



JOSÉ
SUÁREZ

Abogado del Departamento de Fiscal de Pérez-Llorca

Pérez-Llorca

Es innegable que vivimos en una economía cada vez más globalizada, en la que las grandes empresas, tanto españolas como extranjeras, han adquirido una presencia internacional muy significativa, y en la que la incertidumbre sobre la evolución futura de los precios de las materias primas, los tipos de interés y los tipos de cambio, entre otros, es permanente y las causas de sus vaivenes quedan totalmente fuera del control de las empresas.

En esta economía del siglo XXI es habitual que las empresas internacionalizadas cubran estos riesgos y, en particular, que recurran a instrumentos que eliminen o al menos mitiguen los importantes riesgos asociados a la variación de los índices financieros. Es muy habitual que las empresas internacionalizadas (muchas empresas del IBEX 35) cubran estos riesgos mediante la contratación de derivados financieros, normalmente derivados OTC (*over-the-counter*).

Con la utilización de estos instrumentos las empresas obtienen un flujo económico a su favor cuando el riesgo cubierto (el siniestro) se materializa. Estos flujos positivos son precisamente el origen de la polémica que aquí pretendemos poner de manifiesto.

Por regla general las sociedades mercantiles son sujetos pasivos del

IVA, de forma que todos los servicios que prestan deben ser correctamente calificados a los efectos de este impuesto. Esta calificación tiene especial relevancia cuando se trata de operaciones financieras, pues las mismas son susceptibles de afectar gravemente al derecho a la deducción del IVA soportado.

Teniendo en cuenta que normalmente la liquidación de los derivados suele ser aleatoria (depende de la incierta evolución del mercado), el lector podrá preguntarse cómo afecta la contratación de derivados de cobertura al IVA. La misma pregunta parece habérsela hecho la AEAT a la vista de la existencia de numerosas inspecciones en las que se han planteado discrepancias en relación con estos productos financieros, que ya han sido objeto de estudio y resolución por parte del TEAC en sus Resoluciones de 17 de marzo y de 22 de septiembre de 2015.

Al estar los derivados relacionados con la actividad de la empresa (p.ej. aseguran el tipo de cambio de un crédito comercial), la Administración aplica las siguientes consideraciones: (i) la contratación de derivados de cobertura constituye una prestación de servicios sujetos al IVA por parte de la empresa, (ii) que está exenta al ser de naturaleza financiera, (iii) que si se realizan con cierta

frecuencia tendrán la consideración de servicios financieros habituales, (iv) cuya base imponible es el importe total de la liquidación del derivado (el importe de la liquidación única del derivado o la suma de las liquidaciones periódicas del mismo), y (v) que a efectos de la prorrata sólo se computarán aquellos deri-

nes exentas que no dan derecho a la deducción.

Soluciones de la administración

La solución adoptada por la Administración no nos parece razonable por al menos tres motivos. El primero de ellos es que la percepción de cantidades a favor no implica necesariamente la existencia de un servicio realizado por parte de la sociedad. Así, existen determinados supuestos en los que el perceptor de cantidades no presta un servicio, como ocurre en la percepción de una indemnización de seguro (¿alguien duda que el servicio financiero lo presta la aseguradora?) o en un factoring sin recurso (donde lo realmente relevante es el descuento efectuado por el banco, no el endoso por el que se recibe dinero). Para que exista un servicio el empresario debe ordenar medios de producción, ordenación que en el mundo de los derivados financieros es realizada por las entidades financieras intermediarias, especialmente en el caso de los derivados OTC, por lo que cobran comisiones y *spreads*.

Pero es que además, incluso si pudiera apreciarse la realización de un servicio por parte de la empresa que

cubre sus riesgos, la prestación repetitiva de un servicio no implica per se la existencia de una operación habitual. La cuestionable traducción del término "operación no accesoría" (Directiva del IVA) por "operación habitual" (Ley del IVA) puede estar detrás de esta malinterpretación de la actividad de la empresa. El Derecho de la Unión propugna, según la interpretación del Tribunal de Justicia (TJUE) (Sentencias Régie Dauphinoise y EDM, entre otras), que una operación se debe considerar no accesoría (habitual, según la Ley del IVA) cuando la misma requiera un nivel de insumos significativo por los que se soporte IVA, pues si dicho nivel es bajo, la afectación a la prorrata provocaría una injustificable vulneración del principio de neutralidad.

Por último, el hecho de considerar como base imponible, y por lo tanto importe a computar en el denominador de la prorrata, sólo los derivados cuyo resultado es positivo incrementa la gravedad de la potencial afectación a la prorrata de la empresa.

Como se podrá apreciar, la problemática surgida en relación con los efectos de los derivados financieros en el IVA puede tener importantes repercusiones negativas. Se trata, por tanto, de una cuestión que las empresas consumidoras de derivados financieros deben analizar. A pesar de que existen ya resoluciones del TEAC que se pronuncian en el sentido indicado, existe la esperanza de que los tribunales de justicia que actualmente las están enjuiciando lleguen a una conclusión distinta y más razonable.



vados que arrojan una base imponible positiva (no cabe una base imponible negativa). De todo ello se puede derivar que la prorrata se resentía significativamente al incrementarse el valor de las operacio-