

NUM-CONSULTA V4169-15

ORGANO SG de Impuestos sobre el Consumo

FECHA-SALIDA 30/12/2015

NORMATIVA Ley 37/1992 art. 5 y 163

DESCRIPCION-HECHOS La consultante es una entidad holding que presta servicios de gestión, asesoramiento y financieros a sus filiales. Los referidos servicios son repercutidos según un criterio de imputación de costes determinado en virtud de un acuerdo de previo de valoración presentado a la Administración tributaria.

CUESTION-PLANTEADA Dedución del IVA soportado por la entidad.

CONTESTACION-COMPLETA 1.- El concepto de empresario o profesional se regula en el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE del 29 de diciembre), conforme al cual tienen esta condición:

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

El concepto de actividad empresarial o profesional se define por el apartado dos del mismo artículo 5, conforme al cual tienen esta condición las actividades que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

La jurisprudencia esencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las sociedades holding se contiene, inicialmente, en la sentencia de 20 de junio de 1991, Asunto C-60/90, Polysar Investments y, posteriormente, en la de 6 de febrero de 1997, Asunto C-80/95, Harnas & Helm.

En la sentencia de 20 de junio de 1991, el Tribunal analizó la sujeción al Impuesto de la mera tenencia y adquisición de participaciones sociales, concluyendo lo siguiente en el apartado 13:

“La mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, lo que daría a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, depende de la mera propiedad del bien.”.

En el apartado 14, el Tribunal señala que “distinto es el caso cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la adquisición de participación, sin perjuicio de los derechos que ostente el titular de las participaciones en su calidad de accionista o socio”, concluyendo que “no tiene la calidad de sujeto pasivo del IVA, y, por tanto, no tiene derecho a deducir, según el artículo 17 de esta Sexta Directiva, una sociedad holding cuyo único objeto es la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa o indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio

de los derechos de que sea titular dicha sociedad en su calidad de accionista o socio. (...).”.

A las mismas conclusiones llegó el Tribunal en su sentencia de 6 de febrero de 1997 cuando se trata de la tenencia de valores de renta fija.

Según se describe en la sentencia, Harnas, con domicilio en Ámsterdam, poseía acciones y obligaciones emitidas por organismos y empresas establecidos en los Estados Unidos de América y en Canadá. La cuestión planteada al Tribunal en este caso era la posible extensión de las consideraciones que ya se han analizado en relación con la sentencia Polysar a la tenencia de obligaciones o de títulos de renta fija.

Las conclusiones para este asunto fueron presentadas por el Abogado General el 7 de noviembre de 1996. Al respecto, resulta relevante señalar la referencia al pronunciamiento que se había producido previamente por parte del órgano jurisdiccional de los Países Bajos, al que se alude en las Conclusiones. Señalaba este órgano que “la adquisición de obligaciones no podía calificarse de concesión de crédito, aunque la emisión de las obligaciones sirva para cubrir las necesidades financieras del deudor: en efecto, en primer lugar, al elegir cubrir sus necesidades financieras mediante la emisión de obligaciones, el prestatario desea crear un título que pueda resultar interesante en el mercado financiero para un amplio círculo de personas, debido al hecho de cada interesado puede situar y desplazar fácilmente su dinero en el momento en que lo desea.”.

A partir de esta consideración, primero al Abogado General y después al Tribunal descartaron que la tenencia de títulos de renta fija pudiera ser considerada como propia de una actividad empresarial; se trataba de títulos anónimos, no nominativos, por tanto, no cabía la identificación del prestador del hipotético servicio de préstamo que se documenta en el título valor.

En cuanto a la apreciación del Abogado General, en el apartado 27 señala, por referencia a la sentencia Polysar, que en ella “El Tribunal de Justicia fue manifiestamente influido por el punto de vista del Abogado General Sr. Van Gerven, quien declaró en sus conclusiones que, en los asuntos Rompelman y Van Tiem, «no se trataba tan sólo de una inversión, es decir, de la adquisición de un bien (...), porque el bien adquirido de esta forma se había puesto más tarde a disposición de un tercero previa contraprestación». Seguidamente, efectuó una distinción entre la adquisición de un bien, por una parte, y su puesta a disposición, por otra, a efectos de determinar si dicho bien fue objeto de una explotación (...).” Sigue en el apartado 30 afirmando que “a mi juicio, el Tribunal de Justicia simplemente decidió que la adquisición de acciones que, por su propia naturaleza, implica la posibilidad de percibir dividendos, no podía considerarse por sí misma como una explotación económica a efectos del apartado 2 del artículo 4 de la Sexta Directiva; en otros términos, aunque la percepción de un dividendo apenas difiere, en términos financieros, del cobro de un alquiler pagado por un arrendatario, la naturaleza económica de las actividades subyacentes que los originan difiere.”.

El apartado 31 de sus Conclusiones continúa diciendo que “El Tribunal de Justicia no afirmó que la adquisición de acciones no sea intrínsecamente una actividad económica, en el sentido de que no esté relacionada, de manera general, con la economía, ni, de modo más

específico, con el ejercicio de una actividad comercial. Me parece más bien que el Tribunal de Justicia quiso decir que el mero hecho de adquirir acciones y ser propietario de las mismas no constituye un vínculo suficiente con el ejercicio de una actividad comercial para constituir una actividad económica en el sentido de la Sexta Directiva.”.

Por su parte, el Tribunal, en los apartados 18 a 20 de la sentencia concluye lo siguiente:

“18. Procede señalar, como ha hecho el Gobierno neerlandés, que la actividad de un tenedor de obligaciones puede definirse como una forma de inversión que no excede de la naturaleza de la mera gestión de un patrimonio. La renta producida por las obligaciones es consecuencia de la mera tenencia de las mismas, que da derecho al cobro de intereses. En estas circunstancias, los intereses percibidos no pueden considerarse como la contraprestación de una operación o actividad económica realizada por el tenedor de las obligaciones, dado que derivan de la mera propiedad de dichas obligaciones.

19. Por lo tanto, no existe razón alguna para tratar de modo diferente la tenencia de obligaciones y la de acciones (...).

20. Por consiguiente, procede responder (...) que la mera adquisición en propiedad y la mera tenencia de obligaciones, que no contribuyen a otra actividad empresarial, y la percepción del rendimiento de las mismas no deben considerarse actividades económicas que confieran al autor de dichas operaciones la condición de sujeto pasivo.”.

Ambos pronunciamientos aclaran, pues, la no sujeción al Impuesto de la operación consistente en la mera adquisición y tenencia de valores y títulos de renta fija que no contribuye a otra actividad empresarial, concluyendo el Tribunal que la realización de las mismas no atribuye la condición de empresario o profesional.

Estos criterios han sido resumidos recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 de septiembre de 2012, asunto 496/11, Portugal Telecom, en donde se dispuso, en relación con una entidad holding, lo siguiente:

“31 A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no tiene la condición de sujeto pasivo del IVA, a efectos del artículo 4 de la Sexta Directiva, y no tiene derecho a deducir, según el artículo 17 de la misma Directiva, una sociedad holding cuyo único objeto es la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa ni indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos de que sea titular dicha sociedad holding en su calidad de accionista o socio (véanse las sentencias de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands, C 60/90, Rec. p. I 3111, apartado 17; de 14 de noviembre de 2000, Floridienne y Berginvest, C 142/99, Rec. p. I 9567, apartado 17, y de 27 de septiembre de 2001, Cibo Participations, C 16/00, Rec. p. I 6663, apartado 18).

32 La mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un

bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (véanse las sentencias de 22 de junio de 1993, Sofitam, C 333/91, Rec. p. I 3513, apartado 12; de 6 de febrero de 1997, Harnas & Helm, C 80/95, Rec. p. I 745, apartado 15, y Cibo Participations, antes citada apartado 19).

33 El caso es distinto cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la toma de participación, sin perjuicio de los derechos que ostente el titular de la participación por su condición de accionista o socio (sentencias, antes citadas, Polysar Investments Netherlands, apartado 14; Floridienne y Berginvest, apartado 18; Cibo Participations, apartado 20, y de 29 de octubre de 2009, SKF, C 29/08, Rec. p. I 10413, apartado 30).

34 La intervención de una sociedad holding en la gestión de las sociedades en las que participa constituye una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva en la medida en que implique la realización de operaciones sujetas al IVA con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por la sociedad holding a sus filiales (sentencia Cibo Participations, antes citada, apartado 22).”.

En consecuencia, la condición de empresario o profesional de una entidad holding vendrá delimitada por la actividad realizada por la misma, es decir, si se trata de una “holding pura” o mera tenedora de participaciones, o si, por el contrario, se trata de una “holding mixta” con intervención en la gestión de tales participaciones.

De la propia jurisprudencia del Tribunal puede determinarse que la tenencia de participaciones sí supondrá el ejercicio de una actividad económica sujeta al Impuesto, cuando la misma suponga una intervención directa o indirecta en la actuación de la entidad participada, de acuerdo con los siguientes criterios:

1º. Por intervención directa o indirecta en la actuación de la sociedad participada ha de entenderse la prestación de servicios a dicha sociedad, sin que la influencia que una participación societaria suficientemente elevada pueda suponer, deba llevar a la conclusión de que efectivamente se produce dicha participación. La existencia de prestaciones de servicios entre el accionista de una entidad y dicha entidad requiere algo más, no siendo suficiente el hecho de que sea el accionista quien decida quienes son los administradores o consejeros de la entidad, o incluso sus directivos.

2º. Las operaciones en función de las cuales se debe apreciar la existencia de prestaciones de servicios tales que permitan atribuir la condición de empresario o profesional a la entidad holding son las operaciones de la citada sociedad holding.

3º. Existiendo dichas prestaciones de servicios, no cabe considerar los dividendos como contraprestación de las mismas. Únicamente en

aquellos casos en los que se pudiera acreditar que el accionista ha utilizado su capacidad de influencia en la sociedad participada para alterar la valoración de las operaciones se podría llegar a una conclusión diferente.

4º. Ha de estarse a la verdadera naturaleza de las operaciones, evitando por tanto que una participación accionarial suficientemente elevada altere, a través de su capacidad de influencia en las decisiones de la entidad participada, dicha naturaleza.

5º. Los servicios prestados por un accionista a la entidad en cuyo capital participa han de ser servicios en los que se utilice el patrimonio empresarial o profesional. En la medida en que dichos hipotéticos servicios se presten al margen de dicho patrimonio o actividad empresarial, no cabe la inclusión de los mismos en el ámbito de aplicación del tributo.

De los datos aportados en el escrito de consulta resulta que la entidad consultante desarrolla actividades de naturaleza económica, de gestión de participaciones de sus filiales, y de administración de emisiones. La prestación de tales servicios permiten considerar a la entidad como una sociedad "holding mixta" con la condición de empresario o profesional.

2.- Una vez determinada la condición de holding mixta, la consultante desea conocer si puede deducir el Impuesto soportado en la adquisición de bienes y servicios para el ejercicio de su actividad y, en su caso, en qué porcentaje.

El derecho a la deducción de las entidades holding mixtas ha sido objeto de estudio por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en distintas sentencias, entre las que por su especificidad se pueden destacar, la de 27 de septiembre de 2001, Cibo Participaciones, SA Asunto C-16/100 y la de 15 de julio de 2015, Larentia y Minerva, Asunto 108/14 y 109/14.

Así, en la sentencia de 27 de diciembre de 2001, el Tribunal determinó lo siguiente:

"31 De dicho principio, así como de la regla según la cual para originar el derecho a la deducción los bienes adquiridos o los servicios obtenidos deben estar directa e inmediatamente relacionados con las operaciones por las que se repercute el IVA que den derecho a la deducción, resulta que el derecho a deducir el IVA que haya gravado tales bienes o servicios presupone que los gastos en que se haya incurrido para su adquisición u obtención deben haber formado parte de los elementos constitutivos del precio de las operaciones por las que se repercute el IVA que den derecho a la deducción. Por lo tanto, dichos gastos deben formar parte de los costes de tales operaciones que utilizan los bienes adquiridos o los servicios obtenidos (véanse las sentencias Midland Bank, apartado 30, y Abbey National, apartado 28, antes citadas).

32 Es necesario señalar que no existe relación directa e inmediata entre los distintos servicios utilizados por una sociedad holding en relación con la adquisición de participaciones en una filial y una o varias operaciones por las que se repercute el IVA que den derecho a

la deducción. En efecto, el importe del IVA pagado por la sociedad holding sobre los gastos correspondientes a dichos servicios no grava directamente los distintos elementos constitutivos del precio de tales operaciones realizadas por dicha sociedad. Esos gastos no forman parte de los costes de las operaciones por las que se repercute el IVA que utilizan dichos servicios.

33 En cambio, los costes de tales servicios forman parte de los gastos generales del sujeto pasivo y, como tales, son elementos integrantes del precio de los productos de una empresa. Por consiguiente, tales servicios presentan en principio una relación directa e inmediata con la actividad económica del sujeto pasivo en su conjunto (véanse las sentencias, BLP Group, apartado 25, Midland Bank, apartado 31, y Abbey National, apartados 35 y 36, antes citadas).

34 A este respecto, del artículo 17, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva resulta que, si un sujeto pasivo utiliza bienes y servicios para realizar indistintamente operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conllevan tal derecho, únicamente puede deducir la parte de las cuotas del IVA que sea proporcional a la cuantía de las operaciones mencionadas en primer lugar.

35 Procede por tanto responder a la tercera cuestión prejudicial que los gastos efectuados por una sociedad holding por los distintos servicios utilizados en relación con la adquisición de participaciones en una filial forman parte de sus gastos generales y, por consiguiente, presentan en principio una relación directa e inmediata con el conjunto de su actividad económica. En consecuencia, si la sociedad holding realiza indistintamente operaciones con derecho a deducción y operaciones que no conllevan tal derecho, del artículo 17, apartado 5, párrafo primero, de la Sexta Directiva resulta que únicamente puede deducir la parte de las cuotas del IVA que sea proporcional a la cuantía de las operaciones mencionadas en primer lugar.”.

Estos mismos criterios han sido ratificados recientemente en la sentencia de 15 de julio de 2015 en dónde el Tribunal dispone lo siguiente:

“28 En el presente asunto, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que, en los litigios principales, las sociedades de cartera están sujetas a IVA por la actividad económica que constituyen las prestaciones a título oneroso a sus filiales. En consecuencia, el IVA abonado sobre los gastos de adquisición de dichos servicios debería deducirse íntegramente, salvo que las operaciones por las que se repercute el IVA estén exentas en virtud de la Sexta Directiva, en cuyo caso el derecho a deducción sólo debería operarse según lo establecido en el artículo 17, apartado 5, de la misma Directiva.

29 Por tanto, únicamente en el supuesto en que el órgano jurisdiccional remitente determine que las participaciones que resultan de las operaciones en capital efectuadas por las sociedades de cartera de que se trata en los litigios principales han sido afectadas en parte a otras filiales en cuya gestión no intervienen esas sociedades de capital, como se contempla en la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, el IVA abonado por los gastos de esas operaciones sólo puede deducirse parcialmente. En efecto, en ese caso, la mera tenencia de sus participaciones en esas filiales no puede considerarse como una actividad económica de esas sociedades de cartera y procede repartir el IVA soportado entre el relacionado con las actividades económicas y el relacionado con las actividades no

económicas de éstas.

30 En esas circunstancias, los Estados miembros están autorizados para aplicar, en su caso, bien un criterio de reparto que atienda a la naturaleza de la inversión, bien un criterio que atienda a la naturaleza de la operación, o bien cualquier otro criterio adecuado, sin estar obligados a limitarse a uno solo de estos métodos (sentencia *Securenta*, C 437/06, EU:C:2008:166, apartado 38).“.

En consecuencia con la doctrina del Tribunal procede responder que la entidad holding consultante tendrá, en principio, derecho a la deducción del IVA soportado en la adquisición de bienes y servicios que se destinen a la prestación de los servicios objeto de consulta a todas sus entidades filiales, en el marco del ejercicio de una actividad empresarial o profesional en los términos señalados.

Por el contrario, en el caso de que no participara en la gestión de alguna de ellas, deberá adoptar un criterio de reparto del Impuesto soportado en la medida que realizase actividades económicas y no económicas.

En este sentido, del escrito de consulta parece deducirse que la entidad consultante participa en la gestión de todas sus filiales repercutiendo a las mismas la totalidad de sus costes directos e indirectos según un acuerdo previo de valoración presentado ante la Administración tributaria. De esta forma, puede concluirse que la totalidad de su actividad queda sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, actividad que se concreta en la realización de las prestaciones de servicios objeto de consulta.

En estas circunstancias, la consultante podrá deducir todo el IVA soportado en la adquisición de los referidos bienes y servicios con los requisitos y limitaciones que para la deducción del Impuesto por el sujeto pasivo se establecen en el Título VIII de la Ley 37/1992.

3.- Por otra parte, dentro de las actividades sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido que realiza la consultante, junto a su actividad de apoyo a la gestión y asesoramiento de sus entidades filiales, realiza una actividad financiera consistente en la concesión de préstamos y avales a dichas entidades. Se plantea la consultante si tal actividad debe o no incluirse en la prorrata de su actividad.

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 incorporeal 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 accesorias en los términos de la Directiva.

En relación con la primera cuestión, es preciso señalar los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia.

Así, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de noviembre de 2000 (Floridienne y Berginvest, C-142/99), analizó un supuesto en el que las entidades demandantes intervenían en las filiales prestándoles servicios administrativos, contables e informáticos y les concedían préstamos para la financiación de sus actividades. Floridienne y Berginvest recibían de sus filiales los dividendos producidos de sus participaciones en ellas y los intereses de los referidos préstamos.

Por lo que respecta a los intereses que una sociedad holding percibe de los préstamos que concedió a sus filiales el apartado 28 de la sentencia señaló lo siguiente:

"28 Para que la actividad de una sociedad holding consistente en poner un capital a disposición de sus filiales pueda considerarse una actividad económica en sí misma, consistente en la explotación de dicho capital con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo en forma de intereses, es preciso que dicha actividad no se ejerza sólo a título ocasional y que no se limite a la gestión de una cartera de inversiones al modo de un inversor privado (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 1996, Wellcome Trust, C-155/94, Rec. p. I-3013, apartado 36, y de 26 de septiembre de 1996, Enkler, C-230/94, Rec. p. I-4517, apartado 20), sino que se efectúe en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos."

Asimismo, conviene destacar la Sentencia de 29 de abril de 2004

(EDM, C-77/01), en la que el Tribunal analizó un supuesto en el que, según el órgano jurisdiccional remitente, la entidad demandante 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. Además de los intereses percibidos por los préstamos concedidos a las sociedades participadas, EDM realizaba ventas de valores negociables, acciones y participaciones en fondos de inversión, y otras operaciones financieras temporales, intereses producidos por depósitos bancarios y por valores, como bonos del tesoro y certificados de depósito, así como rendimientos de colocaciones en fondos de inversión.

En lo que a esta contestación interesa, intereses financieros producidos por depósitos bancarios, el Tribunal de Justicia dispuso lo siguiente:

“65 En cambio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los intereses percibidos por un holding como remuneración de los préstamos concedidos a las sociedades en las que posee participaciones no pueden excluirse del ámbito de aplicación del IVA, ya que el pago de dichos intereses no resulta de la mera propiedad del bien, sino que constituye la contraprestación de la puesta a disposición de un capital en beneficio de un tercero (véase, en este sentido, la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, apartado 17).

66 Respecto a la cuestión de si, en tal situación, un holding realiza dicha prestación de servicio en calidad de sujeto pasivo, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 18 de la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, que una persona actúa como sujeto pasivo cuando efectúa operaciones que constituyen la prolongación directa, permanente y necesaria de su actividad imponible, tales como la percepción por un administrador de comunidades de propietarios de los intereses producidos por el depósito de las cantidades que recibe de sus clientes en el marco de la administración de fincas pertenecientes a éstos.

67 Esto ocurre a fortiori cuando las operaciones de que se trata se efectúan en el contexto de unos objetivos empresariales o con una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos.

68 Ahora bien, es preciso señalar que una empresa actúa así cuando utiliza fondos que forman parte de su patrimonio para realizar prestaciones de servicios que constituyen una actividad económica en el sentido de la Sexta Directiva, tales como la concesión de préstamos remunerados por un holding a sociedades en las que posee participaciones, bien se concedan estos préstamos como ayuda económica a dichas sociedades, bien como depósito de excedentes de tesorería o por otras razones.

69 Tampoco pueden excluirse del ámbito de aplicación del IVA los intereses abonados a una empresa como remuneración de depósitos bancarios o de inversiones en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, dado que los intereses abonados no se derivan de la mera propiedad del bien, sino que constituyen la contraprestación de la puesta a disposición de un capital en beneficio

de un tercero (véase, en este sentido, la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, apartado 17). Del apartado anterior se desprende que una empresa actúa como sujeto pasivo cuando utiliza de este modo fondos que forman parte de su patrimonio.

70 Por consiguiente, es preciso señalar que la concesión anual por un holding de préstamos remunerados a las sociedades en las que posee participaciones y sus inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, constituyen actividades económicas efectuadas por un sujeto pasivo que actúa como tal, en el sentido de los artículos 2, punto 1, y 4, apartado 2, de la Sexta Directiva.“.

En consecuencia el Tribunal de Justicia exige para la consideración de determinadas operaciones financieras como actividad empresarial que las mismas se realicen conforme a objetivos empresariales o con una finalidad comercial, en especial rentabilizar los capitales invertidos.

La búsqueda de objetivos comerciales debe entenderse en el sentido de la existencia de un conjunto de medios humanos y logísticos permanentes y organizados que superen en importancia a los medios propios utilizados por un mero inversor privado.

Del escrito de consulta resulta que la entidad consultante está dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas en el epígrafe 842 relativo a “Servicios financiero y contables” y cuya actividad consiste en la concesión de préstamos a las entidades participadas como consecuencia de la colocación de los excedentes de tesorería y de los ingresos recurrentes derivados de los avales.

De lo anterior, se puede concluir que los intereses abonados por esta actividad constituyen la puesta a disposición de un capital en beneficio de un tercero a través de la necesaria organización por lo que deben incluirse dentro del ámbito de aplicación del Impuesto.

4.- Una vez determinado el carácter de actividad económica de la actividad financiera realizada por la consultante, procede analizar en una segunda etapa si estas operaciones financieras tienen la consideración de accesorias o no habituales a efectos de su inclusión en el porcentaje de prorrata de deducción.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia EDM, anteriormente citada, analiza esta segunda etapa, concluyendo lo siguiente:

“76 En efecto, como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 21 de la sentencia Régie dauphinoise, antes citada, si todos los resultados de las operaciones financieras del sujeto pasivo que tienen relación con una actividad imponible tuvieran que incluirse en dicho denominador, aun cuando la obtención de tales resultados no implique ningún empleo de bienes o de servicios por los que debe pagarse el IVA o, por lo menos, sólo implique una utilización muy limitada de estos bienes o servicios, se falsearía el cálculo de la deducción.

77 A este respecto, es preciso destacar que la magnitud de los

ingresos generados por las operaciones financieras comprendidas en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva puede constituir un indicio de que estas operaciones no deben considerarse accesorias en el sentido del artículo 19, apartado 2, segunda frase, de la Sexta Directiva. 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» en el sentido de dicha disposición. En efecto, como ha señalado acertadamente la Comisión, en una situación como la del litigio principal, en la que la actividad de prospección tiene una rentabilidad sólo a medio plazo incluso puede revelarse no rentable y el volumen de negocios relativo a las operaciones que conlleven el derecho a la deducción puede resultar, en consecuencia, muy limitado, la inclusión de dichas operaciones por razón únicamente del volumen de los ingresos que producen tiene como efecto, precisamente, falsear el cálculo de la deducción.

78 De lo anterior se deriva que la concesión anual de préstamos por un holding a las sociedades en las que posee participaciones y las inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito han de considerarse operaciones accesorias en el sentido del artículo 19, apartado 2, segunda frase, de la Sexta Directiva, en la medida en que estas operaciones sólo suponen una utilización muy limitada de bienes o de servicios por los que debe pagarse el IVA. A este respecto, aunque la magnitud de los ingresos generados por las operaciones financieras comprendidas en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva pueda constituir un indicio de que estas operaciones no deben considerarse accesorias en el sentido de dicha disposición, el hecho de que tales operaciones generan 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».

79 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si las operaciones de que se trata en el asunto principal sólo suponen una utilización muy limitada de bienes o de servicios por los que debe pagarse el IVA y, en su caso, excluir los intereses generados por tales operaciones del denominador de la fracción utilizada para el cálculo de la prorrata de deducción.“.

Por tanto, la delimitación del concepto de operaciones accesorias o no habituales, según la ley del Impuesto, exige analizar las circunstancias concretas en cada supuesto.

Por ello, el carácter accesorio o no habitual de las operaciones financieras ha de ser analizado en relación con el objeto del tráfico del empresario o profesional que realice las operaciones, de forma que cuando dichas operaciones constituyan para éste una actividad accesorio, residual o marginal, entonces no se procederá a incluir el importe correspondiente en los términos del porcentaje de prorrata. Por el contrario, cuando el empresario o profesional desarrolle tanto una actividad principal en cuanto a su objeto como otra actividad de carácter financiero, entonces el volumen de negocios correspondiente a esta segunda habrá de ser considerado a efectos de deducciones en la forma que proceda.

En el presente caso, la cuestión se circunscribe a determinar si las

operaciones financieras de concesión de préstamos y avales a filiales constituyen una actividad empresarial habitual o, por el contrario, se trata de operaciones marginales con la consecuencia de no resultar computables en el porcentaje de prorrata general.

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.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la citada sentencia EDM, ha establecido determinadas pautas para valorar la accesoriedad.

Así 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».” Mención 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.

En el supuesto consultado se puede concluir que las operaciones de concesión de préstamos y avales son operaciones sujetas y exentas del Impuesto que han de considerarse habituales o accesorias en la medida en la concesión de avales se produce de forma recurrente en el tiempo, aunque su importe cuantitativo no sea relevante, y la concesión de préstamos está ínsita en la propia gestión de las entidades filiales. Se trata pues de una actividad accesoria relacionada con su actividad principal pues resulta evidente que la labor de gestión de las filiales se realiza también a través de la concesión, en su caso, de préstamos así como avales para su actividad.

Por tanto cabe concluir, que a efectos de deducciones, se trata de una operación accesoria en relación con su actividad principal.

5.- Por otra parte, el apartado uno del artículo 101 de la Ley del Impuesto establece lo siguiente:

“Uno. Los sujetos pasivos que realicen actividades económicas en sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional deberán aplicar separadamente el régimen de deducciones respecto de cada uno de ellos.

La aplicación de la regla de prorrata especial podrá efectuarse independientemente respecto de cada uno de los sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional determinados por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, número 1.º, letra c), letras a´), c´) y d´) de esta Ley.

Los regímenes de deducción correspondientes a los sectores diferenciados de actividad determinados por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, número 1.º, letra c), letra b´) de esta Ley se regirán, en todo caso, por lo previsto en la misma para los regímenes especiales simplificado, de la agricultura, ganadería y pesca, de las operaciones con oro de inversión y del recargo de equivalencia, según corresponda.

Cuando se efectúen adquisiciones o importaciones de bienes o servicios para su utilización en común en varios sectores diferenciados de actividad, será de aplicación lo establecido en el artículo 104, apartados dos y siguientes de esta Ley, para determinar el porcentaje de deducción aplicable respecto de las cuotas soportadas en dichas adquisiciones o importaciones, computándose a tal fin las operaciones realizadas en los sectores diferenciados correspondientes y considerándose que, a tales efectos, no originan el derecho a deducir las operaciones incluidas en el régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca o en el régimen especial del recargo de equivalencia.

Por excepción a lo dispuesto en el párrafo anterior, no se tendrán en cuenta las operaciones realizadas en el sector diferenciado de actividad de grupo de entidades. Asimismo y, siempre que no pueda aplicarse lo previsto en dicho párrafo, cuando tales bienes o servicios se destinen a ser utilizados simultáneamente en actividades acogidas al régimen especial simplificado y en otras actividades sometidas al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca o del recargo de equivalencia, el referido porcentaje de deducción a efectos del régimen simplificado será del 50 por ciento si la afectación se produce respecto de actividades sometidas a dos de los citados regímenes especiales, o de un tercio en otro caso.”.

A estos efectos, los sectores diferenciados de actividad se determinarán conforme a lo previsto por el artículo 9, número 1º letra c) de la Ley 37/1992, según el cual, se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional los siguientes:

“a) Aquellos en los que las actividades económicas realizadas y los regímenes de deducción aplicables sean distintos.

Se considerarán actividades económicas distintas aquellas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no se reputará distinta la actividad accesoria a otra cuando, en el año precedente, su volumen de operaciones no excediera del 15 por 100 del de esta última y, además, contribuya a su realización. Si no se hubiese ejercido la actividad accesoria durante el año precedente, en el año en curso el requisito relativo al mencionado porcentaje será aplicable según las previsiones razonables del sujeto pasivo, sin perjuicio de la regularización que proceda si el porcentaje real excediese del límite indicado.

Las actividades accesorias seguirán el mismo régimen que las actividades de las que dependan.

Los regímenes de deducción a que se refiere esta letra a) se considerarán distintos si los porcentajes de deducción, determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, que resultarían aplicables en la actividad o actividades distintas de la principal difirieran en más de 50 puntos porcentuales del correspondiente a la citada actividad principal.

La actividad principal, con las actividades accesorias a la misma y las actividades económicas distintas cuyos porcentajes de deducción no difirieran en más de 50 puntos porcentuales con el de aquélla constituirán un solo sector diferenciado.

Las actividades distintas de la principal cuyos porcentajes de deducción difirieran en más de 50 puntos porcentuales con el de ésta constituirán otro sector diferenciado del principal.

A los efectos de lo dispuesto en esta letra a), se considerará principal la actividad en la que se hubiese realizado mayor volumen de operaciones durante el año inmediato anterior.

b) Las actividades acogidas a los regímenes especiales simplificado, de la agricultura, ganadería y pesca, de las operaciones con oro de inversión o del recargo de equivalencia.

c) Las operaciones de arrendamiento financiero a que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

d) Las operaciones de cesión de créditos o préstamos, con excepción de las realizadas en el marco de un contrato de "factoring".

(...).”.

Por tanto, la consultante no mantendría sectores diferenciados en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional cuando el volumen de sus operaciones financieras no superara el 15 por ciento del que corresponde a las prestaciones de servicios de gestión y administración objeto de consulta.

6.- No obstante lo anterior, la consultante deberá aplicar la regla de prorrata en los términos previstos por los artículos 102 y siguientes de la Ley del Impuesto.

En efecto, el apartado uno del artículo 102 de la Ley 37/1992, "La regla de prorrata será de aplicación cuando el sujeto pasivo, en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, efectúe 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."

De conformidad con lo previsto por el artículo 103 de la citada Ley, la regla de prorrata tendrá dos modalidades de aplicación: general y especial:

La aplicación de la prorrata especial exigirá, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 103. Dos de la Ley 37/1992, esto es, o bien que el consultante haya optado por la aplicación de dicha regla, o bien que el montante total de las cuotas deducibles en un año natural por aplicación de la regla de prorrata general exceda en un 10 por ciento del que resultaría por aplicación de la regla de prorrata especial.

En relación con la prorrata general, el artículo 104 de la Ley 37/1992 establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

(...).".

En cuanto a la aplicación de la prorrata especial, el artículo 106, apartado uno, de la Ley del Impuesto, preceptúa:

"El ejercicio del derecho a deducir en la prorrata especial se ajustará a las siguientes reglas:

1ª. Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán deducirse íntegramente.

2ª. Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que no originen el derecho a deducir no podrán ser objeto de deducción.

3ª. Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados sólo en parte en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán ser deducidas en la proporción resultante de aplicar al importe global de las mismas el porcentaje a que se refiere el artículo 104, apartado dos y siguientes. La aplicación de dicho porcentaje se ajustará a las normas de procedimiento establecidas en el artículo 105 de esta Ley.".

7.- 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.