



Roj: **STS 950/2020 - ECLI:ES:TS:2020:950**

Id Cendoj: **28079130022020100129**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **18/05/2020**

Nº de Recurso: **4166/2017**

Nº de Resolución: **445/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **TEAC, 18-06-2015,**
SAN 2156/2017,
ATS 11428/2017,
STS 950/2020,
AATS 5778/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 445/2020

Fecha de sentencia: 18/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4166/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4166/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 445/2020

Excmos. Sres.



D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 18 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4166/2017, promovido por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia y por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en representación de la entidad CAIXABANK, S.A. bajo la dirección letrada de D. Daniel Valldosera Marsé contra la sentencia de 31 de mayo de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo núm. 539/2015.

Comparece como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y la entidad CAIXABANK S.A., representada por el procurador D. Miguel Angel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D. Daniel Valldosera Marsé.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por el Abogado del Estado, en la representación de la Administración del Estado que le es propia, y por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter en nombre y representación de la entidad CAIXABANK, S.A., contra la sentencia de 31 de mayo de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo núm. 539/2015, promovido por la representación procesal de CAIXABANK, S.A., contra la resolución dictada con fecha 18 de junio de 2015 por el Tribunal Económico Administrativo Central que estimó en parte las reclamaciones económico administrativas presentadas frente a las liquidaciones por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009.

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estimó en parte el recurso contencioso-administrativo con base en los siguientes fundamentos:

"**TERCERO.-** Centrado el objeto de debate, corresponde examinar la legalidad de la regularización efectuada por la Administración en los dos únicos puntos que se han discutido por la recurrente en su escrito de demanda.

Como ya hemos indicado, la Administración ha incluido como ingresos percibidos por La Caixa, por el concepto de prestación de servicios, el importe de las retribuciones percibidas por el Presidente y los Directores Generales de La Caixa por su participación en los Consejos de Administración de otras entidades participadas por La Caixa porque entendió que se estaba ante una prestación de servicios sujeta y no exenta del IVA. Regularización que la Inspección ha justificado apoyándose en el artículo 27 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de Cajas de Ahorros (LORCA) en el que se dispone:

"El ejercicio de cargo de Director General o asimilado y Presidente del Consejo de Administración en el caso de haberle sido asignado sueldo de una Caja de ahorros requiere dedicación exclusiva y será, por tanto, incompatible con cualquier actividad retribuida tanto de carácter público como privado, salvo la administración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la Caja. En este último caso los ingresos que obtenga, distintos a dietas de asistencia a Consejos de Administración o similares, deberán cederse a la Caja por cuya cuenta realiza dicha actividad o representación".

La recurrente niega la calificación de prestación de servicios sujeta a IVA la asistencia por el Presidente y los Directores Generales de La CAIXA a Consejos de Administración de otras entidades empresariales participadas por La Caixa por lo que, como no concurre el hecho imponible del IVA no es correcta la regularización efectuada en este sentido por la Inspección tributaria y concluye que por ello no pueden estar sujetas a IVA las retribuciones percibidas por la asistencia a Consejos de Administración de otras sociedades anónimas por parte del Presidente y Director General de la ahora recurrente. Por el contrario, sostiene que tanto el Presidente como los Directores Generales de La Caixa actuaron en su propio nombre y no en nombre y



en representación de La Caixa y por ello percibieron retribuciones de las entidades en cuyos Consejos de Administración participaron; retribuciones respecto de las cuales, como tenían la consideración de rendimiento personal del trabajo, las entidades emisoras realizaron las correspondientes retenciones a efectos del IRPF.

Para que la regularización referida sea ajustada al ordenamiento jurídico es necesario acreditar que el Presidente y Directores Generales de La Caixa actuaban en representación de La Caixa prestando servicios en su nombre cuando actuaban como miembros de los Consejos de Administración de otras entidades distintas de La Caixa. Y la carga de la prueba sobre este extremo correspondía a la Inspección de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105.1 de la LGT. (EDL 2003/149899) Y la única prueba en que se ha apoyado ha sido la regulación sobre la incompatibilidad recogida en el artículo 27 de la LORCA antes señalado. Aunque la regulación sobre la citada incompatibilidad es cierta, no obstante no se considera como prueba suficiente que la Inspección tributaria base su regularización por el IVA apoyándose exclusivamente en el aludido incumplimiento sobre la incompatibilidad puesto que, esa presunción admite prueba en contrario. Y la recurrente sí ha aportado prueba que da credibilidad a sus afirmaciones y son los certificados emitidos por las entidades en cuyos Consejos de Administración habían participado como miembros de los mismos el Presidente y los Directores Generales de La Caixa. Y son los certificados emitidos por las entidades Gas Natural, SDG, S.A.; Repsol YPF, S.A.; Segur Caixa Holding, S.A.; Sociedad Abertis Infraestructuras, S.A. en los cuales se especifica que han actuado en nombre y representación propia y que las retribuciones e importes que han percibido por su participación en los Consejos de Administración han sido en concepto de renta por lo que se les ha aplicado el correspondiente porcentaje de retención a los efectos del IRPF de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.2.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (EDL 2006/298871) que establece que:

"En todo caso tendrán la consideración de rendimientos del trabajo las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos".

El incumplimiento de la norma en que se ha basado la inspección -art. 27- no permite concluir sin más datos que la actuación del Presidente y de los Directores Generales de La Caixa en otros Consejos de Administración sea una prestación de servicios de La Caixa a dichas sociedades mercantiles a través de dichas personas físicas. El citado incumplimiento sobre la incompatibilidad que refiere podrá conllevar en su caso otro tipo de consecuencias jurídicas, pero en este caso no permite concluir que se ha realizado una prestación de servicios por parte de la mercantil recurrente en los Consejos de Administración de otras sociedades por el mero hecho de la participación en ellos de su Presidente y Directores Generales cuando figura en autos prueba que señala que actuaron en su propio nombre y no en representación de La Caixa. Aunque pudiera admitirse que la participación de dichas personas en los Consejos de Administración de las sociedades participadas por La Caixa pueda afectar indirectamente a los intereses de La Caixa, no obstante, sin más datos que la presunción legal aludida, no es posible concluir que actuaban en su representación y, por tanto, prestando servicios a cuenta de La Caixa y respecto de los cuales debía repercutirse el IVA. Una cosa son los límites que en materia de retribuciones a los consejeros establezca la normativa sectorial de las cajas de ahorros, y otra muy distinta es que se regularicen las liquidaciones de IVA presentadas por La Caixa por no haber repercutido el IVA en relación con unos servicios - pertenencia al Consejo de Administración- que no ha prestado. Es por ello que se puede concluir que no ha tenido lugar el hecho imponible al que se vincula el efecto de repercusión. Por el contrario, en este caso, nos encontramos con unos servicios que se han prestado por unas personas físicas en su propio nombre por los que han recibido retribuciones como contraprestación a los servicios prestados que legalmente se califican como rendimientos imputables a las personas físicas en el IRPF".

Criterio que procede mantener ahora y que ha de conducir a la misma conclusión, esto es, a la anulación, en este extremo, de la liquidación practicada.

TERCERO.- El segundo de los motivos del recurso gravita en torno a la consideración que ha de darse al resultado obtenido en las operaciones sobre derivados financieros a efectos del cálculo de la prorrata.

A juicio de la entidad, debe incluirse el resultado neto de las mencionadas operaciones compensando las plusvalías y minusvalías obtenidas, frente al criterio sostenido por la Administración, y confirmado por el TEAC, según el cual el importe a integrar en el denominador de la prorrata es el de las contraprestaciones positivas efectivamente obtenidas en dichas operaciones, sin tomar en consideración las posibles minusvalías.

CAIXABANK, S.A., recuerda el concepto y naturaleza de estos instrumentos financieros (SWAPS/IRS), dirigidos a "convertir un flujo sometido a incertidumbre (tipo de interés variable) en un flujo cierto (tipo de interés fijo) siendo, quizás, el ejemplo básico el consistente en ofrecer al cliente con un préstamo vinculado a interés variable un instrumento que posibilite "mutar" ese interés variable hacia un interés fijo. Además, incide en que



"es la propia normativa la que obliga a las entidades financieras, en aras a la salvaguarda de la posición de los clientes -no someter el interés al albur de las oscilaciones del mercado- a ofertar esta tipología de productos".

Tras las consideraciones y explicaciones que recoge la demanda sobre su naturaleza, destaca que el mismo TEAC sí advirtió la procedencia del tratamiento como una única operación, contablemente y a efectos del Impuesto sobre Sociedades, de la posterior contratación de un derivado espejo para el cálculo del rendimiento neto de la operación desde la perspectiva del negocio bancario y a efectos de determinar qué rendimiento se obtiene globalmente en este tipo de operaciones.

Critica que no se traslade esta interpretación al IVA y razona por qué, atendiendo a la naturaleza del instrumento financiero, debe apreciarse la existencia de una única operación en la que concurren varios flujos.

Ha decirse, sin embargo, que es ésta una cuestión ya abordada en diversos pronunciamientos de la Sala y, particularmente, en sentencia de esta misma Sección de 18 de octubre de 2013, recurso de casación 603/2012, en la que se trata, tanto la sujeción de esta clase de operaciones al IVA -que llega a cuestionar también ahora la entidad recurrente-, como la determinación de la base imponible.

Decíamos en dicha sentencia lo siguiente:

"TERCERO.-: La controversia de fondo se centra en el tratamiento fiscal de los Swaps -las demás cuestiones debatidas ante el TEAC han sido abandonadas por la actora al existir, como razona, jurisprudencia consolidada del TS -, y, concretamente dos aspectos, el primero, la sujeción de la operación al IVA, el segundo, la determinación de la base imponible.

Previamente a analizar tales aspectos, hemos de recordar el concepto y naturaleza de los swaps.

Como los ha definido la doctrina científica, un swap es un contrato financiero entre dos partes que acuerdan intercambiar flujos de caja futuros de acuerdo a una fórmula preestablecida, es por tanto un contrato de permuta financiera, por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras.

El tipo de swap que ahora nos interesa es el de tasas de interés, mediante el cual se intercambian flujos de intereses en una misma moneda en ciertas fechas previamente convenidas: Una parte paga flujos de intereses aplicando una tasa de interés fija sobre un cierto monto nominal y recibe flujos de intereses aplicando una tasa variable sobre ese mismo monto nominal. La contraparte recibe los intereses calculados de acuerdo a la tasa fija y paga los intereses a la tasa variable, sobre el mismo monto y en las mismas fechas.

El flujo de efectivo de cada parte será el resultado de aplicar al nominal contratado el tipo de interés establecido, de esta forma quedan establecidas claramente las obligaciones (compromisos de pago) de las dos partes.

Siguiendo con la descripción de la doctrina científica, el swap de tipo interés (interest rate swap) se caracteriza por consistir en un intercambio de tipos de interés con diferentes bases, sin que exista intercambio del principal de las deudas, realizándose en la misma moneda.

Examinado ahora la jurisprudencia del TUE, se ha dictado la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto c-604/2011, cuyo análisis es esclarecedor a la hora de fijar la naturaleza jurídica de las operaciones de swaps.

Se concluye en dicha sentencia:

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19.

2) El artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente



para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

3) Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad."

En los fundamentos de la citada sentencia podemos leer: "Normativa de la Unión Directiva 2004/39

3 Los considerandos 2 y 31 de la Directiva 2004/39 señalan lo siguiente: "(2) (...) conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección (...)

(-) (31) Uno de los objetivos de la presente Directiva es la protección de los inversores. (...)"

4 El artículo 4, apartado 1, puntos 2, 4 y 17, de esta Directiva contiene las siguientes definiciones:

"2) Servicios y actividades de inversión: cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo I. (...)

(4) Asesoramiento en materia de inversión: la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.(...)

(17) Instrumento financiero: los instrumentos especificados en la sección C del anexo I."

5 Entre los servicios y actividades de inversión mencionados en dicha sección A se encuentra el asesoramiento en materia de inversión. Por otra parte, en el punto 4 de la mencionada sección C se enumeran los "contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados (...)"

Por ello, hemos de realizar una primera afirmación respecto a la naturaleza de las permutas financieras sobre tipos de interés, y es su carácter de servicio de inversión - que puede también ser de asesoramiento, como veremos -, desde la óptica del Derecho europeo.

Continúa el Tribunal:

"55 Por lo tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público."

Y, previamente, se contienen las siguientes reflexiones: "Observaciones preliminares

31 Resulta de la sistemática del artículo 19 de la Directiva 2004/39 que la prestación de un servicio de inversión -tal como se define en el artículo 4, apartado 1, punto 2, de esta Directiva- a un cliente o a un posible cliente conlleva, en principio, la obligación de la empresa de inversión de llevar a cabo la evaluación establecida o bien en el apartado 4 o bien en el apartado 5 del mencionado artículo 19, según se trate de asesoramiento en materia de inversión, de servicios de gestión de cartera o de otros servicios de inversión relacionados en el anexo 1, sección A, de dicha Directiva. En los artículos 35 a 37 de la Directiva 2006/73 estas evaluaciones se denominan, respectivamente, evaluaciones de la idoneidad y de la conveniencia del servicio que ha de prestarse.

32 No obstante, el artículo 19 de la Directiva 2004/39 prevé dos situaciones de excepción.

33 La primera situación de excepción se encuentra en el artículo 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39. En virtud de dicho precepto, no se impone evaluación alguna para la prestación, en ciertas circunstancias, de determinados servicios de inversión referentes a los instrumentos financieros no complejos.

34 Sin embargo, los contratos de permuta relacionados con los tipos de interés, como los controvertidos en el litigio principal, figuran en el anexo 1, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos. De ello se desprende que el artículo 19, apartado 6, de la Directiva 2004/39 no es aplicable a los hechos de los litigios principales.



35 La segunda situación de excepción es la contemplada en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39. Las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta tienen por objeto que se determine la posible aplicación de dicho precepto a los procedimientos principales. Por lo tanto, es necesario comenzar examinando estas cuestiones.

Sobre las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta

36 Mediante sus cuestiones cuarta y quinta, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión se ofrece como parte de un producto financiero cuando está vinculado a este último y de que, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y las normas europeas comunes a las que hace referencia ese precepto debe conllevar exigencias similares a las obligaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del mismo artículo.

37 En primer lugar, respecto al presupuesto para aplicar el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, con arreglo al cual se ofrece "un servicio de inversión como parte de un producto financiero", procede señalar que, de entre las versiones lingüísticas de esta Directiva existentes en el momento de su aprobación, sólo las versiones en lenguas francesa y portuguesa utilizan la expresión "en el marco de" en dicho precepto, mientras que las versiones en lenguas española, danesa, alemana, griega, inglesa, italiana, neerlandesa, finesa y sueca emplean términos equivalentes a "como parte de", que sugieren un vínculo más estrecho y específico que el indicado por el concepto "en el marco de".

38 Según jurisprudencia reiterada, las distintas versiones lingüísticas de una norma de la Unión Europea deben ser objeto de interpretación uniforme, por lo cual, en caso de discrepancia entre las citadas versiones, dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (véase, en particular, la sentencia de 28 de junio de 2012, GelTI, C-19/11, Rec. p. 1-0000, apartado 43 y jurisprudencia citada).

39 A este respecto, el precepto enunciado en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, supone una excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión por parte de las empresas de inversiones, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta. Esto es así con mayor razón puesto que, de conformidad con la rúbrica de la sección 2, que figura dentro del título 11, capítulo II, de dicha Directiva, donde se encuentra ubicado su artículo 19, dichas evaluaciones son medidas que pretenden garantizar la protección de los inversores, protección que, como se indica en los considerandos 2 y 31 de la misma Directiva, es uno de los objetivos de ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de marzo de 2012, Nilas y otros, C-248/11, Rec. p. 1-0000, apartado 48).

40 Por otra parte, el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39 precisa que el servicio de inversión "se ofrezca" como parte de un producto financiero.

41 Dicho precepto señala asimismo que, si se ofrece un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas como las que allí se mencionan "dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas" en el artículo 19 de la Directiva 2004/39. Ahora bien, la utilización del término "además" da por sentado que dicho servicio ya ha estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información. Se dará este caso únicamente si formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto.

42 En estas circunstancias, debe considerarse que un servicio de inversión sólo se propone como parte intrínseca de un producto financiero, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, cuando forma parte de ese producto financiero en el momento en que éste se ofrece al cliente.

43 La cuestión de si se trata, en los litigios principales, de un servicio de inversión ofrecido como parte de un producto financiero a efectos de dicho precepto, interpretado por el Tribunal de Justicia en los apartados precedentes, constituye una apreciación de los hechos que, en el marco del reparto de competencias entre los Tribunales de la Unión y los nacionales, corresponde realizar al órgano jurisdiccional nacional. No obstante, el Tribunal de Justicia, al resolver sobre la cuestión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación (véase, en este sentido, las sentencias de 15 de marzo de 2012, SCF, C-135/10, Rec. p. 1-0000, apartado 67 y jurisprudencia citada).

44 A este respecto, el hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o de que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión. Sin



embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto al apreciar el vínculo entre el servicio y el producto financiero."

Fuera de toda duda, por tanto, que la operación de swap de tipo interés (interest rate swap), constituye un servicio de inversión, que puede entrañar, también, un servicio de asesoramiento. Por ello, debemos rechazar la afirmación de la actora en orden a la inexistencia de tal servicio.

Así las cosas, no es de aplicación el artículo 7 de la Ley 37/1992: "No estarán sujetas al impuesto:...

12.º Las entregas de dinero a título de contraprestación o pago."

Y no es aplicable, porque, como hemos visto, la operación de permuta financiera sobre tipos de interés, no es una mera entrega de dinero a título de pago, sino una operación que implica un servicio de inversión - aun cuando exista contraprestación, lo que analizaremos posteriormente.

Respecto de los servicios sujetos al IVA, el artículo 11 de la Ley 37/1992 establece:

"Uno. A los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes.

Dos. En particular, se considerarán prestaciones de servicios:

1.º El ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio.

2.º Los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra.

3.º Las cesiones del uso o disfrute de bienes.

4.º Las cesiones y concesiones de derechos de autor, licencias, patentes, marcas de fábrica y comerciales y demás derechos de propiedad intelectual e industrial.

5.º Las obligaciones de hacer y no hacer y las abstenciones estipuladas en contratos de agencia o venta en exclusiva o derivadas de convenios de distribución de bienes en áreas territoriales delimitadas.

6.º Las ejecuciones de obra que no tengan la consideración de entregas de bienes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley.

7.º Los traspasos de locales de negocio.

8.º Los transportes.

9.º Los servicios de hostelería, restaurante o acampamento y las ventas de bebidas o alimentos para su consumo inmediato en el mismo lugar.

10.º Las operaciones de seguro, reaseguro y capitalización.

11.º Las prestaciones de hospitalización.

12.º Los préstamos y créditos en dinero.

13.º El derecho a utilizar instalaciones deportivas o recreativas.

14.º La explotación de ferias y exposiciones.

15.º Las operaciones de mediación y las de agencia o comisión cuando el agente o comisionista actúe en nombre ajeno. Cuando actúe en nombre propio y medie en una prestación de servicios se entenderá que ha recibido y prestado por sí mismo los correspondientes servicios.

16.º El suministro de productos informáticos cuando no tenga la condición de entrega de bienes, considerándose accesoria a la prestación de servicios la entrega del correspondiente soporte.

En particular, se considerará prestación de servicios el suministro de productos informáticos que hayan sido confeccionados previo encargo de su destinatario conforme a las especificaciones de éste, así como aquellos otros que sean objeto de adaptaciones sustanciales necesarias para el uso por su destinatario."

La operación que analizamos, no es una operación de seguro - aun cuando pueda tener una finalidad de cobertura -, ni es una operación de crédito; es, como hemos señalado, un servicio de inversión propio de la actividad habitual de la recurrente, y por ello, en el ámbito de su actividad profesional, lo que implica la subsunción en el artículo 11.2.1º de la Ley 37/1992.

Es, por lo tanto, una operación sujeta.



La segunda cuestión es la relativa a la determinación de la base imponible a efectos de aplicar la regla de prorrata.

El artículo 78 de la Ley 37/1992 establece:

"Uno. La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas."

La contraprestación, es, como afirma la Administración, el importe íntegro de los intereses abonados, no la liquidación compensatoria que realizan las partes, pues ello es el resultado neto, positivo o negativo, de la operación, pero no constituye la contraprestación. El IVA articula su base imponible sobre el concepto de "contraprestación", no sobre el beneficio o pérdida de la operación sujeta.

En este sentido es ilustrativa la definición contenida en la sentencia de diecisiete de mayo de dos mil trece, dictada en el P.O 146/12, seguido ante el Juzgado de 1era Instancia e Instrucción de Benavente:

"El contrato cuya nulidad se insta es efectivamente un contrato swap, en concreto denominado swap de intereses. Este tipo particular dentro de la figura del swap, viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada."

Un Swap de intereses otorga a cada una de las partes un derecho a percibir unas cantidades en contraprestación del pago de otras calculadas sobre un mismo importe nominal.

Por ello acierta el Actuario al señalar la contraprestación en los pagos percibidos por la actora".

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión básica que subyace en este motivo de impugnación, cual es la de la posibilidad de compensar minusvalías en la prorrata del IVA, y su doctrina resuelve, desde luego, las dudas que planteaba la demandante sobre la contradicción que suponía el criterio del TEAC al dar a dichas minusvalías un tratamiento distinto en el IVA y en el impuesto de Sociedades.

La sentencia de 28 marzo 2012, recurso de casación núm. 1289/2008, que cita el TEAC, señala lo siguiente:

"TERCERO.- El tercer motivo alude a la infracción de los artículos 8 y 10 del Real Decreto 505/1987, de 3 de abril, de las Circulares 4/1991 y 4/2004, del Banco de España, y de los artículos 102, 104 y demás concordantes de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, al estimar la recurrente que debe minorarse el denominador de la prorrata en los costes relativos a la cesión temporal de activos financieros con pacto de recompra no opcional y de las operaciones financieras relativas a la cartera de negociación, contratos FRA'S y futuros financieros.

Se sostiene por la recurrente que la sentencia impugnada realiza una interpretación del párrafo sexto del artículo 104.2 de la ley del IVA errónea y contraria al principio de neutralidad del IVA, pues lo que entiende por minusvalías son, en realidad, bien los costes de la cesión en el caso de la cesión temporal de activos, bien los costes de contrapartida en los casos de contratos FRA'S y futuros financieros, y lo que el artículo 104.2. párrafo sexto de la ley del IVA considera que debe incluirse en el denominador de la prorrata son tanto los intereses como las plusvalías en caso de transmisión de valores integrados en la cartera.

La cuestión que plantea el motivo ha sido abordada por esta Sala en las sentencias de 2 de diciembre de 2009, (cas. 960/2004), 16 de septiembre de 2010, (cas. 4406/05), 7 de abril de 2011, (cas. 6118/2005), y 8 de marzo de 2012, (cas. 540/2008) en las que se concluye que no procede minorar en el denominador de la prorrata el importe de los costes de las operaciones de cesión temporal de activos con rendimiento explícito, cuando el precio de adquisición es superior al de la venta, toda vez que el art. 104.4 de la ley 37/1992, dispone que "a los efectos del cálculo de la prorrata, se entenderá por importe total de las operaciones la suma de las contraprestaciones correspondientes a las mismas", sin que la regla peculiar establecida en relación con las operaciones de "transmisión de valores integrados la cartera de valores de las entidades financieras", de que en tales casos deberán computarse en el denominador de la prorrata "las plusvalías obtenidas", pueda interpretarse en el sentido que postula la parte, ya que en los casos en que, en una determinada transmisión, no exista plusvalía o se produzca una minusvalía, hay que entender que el importe de la plusvalía obtenida será de cero, sin que, en ningún caso, resulte procedente compensar el importe de las minusvalías que se produzcan en algunas transmisiones con el de las plusvalías obtenidas en otras.

La misma fundamentación debe aplicarse a las operaciones relativas a contratos de FRA'S (futuros sobre tipos de interés) y a futuros financieros.

Por lo expuesto, procede desestimar este motivo".



Las peculiaridades que destaca CAIXABANK en relación a los derivados financieros contemplados en la liquidación aquí controvertida no alteran esa conclusión que se sigue del concepto de contraprestación, consustancial al IVA y a la regla misma de la prorrata.

Entendemos, además, que las consideraciones expuestas en la citada sentencia del TJUE 30 de mayo de 2013, asunto C-604/2011, y la posición clara adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia transcrita y en las que ella se citan, hace innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial que propone la recurrente, al despejar las dudas que apunta ésta.

CUARTO.- El último de los motivos esgrimidos en la demanda se refiere a la regularización de los bienes de inversión, manifestando la recurrente que "se tendrá que estar al fallo que resulte del procedimiento 147/2014 que actualmente pende ante esa Sala para determinar si resulta o no procedente la regularización de los bienes de inversión realizada por mi representada en los ejercicios 2007 a 2009".

El referido procedimiento concluyó por sentencia de 3 de marzo de 2017, a la que nos hemos referido antes, que confirmó la liquidación entonces controvertida salvo en un extremo distinto - retribuciones percibidas por el Presidente del Consejo de Administración el Director General por su asistencia a consejos de administración de sociedades participadas, directa o indirectamente, por la Caixa - a aquel al que se refiere aquí la demandante.

Por tanto, y puesto que la sentencia dictada en ese asunto no ha modificado, en este punto, la situación de la que parte la liquidación recurrida en el presente proceso, ésta debe mantenerse en dicho extremo -recordemos que la Inspección revirtió, en favor de la inspeccionada, la regularización de IVA soportado deducible en los ejercicios 2007, 2008 y 2009 al considerar que no resultaría de aplicación lo establecido en el artículo 107 de la Ley del IVA como consecuencia de haber rebajado el porcentaje de prorrata aplicado por la entidad en el ejercicio 2006 del 22% al 14%-.

QUINTO.- Procede, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, la estimación del recurso en el solo particular relativo a la regularización practicada respecto de las remuneraciones percibidas por el Presidente y el Director General de la Caixa por su asistencia a Consejos de Administración de otras sociedades participadas por la recurrente, regularización que se deja sin efecto. Sin que se haga, a la vista de dicho pronunciamiento, expresa imposición de costas en aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional."

El Abogado del Estado, mediante escrito de fecha 11 de julio de 2017, preparó recurso de casación contra la meritada sentencia, identificando como normas infringidas el artículo 27 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros ["LORCA"] (BOE de 9 de agosto) y el artículo 39 del Decreto Legislativo 1/1994, de 6 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 15/1985, de 1 de julio, 6/1989, de 25 de mayo, y 13/1993, de 25 de noviembre, de cajas de ahorros de Cataluña (DOGC de 4 de mayo), así como el artículo 4 y concordantes de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido ["LIVA"] (BOE de 29 de diciembre).

El procurador don Miguel Ángel Montero Reiter preparó recurso de casación contra la meritada sentencia mediante escrito presentado el 18 de julio de 2017 identificando como normas infringidas el artículo 2 de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE, de 11 de diciembre de 2006, serie L, número 347, página 1) (Directiva IVA), que establece qué operaciones forman parte del hecho imponible del IVA, así como el artículo 104. Dos y 104. Tres. 4º LIVA, que regula la regla de la prorrata. También considera que se infringe el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, Serie C, número 202, de 7 de junio de 2016) ["TFUE"] por cuanto el Tribunal no remitió la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ["TJUE"].

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados ambos recursos de casación por auto de 20 y 27 de julio de 2017, respectivamente.

TERCERO.- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 11 de diciembre de 2017, la Sección de Admisión de esta Sala aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

"En relación con la primera de las cuestiones, concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por cuanto no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que precise si la intervención del personal directivo de una Caja de Ahorros - Presidente y Directores Generales- en los órganos de administración de sociedades participadas por la propia entidad son servicios sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obsta a lo anterior el hecho de que los preceptos reputados como infringidos por la Abogacía del Estado se refieran a dos leyes (la LORCA y el Decreto Legislativo 1/1994) que han sido derogadas por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28 de diciembre) y por el Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cajas de ahorros de



Cataluña (DOGC de 13 de marzo) por cuanto en ellas se mantiene la norma de incompatibilidad referida en la sentencia recurrida (artículo 22 y artículo 39, respectivamente).

[...] En relación con la segunda de las cuestiones, concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia por cuanto tampoco existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento fiscal específico correspondiente a los swaps/IRS en el IVA. Se hace preciso, por tanto, determinar si atendiendo a sus características, deben considerarse prestaciones de servicios realizadas a título oneroso sujetas al IVA de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias y, en caso de respuesta afirmativa, determinar cómo debe calcularse su retribución a efectos de su inclusión en el denominador de la prorrata."

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ["LJCA"], el Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 10 de enero de 2018, interpuso el recurso de casación en el que argumenta que la sentencia de instancia infringe el artículo 27 la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Órganos Rectores de Cajas de Ahorro (LORCA) y solicita "[...] que con estimación del recurso, case la sentencia recurrida, declarando ajustadas a derecho tanto la resolución del TEAC de 18 de junio de 2015, como los actos administrativos de los que trae causa, en el particular relativo a la cuestión controvertida en este recurso de casación. El personal directivo de una Caja de Ahorros -Presidente y Directores Generales- que tienen dedicación exclusiva a la Caja de Ahorros y por lo que perciben su correspondiente retribución, cuando interviene en los órganos de administración de sociedades participadas de la propia Caja, lo hace en representación de la Caja y la retribución que perciba de estas entidades participadas, distinta de dietas por asistencia a reuniones del órgano de administración, pertenece a la Caja de Ahorros, y consecuentemente esa retribución es contraprestación de servicios de la Caja de Ahorros a las sociedades participadas, por ello, son servicios sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido".

Finalmente suplica de la Sala "[...] dicte sentencia por la que estime el recurso revocando la sentencia recurrida y confirmando la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de junio de 2015 y los actos administrativos de los que trae causa, haciendo el pronunciamiento que se contiene en el apartado 3 anterior".

La representación procesal de CAIXABANK, S.A., mediante escrito registrado el 2 de febrero de 2018, interpuso el recurso de casación en el que argumenta que, "[...] dado que entre las sentencias citadas por la Sala de instancia y el caso actual no existe identidad objetiva, es[a] parte entiende que las conclusiones alcanzadas en ambas no resultan extrapolables al caso que nos ocupa y, en consecuencia, la Audiencia Nacional debería haber analizado la adecuación del criterio defendido por la Administración a la normativa y jurisprudencia comunitarias", y afirma que "[...] estamos ante operaciones en las que se intercambian compromisos de pago a terceros por el mero interés de una parte de reducir su incertidumbre financiera y de la otra por considerar que puede obtener una financiación más competitiva a riesgo, pero sin que ninguno de ellos preste un servicio en el sentido indicado en la Directiva del IVA". Concluye su escrito suplicando que se "[...] case la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y dicte una nueva estimando las pretensiones de CAIXABANK y, en consecuencia, anule los Acuerdos de Liquidación derivados de las Actas A02 número 722237061 y A02 número 72237095".

Mediante Otrosí Digo considera que esa Sala debería plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si alberga dudas sobre la interpretación en la aplicación del Derecho comunitario al presente asunto y reitera las cuestiones referidas a dicho Tribunal, siendo las mismas:

" 1. *Las operaciones de permutas financieras desarrolladas por CAIXABANK descritas en el presente expediente ¿constituyen entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el sentido de la Directiva 2006/112/CEE?*

2. En el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, ¿Qué importe debería considerarse a los efectos del cálculo de la prorrata?"

QUINTO.- Conferido traslado de los escritos de interposición del recurso a las partes recurridas, el abogado del Estado presentó escrito de oposición el 3 de mayo de 2018, en el que argumenta que "[...] las operaciones objeto del presente recurso se ofrecen por la entidad recurrente con plena disponibilidad, generan una relación sinalagmática entre la entidad y el cliente, aunque también intervenga un tercero, y están sujetas a contrapartida, aunque ésta presente dificultades en su determinación, lo que remite a la siguiente cuestión" y, en cuanto al planteamiento de la cuestión prejudicial, considera que no es necesario el planteamiento de la misma, por lo que suplica a esta Sala "[...] dicte sentencia por la que, fijando como doctrina la que se postula en el apartado anterior, desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida por ser ajustada a Derecho".

Por su parte, el procurador de la entidad CAIXABANK, S.A., mediante escrito registrado el 20 de junio de 2018, formuló oposición aduciendo que "[...] el artículo 27 LORCA se refiere, exclusivamente, a aquellos casos en



que el Presidente y el Director General actúan en representación de los intereses de la Caja. Por ello es por lo que establecen que, en estos casos, deberán ceder sus retribuciones a la Caja de Ahorros. Nótese que, de no estar refiriéndose el precepto a una actuación en los consejos de administración en nombre propio, pero por cuenta de los intereses de la Caja, el artículo 27 LORCA carecería de sentido pues, de tener que actuar siempre el Presidente y el Director General en nombre y representación de la Caja, la retribución por la asistencia a los consejos la percibiría directamente la Caja, por lo que carecería de sentido establecer esa obligación de cesión de retribuciones a la Caja", no obligando a que el Presidente y el Director General "[...] deban ceder su retribución a la Caja de Ahorros cuando ésta haya computado la mencionada retribución en orden a determinar el sueldo percibido de la propia Caja por el ejercicio de sus cargos". Por todo ello solicita se "dicte Sentencia por la que desestime íntegramente el citado recurso de casación y confirme la Sentencia impugnada, imponiendo las costas al recurrente".

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 3 de diciembre de 2019, si bien, ante la complejidad del asunto, la Sección ha seguido deliberando el mismo hasta el día 25 de febrero de 2020 en que se ha procedido a la votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso de casación.*

Se han interpuesto dos recursos de casación contra la sentencia dictada en la instancia, en fecha 31 de mayo de 2017, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo núm. 539/2015. En el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado se cuestiona la sentencia en cuanto estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad financiera Caixabank S.A. contra la resolución dictada, con fecha 18 de junio de 2015, por el Tribunal Económico-Administrativo Central que, a su vez, estimó en parte las reclamaciones económico-administrativas presentadas frente a las liquidaciones por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido ["IVA"], correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009. Por su parte, Caixabank S.A. recurre también en casación la citada sentencia, en cuanto desestimó su reclamación económico administrativa.

Examinaremos por separado ambos recursos de casación, que versan sobre materias absolutamente diversas, empezando por el de la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- *El recurso de casación de la Abogacía del Estado: la consideración de las retribuciones percibidas por los Consejeros de Caixabank en los órganos sociales de sociedades participadas por Caixabank.*

El recurso de casación preparado e interpuesto por la Abogacía del Estado se dirige contra la sentencia en cuanto estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló las resoluciones recurridas en cuanto al aumento de las bases imponibles del IVA en el importe de determinadas retribuciones por asistencia a Consejos de Administración de sociedades participadas, percibidas por el Presidente y los Directores Generales de Caixabank S.A.

El auto de 11 de diciembre de 2017, de la Sección Primera de esta Sala, identificó como cuestión de interés casacional respecto al recurso de casación de la Abogacía del Estado la siguiente:

"En relación con la primera de las cuestiones, concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por cuanto no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que precise si la intervención del personal directivo de una Caja de Ahorros - Presidente y Directores Generales- en los órganos de administración de sociedades participadas por la propia entidad son servicios sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obsta a lo anterior el hecho de que los preceptos reputados como infringidos por la Abogacía del Estado se refieran a dos leyes (la LORCA y el Decreto Legislativo 1/1994) que han sido derogadas por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28 de diciembre) y por el Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña (DOG de 13 de marzo) por cuanto en ellas se mantiene la norma de incompatibilidad referida en la sentencia recurrida (artículo 22 y artículo 39, respectivamente)".

Y se identificaron como normas jurídicas que, en principio, serían objeto de interpretación: el artículo 27 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros y el artículo 39 del Decreto Legislativo 1/1994, de 6 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 15/1985, de 1 de julio, 6/1989, de 25 de mayo, y 13/1993, de 25 de noviembre, de cajas de ahorros de Cataluña; así como el artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.



Como resulta notorio e indiscutido, Caixabank es una caja de ahorros, sujeta a la Ley 31/1985 de Órganos Rectores de Cajas de Ahorro (LORCA), que prevé en su art. 27 que el ejercicio del cargo de Director General o asimilado y el de Presidente del Consejo de Administración, caso de haberles sido asignado un sueldo, requiere dedicación exclusiva y debe ser, por tanto, incompatible con cualquier actividad retribuida, salvo la administración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la Caja, y que, en este último caso los ingresos que obtengan, distintos a dietas de asistencia a Consejos de Administración o similares, deberán cederse a la Caja por cuya cuenta realiza dicha actividad o representación. Esta previsión es análoga a la contenida con igual finalidad en las normas que posteriormente han sustituido a la Ley 31/1985, concretamente la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28 de diciembre) y por el Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña (DOGC de 13 de marzo).

Sobre esta base normativa, entiende la Administración que deben reputarse percibidas por Caixabank S.A. las retribuciones abonadas a sus Directores generales y a su Presidente -con sueldo asignado- por las referidas entidades participadas, habida cuenta de su dedicación exclusiva y de su obligación legal de ceder a Caixabank S.A las retribuciones percibidas. En definitiva, postula que la actuación de la reclamante como miembro del Consejo de Administración de otras sociedades mercantiles, por la que percibe una contraprestación, debe calificarse como prestación de servicios sujeta y no exenta del IVA, debiendo repercutir dicho tributo al tipo impositivo general.

Ahora bien, una lectura detenida de los fundamentos por los que la sentencia rechaza los argumentos de la administración y estima el recurso contencioso-administrativo, evidencia que en el presente caso existe una apreciación de hechos probados que desvirtúa el presupuesto sobre el que se basa la tesis de la Administración. Dice así la sentencia recurrida reiterando los mismos argumentos y, por tanto, la misma apreciación de hechos probados que en la sentencia dictada de otro procedimiento relativo a la misma cuestión aunque en relación a otro ejercicio [sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (rec. contencioso-administrativo 147/2014)]:

"Aunque la regulación sobre la citada incompatibilidad es cierta, no obstante no se considera como prueba suficiente que la Inspección tributaria base su regularización por el IVA apoyándose exclusivamente en el aludido incumplimiento sobre la incompatibilidad puesto que, esa presunción admite prueba en contrario. Y la recurrente sí ha aportado prueba que da credibilidad a sus afirmaciones y son los certificados emitidos por las entidades en cuyos Consejos de Administración habían participado como miembros de los mismos el Presidente y los Directores Generales de La Caixa. Y son los certificados emitidos por las entidades Gas Natural, SDG, S.A.; Repsol YPF, S.A.; Segur Caixa Holding, S.A.; Sociedad Abertis Infraestructuras, S.A. en los cuales se especifica que han actuado en nombre y representación propia y que las retribuciones e importes que han percibido por su participación en los Consejos de Administración han sido en concepto de renta por lo que se les ha aplicado el correspondiente porcentaje de retención a los efectos del IRPF [...] El incumplimiento de la norma en que se ha basado la inspección -art. 27- no permite concluir sin más datos que la actuación del Presidente y de los Directores Generales de La Caixa en otros Consejos de Administración sea una prestación de servicios de La Caixa a dichas sociedades mercantiles a través de dichas personas físicas [...]"

Por consiguiente, la valoración de hechos y la apreciación de la prueba efectuada por la sentencia de instancia, que no ha sido cuestionada en el recurso de casación, excluyen que, sobre la base de los hechos probados podamos pronunciarnos en este caso en el sentido que postula la recurrente, acerca de la cuestión de interés casacional propuesta. En efecto, para pronunciarnos en los términos que pretende el recurso de casación, tendríamos que partir de la base de que el Presidente y Directores Generales de Caixabank intervinieron en los órganos de administración de sociedades participadas por la caja en representación de la misma, y ese hecho, es cabalmente negado como hecho probado por la sentencia recurrida, que afirma que lo han hecho en nombre y representación propia. Se trata de una cuestión de hecho ajena al ámbito del recurso de casación, tal y como establece el art. 87 bis 1 LJCA, al señalar que "[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3, el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho", y el art. 93.3 LJCA solo autoriza a integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados, pero en modo alguno tal operación puede llevar a subvertir los hechos probados con otros que sean absolutamente opuestos a los que refleja la resolución judicial recurrida.

No procede, en consecuencia, hacer pronunciamiento alguno sobre la cuestión de interés casacional, ya que, ateniéndonos a los hechos probados, una declaración tal tendría un carácter puramente teórico, desconectado de la realidad del litigio, pues la función principal nomofiláctica asignada no debe hacerse en abstracto, de manera ajena a la controversia surgida entre las partes y resuelta en la sentencia impugnada, en tanto que, como se ha dicho en pronunciamientos anteriores, de otra manera se convertiría el Tribunal Supremo en órgano



consultivo, y se subvertiría la naturaleza de las sentencias trocándolas en meros dictámenes. Por ello, las interpretaciones de las normas jurídicas y la doctrina que emane debe tener como obligado punto de referencia el caso concreto que se enjuicia, y atenerse a los hechos probados en las mismas sin más matización que la del art. 93.3 LJCA, lo que descubre un elemento de utilidad, pues el pronunciamiento que se dicte sirve en cuanto da satisfacción a los intereses actuados que han desembocado en el recurso de casación.

En realidad, el planteamiento del recurso de casación de la Administración General del Estado lleva implícito implica atribuir a la declaración de hechos probados de la sentencia, la vulneración del art. 27 de la LORCA, entendiéndose que la sentencia ha desconocido el mismo en cuanto de tal precepto, a juicio del defensor de la Administración, se deriva la realización de un negocio jurídico de prestación de servicios por los que ha percibido contraprestación la Caixa. Pero el art. 27 LORCA es una norma de incompatibilidades, y de ella no se deduce, sin consideración a los elementos fácticos considerados en el caso concreto, y menos aún en contra de la declaración expresa de hechos probados de la sentencia, la calificación de prestación de servicios que sostiene la Abogacía del Estado en este caso. Esta es la doctrina que procede declarar en atención a los límites fácticos que resultan de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida

TERCERO.- *Recurso de Caixabank. Delimitación de las cuestiones litigiosas a tenor del planteamiento de la demanda. Exclusión de cuestiones nuevas.*

La entidad financiera Caixabank S.A. no está conforme con la sentencia en cuanto rechaza su impugnación de los acuerdos de liquidación relativos al IVA de los ejercicios de 2007, 2008 y 2009, en tanto que resulta una disminución del IVA soportado deducible como consecuencia de la disminución del porcentaje de prorrata de los ejercicios examinados, resultado del tratamiento en la aplicación de la regla de prorrata de las operaciones relativas a derivados financieros. La entidad recurrente había incluido en el denominador de la prorrata diversas partidas negativas relativas a estos derivados, compensando de esta manera las partidas positivas y negativas de los mismos, mientras que la Inspección consideró que el importe a integrar en el denominador de la prorrata es el de las contraprestaciones positivas efectivamente obtenidas en tales operaciones y no su efecto neto o conjunto (diferencia entre los resultados positivos y negativos de la liquidación de las mismas). La sentencia desestimó la demanda en este punto y confirmó el criterio de la Inspección, así como el del TEAC. La cuestión a analizar, por tanto, es la determinación del importe que ha de ser incluido en el denominador de la fracción para establecer el porcentaje de la prorrata, en particular a efectos de computar las operaciones de derivados financieros como SWAP/IRS.

Para situar adecuadamente la controversia, hay que tener presente que cuando en su actividad económica los sujetos pasivos realizan operaciones que generan el derecho a la deducción del IVA soportado y otras que no lo generan, las cuotas soportadas solo son deducibles en una proporción determinada, denominada prorrata, que se calcula mediante un procedimiento legalmente establecido. No se cuestiona que el régimen aplicable para la determinación del importe de prorrata es el denominado de prorrata general, regulado en la LIVA, concretamente en el art. 103, que en su apartado uno establece que "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".

Pues bien, el artículo 104.Dos de la LIVA establece lo siguiente:

"Dos. El porcentaje de deducción a que se refiere el apartado anterior se determinará multiplicando por 100 el resultante de una fracción en la que figuren:

1.º 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.

2.º 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 aquellas que no originen el derecho a deducir.

En las operaciones de cesión de divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, exentas del impuesto, el importe a computar en el denominador será el de la contraprestación de la reventa de dichos medios de pago, incrementado, en su caso, en el de las comisiones percibidas y minorado en el precio de adquisición de las mismas o, si éste no pudiera determinarse, en el precio de otras divisas, billetes o monedas de la misma naturaleza adquiridas en igual fecha.

En las operaciones de cesión de pagarés y valores no integrados en la cartera de las entidades financieras, el importe a computar en el denominador será el de la contraprestación de la reventa de dichos efectos



incrementado, en su caso, en el de los intereses y comisiones exigibles y minorado en el precio de adquisición de los mismos.

Tratándose de valores integrados en la cartera de las entidades financieras deberán computarse en el denominador de la prorrata los intereses exigibles durante el período de tiempo que corresponda y, en los casos de transmisión de los referidos valores, las plusvalías obtenidas.

La prorrata de deducción resultante de la aplicación de los criterios anteriores se redondeará en la unidad superior".

Es decir, simplificando, que el porcentaje de deducción de las cuotas soportadas viene dado por el cociente entre el volumen de operaciones correspondiente a las que atribuyen el derecho a deducir y el volumen total de operaciones (incluidas las que otorgan el derecho a deducir y las que no).

En este caso, CaixaBank S.A. tiene por actividad principal declarada, sujeta y no exenta al IVA (LIVA, arts. 4 y sigs.), la de *SERVICIOS FINANCIEROS Y CONTABLES* clasificada en el epígrafe de I.A.E. (Empresario) 842. Realiza actividades con derivados financieros, en particular, y por lo que ahora interesa, los denominados "swap", "IRS" (interest rate swap) o permutas financieras, y para calcular la regla de prorrata había incluido en el denominador de la prorrata el resultado de aplicar la compensación de diversas partidas negativas relativas a estos derivados, con las partidas positivas de estas operaciones.

Conviene tener presente que, en operaciones de cesión de instrumentos financieros en general, el importe que se ha de computar en el denominador de la prorrata viene a corresponderse con la plusvalía obtenida en la operación, pues se entiende que este es el importe de la retribución que el empresario o profesional recibe por la realización de las operaciones. Así ha sido declarado por esta Sala en sus sentencias de

En el presente caso, se trata de determinar cuál es la retribución que la entidad reclamante obtiene por la realización de determinadas operaciones con derivados financieros, concretamente operaciones de "swap" o permuta financiera, pues esta será la cantidad que hay que incluir en el denominador de la prorrata. A estos efectos es necesario recordar que dicho importe no puede ser en ningún caso negativo, pues, en este caso, perdería su naturaleza de contraprestación.

Como primera aproximación al caso litigioso, conviene puntualizar que, en términos generales, los derivados financieros se pueden definir como productos financieros generados a partir de otros de naturaleza más sencilla basándose en principios de apalancamiento, es decir, se trata de operaciones de compra y venta que generan derechos u obligaciones sobre activos financieros que han sido emitidos con anterioridad, siendo por lo tanto instrumentos que derivan de un activo subyacente, de ahí su denominación. Se trata de un compromiso de realización diferida cuyas condiciones se fijan en el presente.

Aunque son muy diversos los productos que reciben la denominación de derivados financieros, (los futuros, las opciones, los forwards y los swaps) los que ahora nos ocupan son tan sólo los "swap" o contratos de permuta financiera, denominados IRS cuando tienen por objeto permuta financiera sobre tipos de interés (interest rate swap).

Los swaps son productos financieros complejos derivados, es decir, que su valor depende siempre de otro valor variable de referencia, porque precisamente son concebidos para dar cobertura a determinados riesgos que son asumidos por el otro contratante a cambio de que, o bien el primero asuma los riesgos del segundo, o bien exista otra contraprestación a cambio. La calificación como contrato de permuta financiera responde a que participa aparentemente de las condiciones de una permuta, pero la conclusión de que pudiera ser aplicable el régimen del contrato de permuta es errónea, pues el tenor del artículo 1538 del Código Civil establece como elemento esencial del contrato de permuta el intercambio de cosas y en el contrato Swap/IRS se intercambian valores, es decir, obligaciones de pago dinerarias, lo que desnaturaliza la permuta. En realidad, la "permuta financiera" que no es una auténtica permuta ya que en el "swap" no se intercambian cosas o bienes específicos sino medidas de valor, flujos de dinero.

La actora insiste en sus alegaciones en que se trataría de operaciones OTC, en las que es preponderante el aspecto especulativo, de resultado incierto en que, dice, no cabe determinar a priori quién pagará a quién, ni cuánto, lo que le lleva a sostener que no hay en realidad una prestación de servicios financieros por su parte, sino puramente una entrega de dinero en la divisa pactada, como resultado de determinadas variables dotadas de incertidumbre. Por ello sostiene que no se trata de servicios financieros a efectos de sujeción al IVA.

Este argumento no puede prosperar, pues por más que el contrato pueda tener cierto carácter aleatorio en cuanto a la variable con respecto a la cual se determinan las recíprocas obligaciones, que por regla general es un índice de tipos de interés, no por ello deja de ser un contrato sinalagmático. El funcionamiento del contrato permite ver más clara que no es especulativo. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en



intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no sean tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. La finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por un usuario de los servicios financieros, sea particular o empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes.

Es cierto que una característica general de los contratos de permuta financiera, en particular de los SWAP/IRS, que su negociación se produce mayoritariamente en mercados no organizados (OTC, over the counter o fuera del mostrador) que ofrecen más flexibilidad en las condiciones de contratación.

Sin embargo, no cabe olvidar que, tal y como admite la actora en su demanda y reitera en el escrito de interposición del recurso de casación, en el caso de las entidades financieras que conciertan operaciones de préstamo o crédito con clientes minoristas, como es la actora, vienen obligadas por disposición legal a informar y facilitar al cliente minorista, bajo determinadas condiciones este tipo de productos (art. 19 de la Ley 36/2003 de Medidas de Reforma económica), de suerte que la posición de la entidad financiera es con frecuencia doble puesto que, por una parte, oferta este producto al cliente minorista normalmente con un perfil bastante estandarizado, y por otra, se cubre del riesgo asumido en dichos contratos con un contrato espejo, aquí sí, en mercados no organizados (OTC). No en vano, la Ley del Mercado de Valores califica a la permuta de tipos de interés como instrumento financiero sujeto a sus previsiones, en tal sentido el art. 2 de la Ley 24/1988, de 24 de julio.

La secuencia de contratación de ese instrumento (IRS) se describe en la demanda de la siguiente forma:

- (i) El cliente suscribe un préstamo con la entidad sometido a interés variable.
- (ii) La entidad está obligada por la normativa MIFID antes referida a ofrecer un instrumento de cobertura del riesgo de variabilidad del tipo de interés.
- (iii) El cliente contrata dicho instrumento (IRS), trasladándose el riesgo de variaciones de tipo de interés a la entidad.
- (iv) La entidad, por motivos estricta prudencia económica y de control severo del riesgo, debe gestionar activamente la cartera crediticia y proceder, a su vez, a suscribir un instrumento de cobertura espejo con una entidad tercera.

Es cierto que, como señala la recurrente, cuanto más prudente sea la política de asunción de riesgos y menor sea el apetito de riesgo, mayor será el volumen de cobertura gestionado. Pero ello no supone en absoluto que Caixabank, S.A. sea un mero intermediario entre el cliente minorista y la entidad tercera con la que contrata el instrumento de cobertura espejo. Caixabank asume, en las dos vertientes de la contratación, con el cliente minorista y con la entidad con la que suscribe contratos espejo para cubrir su riesgo, la posición de contratista por cuenta propia, y no mero comisionista o intermediario.

Tan es así, que si atendemos exclusivamente al planteamiento que a lo largo de todo el litigio hizo la hoy recurrente, Caixabank, S.A., sería de todo punto innecesario entrar a examinar todo lo que no fuera la determinación del denominador de la prorrata, pues en ningún momento previo al escrito de preparación del recurso de casación, se ha suscitado por la representación de Caixabank, S.A. duda alguna sobre la naturaleza de actividad de prestación de servicios que, a efectos del Impuesto sobre el valor Añadido, correspondería a la realizada en las operaciones en cuestión, y por tanto a la contraprestación obtenida por su intervención en contratos de permuta financiera. Tan sólo en su escrito de interposición del recurso de casación, la entidad recurrente Caixabank, S.A. introduce una cuestión rigurosamente nueva, la de la sujeción de las liquidaciones por operaciones de "swap" al Impuesto sobre el Valor Añadido, cuestión que no fue planteada en su demanda. Es significativo que ni en su escrito de preparación del recurso de casación, como tampoco en el de interposición, se hiciera protesta de incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, dado que la misma omite por completo toda consideración de la sujeción de dichas liquidaciones al IVA, y se limita a analizar la cuestión de la determinación de la cuantía en que habrían de ser incluidas en el denominador de la prorrata. Así, la sentencia recurrida sintetiza la cuestión litigiosa:

"TERCERO.- El segundo de los motivos del recurso gravita en torno a la consideración que ha de darse al resultado obtenido en las operaciones sobre derivados financieros a efectos del cálculo de la prorrata.



A juicio de la entidad, debe incluirse el resultado neto de las mencionadas operaciones compensando las plusvalías y minusvalías obtenidas, frente al criterio sostenido por la Administración, y confirmado por el TEAC, según el cual el importe a integrar en el denominador de la prorrata es el de las contraprestaciones positivas efectivamente obtenidas en dichas operaciones, sin tomar en consideración las posibles minusvalías".

Y seguidamente analiza este único aspecto, resolviendo mantener el criterio de la Administración tributaria, confirmado por el TEAC.

Frente al silencio de la sentencia recurrida sobre la cuestión que el escrito de interposición plantea como primer motivo, ninguna denuncia de incongruencia omisiva planteó la hoy recurrente, y no lo hizo, porque no pudo ser incongruente la sentencia con aquello que ni tan siquiera se había suscitado en el debate. Ahora, en casación, se sostiene (página 9 del escrito de interposición), la "[...] ii) inexistencia de una prestación de servicios realizada a título oneroso a efectos del IVA [...] Lo cierto es que ninguna de las partes presta un efectivo servicio a la otra, sino que únicamente se obligan a intercambiar montantes de dinero tomando como referencia distintos tipos de interés [...] estamos ante operaciones en las que se intercambian compromisos de pago a terceros por el mero interés de una parte de reducir su incertidumbre financiera y de la otra por considerar que puede obtener una financiación más competitiva a riesgo, pero sin que ninguno de ellos preste un servicio en el sentido indicado en la Directiva del IVA" (página 11 del escrito de interposición).

También el examen de la actuación administrativa recurrida, concretamente del acta de liquidación, evidencia que este planteamiento es por complejo ajeno a la propia autoliquidación que en su día realizó la propia parte recurrente, que no cuestionó la existencia de una operación sujeta a IVA en la reclamación económico administrativa, y tan sólo discutió el importe de las operaciones, reduciendo su montante a efecto del cálculo de la regla de prorrata, mediante la compensación de las liquidaciones positivas con las negativas.

Por tanto, lo que la parte ha suscitado en el recurso de casación es una cuestión absolutamente nueva, que, como decimos, no fue planteada ni en su propia actuación de autoliquidación, ni en la vía económico administrativa, ni, finalmente, en la propia demanda.

La cuestión nos remite al alcance del art. 92.3 de la LJCA, cuando permite que las partes, desde luego la recurrente, planteen otras cuestiones en el escrito de interposición, siempre que hayan sido identificadas en el escrito de preparación. Es cierto que en este caso la cuestión ahora suscitada ha sido identificada como de interés casacional, pero tal apreciación de la Sección de Admisión, basada en el contenido del escrito de preparación no impide que la Sala de Enjuiciamiento, en el desarrollo íntegro de su función, verifique que dicha cuestión pueda resultar, en efecto, relevante para la resolución del litigio, pues la función nomofiláctica del recurso de casación no puede desvincularse del ámbito concreto del litigio, y en especial, no puede desconocer que el recurso de casación es un medio de impugnación, y por tanto, las partes están sujetas al principio de congruencia, que impide el planteamiento de cuestiones nuevas respecto a las que suscitaron en las anteriores instancias. el elemento nuclear que caracteriza y define el recurso de casación introducido con la LO 7/2015, es el denominado interés casacional objetivo que debe ser delimitado en el auto de admisión previsto al efecto, de suerte que en la controversia a enjuiciar se le reconoce un efecto catalizador que condiciona y delimita el debate entre las partes y, claro está, el propio escrito de interposición, que debe estar y seguir las pautas que quedan marcadas en el auto de admisión y debe centrarse en las normas y jurisprudencia que se han identificado como susceptibles de interpretación. Ahora bien el desenvolvimiento práctico del recurso de casación muestra que se producen, a veces, desajustes entre el auto de admisión y la controversia realmente suscitada y el correlativo condicionamiento del escrito de interposición, lo que ha dado lugar a que, excepcionalmente, por la Sección de enjuiciamiento, con la finalidad de facilitar y cumplir la función nomofiláctica y de depuración del ordenamiento jurídico se le asigna principalmente a este recurso de casación, y/o en garantía del principio de tutela judicial efectiva, se hagan matizaciones o se atempere o adapte la cuestión en la que se aprecia el interés casacional objetivo a la real controversia surgida entre las partes y objeto de la resolución. Pero dicho lo anterior, lo que en modo alguno cabe es que el recurso de casación se desvincule del caso concreto objeto de enjuiciamiento, pues aún la función principal nomofiláctica asignada no debe hacerse en abstracto, de manera ajena a la controversia surgida entre las partes y resuelta en la sentencia impugnada, en tanto que, como se ha dicho en pronunciamientos anteriores, de otra manera se convertiría el Tribunal Supremo en órgano consultivo, y se subvertiría la naturaleza de las sentencias trocándolas en meros dictámenes. Por ello las interpretaciones de las normas jurídicas y la doctrina que emane debe tener como obligado punto de referencia el caso concreto que se enjuicia, lo que descubre un elemento de utilidad, pues el pronunciamiento que se dicte sirve en cuanto da satisfacción a los intereses actuados que han desembocado en el recurso de casación, de suerte que no procede fijar doctrina jurisprudencial en abstracto, desconectada del caso concreto. Ello supone que no ha lugar a entrar sobre las cuestiones que aun pudiendo presentar interés casacional, en abstracto, como ha determinado en el este caso el auto de admisión, no resultan relevantes para resolver el caso concreto, como ocurre cuando se plantean cuestiones nuevas.



Lo procedente, con carácter general, cuando se detecta una cuestión nueva en la fase de admisión del recurso de casación, es excluir su examen, sobre el principio de congruencia y proscripción de indefensión a la parte contraria. En este sentido, el ATS 16/9/2018, RC 169/2018 y el ATS 5/4/2017, RC 628/2017, que se pronuncia en los siguientes términos: "Ciertamente, el artículo 89.2.b) LJCA obliga a identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, permitiendo justificar que, aun no habiendo sido alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, "ésta hubiera debido observarlas", pero esta posibilidad no permite introducir a su través una cuestión nueva en casación, como aquí sucede con la segunda de las infracciones denunciadas en el escrito de preparación. Según hemos recordamos en el invocado auto de 3 de febrero de 2017 (RCA/203/2016, FJ 2º), son dos las razones que obligan a inadmitirlas también con la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo; a saber: (1ª) resulta lógicamente imposible que la resolución judicial impugnada incurra en las infracciones denunciadas por la parte recurrente, respecto de una cuestión que no fue considerada en el pleito de instancia, y (2ª) con la admisión de cuestiones nuevas en casación se afectaría gravemente al derecho de defensa de la parte recurrida, pues carecería de las posibilidades de alegación y prueba que corresponden a la instancia".

Ahora bien, al hecho de que en la fase de admisión la Sección Primera no detectase la existencia de una cuestión nueva en el planteamiento que ahora suscita Caixabank, se añade la circunstancia de que la parte recurrida no ha hecho la menor oposición al examen de este aspecto de la cuestión de interés casacional. Por último, no cabe desconocer que esta misma cuestión ha sido admitida, por revestir interés casacional, en otros recursos de casación tramitados ante nuestra Sala, por lo que entraremos en su examen a los efectos de fijar la correspondiente doctrina de interés casacional. En el mismo sentido de examinar la cuestión de interés casacional, cuando la parte recurrida no se ha opuesto a su examen, nos hemos pronunciado en la sentencia del esta misma Sala y Sección de 21 de febrero de 2019 (rec. cas. núm. 3780/2017 - ES:TS:2019:762).

CUARTO.- *Sobre la sujeción de la operación al Impuesto sobre el Valor Añadido.*

La representación de Caixabank, S.A. cuestiona la sujeción de la operación al IVA, e insiste en que se ha producido vulneración del art. 267 del TFUE al no haber accedido la sentencia de instancia al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de este punto, así como sobre el importe que debería ser incluido en el cálculo de la prorrata.

Alega que los derivados financieros contratados tienen una función puramente especulativa, pues para el cliente minorista puede ser la cobertura de determinados riesgos, no sólo el derivado contratación de préstamos a tipo variable, sino que también puede tener por objeto la cobertura de riesgos de otro tipo de productos, e incluso de riesgos empresariales por la oscilación del valor a que pueden verse sometida por la variación de los costes de financiación. Sostiene que los rendimientos positivos obtenidos no son contraprestación de operaciones sujetas al IVA, pues las liquidaciones por diferencias son la prestación en sí misma, operación no sujeta por consistir en la entrega de dinero a título de pago.

La alegación no puede prosperar. El artículo 4 de la Ley 37/1992 (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401), que regula la sujeción al impuesto, dispone:

"Uno. Estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

(...)

Tres. La sujeción al impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular".

Del artículo anterior se deduce que las prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del IVA por un empresario, a título oneroso, están sujetas al mismo siempre que se realicen en el desarrollo de la actividad empresarial, con independencia de que estas operaciones tengan carácter habitual u ocasional o de los fines o resultados perseguidos en dicha actividad o en la operación en particular.

Más aún, en el caso de las entidades financieras, la naturaleza de servicio profesional de este tipo de actividades es indiscutible y clara a la vista de la jurisprudencia del TJUE. Así, la sentencia recurrida invoca acertadamente que no puede negarse la condición de prestación de servicio a esta actividad cuando se realiza por una entidad financiera, conforme al criterio sentado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, C-604/11, Caso Genil 48, S.L., y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.. Aunque el objeto de aquella sentencia es el alcance del art. 19 de la Directiva 2004/39/CE, en el ámbito del mercado de instrumentos financieros, y las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a los clientes, concretamente el asesoramiento en materia de inversión, no cabe duda de que, a la vista de los



razonamientos de la sentencia, se trata de una prestación de servicios la consistente en ofertar y en su caso contratar con el cliente de la entidad financiera este tipo de productos, SWAP/IRS, tanto si es por requerimiento del cliente o a propia iniciativa de la entidad financiera. En definitiva, ofertar y contratar un producto como el de permuta financiera constituye, desde el punto de vista de la entidad financiera, una prestación de servicios financieros que, además, puede requerir un asesoramiento de inversión, bajo determinadas condiciones del cliente y la forma en que se oferta el producto.

Confunde la entidad el concepto de operación sujeta al IVA con el concepto de empresario o profesional a efectos de este impuesto. Efectivamente, el artículo 5 de la Ley 37/1992 regula la noción de empresario o profesional y uno de los supuestos establecidos como tal es el recogido en el apartado uno, letra c), que determina que se reputará empresario o profesional a quien realice "una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo". Añade el precepto que "En particular, tendrán dicha consideración los arrendadores de bienes". En consecuencia, la obtención de ingresos continuados en el tiempo está ligada al concepto de empresario, pues ello supone la realización de una actividad económica a efectos del impuesto.

Sin embargo, la sujeción al impuesto de operaciones en particular se determina no en función de su resultado, sino de su naturaleza, empresarial o no empresarial. En este sentido, ya se ha dicho que las operaciones de cobertura de riesgos a través de la contratación de derivados financieros se han realizado en el ejercicio de la actividad empresarial. Se trata, en definitiva, de una operación de cobertura de riesgo mediante un contrato de permuta estrictamente financiera, que la recurrente realiza este servicio en el ámbito de su actividad empresarial, que realiza de forma habitual y, por el que percibe una prestación onerosa en el sentido del art. 2 de la Directiva.

La onerosidad de la contraprestación de este servicio no puede quedar empañada por los argumentos que utiliza la recurrente, apoyándose en que, en determinados casos, la evolución del índice de referencia conduzca a que, en lugar de percibir ningún tipo de plusvalía, deba afrontar por el contrario un pago a favor de la contraparte del swap/IRS. En este sentido, procede recordar con la STJUE de 22 de octubre de 2015, C-264/14, Skatteverket que:

"[u]na prestación de servicios sólo se efectúa "a título oneroso" en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva del IVA, y, por consiguiente, sólo está sujeta al IVA, si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo (sentencias Loyalty Management UK y Baxi Group, C-53/09 y C-55/09, EU:C:2010:590, apartado 51 y jurisprudencia citada, y Serebryannay vek, C-283/12, EU:C:2013:599, apartado 37). Tal relación directa se establece cuando existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario (sentencia Le Rayon d'Or, C-151/13, EU:C:2014:185, apartado 29 y jurisprudencia citada)". (apartado 27).

En este caso, la onerosidad de la prestación no puede ser cuestionada sobre la base de la incertidumbre en el monto de la misma, pues la bases para determinar dicha prestación están establecidas en los contratos de "swap/IRS" mediante la referencia a determinados elementos (nacional, tipo o índice de referencia, periodos de liquidación, etc) que la hacen perfectamente determinable en sus respectivos periodos de liquidación. Y esa contraprestación está en relación directa entre el servicio prestado por la recurrente y la otra parte contratante, que se intercambian prestaciones recíprocas. El resultado final, favorable o no, que se alcance con el contrato espejo, si es que se formaliza - cosa que sólo corresponde decidir a la entidad financiera, en el marco de su política de asunción de riesgos - no afecta a la naturaleza de contraprestación onerosa que tienen las respectivas liquidaciones del contrato de "swap", que constituyen el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario (sentencia Le Rayon d'Or, C-151/13, EU:C:2014:185, apartado 29 y jurisprudencia citada).

Los pronunciamientos del TJUE que la entidad recurrente invoca a favor de su tesis de que no existe contraprestación no resultan desde luego comparables. En la STJUE de 10 de noviembre de 2016, C-432/15 Paulina Bastová, se afirma por el TJUE que no constituye una prestación de servicios realizada a título oneroso, en el sentido de esa disposición, la puesta a disposición de un caballo por parte de su propietario, sujeto al impuesto sobre el valor añadido, a favor del organizador de una carrera hípica para que participe en la misma, en el supuesto de que esa puesta a disposición no dé lugar al pago de una cantidad derivada del hecho de que la participación del caballo da un mayor caché a la carrera o de otra remuneración directa, y cuando sólo los propietarios de los caballos que obtengan una determinada clasificación al llegar a la meta obtienen un premio, aunque éste haya quedado determinado a priori. En el caso analizado en la STJUE de 10 de noviembre de 2016, cit., hay una evidente ausencia de contraprestación de la puesta a disposición, pues esta no recibe ninguna contraprestación, y la obtención de un premio en caso de obtener una determinada clasificación en la carrera responde al derecho generado por el abono de los derechos de inscripción y participación en la carrera. Tampoco resulta de ningún respaldo para las tesis de la recurrente el caso examinado en la STJUE de 3 de



marzo de 1994, asunto C-16/93 Tolsma, cuando señala que el concepto de prestación de servicios realizada a título oneroso, en el sentido de esta Disposición, no comprende la actividad consistente en interpretar música en la vía pública sin que se haya pactado retribución, aunque el interesado pida y obtenga algún dinero, cuyo importe, sin embargo, no está determinado ni es determinable.

Obviamente, el caso de la contraprestación que recibirá la entidad financiera en un contrato de IRS no es en absoluto comparable con los anteriores, pues dicha contraprestación no depende más que de elementos perfectamente prefijados en el contrato de swap de tipos de interés, y en su caso en el contrato marco de operaciones que deberá formalizar previamente, en el que se establecerán los parámetros bajo los que el flujo de intercambios se producirá, tales como nocional o subyacente, índice de referencia, tipo fijo, tipo variable, plazo de duración y periodos de liquidación. Así, si el tipo de interés pactado se encuentra por encima del índice de referencia, será la entidad financiera la que deba de abonar al contratante el importe que corresponda por la "cobertura de los tipos de interés", mientras que lo contrario ocurrirá en caso de que el índice de referencia esté por debajo del tipo de interés fijado en el "swap".

En definitiva, la relación de las contrapartes en el contrato de "swap" sí tiene una relación recíproca entre sus respectivas contraprestaciones, ya que las dos partes acuerdan intercambiar dos corrientes de pagos, ya sea en la misma moneda (swap de tipo de interés, también conocido por sus siglas en inglés IRS, interest rate swap) o en diferentes monedas (swap de divisas). Y si bien dichas corrientes pueden ser ciertas o no en el momento del acuerdo, lo relevante es que en todo caso en dicho acuerdo deben quedar establecidas las bases sobre las que serán calculadas, y estas son ajenas a la voluntad de cualquiera de los contratantes, y resultarán perfectamente determinables cuando llegue el momento de la liquidación, también en su caso las sucesivas liquidaciones periódicas.

No mejor acogida puede tener el argumento de que se trataría de una actividad no sujeta al IVA ya que en el caso de liquidaciones positivas del derivado financiero, lo que recibe Caixabank, S.A. es una cantidad de dinero a título de pago, y puesto que en el artículo 7.12º de la Ley del IVA se establece la no sujeción de "Las entregas de dinero a título de contraprestación o pago" se pretende la no sujeción de la operación financiera con derivados. La razón de la no sujeción del artículo 7.12º no es otra que la consideración de la operación que está siendo gravada. Se sujeta al IVA la entrega de bienes o la prestación de servicios (prestación en sentido amplio), pero no la contraprestación cuando ésta consiste en dinero, pues como se comprende fácilmente, esto implicaría repercusiones del impuesto *ad infinitum*.

Sin embargo, la liquidación por diferencias que es característica del "swap" no es la prestación en sí misma, sino la ejecución de la contraprestación. Que el contrato se liquide por entrega o por diferencias, previa compensación, no afecta en absoluto a la esencia del mismo. En la liquidación por entrega el vendedor entrega el activo y el comprador paga el precio que se había acordado, al término del contrato, de manera que la entrega del activo constituiría la prestación y el pago del precio, la contraprestación. En la liquidación por diferencias característica del SWAP/IRS, se produce una compensación de la diferencia entre el flujo de pagos de cada parte contratante, esto es, se determina una cantidad neta, pero la contraprestación está constituida por el precio pactado y recibido, con independencia del método de compensación utilizado para liquidarlo, y de que a efectos de su inclusión en prorrata se sigan reglas especiales para su cálculo, como más adelante se verá.

Llevando al absurdo la alegación de Caixabank, S.A., deberíamos aceptar que las operaciones financieras en general se encuentran no sujetas al impuesto porque su sustrato es dinero, lo que sin duda carece de todo sentido. Basta examinar el artículo 11.Uno de la LIVA, que dispone que: "A los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes". El apartado dos de este artículo establece una lista de operaciones que a efectos del impuesto y, a título de ejemplo, se consideran prestaciones de servicios. En particular, en su número 12º se mencionan "Los préstamos y créditos en dinero", operaciones financieras por antonomasia que, de manera expresa, la propia Ley califica como prestaciones de servicios, si bien se consideran exentas según lo dispuesto en el artículo 20.Uno.18º del citado texto legal. Obviamente, tal exención no sería posible si se tratase de operaciones no sujetas al impuesto en cualquier caso, como pretende la reclamante. Y, sin duda, la recurrente participó de esta misma opinión cuando incluyó las operaciones con "swap" y otras modalidades de permutas financieras en el cálculo de la regla de la prorrata, por mas que ahora traiga argumentos que contradicen su propia actuación en la autoliquidación del IVA.

En consecuencia, las operaciones en cuestión constituyen prestación de servicios realizadas a título oneroso sujetas al IVA de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias, que por su claridad (doctrina del acto claro a aclarado) excluye la procedencia de plantear cuestión prejudicial al TJUE sobre tal cuestión.

QUINTO.- *La base de determinación del volumen de operaciones a efectos de la prorrata.*



Abordaremos ahora la segunda cuestión de interés relacionada con la anterior, a saber, determinar cómo debe calcularse la retribución de este tipo de operaciones a efectos de su inclusión en el denominador de la prorrata.

Ya se ha dicho en las operaciones controvertidas las liquidaciones se producen por diferencias, de manera que el resultado de las mismas se anota en cuentas de ingresos y gastos, en función de que la diferencia sea positiva o negativa. Dichas cuentas recogen la globalidad de las diferencias producidas para todos los contratos de derivados financieros que la entidad negocia.

De los acuerdos de liquidación se deriva que la sociedad, para el cómputo de la prorrata de deducción, ha minorando el denominador mediante la compensación de las plusvalías obtenidas por la liquidación de unas operaciones financieras (de SWAP/IRS) con las minusvalías generadas por la liquidación de otras operaciones financieras (de SWAP/IRS) distintas. Por tanto, hay determinadas operaciones con estos derivados financieros que generan plusvalía para la entidad (diferencia positiva) y que deben ser incluidas en el denominador de la prorrata y hay otras operaciones con derivados financieros del mismo tipo, pero distintos, que generan minusvalía (diferencia negativa).

Según refleja la resolución del TEAC, con transcripción de los datos obrantes en la Diligencia 38, que no son cuestionados, resulta una diferencia relevante para el cálculo de la prorrata aplicando el criterio de no compensación. Los resultados positivos y negativos por ejercicio y tipo de derivado constan en la diligencia 38, citada.

La Inspección incluye en el denominador de la prorrata la totalidad del saldo de las liquidaciones pagadas, porque considera que es el importe de las plusvalías, esto es, el de la contraprestación obtenida por la realización de las operaciones. Con este razonamiento se considera que el saldo de las cuentas de gastos no puede ser incluido porque representa minusvalías que, por su carácter negativo, no pueden ser tenidas en cuenta como contraprestación porque carecen de dicha naturaleza.

La postura de la recurrente, por el contrario, es que únicamente puede ser considerado como base imponible el resultado neto obtenido, teniendo en consideración ambos saldos, el de las cuentas de ingresos y el de las cuentas de gastos, previa compensación de los mismos.

Con tal planteamiento, se produciría el resulta de asimilar el concepto "volumen de operaciones" que es el relevante para el cálculo de la prorrata, con el de "resultado de las operaciones" que será relevante para otras figuras impositivas (impuesto de sociedades) pero no para el cálculo de la prorrata. Debe atenderse, como resulta evidente, al volumen de operaciones, criterio que, de forma más exacta, permite calcular el porcentaje de deducción aplicable, pues lo será en la misma proporción que el volumen de operaciones que realiza la entidad que devengue IVA.

Por otra parte, el importe a incluir en la prorrata no puede depender del hecho de que, en las operaciones con SWAP/IRS derivados, la entidad haya, a su vez, contratado un derivado espejo con un tercero. Si la entidad con el derivado primero obtiene un beneficio, tendrá una pérdida con el segundo puesto que es espejo del mismo; y si con el primero obtiene una pérdida, con el segundo obtendrá un beneficio. Pero tales beneficios y pérdidas incidirán en el rendimiento neto de la operación globalmente considerada, pero no en el importe definido como "volumen de operaciones" a efectos del cálculo de la prorrata.

En este caso la operación relevante a efectos de la prorrata del IVA para la reclamante es la contratación que hace su cliente de la permuta financiera, operación que generará una plusvalía o una minusvalía, que coincidirá con la cantidad a trasladar al denominador si se trata de una plusvalía, siendo de cero euros la inclusión en el denominador si se trata de una minusvalía.

Por consiguiente, la fijación de doctrina jurisprudencial sobre la cuestión suscitada no precisa del previo planteamiento de cuestión prejudicial alguna ante el TJUE como pretende la recurrente, puesto que los elementos determinantes de la sujeción de la actividad en cuestión al Impuesto sobre el Valor añadido, y el modo de determinar el importe de las operaciones a efectos de la regla de prorrata no ofrecen dudas a esta Sala.

SEXTO.- Fijación de la doctrina de interés casacional.

La doctrina de interés casacional que establecemos respecto al recurso de casación interpuesto por Caixabank es la siguiente: las prestaciones realizadas por una entidad financiera, como es el caso de la recurrente, en virtud de contratos de permuta financiera (swap/IRS), constituyen, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, prestaciones de servicio realizadas a título oneroso que, cuando tengan un resultado generador de plusvalía para la entidad financiera (diferencia positiva) deben ser incluidas en el denominador de la prorrata del art. 104 LIVA, y cuando generan minusvalía (diferencia negativa) habrán de incluirse en la prorrata a valor cero.



Respecto a la cuestión de interés casacional del recurso de la Abogacía del Estado, concerniente a precisar si la intervención del personal directivo de una Caja de Ahorros -Presidente y Directores Generales- en los órganos de administración de sociedades participadas por la propia entidad son servicios sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, sin perjuicio de que esta es una posibilidad que puede apreciarse, ello requiere la debida acreditación que no se puede basar exclusivamente en lo previsto en el art. 27 LORCA, por cuanto se trata de una norma reguladora de incompatibilidades y obligaciones del régimen de dedicación de estos directivos, y de ella no se deduce, sin consideración a los elementos fácticos considerados en el caso concreto, y menos aún en contra de la declaración expresa de hechos probados de la sentencia, la calificación de prestación de servicios que a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido sostiene la Abogacía del Estado.

SÉPTIMO.- Resolución de las pretensiones de los recursos de casación.

Procede ahora resolver sobre las pretensiones de los recursos de casación, debiendo desestimarse tanto las del recurso de la Administración del Estado, como la del de la entidad financiera Caixabank S.A., puesto que la sentencia recurrida resuelve sobre los puntos litigiosos de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada para las cuestiones de interés casacional. Igualmente procede desestimar las pretensiones del recurso de casación de la Administración General del Estado, dado que no se ha acreditado la existencia de prestación de servicios por parte de la Caixa, a los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

OCTAVO.- Costas.

En cuanto a las costas del recurso de casación no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte soportará las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con el art. 93.4 LJCA. Y en cuanto a las de la instancia, no ha lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes, habida cuenta de la estimación parcial de las pretensiones del recurso de casación, en aplicación del art. 139.1 LJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento sexto:

1.- No haber lugar a los recursos de casación, tramitados ambos bajo el núm. 4166/2017, interpuestos respectivamente por la Abogacía del Estado en la representación procesal de la Administración General del Estado, y por la representación procesal de la entidad financiera Caixabank S.A. contra la sentencia de 31 de mayo de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 539/2015, promovido por la representación procesal de CAIXABANK, S.A., contra la resolución dictada con fecha 18 de junio de 2015 por el Tribunal Económico Administrativo Central que estimó en parte las reclamaciones económico administrativas R.G 4456-13 y 4464-13, presentadas frente a las liquidaciones por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009.

2.- Hacer el pronunciamiento sobre costas, en los términos previstos en el último fundamento

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

46

D. Nicolás Maurandi Guillén D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.