva, el Tribunal entiende que se produce la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal.

Para terminar, debe resaltarse que, como ya señalábamos, no nos encontramos ante un pronunciamiento aislado, sino que dicha doctrina ha sido acogida también por la reciente STJUE de 17 de enero de 2013, ya citada. Así, a la hora de dilucidar si cabe otorgar una calificación unitaria a un servicio de arrendamiento financiero y uno de seguro, advierte de la posible consideración del primer como entrega de bienes, recordando, de nuevo, la vigencia de la NIC 17.

6. Juicio crítico y propuesta de reforma

Una vez expuesto el estado de la cuestión, es el momento de finalizar realizando un juicio crítico a esta nueva posición de la jurisprudencia europea, así como proponiendo alguna alternativa de modificación normativa.

Entendemos que la Sentencia de 16 de febrero de 2012 parte de premisas equivocadas, choca frontalmente con la letra y el sentido del art. 14 de la Directiva 112/2006 y, finalmente, va a ser fuente de una grave inseguridad jurídica.

Decimos que se parte de una premisa equivocada porque el Tribunal parece estar demasiado pendiente del problema que se le plantea en el caso concreto, que no es otro que decidir si se encuentra o no ante un bien de inversión. Y para resolver dicho problema se centra, casi de modo exclusivo, en el dato de la contabilización del elemento, apoyándose en jurisprudencia anterior. O, dicho con otras palabras, piensa que para poder atribuir la calificación de bien de inversión necesita, previamente, defender la contabilización del elemento como inmovilizado. Y ello le lleva, a nuestro juicio, a forzar el concepto de entrega de bienes, que el Tribunal sólo lo contempla como un mero escollo intermedio.

Sin embargo, olvida que el propio Tribunal, en su Sentencia de 6 de marzo de 2008 (asunto C-98/07, *Nordania Finans A/S*), referente también a un contrato de arrendamiento financiero, realizó una interpretación del concepto de bien de inversión desvinculada expresamente de su registro contable. Ante todo, relativiza el pronunciamiento contenido en la Sentencia de 1 de febrero de 1977, antes citada y seguida por la Sentencia que ahora examinamos. De un lado, se señala que aquel pronunciamiento se refería a un supuesto muy concreto, relativo a la consideración como bien de inversión de un material de oficina de escaso valor. Por tanto, es en este

contexto en el que hay que entender la referencia al carácter duradero de los bienes y su no imputación como gasto corriente. De otro lado, también es preciso tener en cuenta que lo que se dilucidaba en aquel asunto de 1977 era la aplicación del art. 17 de la Segunda Directiva, que habilitaba a los Estados para excluir, transitoriamente, el régimen de deducciones para los bienes de inversión. Por tanto, su finalidad es muy diferente de la perseguida por el art. 19.2 de la Sexta Directiva, donde se trata de decidir, a efectos de su exclusión de la prorrata, cuáles son las operaciones inhabituales en relación con la actividad corriente de la empresa, ya sea porque se trate de bienes de inversión u operaciones accesorias inmobiliarias y financieras.

Sentado lo anterior, el Tribunal considera que no constituyen entregas de bienes de inversión las operaciones que forman parte de la actividad económica habitual, ya que, en caso contrario, se estaría falseando la prorrata y, por tanto, el derecho a la deducción de las cuotas soportadas por la adquisición de los bienes de uso mixto. Por tanto, en una compañía de *leasing* que también presta servicios financieros exentos, deben incluirse en el numerador de la prorrata las ventas de bienes que habían sido objeto de un arrendamiento financiero previo. Y todo ello con independencia y por encima del carácter duradero de los elementos y de su condición de amortizables. Cualquier otra idea, concluye el Tribunal, iría en contra del principio de neutralidad al limitar injustificadamente la deducción de las cuotas soportadas.

Por tanto y como vemos, lo esencial es, según este otro criterio, la función que cumplan los bienes dentro de la empresa y en comparación con aquello que constituye su giro o actividad habitual. Normalmente ello coincidirá con el carácter amortizable o no de los bienes según la normativa contable. Pero si no es así, el elemento definitivo es el primero, que es el que sirve al cumplimiento de los fines previstos en la Directiva.

En segundo lugar, decimos que la posición del Tribunal vulnera la propia Directiva porque, por la vía de una interpretación extensiva de su art. 14.1, integrada, además, por la normativa contable, contradice, sin más, el tenor literal del art. 14.2.b). En términos más sencillos, si el art. 14.1 de la Directiva permitiera incluir, como pretende el Tribunal, cualquier contrato de arrendamiento en el que exista una transferencia de beneficios y riesgos al usuario, simplemente sobraría el apartado 2.b). Y, sin embargo, la voluntad de que dicho apartado funcione como una ampliación del concepto general enunciado en el art. 14.1 resulta patente. Así, la redacción literal del art. 14.2 señala que, “*además de la operación contemplada en el apartado 1, tendrán la consideración de entregas de bienes*” las operaciones que menciona en sus letras a) a c). En el caso de la letra b), que es el que a nosotros nos interesa, la norma deja claro que la ampliación consiste en considerar que existe una entrega de bienes con la entrega material siempre que, teniendo en cuenta el curso normal de los hechos, se adquiera la plena propiedad con el último de los pagos como máximo. Por tanto, no puede afirmarse que esta cláusula más amplia -ni, mucho menos, la que se supone que es más estricta del art. 14.1-, ampare contratos de arrendamiento en los que nunca se llega a adquirir la propiedad del bien, sino que, simplemente, existe una transferencia de beneficios y riesgos hacia el arrendatario.

Es más, creemos que la interpretación seguida por el Tribunal también choca con el sentido del propio art. 14.1, haciendo abstracción, incluso, de su apartado 2.b). Así, la jurisprudencia recaída en torno a dicho precepto, muy consolidada, había entendido, como vimos, que existe entrega de bienes siempre que la parte adquirente pueda disponer del bien, aun de hecho, como si fuera su propietaria. Ello es coherente con la letra de la Directiva, que se refiere a la existencia de una transmisión “*con las facultades atribuidas a su propietario*”. Además, como también dijimos, se salva el

obstáculo de las legislaciones civiles nacionales, que prevén requisitos distintos para la transmisión del dominio. Sin embargo, el Tribunal, a través de la interpretación que ahora criticamos, ha dado un paso más, no amparado en el propio art. 14.1. Y ello ya que incluye supuestos en los que no existe una transmisión de las facultades de un propietario ni existe un poder de disposición similar al de un propietario. Tan solo existe un poder de uso, que no de disposición, semejante al de un propietario. Piénsese en un arrendamiento, sin opción de compra, pero concertado por un período prolongado, casi coincidente con la vida útil del bien. Con arreglo a los criterios contables dicho arrendamiento debería ser calificado, en principio, como financiero. Sin embargo, en tal caso, el arrendatario carece de facultades de disposición o gravamen sobre el bien, ostentando un mero derecho de crédito que le habilita a exigir el goce quieto y pacífico de la cosa durante el plazo contractual. Pero nada más. Por tanto, no puede afirmarse que su situación y su poder sobre el bien sea equiparable al de un propietario a efectos del art. 14.1 de la Directiva.

Por último, decimos que la posición del Tribunal es fuente de inseguridad jurídica porque no resulta fácil determinar, con los criterios contables, cuándo se transmite la denominada “propiedad económica” al arrendatario. Así, tanto la NIC 17 como nuestro PGC formulan una serie de meros indicios, que nunca constituyen una regla clara y segura y que, en algunos casos, presentan un componente subjetivo de apreciación muy relevante. Y no parece que la calificación de una operación, su devengo y su base imponible puedan hacerse depender de criterios tan vagos. Esta ambigüedad tiene todo su sentido desde la perspectiva contable –y en los impuestos sobre sociedades construidos sobre el resultado contable–, donde se pretende, como dijimos, ofrecer la verdadera situación patrimonial de las empresas. Pero no a efectos de un impuesto indirecto que pretende gravar el consumo de manera armonizada en todos los países de la Unión Europea.

Desde el punto de vista del Derecho nacional español no parece que resulte necesaria una modificación de la LIVA para adaptarla a la jurisprudencia comentada. Así, esta nueva interpretación podría adoptarse en nuestro país de forma similar a como lo hace el Tribunal en relación con la Directiva. Esto es, entendiendo comprendidos los arrendamientos financieros que no quedan amparados por el art. 8.Dos.5º, en la cláusula general del art. 8.Uno de la LIVA. No obstante y como hemos señalado, creemos necesaria una revisión de la jurisprudencia aquí tratada.

También sería deseable una mejor definición del tratamiento de los contratos de arrendamiento financiero en la Directiva 2006/112. A nuestro juicio, deben conjugarse los principios de seguridad jurídica y neutralidad. Este último lleva a tomar en consideración que estos contratos, en su formulación típica –para entendernos, la prevista en la disposición adicional séptima de la LDIEC–, cumplen una marcada función financiera, permitiendo la disponibilidad inmediata del activo, así como el pago aplazado de su precio más la correspondiente carga financiera. Por tanto, esta última no debería formar parte de la base imponible de la operación. La seguridad jurídica –así como la homogeneidad en la aplicación de un impuesto armonizado–, reclama la existencia de una regla clara para determinar la calificación de la operación, su devengo y su base imponible.

Intentado conjugar, como decimos, ambos aspectos, creemos que la Directiva –y la Ley española– debería introducir una regla específica para los contratos de arrendamiento con opción de compra que puedan calificarse, sin lugar a dudas, como “financieros”. Y dicha regla debería pasar por calificarlos como tales y, por tanto, como entregas de bienes desde el mismo momento de la puesta a disposición, siempre que se cumpla una

condición. Esta no es otra que contener una opción de compra cuyo importe sea inferior al valor neto del activo en el momento en que aquélla deba ejercitarse. A estos efectos y con la finalidad de simplificar y facilitar una aplicación homogénea de la regla, el valor neto del activo debería obtenerse aplicando un método de amortización lineal, consistente en dividir el precio de adquisición del activo entre su vida útil.

Esta misma regla debe aclarar que tanto los contratos con opción de compra que no cumplan la condición descrita, como todos aquellos que carezcan de dicha opción, tendrán la consideración de prestaciones de servicios.

**DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA RESIDENCIA DE LAS
SOCIEDADES DE INVERSIÓN. SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE OCTUBRE
DE 2012**

Carmen Ruiz Hidalgo
Universidad de Vigo

1. Planteamiento

La Comisión de la Unión Europea, en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a partir de ahora, TFUE) planteó un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) el 17 de septiembre de 2010. La sentencia se dictó el 25 de octubre de 2012.

Tal y como se recoge en la sentencia, el 17 de octubre de 2010, la Comisión envió un escrito de requerimiento a las autoridades belgas aduciendo la incompatibilidad de la legislación belga con los artículos 49, 54 y 63 del TFUE. Ante el silencio de Bélgica, la Comisión dirigió un dictamen al mismo país, instándole a que cumpliera los artículos mencionados con la consiguiente modificación de la normativa interna, en el plazo de dos meses de la recepción del mismo. La respuesta que dieron las autoridades belgas no satisfizo a la Comisión, por lo que interpuso un recurso ante el Tribunal, en aplicación del artículo 258 del TFUE.

En esta Sentencia se enjuicia la discriminación que existía en la normativa belga sobre los rendimientos del capital mobiliario percibidos por sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente en ese Estado Miembro (en adelante, EM), respecto de las sociedades de inversión residentes en Bélgica. En concreto, la discriminación se producía por la aplicación de normas distintas en la tributación de los rendimientos de capital mobiliario según se percibieran por unas u otras.

La normativa belga regula los siguientes impuestos: a) el impuesto sobre sociedades, que grava la renta global de las sociedades residentes; b) el impuesto sobre las personas jurídicas cuando éstas no se constituyen como sociedades; c) el impuesto de no residentes.

A estos efectos, las sociedades que tengan el domicilio social o un establecimiento permanente o su sede de dirección administrativa en Bélgica, se encuentran sujetas al impuesto sobre sociedades por el importe total de los beneficios, incluidos los dividendos distribuidos. El impuesto sobre sociedades se recauda a través de las retenciones que perciben los socios o accionistas, cuyo tipo de retención es del 15 por 100 para los rendimientos del capital mobiliario y un 25 por 100 para los dividendos.

No obstante, las sociedades de inversión residentes gozan de exención sobre los rendimientos de capital mobiliario que perciban y, la tributación de estas sociedades se limita a un impuesto especial, distinto de los anteriores, que grava los gastos de la sociedad¹. Asimismo, las sociedades de inversión no residentes tienen una tributación distinta dependiendo de si poseen un establecimiento permanente o no. En el caso de que exista un establecimiento permanente, serán sujetos pasivos del impuesto de no

¹ El artículo 219 del Código de los Impuestos sobre la Renta de 1992, establece que el impuesto especial grava los gastos de la sociedad, esto es, las comisiones, corretajes, descuentos comerciales u otros que no resulten justificados, así como los beneficios ocultos, esto es, los beneficios comprobados por la Administración que no aparezcan reflejados en el resultado contable de la sociedad.

residentes belga únicamente por los rendimientos imponibles que se hubieran generado u obtenido en Bélgica. Al igual que ocurre con las sociedades de inversión residentes, las retenciones sobre los rendimientos del capital mobiliario se imputan en el Impuesto de no Residentes. En lo que atañe a las sociedades de inversión no residentes que no posean un establecimiento permanente en Bélgica tributan por un impuesto que comprende la suma de las distintas retenciones y del impuesto especial, al que hemos hecho mención anteriormente.

Teniendo en cuenta esta normativa, la Comisión alegó ante TJUE que existía una diferencia de trato discriminatoria en la tributación de las sociedades de inversión residentes y la de las sociedades de inversión no residente sin establecimiento permanente en territorio belga. Esta diferencia de trato prevista en la legislación entre ambos tipos de sociedades, según la Comisión, podía infringir el derecho de establecimiento -art. 49 TFUE-, y la libre circulación de capitales -art. 63 TFUE-.

Las rentas de ambos grupos de sociedades están sometidas del mismo modo a la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario, pero, las sociedades de inversión residentes pueden imputar la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario en el impuesto que deben abonar y, por otro lado, están exentos los rendimientos del capital mobiliario que perciben. En estos casos, según la Comisión, la normativa nacional hacía menos atractiva la inversión en sociedades belgas para las sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente en Bélgica.

El Reino de Bélgica, si bien admitió que existía una diferencia de trato entre el régimen fiscal de las sociedades residentes y el de las sociedades no residente sin establecimiento permanente en Bélgica, destacó que ambos grupos de sociedades se encontraban en situaciones fácticas y jurídicas objetivamente distintas que justificaban dicha diferencia de trato. La citada diferencia se basaba *a grosso modo* en las siguientes ideas:

1. En aquellos Estados que no someten a imposición las rentas obtenidas por las sociedades de inversión, las sociedades no residentes en Bélgica no se pueden comparar a las residentes.
2. Asimismo, los términos de comparación que hace la Comisión no son correctos. Los fondos comunes de inversión de Derecho belga, que no tienen personalidad y no están sometidas al Impuesto sobre Sociedades, por lo que su tributación es igual que las sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente en Bélgica.
3. A mayor abundamiento, será el Estado de residencia de las citadas sociedades de inversión el que tenga que neutralizar la doble imposición de las rentas obtenidas en Bélgica, como consecuencia de la falta de armonización de las legislaciones, y no la legislación belga.
4. Las sociedades de inversión no residentes no realizan necesariamente las mismas operaciones que las sociedades de inversión residentes. Es más, las sociedades de inversión actúan como intermediarios financieros por cuenta de inversores, lo que la comparación debe llevarse a cabo entre los partícipes y, ahí se constatarían múltiples diferencias que no son discriminatorias.

2. El fallo del tribunal

Pues bien, el Tribunal consideró que la legislación belga era discriminatoria a tenor de los artículos 49 TFUE y 63 del TFUE, así como de los artículos 31 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es decir, la normativa belga mantenía normas distintas y discriminatorias en relación con la tributación de los rendimientos de capital mobiliario, según fueran percibidos por sociedades de inversión residentes o por sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente en Bélgica.

El TJUE consideró que la infracción de la normativa nacional belga se podía circunscribir en el ámbito de las dos libertades, ya que existe jurisprudencia consolidada para examinar la normativa de un EM en relación con cada una de estas dos libertades. El Tribunal ha declarado que cuando una normativa nacional se aplica únicamente a las participaciones en sociedades residentes en ese Estado que permiten ejercer una influencia efectiva en las decisiones de las sociedades y, por ende, determinar las actividades de éstas, será la libertad de establecimiento la que puede resultar vulnerada². En cambio, las disposiciones nacionales aplicables a participaciones adquiridas con el único objetivo de realizar una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y en el control de la empresa, se tienen que examinar exclusivamente en relación con la libre circulación de capitales³.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el TJUE no pudo descartar que la normativa belga pudiera afectar a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, por lo que en la Sentencia se analizaron ambas.

3. Doctrina del tribunal

No hay dudas de que los EEMM son competentes para regular la imposición directa, aunque deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión. Esto significa que cada EM regula su sistema tributario y, en concreto, en el ámbito de la imposición de sociedades, el régimen de la tributación de los beneficios distribuidos, así como la base imponible y el tipo de gravamen que se le aplica al accionista beneficiario, pudiendo distinguir al sujeto pasivo residente del no residente.

El artículo 63 del TFUE recoge la libre circulación de capitales entre los Estados prohibiendo las restricciones nacionales a los movimientos de capitales entre EEMM, y de éstos con terceros países. Esto supone que la regulación que hagan los Estados, como el caso que nos ocupa, no puede dificultar, y mucho menos impedir, las inversiones de no residentes, aplicando una normativa tributaria distinta para los no residentes siempre que se hallen en una situación homogénea a los residentes.

En la legislación belga, los rendimientos de capital mobiliario -dividendos e intereses-, distribuidos por una sociedad residente, tanto a las sociedades de inversión residentes, como a las no residentes, están sometidas a retención. Por otra parte, los dividendos e intereses distribuidos a las sociedades de inversión residentes en Bélgica, así como las sociedades de inversión no residentes con establecimiento permanente en este país, están exentos del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre No residentes, respectivamente, y, a mayores, se puede imputar la retención sobre estos rendimientos en estos impuestos, percibiendo el contribuyente la diferencia entre la retención

² STJUE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04; STJUE de 21 de octubre de 2010, *Idryma Typou*, C-81/09.

³ STJUE de 15 de septiembre de 2011, *Accord*, C-310/09.

efectuado y el impuesto adecuado, siempre que la citada diferencia sea superior a los 2'50 €. De ahí que este tipo de sociedades no tengan que soportar ninguna carga fiscal.

Sin embargo, esta posibilidad está vedada a las sociedades de inversión no residentes que no posean un establecimiento permanente en Bélgica. La retención efectuada sobre los rendimientos de capital mobiliario que perciben estas sociedades se convierte en una tributación definitiva.

Ante el análisis de la normativa belga, el TJUE consideró que podía existir un trato fiscal desfavorable para los rendimientos de capital mobiliario percibidos por las sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente en Bélgica.

Ante esta afirmación, el Reino de Bélgica alegó que las sociedades de inversión residentes y no residentes sin establecimiento permanente en Bélgica se encontraban en una situación distinta. Efectivamente, el artículo 65.1, letra a) del TFUE regula que la libre circulación de capitales no impide que las normas de derecho interno de cada EM puedan distinguir a los contribuyentes en función de su residencia, o bien, con respecto a los lugares dónde esté invertido su capital.

En la medida en que el art. 65.1.a) TFUE resulta ser una excepción al principio de libre circulación de capitales, el TJUE subrayó su aplicación de manera estricta, bajo la siguiente premisa: no puede interpretarse que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar de residencia o del Estado dónde inviertan sus capitales resulta automáticamente compatible con el TFUE. Es decir, tal y como se recoge en el art. 65.3 del TFUE, las diferencias de trato permitidas por el art. 65.1.a) del Tratado, no pueden ser discriminatorias. Según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse compatible con el principio de libre circulación de capitales, es necesario que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general⁴.

Sin embargo, el Reino de Bélgica se opuso e invocó varios argumentos para explicar que la situación de ambas sociedades de inversión eran diferentes y, por ello, la normativa belga no resultaba discriminatoria con las sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente.

En primer lugar, la normativa fiscal aplicada pretendía evitar la sobreimposición de las rentas de las sociedades de inversión, al ser meros intermediarios entre las sociedades en las que invierten y los partícipes de las propias sociedades de inversión. Las sociedades de inversión no residentes no se encontraban sometidas a una carga fiscal mayor que las sociedades de inversión residentes. Los Estados que tienen competencias para atenuar o eliminar la doble imposición no son los Estados fuente, sino los Estados de residencia.

Por ello, y en segundo lugar, el impuesto belga que sujetaba los rendimientos del capital mobiliario percibido por las sociedades no residentes, debía poder imputarse en el Estado de residencia de estas sociedades. Esto significa que la opción de gravar o no los rendimientos procedentes de Bélgica, o el nivel al que éstos se gravan, depende enteramente del sistema fiscal establecido por el Estado de residencia de la sociedad de inversión que actuaba en Bélgica sin establecimiento permanente.

Por último, el Reino de Bélgica consideraba que el término de comparación utilizado por la Comisión resultaba incorrecto. Los términos de comparación homogéneos eran

⁴ STJUE de 6 de junio de 2000, *Verkiijen*, C-35/98; STJUE de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02; STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Comisión/Bélgica*, C-250/08.

las sociedades de inversión no residentes y los fondos comunes de inversión belgas, ya que la legislación belga trataba a ambos de modo idéntico.

El TJUE puntualizó que las alegaciones de Bélgica se centran más en la residencia de las sociedades, que en las actividades realizadas por ambas. Efectivamente, cualquiera de estas sociedades ofrecen sus servicios tanto a inversores residentes en Bélgica, como en otro Estado, por lo que ejercen la misma actividad.

Respecto a la primera cuestión que planteó Bélgica, el TJUE declaró que las medidas para evitar la doble imposición no tienen porqué ser homogéneas para las sociedades residentes respecto de las sociedades beneficiarias residentes en otro EM. Sin embargo, desde el momento en que un EM, de forma unilateral o vía convenios, somete al impuesto sobre la renta a las sociedades residentes y no residentes por las rentas que perciben en ese EM, entonces la situación de ambas sociedades se asemeja. Así, para que las sociedades de inversión no residentes no se enfrenten a una restricción de la libre circulación de capitales, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye las rentas sometidas a imposición, tiene que velar que las sociedades no residentes tengan un trato equivalente semejante al que disfrutaban las sociedades residentes a la hora de evitar o atenuar la doble imposición.

Por este motivo, el TJUE subrayó que cuando el Reino de Bélgica optó por ejercer su potestad tributaria sobre las rentas percibidas por sociedades de inversión residentes en otros EM, éstas sociedades no residentes se encontraban en una situación comparable a las de las sociedades de inversión residentes en cuanto a la existencia de la doble imposición. Es cierto que sólo las sociedades de inversión residentes estaban sometidas a un impuesto especial, y a pesar de ello, un trato fiscal desfavorable como el que tenían las sociedades no residentes no podía considerarse compatible con el Derecho de la Unión.

Por este motivo, el Tribunal se mostró reacio a la argumentación de Bélgica respecto al trato fiscal otorgado por el Estado de residencia a la sociedad de inversión no residente en Bélgica. No puede ser responsabilidad del Estado de residencia de la sociedad de inversión no residente en Bélgica, si la presión fiscal sobre las sociedades residentes que obtenían rendimientos en otros Estados, como el caso que nos ocupa, era superior atendiendo a la suma del impuesto belga y del impuesto del Estado de residencia.

En tercer lugar, el TJUE subrayó que las sociedades de inversión no residentes no podían compararse con la de los fondos comunes de inversión, ya que mientras estos segundos no tienen personalidad jurídica, no ocurre igual con las sociedades de inversión.

A pesar de todo, Bélgica formuló dos motivos para poder justificar una restricción, si fuera el caso, de la libre circulación de capitales. El primero era el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre el Estado de residencia y Bélgica, en la medida en que si la legislación belga trataba a las sociedades de inversión no residentes igual que las residentes, implicaba la renuncia al gravamen de las rentas percibidas en su territorio. Y por último, la retención sobre los rendimientos del capital mobiliario resultaba justificada por razones de eficacia de control fiscal, en la medida en que los inversores de las sociedades no residentes tampoco residían, a su vez, en Bélgica.

El TJUE concluyó que la diferencia de trato de las rentas que se percibían por una sociedad de inversión resultaba distinta dependiendo de si eran residentes o no en Bélgica, constituía una restricción de la libre circulación de capitales prohibida por el artículo 63.1 del TFUE. La legislación belga disuadía a las sociedades establecidas en

otros EM de realizar inversiones en Bélgica y, asimismo, podía constituir un obstáculo a la obtención de capital por las sociedades residentes.

Sobre la justificación de las restricciones, el Tribunal reiteró que las medidas nacionales que restringen la libre circulación de *capitales pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general*, siempre que, por una parte, no existan normas comunitarias que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses y, por otra parte, respeten el principio de proporcionalidad, es decir, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo⁵. Sin embargo, las razones alegadas por Bélgica no pueden justificar la restricción de la libre circulación de capitales derivada de la normativa que es objeto de controversia.

Por lo que respecta a la petición de la Comisión de que se declarase un incumplimiento de las obligaciones que incumben a Bélgica en virtud del *artículo 49 del TFUE -derecho de establecimiento-*, el Tribunal consideró que el razonamiento seguido en la libre circulación de capitales, resultaba aplicable también aquí.

Efectivamente, la diferencia de trato que le otorgaba la normativa tributaria belga a las sociedades de inversión no residentes tenía efecto disuasorio para los inversores interesados en realizar inversiones en sociedades belgas a través de este tipo de sociedades residentes en otro EM.

Por último, el TJUE puntualizó los efectos de la sentencia en el tiempo, ya que Bélgica solicitó la limitación de dichos, bajo la premisa de que actuó de buena fe y por el riesgo de que la sentencia del Tribunal le acarrease dificultades económicas serias. Si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del artículo 267 del TFUE, ha establecido los criterios que limitan los efectos de las sentencias en el tiempo, en el caso que nos ocupa no se constataban. Ni siquiera la cuantificación por parte de Bélgica del importe de lo percibido indebidamente con arreglo a la normativa objeto de la controversia, suponía un trastorno económico grave.

4. Comentario de la Sentencia

Una vez más, la Corte de Luxemburgo se ha visto confrontada con la compleja cuestión de la compatibilidad de una norma sobre imposición directa con el Derecho comunitario.

Concretamente, el TJCE ha señalado que no se pueden aplicar normas distintas en relación con la tributación de los rendimientos del capital mobiliario según sean percibidos por sociedades de inversión residentes o por sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente en el Estado dónde reside la sociedad distribidora de los mismos, ya que ello supone una restricción a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

Para ello, el Tribunal ha consolidado su doctrina, ya generalizada en otras sentencias, conforme a la cual un EM no puede otorgar un trato discriminatorio a los residentes en otro EM cuando éstos se encuentran en una situación comparable a la de los residentes y, además, no existe justificación que permita el trato diferenciado entre ambas categorías de contribuyentes. *A contrario sensu*, la diferencia de trato estaría permitida si nos encontramos ante situaciones no comparables, o tal diferencia resulta justificada por razones imperiosas de interés general.

⁵ STJUE de 23 de octubre de 2007, *Comisión/Alemania*, C-112/05; STJUE de 1 de julio de 2007, *Dijkman y Dijkman-Lavalejje*, C-233/09.

Como en el caso que nos ocupa, un EM puede establecer una diferencia de trato en las sociedades de inversión según sean residentes o no sin establecimiento permanente, siempre que las citadas entidades no se encuentren en una situación comparable, o está justificada por razones imperiosas de interés general.

Efectivamente, las sociedades de inversión residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a las de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro, sobre todo a los efectos de evitar o atenuar la doble imposición económica de las rentas distribuidas por una sociedad residente. Sin embargo, si el Estado dónde reside la sociedad que distribuye los rendimientos del capital somete a imposición, bien de manera unilateral, bien por convenios de doble imposición, a ambos tipos de sociedades, la situación de las sociedades de inversión no residentes se asemeja a las sociedades residentes.

Por esta razón, el TJCE ha reproducido esta vez su conocido principio conforme al cual “si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, estos deben, sin embargo, ejercer ésta respetando el Derecho comunitario”, sobre todo cuando el ejercicio del poder tributario de un EM da lugar a la existencia de doble imposición económica. En tal caso, para que las sociedades beneficiarias no residentes no se enfrenten a una restricción de la libre circulación de capitales y, a su vez de la libertad de establecimiento, el Estado de residencia de la sociedad que distribuye las rentas debe regular que las sociedades de no residentes tengan un trato equivalente al que disfrutaban las sociedades residentes, en lo que respecta a la aplicación de la norma nacional que evita o atenúa la doble imposición. Y ello, con independencia, como en el caso que nos ocupa, de que las sociedades de inversión no residentes no estén sometidas a una carga fiscal mayor que las sociedades de inversión residentes.

Sin embargo, esta afirmación debe matizarse respecto a la alegación que hacen los EEMM del reparto equilibrado de la potestad tributaria para someter a tributación a las sociedades no residentes sin establecimiento permanente.

Ésta justificación, alegada por los EEMM, según el Tribunal puede acogerse cuando el objetivo del régimen fiscal nacional sea evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho del Estado a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio⁶.

No obstante, si un EM decide no someter a imposición a las sociedades beneficiarias establecidas en su territorio con respecto a este tipo de rendimientos, no puede invocar la necesidad de garantizar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los EEMM para justificar la sujeción al impuesto de las sociedades beneficiarias no residentes.

Pero, a la vez, el TJUE ha estimado que no se le puede exigir al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria que distribuye los rendimientos del capital, que garantice que los beneficios recibidos por un accionista no residente, como es el caso de las sociedades de inversión, no quedan sujetos a una doble imposición económica. Y ello, porque significaría que este Estado debería declarar los citados beneficios exentos para la sociedad que los distribuye, o bien, conceder al accionista un crédito fiscal por el impuesto pagado sobre tales beneficios por la sociedad que los distribuye. Si así fuera,

⁶ STJUE de 29 de marzo de 2009, *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04; STJUE de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, C-231/05; STJUE de 18 de junio de 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, C-303/07.

supondría que este Estado renuncia a su derecho a gravar una renta generada por una actividad económica ejercida en su territorio⁷.

No obstante, el TJUE propone una solución en estos casos. Si un EM regula la exención de los rendimientos de capital mobiliario distribuidos por una sociedad residentes a una no residente, y sin embargo, se imputa la retención efectuada en origen sobre dichos rendimientos, ese EM no tiene que renunciar a su facultad de gravar un rendimiento generado por una actividad económica ejercida en su territorio.

En relación con la posición de la Corte respecto de la justificación alegada por los EEMM sobre la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, si bien hace una referencia a jurisprudencia comunitaria, el hecho es que el Tribunal no constata ningún hecho que pueda justificar la restricción controvertida.

5. Relevancia para España

La normativa española sobre el Impuesto sobre Sociedades (RDLeg 4/2004, de 5 de marzo) contempla distintos regímenes especiales que regulan las distintas posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para invertir en sociedades residentes y, en su caso, no residentes en territorio español. Así las cosas, el ordenamiento español prevé distintas posibilidades no sólo de llevar cabo la inversión, lo que supone distintas regímenes tributarios que se pueden aplicar, en concreto, el régimen general, así como dos especiales.

Para valorar la posible relevancia de la sentencia que nos ocupa en relación con el ordenamiento español, a los efectos de la doctrina del TJUE en relación con España, el criterio de comparación sería la tributación de una sociedad de inversión residente en España y una no residente con o sin establecimiento permanente.

El Real Decreto Legislativo 5/2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (en adelante, TRLIRNR), sujeta al sistema tributario español la obtención de rentas en el territorio nacional, tanto cuando el no residente actúa con o sin establecimiento permanente. En el caso de *las sociedades de inversión no residentes* pueden llevar a cabo sus inversiones en sociedades residentes en España, y no sólo están sometidas al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (en adelante, IRNR), sino que otros factores deben tenerse en cuenta, como la existencia de un Convenio de Doble Imposición entre ambos países⁸.

Si la *sociedad de inversión actúa sin establecimiento permanente* en España, en primer lugar, tendría que aplicarse el Convenio de Doble imposición entre España y el Estado dónde resida. Ciertamente, tal y como expone la STJUE, la existencia o no del convenio no se puede tener en cuenta a la hora de determinar si existe o no una diferencia de trato que sea discriminatoria.

En el caso de que se aplique la normativa española, el IRNR sin establecimiento permanente es un tributo real que grava ciertas rentas, en concreto, los rendimientos del capital mobiliario -art. 13.1.f) del TRLIRNR-. El pago de este Impuesto se realiza en

⁷ STJUE de de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04; STJUE de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08.

⁸ En el caso de que exista un CDI, la regla general es la tributación compartida. Los dividendos pagados por una sociedad residente en un Estado pueden ser gravados en el de residencia del perceptor. El gravamen del país de la fuente no puede superar determinados porcentajes. El MOC OCDE propone el límite del 5 por 100 cuando el beneficiario es una sociedad que posea el 25 por 100 del capital de la que paga el dividendo y el 15 por 100 en los restantes casos.

estos casos mediante la retención en la fuente (*withholding tax*) a un tipo del 21 por 100. Será el Estado de residencia de la sociedad inversora el que, a tenor de la normativa interna, atenúe o elimine la doble imposición que puedan generar estos rendimientos si el Estado de residencia grava la renta mundial.

Si la *sociedad de inversión actúa a través del Establecimiento Permanente*, queda sujeta por todas las rentas que obtenga como consecuencia del ejercicio de su actividad a través del mismo. Como la actividad económica que desarrolla es la dirección y gestión de las participaciones del no residente en sociedades residentes en territorio español, los valores representativos de la participación en fondos propios de una entidad tienen que estar afectos al establecimiento permanente (en adelante, EP), siempre que sea una sucursal registrada en el Registro Mercantil. En este caso, según el artículo 1 del Reglamento del IRNR, están afectos cuando, por una parte, los activos se reflejen en los estados contables del EP y, por otra, que el EP disponga, para dirigir y gestionar esas participaciones, de la correspondiente organización de medios materiales y personales. Sin embargo, el RIRNR exige que el EP se pueda considerar como sociedad dominante, lo que supone tener una participación directa o indirecta del 70 por 100 en las sociedades dónde invierte. En caso contrario no se consideran los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad como elementos patrimoniales afectos al EP.

Así las cosas, a mi juicio, el EP tributa por los rendimientos de capital mobiliario procedentes de sociedades residentes en territorio español, así como de otras no residentes. En este caso, el régimen general aplicable para la determinación de la Base Imponible imputable al EP consiste en la aplicación de las reglas del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS). Se gravaría el beneficio contable corregido en función de los ajustes extracontables que contempla la normativa del IS, además de otros previstos específicamente en el TRLIRNR. Dentro de los ajustes previstos en la normativa del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS) sobresalen los relativos a operaciones vinculadas, para valorar las "transacciones" entre el EP y la casa central. El tipo imputable es el 30 por 100, es decir, el tipo general del IS. En este caso, el EP puede, al igual que la sociedad residente, aplicar la deducción por doble imposición del artículo 30 de la TRLIS.

Asimismo, y no podemos olvidarlo, la sociedad de inversión no residente con o sin EP puede ser socia de una Institución de Inversión Colectiva o de una ETVE residente en España con las bonificaciones y deducciones que pasamos a relatar.

El IS contempla que las *sociedades de inversión residentes en España* pueden optar, dependiendo de dónde y cómo lleven a cabo su inversión, además de otros factores personales, por el régimen tributario de las Instituciones de Inversión Colectiva -en adelante, IIC-⁹, o las Entidades de Tenencia de Valores extranjeros, con la finalidad de optimizar la inversión, así como el coste fiscal para los inversores de este tipo de sociedad. Sin embargo, no siempre es posible para una sociedad de inversión poder optar por estos regímenes especiales por los requisitos exigidos por el TRLIS. Aunque,

⁹ Las IIC son aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos para gestionarlos e invertirlos en bienes derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de resultados. Este tipo de sociedades pueden ser de carácter financiero o no financiero. Las primeras serán aquellas que tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros, y recibirán el nombre de fondos de inversión (FI) o sociedades de inversión de capital variable. Las demás IIC distintas de éstas tendrán carácter no financiero como, por ejemplo, los fondos de inversión inmobiliaria y las sociedades de inversión inmobiliaria.

ciertamente, lo inversores en la medida de lo posible optarán por los regímenes especiales. Sin embargo, si esto último no fuera el caso, tal y como veremos a continuación, tributa por el IS por el tipo general, y además, de los rendimientos de capital mobiliario que perciba -cuando estén sujetos a retención-, podrá aplicarse la deducción para evitar la doble imposición interna -artículo 30 TRLIS-, y en su caso, las retenciones realizadas a los rendimientos de capital mobiliario.

Lo fundamental del régimen especial de las IIC reside en el tipo impositivo al que están sujetas, ya que las que tienen carácter financiero tributan al 1 por 100, siempre que tengan como mínimo 100 socios o partícipes. En este caso, las IIC no tienen derecho a aplicarse ninguna deducción en la cuota del Impuesto, ni tampoco a la exención de rentas para corregir la doble imposición económica internacional. No obstante, cuando los pagos anticipados -retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados- de la IIC superen su cuota íntegra en el impuesto, tendrán derecho a obtener la devolución del exceso.

Los socios de las IIC que sean *sujetos pasivos del IS o del IRNR con establecimiento permanente*, integrarán en su base imponible las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de las acciones o participaciones en las mismas, sin poder aplicar la deducción por doble imposición de plusvalías de fuente interna. También integrarán en su base imponible los beneficios distribuidos, sin derecho en ningún caso a deducción alguna por doble imposición.

Sin embargo, en el caso de los dividendos y participación en beneficios recibidos por los socios que sean *sujetos pasivos del INRN sin establecimiento permanente*, a tenor del artículo 14.1.1) del TRLIRNR, están exentos parcialmente, ya que la exención no puede dar lugar a una tributación inferior a la que hubiera de hacerse aplicado a dichas rentas el mismo tipo de gravamen por el que tributan en el Impuesto sobre Sociedades las IIC residentes en territorio español.

Otra posibilidad de inversión para las entidades residentes, son las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, que hasta hace poco, no tenían cabida en el ordenamiento tributario español. Sin embargo, la utilización de las sociedades Holding, denominación común para las ETVE, ha sido y es normal en la práctica fiscal internacional como instrumento de planificación de la carga fiscal de los grupos societarios. Con estas entidades, se intenta atraer hacia España inversiones extranjeras que utilicen a nuestro país como puente hacia otros Estados donde se desarrolla una actividad económica o industrial, gestionando los valores de esas entidades residentes en ese país o, incluso en un cuarto Estado. Como ha señalado Martín Jiménez, se configuran “en un vehículo idóneo para planificar *joint-ventures* entre empresas españolas y extranjeras”¹⁰. Pues bien, el artículo 118 de la TRLIS regula la concesión de determinados beneficios fiscales atendiendo a dos aspectos distintos: en primer lugar, los beneficios distribuidos con cargo a las rentas exentas obtenidas por la ETVE, cuando cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 TRLIS, con independencia de que las rentas distribuidas por la ETVE procedan de entidades o de establecimientos permanentes¹¹, sitos en otros Estados, y en segundo lugar, las rentas obtenidas en la

¹⁰ Cfr. Martín Jiménez, A.: “Las entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *RTT*, nº 67, p. 95.

¹¹ Consulta de la DGT (vinculante), nº 2261/2008 de 8 de octubre (JUR/2009/480440). La DGT ha subrayado que “una interpretación finalista de la normativa requiere tener en cuenta que los requisitos que han de cumplir las rentas que obtiene una ETVE a través de una sucursal deben cumplir los mismos requisitos que los exigidos para una filial, esto es, los recogidos en el artículo 21 del TRLIS, en la medida

transmisión de las participaciones de la ETVE o en los supuestos de separación del socio o liquidación de la sociedad. A ello hay que sumarle que el régimen regulado en este artículo depende de la naturaleza jurídica del socio, según sea persona jurídica – sometido al IS-, o persona física –IRPF-, o bien sea un no residente –por lo tanto, sujeto al IRNR-.

Asimismo, la ETVE ha podido estar sujeta por la obtención de las citadas rentas a los impuestos sobre no Residentes en los Estados de las Entidades en las que participa. En este caso, el Impuesto que haya tenido que pagar en esos Estados no resulta deducible en ningún caso para la ETVE.

En el supuesto de que el perceptor del dividendo sea *una sociedad sujeta al IS, o una sociedad no residente con establecimiento permanente en España*, se prevé el derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en los términos establecidos en el artículo 30 de la LIS¹². En el caso de que el *perceptor sea un no residente –entidad o persona física- sin establecimiento permanente en España*, el beneficio que distribuye la ETVE no se entiende obtenido en territorio de aplicación del impuesto, siempre que corresponda a las rentas a las que hace referencia el artículo 117 del TRLIS¹³. Se aplica este mismo criterio en el supuesto de la distribución de la prima de emisión¹⁴.

En el caso de que el *perceptor es una entidad sujeta al IS o un establecimiento permanente sito en España de un no residente*, el legislador exige, en primer lugar, en ambos casos el cumplimiento de participación del perceptor en la ETVE establecido en el apartado 5 del art. 30 del TRLIS.

Cuando el perceptor sea *una entidad o persona física no residente en territorio español sin establecimiento permanente*, el legislador español considera que la renta correspondiente con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas del artículo 21 del TRLIS o con diferencias de valor imputables a participaciones en entidades no

en que resulten de aplicación. Esto es, los requisitos exigidos a los establecimientos permanente situados en otros países deben ser equiparados a los requisitos exigidos a las entidades participadas, de manera que, dándose tal circunstancia, las rentas distribuidas por la ETVE procedentes de los citados establecimientos permanentes pueden aplicar el régimen previsto en el artículo 118 del TRLIS”.

¹² La razón radica en que los beneficios percibidos por la ETVE, procedentes de las entidades no residentes, han tributado por un impuesto análogo al de Sociedades en el país de residencia de las no residentes y, tal y como se regula en el Impuesto sobre Sociedades, la ETVE no ha podido deducirlo. Por lo tanto, permitir que los socios puedan eliminar la doble imposición –IS español y el IS extranjero-, aunque se interponga una ETVE.

¹³ Consulta de la DGT, nº 1931/2001, de 30 de octubre (JUR/2002/104794). La aplicación de este supuesto de no sujeción tiene su fundamento en la exención de las rentas que distribuye la ETVE, es decir, el legislador considera a la entidad holding como transparente y, por lo tanto, la renta no tiene conexión con España. Es decir, no se produce el elemento territorial de su hecho imponible exigido por el artículo 12 de la TRLIRNR. Esto supone que para el inversor extranjero, los efectos fiscales no pueden ser más beneficiosos, especialmente si reside en un Estado donde tiene, a su vez, un régimen fiscal beneficioso o de baja tributación fiscal. Asimismo, con este régimen, si bien el legislador español consigue atraer la llegada de capitales extranjeros, con lo que ello implica por los efectos económicos y financieros, renuncia a cualquier tipo de recaudación.

¹⁴ Asimismo, no se entiende obtenida en España la renta que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas a que se refiere el artículo 21 o con diferencias de valor imputables a las participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos de dicho artículo para la exención de las rentas de fuente extranjera, sin perjuicio del tratamiento contemplado en los CDI que resulte de aplicación al efecto. Consulta de la DGT, nº 2306/2001, de 26 de diciembre (JUR/2002/76475).

residentes que cumplan los requisitos a que se refiere dicho artículo para la exención de las rentas de fuente extranjera, no se entienden obtenidas en territorio español¹⁵.

En definitiva, como podemos observar la legislación española trata de forma diferente a las sociedades de inversión residentes de las sociedades de inversión no residentes en España sin establecimiento permanente. Efectivamente, como hemos visto, a las sociedades de inversión no residentes con EP se les aplica un Impuesto distinto -IRNR-, aunque la determinación de la base imponible, así como el tipo de gravamen, es el mismo que para las sociedades residentes, cuando no se aplican los regímenes especiales contemplados para las ICC o las ETVE. Es necesario recordar que las entidades residentes no siempre pueden optar por este tipo de entidades.

Sin embargo, las sociedades de inversión no residentes sin establecimiento permanente, aunque tiene un trato distinto, tal y como hemos visto, a mi juicio, puede no resultar discriminatorio en todos los casos, y será necesario analizarlos uno a uno. Lo que sí parece claro es que el legislador ha optado por facilitar que las entidades no residentes de inversión colectiva reguladas por la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, cuando obtengan dividendos y participaciones sin mediación de Establecimiento Permanente en España, estas rentas estén exentas, aunque no puede dar lugar a una tributación inferior a la que hubiera resultado de haberse aplicado a dichas rentas el mismo tipo de gravamen por el que tributan en el IS las IIC residentes en territorio español¹⁶.

Y ello, porque los dos regímenes especiales, contemplan ventajas fiscales iguales, o incluso mejores que los socios residentes, en el caso de entidades no residentes, cuyo objeto social puede ser la inversión o no, con o sin establecimiento permanente que participan en entidades de inversión residentes en territorio español. En este caso, los términos de comparación son correctos y no existe, a mi juicio, discriminación alguna.

En cualquier caso, los términos de comparación deben ser entre entidades de inversión residentes y no residentes, cuando las primeras estén sujetas al régimen general del Impuesto sobre Sociedades. Y aquí, de nuevo, el régimen aplicable a ambas tipo de entidades, con independencia de la residencia y si la actuación es España es con o sin establecimiento permanente, no resulta discriminatoria.

6. Bibliografía

Adonino, P.: “Planificación fiscal internacional” en VV.AA. *Curso de Derecho Tributario Internacional* (Coord. V. Uckmar), Temis, Bogotá, 2003, Tomo I.

Calderón Carrero, J. M.: “Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y el tratamiento de las sociedades holding españolas”, *Impuestos*, 1997, tomo II.

López Berenguer, J.: “El nuevo régimen de las holding españolas. (Las denominadas entidades de tenencia de valores extranjeros)”, *CEF-Tributación*, nº 70, 2001.

¹⁵ Consulta de la DGT (vinculante), nº 475/2009, 11 de marzo (JT 2009/496). Por lo tanto, si las rentas obtenidas por el no residente que no se correspondan con beneficios o plusvalías exentas en la ETVE, si están sujetas al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. Asimismo, están sujetas las rentas del no residente en cualquier caso, si el perceptor de la renta reside en un paraíso fiscal. Ahora bien, debe admitirse la posibilidad de que, en el ámbito de los países o territorios calificados como paraísos fiscales ubicados en el ámbito de la Unión Europea, el sujeto pasivo puede probar que no está tratando de eludir el pago de los impuestos

¹⁶ Artículo 14.1.1) del RDLeg 5/2004, de 5 de marzo.

Martín Jiménez, A.: “Las entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *RTT*, nº 67, 2004.

Palacios Pérez, J.: “El tratamiento fiscal de la holding española” en VV.AA (Cordón Ezquerro), *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, Madrid, 2009.

Rodríguez Ondarza, J. A.: “La importancia de la fiscalidad internacional en un escenario económico globalizado” en VV.AA. *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, IEE, Madrid, 2003.

Ruiz Hidalgo, C. y Aneiros Pereira, J.: "El Régimen Tributario de las Sociedades Holding en España: las entidades de tenencia de valores extranjeros", *De Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en honor a Andrea Amatucci*, Vol. IV, Parte Vi, ed. Temis-Jovene, Bogotá-Napoli, 2011.