

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. NIILLO JÄÄSKINEN

presentadas el 16 de diciembre de 2010<sup>1</sup>

1. La presente petición de decisión prejudicial versa sobre la clasificación de los servicios de garantía de suscripción a efectos del IVA.

2. Los servicios de garantía de suscripción de acciones se refieren por lo general a una situación en la que el suscriptor se compromete, a cambio de una cantidad, a comprar o a suscribir (en caso de emisión de acciones nuevas) las acciones no vendidas o suscritas en el mercado. La finalidad de dichos servicios es por tanto, garantizar que la emisión o la venta de acciones será enteramente cubierta, y que la entidad emisora recibirá una determinada cantidad de capital.

3. En el presente caso ciertas sociedades anónimas contrataron servicios de garantía de suscripción con tal finalidad. El suscriptor (Skandinaviska Enskilda Banken; en lo sucesivo, «SEB») se comprometió a adquirir las acciones no suscritas en el plazo de suscripción, a cambio de una comisión.

4. La principal cuestión que ha de dilucidarse es la de si y, en tal caso, en qué disposición del artículo 13, parte B, de la Sexta Directiva<sup>2</sup> debe clasificarse dicha garantía de suscripción. Revisten una particular pertinencia tres disposiciones del artículo 13, parte B de la citada Directiva, a saber, las operaciones de seguro mencionadas en el artículo 13, parte B, letra a), la concesión de créditos y de garantías de créditos conforme al artículo 13, parte B, letra d), números 1 y 2, y las operaciones relativas a acciones y demás títulos-valores mencionadas en el artículo 13, parte B, letra d), número 5.

5. La clasificación de los servicios de garantía supone en cierto modo una difícil tarea,

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1; EE 09/01 p. 54; en lo sucesivo, «Sexta Directiva»). El artículo 13, parte B de la Sexta Directiva es ahora el artículo 135, apartado 1, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DO L 347, p. 1; en lo sucesivo, «Directiva sobre el IVA»), que sustituye a la Sexta Directiva con efectos a partir del 1 de enero de 2007 (véase la Tabla de Correspondencias contenida en el anexo XII de la Directiva sobre el IVA). El objetivo de la Directiva sobre el IVA consiste en presentar las disposiciones aplicables de forma clara, racional y compatible con el principio de legislar mejor (considerando tercero).

habida cuenta de que la realidad económica de los servicios de financiación empresarial ofrecidos en los mercados financieros, al ser dinámicos por naturaleza, no encaja fácilmente en las disposiciones estáticas y predefinidas que la legislación establece.

## I. Marco normativo

### *Sexta Directiva*

6. El artículo 2, número 1, de la Sexta Directiva versa sobre el ámbito de aplicación de esta Directiva. Establece que estarán sujetas al IVA «las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal».

7. El artículo 13, parte B, versa sobre las exenciones del IVA. Por cuanto aquí interesa a efectos del presente asunto, estarán exentas del IVA las siguientes operaciones:

«a) las operaciones de seguro y reaseguro, incluidas las prestaciones de servicios relativas a las mismas efectuadas por corredores agentes de seguros;

[...]

d) 1. la concesión y la negociación de créditos, así como la gestión de créditos efectuada por quienes los concedieron;

2. la negociación y la prestación de fianzas, cauciones y otras modalidades de garantía, así como la gestión de garantías de créditos efectuada por quienes los concedieron;

[...]

5. las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de:

— los títulos representativos de mercancías, y

— los derechos o títulos enunciados en el apartado 3 del artículo 5.<sup>3</sup>»

3 — El artículo 5 de la Sexta Directiva versa sobre los derechos a transmitir bienes inmuebles como propietario, y el artículo 5, apartado 3, enumera los que se consideran bienes muebles, incluidas las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo.

*Normativa nacional***II. Hechos y cuestiones prejudiciales**

8. De conformidad con el capítulo 1, artículo 1, de la *mervärdesskattelagen* (Ley del IVA) (1994:200) (en lo sucesivo, «ML»), se abonará el IVA correspondiente a las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto que se realicen en el interior del país en el marco de una actividad profesional. Esta disposición tiene por objeto adaptar el Derecho interno al artículo 2, número 1, de la Sexta Directiva y al artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre el IVA.

9. Conforme al capítulo 3, artículo 9, de la ML están exentas del impuesto la prestación de servicios bancarios y financieros y las operaciones que constituyen una negociación de títulos-valores. Se consideran incluidas en la negociación de títulos-valores, entre otras, las operaciones relativas a acciones, otras participaciones y créditos. Con arreglo al artículo 10 de la ML está exenta del impuesto la prestación de servicios de seguro y de reaseguro. Estas disposiciones tienen por objeto adaptar el Derecho interno al artículo 13, parte B, letras a) y d), números 1, 2 y 5, de la Sexta Directiva y al artículo 135, apartado 1, letras a) a c) y f), de la Directiva sobre el IVA.

10. El asunto versa sobre un grupo a efectos del IVA, denominado SEB AB Momsgrupp (en lo sucesivo, «SEB Momsgrupp»), del que un banco, SEB, es la sociedad responsable. En la época pertinente, SEB y otra sociedad del grupo prestaron servicios a sociedades anónimas que iban a emitir nuevas acciones. Los servicios prestados por SEB consistieron en la prestación de una garantía de suscripción.

11. En opinión de SEB Momsgrupp, la prestación de estos servicios estaba exenta del IVA y, por tanto, no los facturó ni los declaró. A continuación, el Skatteverket realizó una inspección del grupo y giró al mismo una liquidación complementaria del IVA repercutido en relación con el período de que se trata. SEB Momsgrupp recurrió sin éxito esta decisión ante el *Länsrätten i Stockholms län* (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo) y ante el *Kammarrätten i Stockholm* (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo).

12. El litigio ante el *Regeringsrätten* (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) gira en esencia en torno a si las garantías de suscripción pueden estar exentas. Según dicho órgano jurisdiccional, la concesión de tales garantías constituye un servicio que puede prestarse de forma autónoma o bien

conjuntamente con servicios vinculados a la emisión de las acciones.

13. En estas circunstancias, el Regeringsrätten solicita al Tribunal de Justicia que adopte una decisión prejudicial sobre la siguiente cuestión:

«¿Debe interpretarse el artículo 13, parte B, de la Sexta Directiva (artículo 135, apartado 1, de la Directiva [sobre el IVA]) en el sentido de que las exenciones del impuesto enumeradas en él también incluyen los servicios (*underwriting*) que implican que una entidad de crédito conceda una garantía, a cambio de una contraprestación, a una empresa que va a emitir acciones, cuando en virtud de la garantía el instituto de crédito se obliga a adquirir las acciones que eventualmente no lleguen a suscribirse en el período de la suscripción?»

### III. Análisis

#### A. La naturaleza del servicio de garantía de suscripción

14. Los servicios de aseguramiento están clasificados como servicios financieros en diversas disposiciones de la UE. Así pues, la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados

de instrumentos financieros califica el aseguramiento como un servicio de inversión a efectos de dicha Directiva.<sup>4</sup> Además, la Directiva 2006/49/CE exige que la entidad de crédito cuente con un determinado importe de capital vinculado a los riesgos de aseguramiento que hayan asumido.<sup>5</sup> Sin embargo, la clasificación de una actividad como servicio financiero conforme a la normativa interna en materia de mercados no determina en cuanto tal el tratamiento a efectos del IVA de las correspondientes operaciones.

15. En la vista se debatió sobre la naturaleza del servicio de aseguramiento y sobre si forma parte de la emisión general de las acciones o reviste carácter accesorio respecto a la misma

4 — Anexo I, sección A, número (6) de la Directiva 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 (DO L 145, p. 1). Obsérvese que las diferentes versiones lingüísticas de dicha Directiva tienen un significado ligeramente diferente al del inglés «underwriting». El primer informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación del sistema común del impuesto sobre el valor añadido, presentado conforme al artículo 34 de la Sexta Directiva del Consejo [COM (83) 426 final] hacía referencia a las dificultades lingüísticas en este punto señalando que «las directivas del Consejo son auténticas en las lenguas de todos los Estados miembros destinatarios, por lo que deben evitar en la medida de lo posible el uso de conceptos jurídicos o expresiones con distinto sentido en diferentes Estados. Por desgracia, no siempre puede respetarse esta regla; en cualquier caso, un respeto absoluto de este criterio daría lugar a una fraseología inteligible que a su vez podría suscitar interpretaciones diferentes.»

5 — Anexo I, punto 41, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (refundición) (DO L 177, p. 201). El mismo problema lingüístico se da en la Directiva 2004/39 (véase la nota 4).

y, por tanto, debe ser tratado de igual modo a efectos fiscales o como un servicio autónomo.

*B. Interpretación del artículo 13, parte B, de la Sexta Directiva*

16. Se puso de manifiesto que el ámbito de los servicios de aseguramiento se entiende de un modo distinto en los diversos Estados miembros. Algunos, como Irlanda, consideran como aseguramiento la prestación de un conjunto de servicios, que incluyen el asesoramiento relativo a la emisión de las acciones, la comercialización y distribución de las mismas y la garantía de que la entidad financiera también suscribirá las acciones si resulta necesario. En Suecia, sin embargo, los servicios de aseguramiento pueden prestarse, y efectivamente se prestan, de forma independiente de otros servicios vinculados a la emisión de acciones.

17. SEB, Suecia y Skatteverket sostienen unánimemente que la garantía de suscripción se puede prestar de forma autónoma. Así lo afirmó también el órgano jurisdiccional remitente en la resolución de remisión. Además, SEB confirmó en la vista que en el presente asunto prestó la garantía de suscripción de las acciones, mientras que la emisión de las acciones fue efectuada por otra empresa.

18. Por tanto está claro que el servicio de aseguramiento de la suscripción debe ser tratado de forma autónoma en el presente asunto, y no de forma accesorio respecto a los demás servicios prestados con ocasión de una emisión de acciones.

19. Antes de analizar las disposiciones de que se trata, han de formularse algunas observaciones de carácter general.

20. En primer lugar, los conceptos controvertidos son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y, por tanto, debe interpretarse de un modo uniforme para evitar divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA.<sup>6</sup> Además, deben situarse en el contexto general del sistema común del IVA.<sup>7</sup>

21. En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las exenciones previstas en el artículo 13, parte B, se han de interpretar restrictivamente, dado que constituyen excepciones al principio general de que el IVA se percibe por todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios.<sup>8</sup>

22. En tercer lugar, no está claro cuál es el motivo para eximir las operaciones financieras, puesto que los trabajos preparatorios no

6 — Sentencias de 5 de junio de 1997, SDC (C-2/95, Rec. p. I-3017), apartado 21; de 3 de marzo de 2005, Arthur Andersen (C-472/03, Rec. p. I-1719), apartado 25, y de 8 de marzo de 2001, Skandia (C-240/99, Rec. p. I-1951), apartado 23.

7 — Undécimo considerando de la Sexta Directiva. Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2009, Swiss Re Germany Holding (C-242/08, Rec. p. I-10099), apartado 33.

8 — Sentencia Skandia, citada en la nota 6, apartado 32; sentencia Arthur Andersen, citada en la nota 6; sentencia SDC, citada en la nota 6, apartado 20 y jurisprudencia allí citada.

abordan este aspecto. Según la jurisprudencia, la finalidad de la exención aplicable a las operaciones financieras es aliviar las dificultades a la hora de determinar la base imponible y el importe del IVA deducible, así como para evitar un incremento de los costes de los créditos al consumo.<sup>9</sup>

## 1. Operaciones de seguro

23. Las operaciones de seguro están exentas del pago del impuesto en virtud del artículo 13, parte B, letra a), de la Sexta Directiva. Este artículo establece que «los Estados miembros eximirán [...] las operaciones de seguro y reaseguro, incluidas las prestaciones de servicios relativas a las mismas efectuadas por corredores y agentes de seguros».

24. El concepto de «operaciones de seguro» no está definido en la Sexta Directiva ni en las directivas en materia de seguros.<sup>10</sup> El Tribunal de Justicia dio por vez primera una definición

de este concepto en la sentencia CPP,<sup>11</sup> en la que declaró que las características esenciales de una operación de seguro consisten en que el asegurador se obliga, mediante el pago previo de una prima, a proporcionar al asegurado, en caso de materialización del riesgo cubierto, la prestación convenida en el momento de la celebración del contrato.<sup>12</sup>

25. Por consiguiente, la definición de «operaciones de seguro» era suficientemente amplia para incluir la concesión de una cobertura de seguro por un sujeto pasivo que no era, él mismo, asegurador, pero que *utilizaba las prestaciones de un asegurador que asumía el riesgo asegurado*.<sup>13</sup>

26. De lo anterior podemos concluir que el elemento esencial es la naturaleza de la operación y no la persona que realiza la operación, lo cual significa que puede prestar servicios de seguro una persona que no sea una compañía aseguradora.

27. SEB alega que estos elementos se cumplen en el presente asunto y que procede considerar que las operaciones están exentas en virtud del artículo 13, parte B, letra a), de la Sexta Directiva.

9 — Sentencia de 19 de abril de 2007, *Velvet&Steel Immobilien* (C-455/05, Rec. p. I-3225), apartado 24 y auto de 14 de mayo de 2008, *Tiercé Ladbroke* (C-231/07 y C-232/07), apartado 24.

10 — Véase por ejemplo la Directiva 84/641/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1984, por la que se modifica, en lo que se refiere en particular a la asistencia turística, la primera Directiva (73/239/CEE) por la que se establece una coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio (DO L 339, p. 21; EE 06/02, p. 150).

11 — Sentencia de 25 de febrero de 1999 (C-349/96, Rec. p. I-973).

12 — Sentencia CPP, citada en la nota 11, apartado 17. Así pues, se ha considerado que las prestaciones de asistencia en carretera que un organismo se compromete a suministrar a sus abonados, previo pago por éstos de una cotización fija, constituyen una operación de seguro a efectos del artículo 13, parte B, letra a), de la Sexta Directiva. Véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, *Comisión/Grecia* (C-13/06, Rec. p. I-11563).

13 — Sentencia CPP, citada en la nota 11, apartado 22.

28. Por otro lado, Skatteverket considera que una operación de seguro exige un elemento de indemnización por un siniestro. A su juicio, dado que no existe indemnización por siniestro en el presente asunto, los servicios controvertidos no pueden quedar exentos en virtud del artículo 13, parte B, letra a), de la Sexta Directiva.

29. El elemento de «siniestro» se recogía en la definición de la operación de seguro formulada por el Abogado General Fennelly en el asunto CPP, pero no fue recogida por el Tribunal de Justicia en la sentencia que dictó en dicho asunto.<sup>14</sup>

30. A mi juicio, una diferencia crucial entre una operación de seguro y el presente asunto radica en la situación que se da tras la producción del riesgo.

31. En una operación de seguro, todo lo que se exige cuando se produce el riesgo es el pago del importe pactado o bien una prestación específica, como la asistencia a la

persona asegurada,<sup>15</sup> en perjuicio económico del asegurador. Al actuar así, el asegurador no obtiene nada nuevo.<sup>16</sup> Su ganancia se produce en la fase anterior al riesgo.

32. Ahora bien, en el presente asunto, si el riesgo se materializa, el banco obtiene un derecho sobre las acciones a cambio del precio pactado. Ello entraña un riesgo de depreciación del valor de las acciones y una activación de los costes financieros relativos a la adquisición. Sin embargo, no se puede atribuir a tal situación una suposición *a priori* de una pérdida final. Por consiguiente, esta diferencia significa, a mi juicio, que la presente situación no es análoga a la de una operación de seguro.

33. Por consiguiente, en el presente asunto, los servicios de garantía de la suscripción no pueden tener la consideración de operaciones de seguro en el sentido del artículo 13, parte B, letra a), de la Sexta Directiva.

14 — Conclusiones presentadas el 11 de junio de 1998 por el Abogado General Fennelly en el asunto CPP, sentencia citada en la nota 11, punto 34.

15 — En relación con una prestación específica véase la sentencia Comisión/Grecia, citada en la nota 12.

16 — Ha de observarse que en ciertos tipos de contratos de seguro, el asegurador puede tener un derecho a rescatar las mercancías dañadas aseguradas en virtud del contrato. Por ejemplo, una compañía aseguradora podría preferir hacerse cargo del automóvil rescatado y entregar al asegurado una indemnización por su valor, si resulta demasiado caro reparar el automóvil siniestrado. En mi opinión, esta actuación dirigida a limitar la pérdida es contingente por naturaleza y, en cuanto a tal, diferente desde un punto de vista legal de la obligación del garante de adquirir las acciones no suscritas a un precio fijado de antemano.

2. Concesión de créditos y de garantías de créditos

34. El artículo 13, parte B, letra d), números 1 y 2 de la Sexta Directiva exige del impuesto a las operaciones de «concesión de créditos» y la «prestación» de fianzas, cauciones y otras modalidades de garantía.

35. SEB alega que los servicios de aseguramiento que ofrece deben quedar exentos en virtud de las citadas disposiciones, puesto que tienen el mismo objetivo que una garantía, a saber, obtener un importe concreto de capital necesario, y que entrañan los mismos riesgos desde el punto de vista del acreditante o del garante en la concesión de créditos.

36. Skatteverket aduce que la presente situación no queda comprendida en las citadas disposiciones, pues su naturaleza es distinta. A su juicio, el artículo 13, parte B, letra d), número 1, de la Sexta Directiva comprende por regla general un préstamo o un pago, cuya contraprestación es el interés cargado. El artículo 13, parte B, letra d), número 2, de la Sexta Directiva comprende únicamente los compromisos financieros, lo cual es interpretado por Skatteverket en el sentido de que significa una obligación de pagar un importe de dinero, tal como el reembolso a un acreedor. En su opinión, el presente asunto va más allá de una simple obligación de abonar una determinada cantidad de dinero, y por tanto no constituye un compromiso financiero en el sentido de la Sexta Directiva.

37. En cuanto al artículo 13, parte B, letra d), número 1, de la Sexta Directiva, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que dicho artículo no se limita a los préstamos y créditos concedidos por entidades bancarias y financieras.<sup>17</sup> Además, afirmó que esta expresión es lo suficientemente amplia como para incluir los créditos concedidos por los proveedores de bienes en forma de aplazamientos del pago.<sup>18</sup>

38. A mi juicio, en el presente asunto no se está en presencia de una concesión de crédito porque la naturaleza de la operación es distinta.

39. Cuando se concede un crédito, el acreditante espera la devolución del dinero que ha entregado más el interés devengado, lo cual constituye su pago. En el presente asunto, el banco no entrega a la sociedad ningún importe si el riesgo no se materializa. En el caso de que sí ocurra, no exigirá en modo alguno la devolución del dinero que ha prestado ni los intereses. Se limita a efectuar un pago a cambio de las acciones que obtiene, que posteriormente venderá para recuperar el dinero.<sup>19</sup> Ha de subrayarse una vez más que es este intercambio de acciones por dinero lo que la hace sustancialmente diferente en cuanto a su naturaleza de la concesión de un crédito.

<sup>17</sup> — Sentencia SDC, citada en la nota 6, apartado 34.

<sup>18</sup> — *Ibidem*.

<sup>19</sup> — En la vista, SEB declaró que el garante está legalmente obligado a vender las acciones adquiridas como consecuencia del servicio de aseguramiento de la suscripción tan pronto como sea posible, aunque sin sufrir pérdida alguna.



40. Existen algunas diferencias entre las diversas versiones lingüísticas del artículo 13, parte B, letra d), número 2, de la Sexta Directiva. La versión inglesa se refiere a «credit guarantees», mientras que el texto francés tiene una redacción más amplia y sólo habla de garantías.<sup>20</sup> Por tanto, para aclarar el sentido de dicha disposición, debe examinarse el contexto de la frase y la estructura de la Sexta Directiva.<sup>21</sup>

41. Los *trabajos preparatorios* no arrojan ninguna luz sobre cuál de las versiones lingüísticas ofrece un mejor fundamento para el objetivo de esta disposición. La Propuesta de Sexta Directiva se limita a señalar que las demás exenciones, recogidas en la parte B, hacen referencia a ámbitos específicos, tales como los seguros, la concesión de créditos, las operaciones con divisas y las operaciones bursátiles, donde están justificadas por razones de política general común a todos los Estados miembros.<sup>22</sup> El artículo 13, parte B, letra d), número 2, de la Sexta Directiva fue adaptado sin que figurase en la propuesta ni en ninguna enmienda.

42. Sin embargo, no veo por qué se ha de limitar el artículo 13, parte B, letra d), número 2, de la Sexta Directiva a la garantía de créditos. El artículo 13, parte B, letra d), de la Sexta Directiva se refiere a los servicios financieros y bancarios, y declara exentas casi todas las actividades de las entidades que prestan tales servicios. Como estas entidades pueden prestar tanto garantías de créditos como garantías en sentido amplio, el artículo 13, parte B, letra d), número 2, de la Sexta Directiva debe interpretarse en un sentido lato. Las garantías de créditos que menciona la versión inglesa no son más que un ejemplo o una variedad de las «otras modalidades de garantía», más generales, que también menciona dicho artículo.<sup>23</sup> Nada cambia a este respecto el que la disposición de que se trata sea una excepción y deba, como tal, interpretarse estrictamente, ya que estrictamente no significa necesariamente de forma restrictiva.<sup>24</sup>

43. La posibilidad de tal interpretación amplia topa con las limitaciones a las que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia somete dicha disposición. Según dicha jurisprudencia, para ser calificado de operación exenta, el servicio prestado debe formar un conjunto diferenciado, considerado globalmente, que tenga por efecto cumplir las funciones específicas y esenciales de un servicio descrito en tal disposición.<sup>25</sup> Ello significa que tiene que

20 — Las versiones sueca, finlandesa, eslovena y estonia tienen una redacción similar a la inglesa, mientras que la española, la alemana, la portuguesa y la danesa son similares a la francesa.

21 — Véase por analogía la sentencia SDC, citada en la nota 6, apartado 22 y la jurisprudencia allí citada.

22 — Propuesta de la Comisión de 29 de junio de 1973 para la Sexta Directiva del Consejo en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 11/73, p. 15.

23 — Terra, B. and Kajus, J., *A guide to the European VAT directives* (Cd Rom), IBFD, 2004 - 9.3.2.2. «Credit Guarantees or any other security for money»

24 — Véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en el asunto Zoological Society of London, (sentencia de 21 de marzo de 2002, C-267/00, Rec. p. I-3353), punto 19.

25 — Sentencia Swiss Re Germany Holding, citada en la nota 7, apartado 45 y la jurisprudencia allí citada.

estar comprendido, en su totalidad, en el ámbito de las operaciones financieras.<sup>26</sup>

44. Se suscita, por tanto, la cuestión de si el hecho de asumir la obligación de suscribir las acciones en primera emisión no adquiridas está comprendido en el ámbito de las operaciones financieras.

45. El Tribunal de Justicia no ha facilitado todavía ninguna orientación sobre el significado de lo que constituye exactamente una operación financiera. En el asunto *Velvet & Steel Immobilien*, antes citado, la asunción de la obligación de renovar un edificio no era, por su naturaleza, una operación financiera. En el asunto *Tiercé Ladbroke*, antes citado, la recogida de apuestas en nombre de un mandante que gestiona un negocio de aceptación de apuestas no se consideró que constituyera una operación financiera. Por último, en el asunto *Swiss Re Germany Holding*, no se consideró que la cesión de una cartera de contratos de reaseguro de vida constituyera una operación financiera.<sup>27</sup>

46. La definición de lo que constituye una operación financiera ha de considerarse en relación con el contexto económico de la

operación. Mientras que en el asunto *Velvet & Steel*, antes citado, la operación no se producía en el ámbito de los mercados financieros, en el presente asunto la prestación de servicios de aseguramiento sí se produce en tal ámbito. Puede encontrarse apoyo a esta tesis en la Directiva 2004/39, que califica el aseguramiento como un servicio de inversión a efectos de esta Directiva.<sup>28</sup> A mi juicio, debe considerarse que las operaciones de una entidad financiera en el ámbito de la financiación de sociedades constituyen operaciones financieras, con la posible excepción de los servicios auxiliares que pueden ser prestados igualmente por empresas no financieras, como ocurre con el asesoramiento jurídico o el marketing. Como tal, el servicio de garantía de la suscripción está comprendido claramente en el ámbito de las operaciones financieras.

47. A continuación ha de examinarse si el servicio de garantía de suscripción cumple los requisitos de una garantía. La Directiva no define este concepto, ni tampoco la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha ocupado de él.

48. A mi juicio, una garantía es en esencia un aseguramiento de que, en caso de incumplimiento de otra persona, la persona que actúa como garante realizará el cumplimiento debido, por regla general el pago, que la parte incumplidora no haya realizado. Las garantías

26 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, *Velvet & Steel*, citada en la nota 9, apartado 22, y auto *Tiercé Ladbroke*, citado en la nota 9, apartado 17 y jurisprudencia allí citada.

27 — Sentencia citada en la nota 7, apartado 48.

28 — Anexo I, Sección A, punto 6, de la Directiva 2004/39.

también pueden ser autónomas, es decir, independientes de las prestaciones de otra parte, tales como las garantías vinculadas al resultado económico de un proyecto («garantías de cobertura de pérdidas»). Sin embargo, estas garantías se hallan en los límites del significado de este concepto.

49. En el presente asunto, no existe «otra parte» concreta que pueda ser identificada como la parte garantizada por SEB, aun cuando la garantía comprende obviamente situaciones en las que un inversor no cumple una promesa inicial de suscribir acciones. La parte incumplidora es el mercado en sí. En mi opinión, el concepto de garantía no puede extenderse hasta comprender tales situaciones.

50. Por tanto, a mi juicio, los servicios de aseguramiento descritos en el presente asunto no encajan en el artículo 13, parte B, letra d), números 1 y 2, de la Sexta Directiva y no pueden quedar exentos en virtud de esta disposición.

### 3. Operaciones relativas a acciones

51. Por último, de conformidad con el artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Sexta Directiva, los Estados miembros eximirán las operaciones relativas a acciones. El significado de la expresión «operaciones relativas a acciones» ha sido interpretado en tres asuntos hasta la fecha,<sup>29</sup> en los que no queda claro qué criterio concreto ha de emplearse para apreciar si una operación constituye o no una operación relativa a acciones. En primer lugar, en la sentencia SDC, el Tribunal de Justicia declaró en relación con las operaciones relativas a títulos-valores que tales operaciones deben cambiar la situación jurídica y financiera de las partes.<sup>30</sup> A continuación, en la sentencia CSC Financial Services el Tribunal de Justicia declaró, en relación con las operaciones relativas a acciones, aplicando supuestamente por analogía el criterio empleado en la sentencia SDC, que una operación debía *poder* crear, modificar o extinguir los derechos y obligaciones de las partes sobre títulos-valores.<sup>31</sup> Finalmente, en la sentencia AB SKF, el Tribunal de Justicia, haciendo referencia a ambos asuntos, declaró que la venta de acciones cambia la situación jurídica y financiera de las partes de la

29 — En las sentencias de 29 de octubre de 2009, AB SKF (C-29/08, Rec. p. I-10413), apartado 50 y CSC Financial Services (C-235/00, Rec. p. I-10237) y SDC, citada en la nota 6.

30 — En la sentencia SDC, el Tribunal de Justicia analizó las operaciones relativas a giros en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Sexta Directiva, y declaró que las operaciones relativas a acciones y demás títulos-valores se refieren a las operaciones realizadas en el mercado de valores mobiliarios, y que el comercio de títulos-valores incluyen actos que cambian la situación jurídica y financiera de las partes; véase la sentencia SDC, apartados 72 y 73.

31 — Sentencia citada en la nota 29, apartado 33. El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer aclaró en el punto 29 de sus conclusiones presentadas en ese asunto que tal cosa sólo ocurre cuando una operación afecta directamente a la relación jurídica que el título-valor incorpora y es capaz de incidir sobre su contenido. Enumeró como ejemplos la emisión, la enajenación, el endoso, el pago y la amortización del título-valor.

transacción y que, por tanto, podía quedar comprendida en la exención establecida en el artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Sexta Directiva.<sup>32</sup>

52. A mi juicio, el criterio establecido en la sentencia CSC Financial Services resulta más adecuado para reflejar la realidad comercial y económica de las operaciones relativas a acciones porque las operaciones realizadas en el mercado primario son siempre potenciales en el sentido de que las acciones nacen, desde un punto de vista legal, solamente tras la emisión de las mismas.

53. En virtud del criterio establecido en la sentencia CSC Financial Services, antes citada, el cambio no tiene que producirse realmente, pero la operación debe *poder* cambiar la relación. Por consiguiente, el hecho de que SEB *pudiera* ser instado a adquirir las acciones si no son suscritas basta para cumplir este criterio y, por tanto, para dar lugar a una exención en el sentido del artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Sexta Directiva.

54. Si el Tribunal de Justicia no opta por aplicar el criterio establecido en la sentencia CSC Financial Services y considera que la operación debe cambiar la situación financiera y jurídica de las partes, la principal cuestión resulta ser la de si cabe afirmar que existe un cambio aun cuando sea posible que el banco nunca tenga que adquirir de hecho las acciones.

55. A mi juicio, sí se da tal cambio porque el cambio de la situación jurídica y financiera debe interpretarse de forma amplia en el sentido de que comprende las operaciones que constituyen fuentes de obligaciones legales.<sup>33</sup>

56. En el presente asunto, incumbe una obligación legal a SEB a partir del momento en que presta el servicio de garantía de la suscripción, es decir, la promesa de adquirir acciones. Esta obligación modifica la posición jurídica de las partes dado que, si se da tal situación y SEB se niega a comprar las acciones, la sociedad que emita las acciones tendrá una pretensión válida contra ella. Asimismo, modifica la situación financiera de las partes porque SEB necesita asegurarse de que cuenta con suficientes fondos para adquirir las

32 — Sentencia AB SKF, citada en la nota 29, apartado 50.

33 — A este respecto coincido con la definición formulada por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones presentadas en el asunto CSC Financial Services, citado en la nota 29, punto 23.

acciones si se produjera tal situación.<sup>34</sup> Por tanto, su situación resulta alterada como consecuencia de los servicios de garantía de la suscripción que facilita a la sociedad emisora.

57. Además, desde el punto de vista de la neutralidad fiscal, conviene ver los servicios de aseguramiento de suscripción como operaciones sobre acciones, como parecen hacer la mayor parte de los Estados miembros. Puede obtenerse el mismo resultado, esto es, la no sujeción al IVA, utilizando medios diferentes. Una sociedad puede obtener capital a través de la suscripción de acciones de dos formas: a) mediante una emisión de acciones destinada a la banca incluyendo en el precio de suscripción acordado la comisión bancaria; b) como en el presente caso, a través de la emisión de acciones en el mercado, con la garantía de un banco que suscribirá las acciones si no se adquieren o suscriben en su totalidad en el mercado.<sup>35</sup> Tratar de forma distinta estas dos situaciones resultaría contrario al principio de neutralidad fiscal que la Sexta Directiva pretende salvaguardar. Ello es, por tanto, una razón adicional para que la garantía de la suscripción esté exenta en virtud del artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Sexta Directiva.

58. SEB alegó que el presente asunto es equiparable a la venta de opciones de venta en el mercado secundario. Ahora bien, a mi juicio, tal no es el caso, pues el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1777/2005<sup>36</sup> establece que

«la venta de una opción que se inscriba en el ámbito de aplicación del artículo 13, parte B, letra d), quinto guión, de la Directiva 77/388/CEE, es una prestación de servicios a efectos del artículo 6, apartado 1, de la presente Directiva. Dicha prestación de servicios debe diferenciarse de las operaciones subyacentes a que se refiera la opción».

Por tanto, la exención de las garantías de la suscripción no puede basarse en su analogía con las opciones de venta sobre acciones, pues la venta de opciones de venta está comprendida en el ámbito de aplicación de la Sexta Directiva, mientras que la venta de acciones no lo está.

59. En consecuencia, la prestación de una garantía de suscripción constituye una operación relativa a acciones y, por tanto, está exenta del IVA en virtud del artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Sexta Directiva.

34 — Véase el anexo I, apartado 41, de la Directiva 2006/49, citada en la nota 5.

35 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de mayo de 2005, Kretztechnik (C-465/03, Rec. p. I-4357). Como ha señalado acertadamente Irlanda, muchas operaciones a las que se refiere el artículo 13, parte B, de la Sexta Directiva —por no decir todas— se desarrollan al margen del ámbito de ésta, ya que no cumplen los requisitos del artículo 2, apartado 1, de la Sexta Directiva. Por lo tanto, carece de relevancia que se mencionen en el artículo 13, parte B, de la Sexta Directiva.

36 — Reglamento (CE) n° 1777/2005 del Consejo, de 17 de octubre de 2005, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 77/388/CEE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DO L 288, p. 1). Evidentemente, este Reglamento no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto.

#### IV. Conclusión

60. Sobre la base de los motivos antes expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que responda del modo siguiente:

«La excepción que establece el artículo 13, parte B, letra d), número 5, de la Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, debe interpretarse en el sentido de incluye los servicios de garantía de crédito por los que una entidad de crédito concede una garantía, a cambio de una contraprestación, a una empresa que va a emitir acciones, cuando en virtud de tal garantía la entidad de crédito se obliga a adquirir las acciones que eventualmente no son suscritas en el plazo de suscripción.»