

LA DEDUCCIÓN DEL IVA POR SOCIEDADES *HOLDING* QUE INTERVIENEN EN LA GESTIÓN DE SUS PARTICIPADAS. PERTENENCIA A UN GRUPO IVA DE UNA ENTIDAD PERSONALISTA Y APLICACIÓN DIRECTA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE ESTA MATERIA

Análisis de la STJUE de 16 de julio de 2015, Asuntos acumulados C-108/14 y C-109/14

Eduardo Verdún Fraile

*Socio responsable de Tributación Indirecta EY Abogados
Inspector de Hacienda (excedente)*

1. SUPUESTO DE HECHO

De acuerdo con la descripción de hechos contenida en la sentencia y en el escrito de conclusiones del Abogado General de 26 de marzo de 2015, tanto Larentia/Minerva como Marenave, asuntos acumulados de los que trae causa la sentencia de referencia, eran dos sociedades tenedoras de participaciones en diversas filiales. En ambos casos, las filiales no adoptaron la forma de sociedades mercantiles, sino de entidades de tipo personalista con arreglo al Derecho alemán.

La acumulación de casos se realiza por el Tribunal en la medida en que se trata de un mismo supuesto de hecho. En efecto, tanto Larentia/Minerva como Marenave se enfrentaron a sendos procedimientos de comprobación por las autoridades fiscales alemanas al proceder a la deducción íntegra del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) que gravó los gastos relacionados con su actividad completa, en concreto con la adquisición y ampliación de capitales para la toma de participaciones en sus filiales y para la financiación de su actividad de apoyo a la gestión de estas últimas.

Así, ambas entidades, pese a su presunto carácter dual a efectos del IVA al desarrollar de forma simultánea actividades sujetas al impuesto (intervención efectiva en la gestión de sus participadas), como no sujetas al mismo (actividad de mera tenencia de participaciones, tal y como sería el caso de un inversor privado), no aplicaron filtro alguno a las cuotas del impuesto soportadas, entendiéndolo, en definitiva, que dicho presunto carácter dual no era tal y debía procederse a la afectación plena de los gastos incurridos en su actividad empresarial sujeta al IVA.

Los reparos que la Administración alemana dispuso contra dicha forma de actuar no se centran en la procedencia o no de un porcentaje de prorrata, cuestión que se discutiría cuando un empresario realiza simultáneamente operaciones generadoras del derecho a la deducción junto con

otras que no lo hacen, sino en la aplicación de un corrector previo que eventualmente deje al margen del posible IVA deducible aquel correspondiente a la parte de actividad no sujeta a este tributo. Ambas situaciones son abordadas por los apartados 168 (afectación) y 173 (prorrata) de la Directiva 2006/112/CE, Directiva IVA (anteriores 17.2 y 17.5, respectivamente, de la Directiva 77/388/CEE).

Pues bien, el órgano remitente alemán de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE o Tribunal), dando por hecho que en ambos asuntos debía haber una aplicación de un filtro previo a la prorrata que dejara al margen de las deducciones a los gastos relacionados con la actividad no económica, consultó sobre el método de cálculo que debía seguirse para ello, muy en particular cuando se trata de gastos relacionados con la captación de capitales ajenos por sociedades de cartera que se destinarán a la toma de participaciones en filiales.

Junto con dicha cuestión, la más controvertida sin duda, la sentencia aborda dos adicionales asimismo planteadas por el órgano remitente y que se refieren a la aplicación del régimen de consolidación fiscal en el IVA, o régimen de grupos IVA, previsto por el artículo 11 de la Directiva IVA (anterior 4.4 de la Directiva 77/388/CEE).

En concreto, se consulta sobre la viabilidad de aplicar dicho régimen, y por tanto de considerar incluido en el perímetro de consolidación, a una entidad dependiente que tenga naturaleza personalista cuando esté debidamente integrada con la dominante en términos de lazos financieros, económicos y organizativos y, si así fuera, si sería requisito necesario, como establece la jurisprudencia alemana, la existencia de una relación de subordinación jerárquica entre dominante y dependientes. Por último y en el caso de que la legislación nacional no estuviera en este aspecto debidamente alineada con la Directiva IVA, si sería posible que los particulares invocaran la aplicación directa del artículo 11 de la misma.

En resumen, por tanto, las cuestiones que resuelve la sentencia son, primera, cuál es el adecuado nivel de deducciones del IVA soportado por entidades *holding* mixtas (que intervienen en la gestión de sus participadas) correspondiente a gastos generales de las mismas; segunda, procedencia de la inclusión como dependiente de un grupo IVA de una sociedad personalista y su eventual subordinación a la dominante, y, tercera, aplicación directa de las previsiones comunitarias sobre la consolidación a efectos de este tributo.

Analizamos a continuación las respuestas del Tribunal a todo ello.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

2.1. DEDUCCIÓN DEL IVA POR UNA SOCIEDAD *HOLDING* MIXTA

Comienza el TJUE en este punto recordando la distinción entre sociedades *holding* puras, que se limitan a la tenencia de participaciones, y sociedades *holding* mixtas, que son aquellas que acompañan la tenencia con la intervención directa o indirecta en la gestión de sus filiales.

Así, de acuerdo con consolidada jurisprudencia del TJUE [sentencias *Cibo Participations*, Asunto C-16/00 (NFJ011020), y *Portugal Telecom*, Asunto C-496/11 (NFJ048085)], el problema con el que se enfrentan las sociedades *holding* puras es que su actuación resulta pareja a la del inversor privado, entendido el mismo como quien compra o vende participaciones en entidades diversas con el fin de obtener rentas pasivas en forma de dividendos. En estos casos, no puede argumentarse la realización de una actividad de explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, sino su simple tenencia. Por ello, la actividad no es económica a efectos del IVA (empresarial o profesional diríamos en España), ni quien la realiza adquiere la condición de sujeto pasivo a efectos de dicho tributo (de nuevo, empresario o profesional en términos de legislación nacional). Cuestión distinta es cuando dicha *holding* pasa a intervenir en la gestión de sus participadas, típicamente por medio de la prestación a las mismas de servicios de apoyo a la gestión, ya que entonces sí interpreta el TJUE que existe explotación económica y, por tanto, se adquiere la condición de empresario.

A partir de este punto, continúa la sentencia reproduciendo casi de manera textual la argumentación que se dio en el asunto *Cibo Participations*, véanse apartados 31 a 35 de esta última, en el sentido de que las deducciones del IVA exigen una afectación directa e inmediata con operaciones generadoras del derecho a la deducción. En efecto, el IVA soportado por la compra de *inputs* se convierte necesariamente en IVA devengado (y repercutido cuando proceda, dejadas al margen las exenciones plenas basadas en lógicos motivos de neutralidad exterior y gravamen en lugar de consumo) que es el que se repercute convenientemente al destinatario.

Ahora bien, este criterio, que podría denominarse de afectación directa, lo completa el TJUE admitiendo de nuevo, y como ya hiciera en *Cibo Participations*, que aquellas compras que se refieran a gastos generales acabarán de una u otra forma incluidas en el precio de los *outputs*, por lo que se les debe dar igualmente por cumplido el criterio de afectación por más que sea de forma indirecta.

Aplicado este último razonamiento a las *holding* mixtas, el TJUE concluye que entran en la categoría de afectación directa los gastos generales que se soportan por las mismas como consecuencia de la adquisición de participaciones o de capitales que financien su actividad, cumpliendo por ello las prescripciones del artículo 168 de la Directiva IVA (art. 95 de la ley española).

Esta conclusión, sin embargo, admite una matización de gran relevancia que el Tribunal se ocupa de reflejar en la sentencia, como ya tuvo ocasión de hacer en *Cibo Participations*, y que no había sido recogida por el Abogado General en su escrito de conclusiones.

Así, el Tribunal divide a las sociedades *holding* mixtas en dos grupos: aquellas que prestan a todas sus participadas servicios de gestión, y aquellas que solo realizan tales servicios en favor de alguna o algunas de sus participadas. Si se trata de este último grupo, el TJUE se muestra más restrictivo, previendo la aplicación del artículo 168 de la Directiva IVA y, por tanto, la procedencia de un criterio previo de afectación parcial cuya determinación deja a la regulación de cada Estado miembro, limitándose a apuntar como válido la adopción de criterios tales como el de la naturaleza de la inversión o gasto (criterio que atendería a una suerte de preprorrata es-

pecial de afectación plena o nula en función de cada gasto aisladamente considerado), o de cualquier otro (piénsese, por ejemplo, en uno proporcional en función del volumen de operaciones).

2.2. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GRUPOS A FILIALES DEPENDIENTES QUE NO TENGAN PERSONALIDAD JURÍDICA Y QUE NO ESTÉN SUBORDINADAS JURÍDICAMENTE CON LA DOMINANTE. APLICACIÓN DIRECTA DE LA DIRECTIVA IVA EN SU REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE GRUPOS

De acuerdo con el Derecho alemán, el ejercicio de una actividad económica a efectos del impuesto no se entiende realizado de modo independiente por una persona jurídica, circunstancia esta verdaderamente clave para juzgar la sujeción al IVA, cuando la misma se integra en una unidad fiscal por medio de vínculos financiero, económico y de organización. De esta forma tan escueta pero eficaz define la Ley del IVA en Alemania a los grupos IVA y, al mismo tiempo, delimita la no sujeción de las operaciones internas cuando dicho grupo existe, haciéndolo todo ello además de forma obligatoria. En efecto, la pertenencia a un grupo impide que se cumpla el requisito de independencia, que se predica del grupo en sí como sujeto pasivo único; a la par, la falta de independencia hace que las operaciones internas queden al margen del IVA.

Pues bien, lo que se plantea al Tribunal es la corrección de limitar el carácter de entidad dependiente a una sociedad de tipo personalista (*partnership*), la cual no está dotada de personalidad jurídica independiente (piénsese en nuestro Derecho tributario de las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la LGT). El nexo de unión de esta cuestión respecto del proceso que dio lugar a la sentencia de referencia nace de la obligatoriedad del régimen de consolidación en Alemania, obligatoriedad que incidiría en las conclusiones a que se llegó en el apartado anterior ya descrito. De esta forma, si las entidades Larentia/Minerva y Marenave hubieran de haber formado grupo fiscal con sus participadas, para lo cual dilucidar si ello es posible tratándose de entidades personalistas sería pertinente, las deducciones habrían debido ser calculadas por referencia al grupo en sí y sus relaciones con terceros, haciendo abstracción por tanto de las consideraciones individuales internas que se han abordado previamente.

Bajo dicha justificación, el TJUE admite la opinión en este punto del Abogado General y acepta entrar a valorar la compatibilidad del Derecho alemán con la Directiva IVA en tres aspectos muy concretos: la exclusión de un grupo IVA de una entidad dependiente que no tenga personalidad jurídica propia, la necesidad, impuesta jurisprudencialmente en Alemania, de que los citados vínculos determinen efectivamente una relación jerárquica de subordinación y, en tercer lugar, la aplicabilidad directa de la Directiva IVA cuando la regulación nacional del régimen de grupos entre en contradicción con sus prescripciones sobre este particular.

Las dos primeras cuestiones son resueltas por el TJUE de manera previsible, si se tiene en cuenta que existen pronunciamientos recientes que ya han analizado el alcance subjetivo del ar-

título 11 de la Directiva IVA, precepto que constituye el anclaje comunitario del régimen de grupos. Nos referimos en particular a las sentencias Comisión/Suecia, Asunto C-480/10 (NFJ050714), y Comisión Irlanda, Asunto C-85/11 (NFJ050408). En efecto, señala el Tribunal, nada se opone a que formen parte de un grupo entidades sin personalidad jurídica, salvo que dicha exclusión se justifique con base en la prevención de prácticas abusivas o en la lucha contra el fraude.

Con la misma excepción, el Tribunal entiende no compatible con la Directiva IVA exigir la existencia de una relación de subordinación entre dominante y dependientes que se sume como requisito necesario a la pertinente concurrencia de vinculación en los órdenes financiero, económico y organizativo.

Por último, aborda el TJUE la viabilidad de invocar la aplicación directa de las previsiones de la Directiva IVA en cuanto regulan el régimen de grupos cuando un Estado miembro haya procedido a su transposición de manera errónea, cuestión ciertamente de enorme interés en España.

La invocación directa de las previsiones de una directiva comunitaria y sus diferentes perspectivas (efecto vertical ascendente y descendente, horizontal...) es una cuestión compleja que excede ampliamente del ámbito de este comentario. Baste, por tanto, apuntar aquí que la sentencia se limita a recordar la necesaria existencia de previsiones incondicionales y suficientemente precisas como presupuesto previo para que un particular las haga valer de manera directa y prevalente sobre el Derecho interno presuntamente erróneo. Pues bien, argumenta el Tribunal que el artículo 11 de la Directiva IVA, en cuanto que establece la concurrencia de vínculos empresariales en los tres órdenes descritos, precisa de un desarrollo normativo nacional mínimo que delimite su alcance y fije en atención a ellos el perímetro subjetivo de consolidación, por lo que no entiende viable su invocación directa, conclusión que generaliza a la totalidad del precepto y no solo en lo atinente a dicho perímetro.

3. COMENTARIO CRÍTICO

La sentencia descrita viene de nuevo a incidir en la que quizá constituye la parte más compleja del IVA: las operaciones financieras. Esta complejidad está motivada por diversos factores. Para empezar, la propia Directiva IVA adolece de prescripciones claras y actualizadas tanto en materia de exenciones como en aspectos tan importantes como el derecho a la deducción o la formación de la base imponible.

Estas carencias son conocidas desde hace muchos años por la Comisión, quien ya planteó al Consejo un completo expediente de reforma normativa que ha quedado arrinconado por la imposibilidad de llegar a un acuerdo después de su debate durante varios años.

Entre tanto, se suceden numerosas sentencias del TJUE que solamente resuelven supuestos de hecho concretos y que, por ello, son muy difíciles de considerar para extraer conclusiones generales o criterios suficientemente claros.

Comenzando este comentario por la primera de las cuestiones analizadas, la afectación de bienes y servicios a sujetos pasivos parciales, el enfoque que plantea el Tribunal parece sensato si bien es cierto que deja la cuestión sin cerrar del todo.

Así, primero argumenta de manera convincente que la deducción de *inputs* en el IVA se realiza cuando tenga lugar su afectación directa al *output* empresarial, identificando claramente esta situación cuando es posible localizar de manera analítica en el precio de este último el coste de tales *inputs*. A continuación, reconoce que a veces los *inputs* se refieren a gastos generales del empresario, hecho que hace difícil su seguimiento individualizado en la formación de la cadena de valor; esto, lógicamente, no puede impedir su deducibilidad.

Con este punto de partida, una *holding* mixta que interviene en la gestión de todas sus participadas está actuando como sujeto pasivo pleno, no dual, por lo que los gastos que soporta o se corresponden con cuotas de bienes o servicios que directamente forman el precio de sus operaciones de gestión, o bien se refieren a gastos generales que igualmente deben quedar afectos a su actividad empresarial total. Cuestión distinta es que la *holding* mantenga de forma simultánea participación en filiales que gestione de manera efectiva junto con otras en entidades cuya participación sea ostentada con el mero fin de obtener rentas pasivas tal y como haría un inversor privado. En este último caso, surge la figura del empresario dual y, en consecuencia, la necesidad de aplicar un corrector o filtro de afectación que en la doctrina nacional ha venido a denominarse como *preprorrata* y que encuentra su anclaje normativo en el artículo 168 de la Directiva IVA.

Existe un aspecto íntimamente relacionado con todo esto, que queda inicialmente al margen de la sentencia pero que habría de haberse analizado con posterioridad, y que tiene que ver con la *prorrata* y, por tanto, en sede ya del artículo 173 de la Directiva IVA. Si bien no admite muchas dudas la manera en que la misma opera, no es el caso en absoluto del criterio en función del cual deben las operaciones de *output* realizadas pasar a formar parte de sus términos. Nos estamos refiriendo aquí a dos cuestiones tremendamente controvertidas: qué se considera actividad empresarial o profesional en el ámbito financiero, por un lado, y, si la respuesta es afirmativa para un caso concreto, en qué medida debe pasar a formar parte de la *prorrata* esa operativa financiera.

La sentencia EDM, Asunto C-77/01 (NFJ016398), aclara la empresarialidad de las operaciones financieras cuando sean una prolongación directa, permanente y necesaria de otra actividad no financiera que se realice con carácter principal; no obstante, y aunque así sea, el TJUE se muestra contrario a su inclusión en *prorrata* (denominador de la fracción en este caso) cuando el volumen de *inputs* utilizados para su realización sea tan accesorio o menor, que dicha inclusión determinaría un falseamiento del porcentaje de deducción. Este razonamiento, contrario en sus conclusiones a la doctrina de la Dirección General de Tributos y, sobre todo, a la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central del pasado 15 de marzo de 2015, parece encontrar de nuevo confirmación en la sentencia que nos ocupa, donde el criterio de afectación directa de consumos de fuente externa al precio de las operaciones realizadas (ya sea como gastos específicos, ya sea como gastos generales), sería contravenido si determinados *inputs* de escaso importe pero conectados con operaciones de *output* muy relevantes acabaran generando una sustancial

reducción del porcentaje de prorrata, hecho que sin duda permitiría concluir en el falseamiento del mismo utilizando la terminología que el TJUE emplea en EDM.

En cuanto al impacto que todo esto determina en el Derecho nacional, debe hacerse referencia a que la Ley del IVA ha previsto, desde enero de este año, el cálculo de una preprorrata por medio de un ajuste al artículo 93 (nuevo apartado cinco). Al margen de que dicho precepto no sea quizá el adecuado para tal fin, puesto que es el 95 el que habla de afectación, dicha preprorrata se prevé, exclusivamente, para determinados entes públicos, como cierre del nuevo artículo 7.8.º igualmente modificado desde la misma fecha. Pues bien, a la vista de las conclusiones del TJUE sobre *holding* mixtas que solo gestionan efectivamente una parte de sus filiales, bien debería considerarse aplicable esa preprorrata a este último caso.

En materia de régimen de grupos, existen dos aspectos de gran interés. El primero de ellos es la simplicidad con la que Alemania establece su régimen de consolidación y, además, el hecho de que lo haga de forma obligatoria. Las dudas que aquejan al sistema español desde casi su introducción en la Ley del IVA podrían tener como referente este caso para avanzar hacia un modelo de sujeto pasivo único con eliminación de operaciones internas. Al mismo tiempo y por la misma razón, puede resultar un alivio para el legislador nacional la negativa del TJUE a considerar la aplicación directa del artículo 11 de la Directiva IVA; en efecto, si la conclusión del Tribunal hubiera sido otra en este punto, las dudas de compatibilidad del sistema español, que solo parcialmente se han resuelto este año con la redefinición precisamente del concepto de lazos financieros, económicos y organizativos, habrían determinado algún disgusto en forma de procedimientos de impugnación.

En definitiva, la sentencia Larentia/Minerva-Marenave ofrece una serie de razonamientos de gran interés, dejando algo abierta quizá la cuestión más controvertida, que es precisamente la referente a la deducción de gastos por sociedades tenedoras de participaciones cuando no hay intervención en la gestión de todas ellas.

Así, de acuerdo con consolidada jurisprudencia del TJUE [sentencias *Cibo Participations*, Asunto C-16/00 (NFJ011020), y *Portugal Telecom*, Asunto C-496/11 (NFJ048085)], el problema con el que se enfrentan las sociedades *holding* puras es que su actuación resulta pareja a la del inversor privado, entendido el mismo como quien compra o vende participaciones en entidades diversas con el fin de obtener rentas pasivas en forma de dividendos. En estos casos, no puede argumentarse la realización de una actividad de explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, sino su simple tenencia. Por ello, la actividad no es económica a efectos del IVA (empresarial o profesional diríamos en España), ni quien la realiza adquiere la condición de sujeto pasivo a efectos de dicho tributo (de nuevo, empresario o profesional en términos de legislación nacional). Cuestión distinta es cuando dicha *holding* pasa a intervenir en la gestión de sus participadas, típicamente por medio de la prestación a las mismas de servicios de apoyo a la gestión, ya que entonces sí interpreta el TJUE que existe explotación económica y, por tanto, se adquiere la condición de empresario.

A partir de este punto, continúa la sentencia reproduciendo casi de manera textual la argumentación que se dio en el asunto *Cibo Participations*, véanse apartados 31 a 35 de esta última, en el sentido de que las deducciones del IVA exigen una afectación directa e inmediata con operaciones generadoras del derecho a la deducción. En efecto, el IVA soportado por la compra de *inputs* se convierte necesariamente en IVA devengado (y repercutido cuando proceda, dejadas al margen las exenciones plenas basadas en lógicos motivos de neutralidad exterior y gravamen en lugar de consumo) que es el que se repercute convenientemente al destinatario.

Ahora bien, este criterio, que podría denominarse de afectación directa, lo completa el TJUE admitiendo de nuevo, y como ya hiciera en *Cibo Participations*, que aquellas compras que se refieran a gastos generales acabarán de una u otra forma incluidas en el precio de los *outputs*, por lo que se les debe dar igualmente por cumplido el criterio de afectación por más que sea de forma indirecta.

Aplicado este último razonamiento a las *holding* mixtas, el TJUE concluye que entran en la categoría de afectación directa los gastos generales que se soportan por las mismas como consecuencia de la adquisición de participaciones o de capitales que financien su actividad, cumpliendo por ello las prescripciones del artículo 168 de la Directiva IVA (art. 95 de la ley española).

Esta conclusión, sin embargo, admite una matización de gran relevancia que el Tribunal se ocupa de reflejar en la sentencia, como ya tuvo ocasión de hacer en *Cibo Participations*, y que no había sido recogida por el Abogado General en su escrito de conclusiones.

Así, el Tribunal divide a las sociedades *holding* mixtas en dos grupos: aquellas que prestan a todas sus participadas servicios de gestión, y aquellas que solo realizan tales servicios en favor de alguna o algunas de sus participadas. Si se trata de este último grupo, el TJUE se muestra más restrictivo, previendo la aplicación del artículo 168 de la Directiva IVA y, por tanto, la procedencia de un criterio previo de afectación parcial cuya determinación deja a la regulación de cada Estado miembro, limitándose a apuntar como válido la adopción de criterios tales como el de la naturaleza de la inversión o gasto (criterio que atendería a una suerte de *proprorata es-*

pecial de afectación plena o nula en función de cada gasto aisladamente considerado), o de cualquier otro (piénsese, por ejemplo, en uno proporcional en función del volumen de operaciones).

2.2. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GRUPOS A FILIALES DEPENDIENTES QUE NO TENGAN PERSONALIDAD JURÍDICA Y QUE NO ESTÉN SUBORDINADAS JURÍDICAMENTE CON LA DOMINANTE. APLICACIÓN DIRECTA DE LA DIRECTIVA IVA EN SU REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE GRUPOS

De acuerdo con el Derecho alemán, el ejercicio de una actividad económica a efectos del impuesto no se entiende realizado de modo independiente por una persona jurídica, circunstancia esta verdaderamente clave para juzgar la sujeción al IVA, cuando la misma se integra en una unidad fiscal por medio de vínculos financiero, económico y de organización. De esta forma tan escueta pero eficaz define la Ley del IVA en Alemania a los grupos IVA y, al mismo tiempo, delimita la no sujeción de las operaciones internas cuando dicho grupo existe, haciéndolo todo ello además de forma obligatoria. En efecto, la pertenencia a un grupo impide que se cumpla el requisito de independencia, que se predica del grupo en sí como sujeto pasivo único; a la par, la falta de independencia hace que las operaciones internas queden al margen del IVA.

Pues bien, lo que se plantea al Tribunal es la corrección de limitar el carácter de entidad dependiente a una sociedad de tipo personalista (*partnership*), la cual no está dotada de personalidad jurídica independiente (piénsese en nuestro Derecho tributario de las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la LGT). El nexo de unión de esta cuestión respecto del proceso que dio lugar a la sentencia de referencia nace de la obligatoriedad del régimen de consolidación en Alemania, obligatoriedad que incidiría en las conclusiones a que se llegó en el apartado anterior ya descrito. De esta forma, si las entidades Larentia/Minerva y Marenave hubieran de haber formado grupo fiscal con sus participadas, para lo cual dilucidar si ello es posible tratándose de entidades personalistas sería pertinente, las deducciones habrían debido ser calculadas por referencia al grupo en sí y sus relaciones con terceros, haciendo abstracción por tanto de las consideraciones individuales internas que se han abordado previamente.

Bajo dicha justificación, el TJUE admite la opinión en este punto del Abogado General y acepta entrar a valorar la compatibilidad del Derecho alemán con la Directiva IVA en tres aspectos muy concretos: la exclusión de un grupo IVA de una entidad dependiente que no tenga personalidad jurídica propia, la necesidad, impuesta jurisprudencialmente en Alemania, de que los citados vínculos determinen efectivamente una relación jerárquica de subordinación y, en tercer lugar, la aplicabilidad directa de la Directiva IVA cuando la regulación nacional del régimen de grupos entre en contradicción con sus prescripciones sobre este particular.

Las dos primeras cuestiones son resueltas por el TJUE de manera previsible, si se tiene en cuenta que existen pronunciamientos recientes que ya han analizado el alcance subjetivo del ar-

título 11 de la Directiva IVA, precepto que constituye el anclaje comunitario del régimen de grupos. Nos referimos en particular a las sentencias Comisión/Suecia, Asunto C-480/10 (NFJ050714), y Comisión Irlanda, Asunto C-85/11 (NFJ050408). En efecto, señala el Tribunal, nada se opone a que formen parte de un grupo entidades sin personalidad jurídica, salvo que dicha exclusión se justifique con base en la prevención de prácticas abusivas o en la lucha contra el fraude.

Con la misma excepción, el Tribunal entiende no compatible con la Directiva IVA exigir la existencia de una relación de subordinación entre dominante y dependientes que se sume como requisito necesario a la pertinente concurrencia de vinculación en los órdenes financiero, económico y organizativo.

Por último, aborda el TJUE la viabilidad de invocar la aplicación directa de las previsiones de la Directiva IVA en cuanto regulan el régimen de grupos cuando un Estado miembro haya procedido a su transposición de manera errónea, cuestión ciertamente de enorme interés en España.

La invocación directa de las previsiones de una directiva comunitaria y sus diferentes perspectivas (efecto vertical ascendente y descendente, horizontal...) es una cuestión compleja que excede ampliamente del ámbito de este comentario. Baste, por tanto, apuntar aquí que la sentencia se limita a recordar la necesaria existencia de previsiones incondicionales y suficientemente precisas como presupuesto previo para que un particular las haga valer de manera directa y prevalente sobre el Derecho interno presuntamente erróneo. Pues bien, argumenta el Tribunal que el artículo 11 de la Directiva IVA, en cuanto que establece la concurrencia de vínculos empresariales en los tres órdenes descritos, precisa de un desarrollo normativo nacional mínimo que delimite su alcance y fije en atención a ellos el perímetro subjetivo de consolidación, por lo que no entiende viable su invocación directa, conclusión que generaliza a la totalidad del precepto y no solo en lo atinente a dicho perímetro.

3. COMENTARIO CRÍTICO

La sentencia descrita viene de nuevo a incidir en la que quizá constituye la parte más compleja del IVA: las operaciones financieras. Esta complejidad está motivada por diversos factores. Para empezar, la propia Directiva IVA adolece de prescripciones claras y actualizadas tanto en materia de exenciones como en aspectos tan importantes como el derecho a la deducción o la formación de la base imponible.

Estas carencias son conocidas desde hace muchos años por la Comisión, quien ya planteó al Consejo un completo expediente de reforma normativa que ha quedado arrinconado por la imposibilidad de llegar a un acuerdo después de su debate durante varios años.

Entre tanto, se suceden numerosas sentencias del TJUE que solamente resuelven supuestos de hecho concretos y que, por ello, son muy difíciles de considerar para extraer conclusiones generales o criterios suficientemente claros.

Comenzando este comentario por la primera de las cuestiones analizadas, la afectación de bienes y servicios a sujetos pasivos parciales, el enfoque que plantea el Tribunal parece sensato si bien es cierto que deja la cuestión sin cerrar del todo.

Así, primero argumenta de manera convincente que la deducción de *inputs* en el IVA se realiza cuando tenga lugar su afectación directa al *output* empresarial, identificando claramente esta situación cuando es posible localizar de manera analítica en el precio de este último el coste de tales *inputs*. A continuación, reconoce que a veces los *inputs* se refieren a gastos generales del empresario, hecho que hace difícil su seguimiento individualizado en la formación de la cadena de valor; esto, lógicamente, no puede impedir su deducibilidad.

Con este punto de partida, una *holding* mixta que interviene en la gestión de todas sus participadas está actuando como sujeto pasivo pleno, no dual, por lo que los gastos que soporta o se corresponden con cuotas de bienes o servicios que directamente forman el precio de sus operaciones de gestión, o bien se refieren a gastos generales que igualmente deben quedar afectos a su actividad empresarial total. Cuestión distinta es que la *holding* mantenga de forma simultánea participación en filiales que gestione de manera efectiva junto con otras en entidades cuya participación sea ostentada con el mero fin de obtener rentas pasivas tal y como haría un inversor privado. En este último caso, surge la figura del empresario dual y, en consecuencia, la necesidad de aplicar un corrector o filtro de afectación que en la doctrina nacional ha venido a denominarse como *preprorrata* y que encuentra su anclaje normativo en el artículo 168 de la Directiva IVA.

Existe un aspecto íntimamente relacionado con todo esto, que queda inicialmente al margen de la sentencia pero que habría de haberse analizado con posterioridad, y que tiene que ver con la *prorrata* y, por tanto, en sede ya del artículo 173 de la Directiva IVA. Si bien no admite muchas dudas la manera en que la misma opera, no es el caso en absoluto del criterio en función del cual deben las operaciones de *output* realizadas pasar a formar parte de sus términos. Nos estamos refiriendo aquí a dos cuestiones tremendamente controvertidas: qué se considera actividad empresarial o profesional en el ámbito financiero, por un lado, y, si la respuesta es afirmativa para un caso concreto, en qué medida debe pasar a formar parte de la *prorrata* esa operativa financiera.

La sentencia EDM, Asunto C-77/01 (NFJ016398), aclara la empresarialidad de las operaciones financieras cuando sean una prolongación directa, permanente y necesaria de otra actividad no financiera que se realice con carácter principal; no obstante, y aunque así sea, el TJUE se muestra contrario a su inclusión en *prorrata* (denominador de la fracción en este caso) cuando el volumen de *inputs* utilizados para su realización sea tan accesorio o menor, que dicha inclusión determinaría un falseamiento del porcentaje de deducción. Este razonamiento, contrario en sus conclusiones a la doctrina de la Dirección General de Tributos y, sobre todo, a la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central del pasado 15 de marzo de 2015, parece encontrar de nuevo confirmación en la sentencia que nos ocupa, donde el criterio de afectación directa de consumos de fuente externa al precio de las operaciones realizadas (ya sea como gastos específicos, ya sea como gastos generales), sería contravenido si determinados *inputs* de escaso importe pero conectados con operaciones de *output* muy relevantes acabaran generando una sustancial

reducción del porcentaje de prorrata, hecho que sin duda permitiría concluir en el falseamiento del mismo utilizando la terminología que el TJUE emplea en EDM.

En cuanto al impacto que todo esto determina en el Derecho nacional, debe hacerse referencia a que la Ley del IVA ha previsto, desde enero de este año, el cálculo de una preprorrata por medio de un ajuste al artículo 93 (nuevo apartado cinco). Al margen de que dicho precepto no sea quizá el adecuado para tal fin, puesto que es el 95 el que habla de afectación, dicha preprorrata se prevé, exclusivamente, para determinados entes públicos, como cierre del nuevo artículo 7.8.º igualmente modificado desde la misma fecha. Pues bien, a la vista de las conclusiones del TJUE sobre *holding* mixtas que solo gestionan efectivamente una parte de sus filiales, bien debería considerarse aplicable esa preprorrata a este último caso.

En materia de régimen de grupos, existen dos aspectos de gran interés. El primero de ellos es la simplicidad con la que Alemania establece su régimen de consolidación y, además, el hecho de que lo haga de forma obligatoria. Las dudas que aquejan al sistema español desde casi su introducción en la Ley del IVA podrían tener como referente este caso para avanzar hacia un modelo de sujeto pasivo único con eliminación de operaciones internas. Al mismo tiempo y por la misma razón, puede resultar un alivio para el legislador nacional la negativa del TJUE a considerar la aplicación directa del artículo 11 de la Directiva IVA; en efecto, si la conclusión del Tribunal hubiera sido otra en este punto, las dudas de compatibilidad del sistema español, que solo parcialmente se han resuelto este año con la redefinición precisamente del concepto de lazos financieros, económicos y organizativos, habrían determinado algún disgusto en forma de procedimientos de impugnación.

En definitiva, la sentencia Larentia/Minerva-Marenave ofrece una serie de razonamientos de gran interés, dejando algo abierta quizá la cuestión más controvertida, que es precisamente la referente a la deducción de gastos por sociedades tenedoras de participaciones cuando no hay intervención en la gestión de todas ellas.