

**NUM-CONSULTA:** V1681-15

**ORGANO:** SG de Impuestos sobre el Consumo

**FECHA-SALIDA:** 28/05/2015

**NORMATIVA:** Ley 37/1992 art. 20-Uno-18º y 104-

**DESCRIPCION-HECHOS:** La mercantil consultante es una central de compra de electricidad que adquiere energía eléctrica en el mercado que luego revende a sus socios industriales; para cubrir las fluctuaciones en el precio de la electricidad suscribe contrato de derivados con terceros de cobertura de precios que se liquidan por diferencias en función de la fluctuación del precio de la energía real y el precio garantizado en el contrato.

**CUESTION-PLANTEADA:** Naturaleza de estas operaciones e incidencia en el régimen de deducción de la consultante.

**CONTESTACION-COMPLETA:**

1.- En relación con las operaciones objeto de consulta es criterio de este Centro directivo, que el análisis este tipo de derivados exige diferenciar si estos contratos tienen naturaleza financiera o no financiera en función de si la liquidación del contrato a su vencimiento dará lugar a la entrega del subyacente que constituye su objeto, en el supuesto considerado entregas de energía eléctrica, de aquellos otros cuyo subyacente es puramente financiero.

De esta forma, en aquellos contratos en los que el comprador se obliga a comprar un activo subyacente, como por ejemplo, energía eléctrica, y el vendedor a venderlo a un precio pactado (precio de futuro) en una fecha futura (fecha de vencimiento), estableciéndose como sistema de liquidación, a vencimiento, la liquidación por entrega del activo subyacente, tratándose de contratos que recaen sobre un subyacente no financiero, estamos ante operaciones de compraventa de este activo no financiero que, en el caso de que se trate de suministros de energía eléctrica, estarán sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

No obstante, cuando los contratos de derivados no incorporen esta intención de realizar una entrega o adquisición de energía eléctrica en fecha futura, como en el supuesto objeto de consulta, sino que traten de asegurar un determinado precio del subyacente como salvaguarda de las oscilaciones del precio del mercado aunque se referencien y liquiden en relación con el precio de un subyacente físico, como el precio de la energía constituyen una operación puramente financiera.

Estas operaciones financieras constituyen prestaciones de servicios que, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.Uno.18º, letra k), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre), que establece que estarán exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido:

k) Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores no mencionados en las letras anteriores de este número, con excepción de los siguientes:

a') Los representativos de mercaderías.

(...):”.

2.- Por otra parte, estas operaciones financieras exentas que se liquidan por diferencias deben analizarse a efectos de su incidencia en el régimen de deducción de la consultante.

En efecto, en relación con el derecho a la deducción, el artículo 94 de la Ley 37/1992 establece que los sujetos pasivos podrán deducir las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido en la medida en que los bienes o servicios, se utilicen por el sujeto pasivo en la realización de entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

No obstante, si el sujeto pasivo efectuara conjuntamente entregas de bienes o prestaciones de servicios que originen el derecho a la deducción y otras operaciones de análoga naturaleza que no habiliten para el ejercicio del citado derecho deberá aplicar la regla de la prorrata de deducción en los términos previstos en los artículos 102 y siguientes de la Ley del Impuesto, pudiendo optar el sujeto pasivo por la aplicación de la prorrata especial cuando no fuera obligatoria o, en su caso, aplicar la prorrata general, que también deberá tenerse en cuenta en relación con la deducción de los bienes y servicios sólo en parte utilizados por la consultante en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción, cuando aplique la prorrata especial de deducción.

En relación con el cálculo de la prorrata general, el apartado tres del artículo 104 de la Ley 37/1992, señala una serie de partidas que no han de computarse en ninguno de los términos del porcentaje de prorrata, citando en su número 4º las siguientes:

"Las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo.

En todo caso se reputará actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo la de arrendamiento.

Tendrán la consideración de operaciones financieras a estos efectos las descritas en el artículo 20, apartado uno, número 18º de esta Ley, incluidas las que no gocen de exención".

A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 104.Tres.4º de la Ley 37/1992 es transposición al derecho interno del artículo 174.2.b) de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, según el cual para el cálculo de la prorrata de deducción se excluirá "la cuantía del volumen de negocios relativo a las operaciones accesorias inmobiliarias y financieras".

En consecuencia, el derecho a la deducción de cuotas soportadas con ocasión de la adquisición de bienes y servicios, exige que quien las haya soportado realice actividades económicas, es decir, actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, en cuanto comportan la realización de operaciones que impliquen la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

Por ello, en lo que aquí interesa, se trataría de actuar en dos etapas, una primera consistente en determinar si las operaciones financieras realizadas por la consultante pueden considerarse como actividad financiera y, en caso de respuesta afirmativa, en una segunda etapa, determinar si dichas operaciones financieras pueden considerarse como actividad empresarial no habitual o accesoria en los términos de la Directiva.

3.- En relación con la primera cuestión, este Centro directivo se ha pronunciado en las consultas V2335/2008, de 19 de octubre y V1090/2010 de 24 mayo, relativas a las operaciones efectuadas en las subastas CESUR en el mercado a plazo de la electricidad, según regulación del Real Decreto 302/2011, de 4 de marzo, sobre la naturaleza de las operaciones financieras que se liquidan por diferencias, estableciendo en la consulta vinculante V2335/2008 lo siguiente:

“Cuestión distinta es determinar la naturaleza de estas liquidaciones diarias cuando se refieren a contratos de futuro de naturaleza financiera. Hay que tener en cuenta que estos contratos sobre derivados financieros incorporan la liquidación por diferencias como una propia consecuencia de su naturaleza contractual pero su finalidad es dotar de liquidez al mercado a plazo. En este sentido, las entidades que participan en el mercado a plazo deben aportar unas determinadas garantías para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus posiciones, pero como ya se ha señalado, la liquidación la realiza la entidad gestora que tiene la condición de cámara de compensación.

De las especiales circunstancias del mercado descrito y de su funcionamiento cabe concluir, a la vista de la información aportada que, estas liquidaciones de efectivo, no son contraprestación de ninguna operación sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Del propio tenor literal de la consulta se desprende que las especiales circunstancias del mercado de la electricidad justifican un tratamiento separado, de donde se puede concluir que dichos criterios no resultan extensivos a otros mercados financieros cuya regulación difiere del aplicable en el mercado de la electricidad.

Debe tenerse en cuenta que las operaciones financieras objeto de consulta, aunque tratan de asegurar las fluctuaciones del precio de la energía eléctrica, no se vinculan al mercado de la electricidad en los términos señalados en la referida consulta vinculante V2335/2008 y, por tanto, su liquidación estará sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido constituyendo actividad financiera realizada por la consultante que estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido.

4.- En segundo lugar, respecto de la habitualidad, o accesoriedad en los términos de la Directiva de estas operaciones financieras para la consultante, es importante señalar que la Directiva 2006/112/CEE no contiene una definición de “operaciones accesorias”. La Ley 37/1992 traspuso el concepto mediante la alusión a operaciones no habituales si bien tampoco estableció una definición de las mismas, limitándose a aclarar que las operaciones de arrendamiento se consideran como operaciones habituales.

El Diccionario de la Real Academia Española define lo accesorio como “aquello que depende del principal o se le une por accidente”. La aplicación de este concepto a la Directiva y la Ley 37/1992 significaría que las operaciones accesorias analizadas no estén directamente incluidas en la actividad principal pero guardan una estrecha relación con ella y que las mismas, en volumen, no deberían superar al de la actividad principal.

De ello se deduce que, en principio, las operaciones accesorias deben cumplir dos requisitos acumulativos. El primero, de carácter cualitativo, es la existencia de cierta relación con la actividad principal, y el segundo, de carácter cuantitativo, es que dichas operaciones no sean más importantes que aquélla.

La valoración del cumplimiento de estos requisitos es una cuestión fáctica que dependerá como ya se ha avanzado de cada caso concreto. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recogida, entre otras en la Sentencia de 29 de abril de 2004, EDM, en el Asunto C-77/01, en la que el Tribunal analizó un supuesto de una entidad que tenía

como actividad principal la gestión de sus participaciones y la investigación científica y tecnológica en el sector minero con vistas a invertir en dicho sector, se extraen las siguientes conclusiones en relación con los requisitos señalados:

En relación con el requisito cualitativo, la sentencia indica que se deberá valorar si las operaciones financieras suponen una utilización muy limitada de bienes o servicios por los que se debe pagar el Impuesto.

En cuanto al requisito cuantitativo admite una mayor flexibilización pues señala que “la magnitud de los ingresos generados por las operaciones financieras comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva puede constituir un indicio de que estas operaciones no deben considerarse accesorias. Sin embargo, el hecho de que tales operaciones generen ingresos superiores a los producidos por la actividad indicada como principal por la empresa de que se trata no puede excluir, por sí solo, la calificación de aquéllas como «operaciones accesorias».” Menciona que debe entenderse al ciclo propio de la actividad de una empresa, pues el hecho que en determinados periodos puntuales un sujeto pasivo obtenga ingresos financieros superiores a los de su actividad principal no debe excluirlos automáticamente del concepto de operaciones accesorias en el buen entender que en la mayoría de los años de actividad esta situación sería la contraria.

En definitiva, que será la valoración conjunta de ambos requisitos, en cada caso concreto, la que permita determinar la accesoriedad o no de las operaciones.

La aplicación de los criterios señalados al supuesto consultado, determina que las operaciones objeto de consulta constituyen operaciones sujetas y exentas del Impuesto que han de considerarse habituales para la consultante y que, en consecuencia, deberán tenerse en cuenta a efectos de la determinación del régimen de deducción de la consultante y, en particular, a efectos del cálculo de la prorrata general de deducción a que se refiere el artículo 104 de la Ley 37/1992.

5.- Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.