

LOS PROBLEMAS Y RETOS DEL IVA COMUNITARIO: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Francisco CASTELLANO

UNED y CECA

1. INTRODUCCIÓN

Como complemento al precedente trabajo de Bird y Martínez-Vázquez sobre el IVA, voy a centrar mi exposición en los problemas y retos del IVA comunitario, un impuesto importante que se aplica en 27 países europeos. En efecto, el 1 de enero de 1986 se estableció el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) en España, como consecuencia de su integración en la entonces denominada Comunidad Económica Europea (CEE). Su implantación fue recibida con satisfacción en los ámbitos académicos y profesionales, pues se trataba de un impuesto moderno que estaba vigente en los principales países europeos y, además, venía a sustituir a una compleja y obsoleta imposición indirecta que había creado innumerables problemas en su aplicación.

Han transcurrido, por tanto, 23 años. En este periodo, el IVA ha experimentado numerosas modificaciones en su normativa, fundamentalmente motivadas por la transposición de directivas comunitarias a la legislación interna, lo que ha ido creando una regulación muy prolija y de difícil comprensión en muchos casos. Además, en los últimos años el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) ha dictado numerosas sentencias interpretando las normas comunitarias del IVA en relación con casos concretos que son objeto de litigio en un estado miembro determinado, y posteriormente la Administración tributaria y los tribunales de otros países comunitarios reinterpretan estas senten-

cias para aplicar sus criterios a casos similares propios.

Por tanto, en los momentos actuales, el estudio y aplicación de la normativa del IVA se ha complicado considerablemente. En efecto, no basta con conocer la norma, jurisprudencia y doctrina nacionales, sino que hay que conocer igualmente las normas comunitarias y la jurisprudencia del TJCE dictada en su aplicación.

Pues bien, una parte importante de esta complejidad regulatoria del IVA comunitario incide sobre las exenciones, que son numerosas y que, como se comentará más adelante, producen unas distorsiones considerables.

Por todo ello, la situación actual del IVA comunitario es insatisfactoria, y no sólo por el grave problema del fraude —como el denominado fraude carrusel—, que es un aspecto más conocido y al que la Comisión Europea le presta una atención preferente, sino sobre todo por los importantes problemas que su aplicación está originando, al menos en determinados sectores económicos.

Por todo ello, a continuación expondré cuáles son, en mi opinión, esos problemas de aplicación del IVA comunitario; esta opinión es el resultado de mi experiencia personal como estudioso del sistema fiscal en el ámbito universitario y como fiscalista de un sector económico tan importante como el financiero. Concluiré mi exposición con unas breves reflexiones sobre los retos a los que se enfrenta actualmente, a mi juicio, el IVA comunitario.

2. LA ELECCIÓN DE UN IVA POR LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

La pretensión básica del Tratado de Roma de constituir un mercado común europeo, que funcionara sin obstáculos diferentes a los que existían en el mercado interno, constituía un ideal que debería perseguirse progresiva y empíricamente tratando de eliminar aquellas *distorsiones* que los diversos impuestos podían crear a la concurrencia de ese mercado. Los impuestos sobre el volumen de ventas se configuraron desde el primer momento como origen de distorsiones importantes. Para tratar de evitarlas, se admitió el *principio de imposición en el país de destino* en virtud del cual los impuestos sobre el volumen de ventas y consumos específicos se percibirían por los países en donde los productos se consumieran (país de destino). Se admitió, en consecuencia, la existencia de *fronteras fiscales* (para devolver los impuestos sobre ventas pagados por las exportaciones y para gravar a las importaciones). Las fronteras fiscales deberían operar bajo el *principio de neutralidad del gravamen*, esto es, la suma de impuestos efectivamente pagados sería la que habría de devolverse a la exportación, mientras las importaciones deberían pagar los impuestos equivalentes a los que recaían sobre el consumo interno.

El gran problema del principio de gravamen según el país de destino ha sido el de que se respetase el principio de neutralidad (o, mejor dicho, de uniformidad) con objeto de no originar distorsiones en el funcionamiento del mercado común. Y las principales dificultades para ese gravamen

neutral (o uniforme) las creó el impuesto sobre el volumen de ventas, dado que los impuestos dominantes en los seis países que inicialmente formaron parte de la CEE eran plurifásicos, en los que no hay relación constante impuesto/precio, ya que ésta depende del circuito seguido en la producción y comercialización de cada bien. Para lograr la neutralidad de los impuestos sobre el volumen de ventas, la primera solución fue la establecida por el artículo 97 del Tratado de Roma: calcular *tasas medias* de gravamen de ventas existentes en cada país con las cuales devolver los impuestos a las exportaciones y establecerlos sobre las importaciones. Esas *tasas medias* calculadas por productos o grupos de productos pronto se convirtieron en *fronteras fiscales que distorsionaban la formación del mercado común*, dando lugar a que los países practicaran subvenciones a la exportación situando las tasas medias por encima de los impuestos efectivamente pagados, con lo que, de hecho, se convertían en subvenciones, y no actuaban como compensaciones a la importación, sino como auténticos gravámenes protectores (aranceles) del mercado interno.

Para evitar esas distorsiones creadas a la formación del mercado común por los impuestos sobre el volumen de ventas, se decidió ir a una solución distinta de las *tasas medias*. Esa solución estuvo inspirada por los grupos de trabajo creados en 1959 y por el Informe Neumark, de 1962. Surge así la Primera Directiva de 1967, que sentaba tres principios básicos: a) suprimir los impuestos plurifásicos sobre el volumen de ventas por ser contrarios a la neutralidad; b) adoptar un IVA comunitario, con estructura básica normalizada, y c) Armonizar, a más largo plazo, tipos de gravamen del IVA. Se pensó inicialmente que a) y b) deberían estar decididas en 1970. Se prorrogó después este plazo hasta 1973. En 1977 se aprobaba la Sexta Directiva, de importancia básica para configurar el IVA comunitario, decisión que, en su momento, fue considerada de gran importancia para lograr tanto el principio de *neutralidad* como la *financiación* equitativa de la CEE (cuyo presupuesto se nutriría del recargo so-

bre el IVA, cuya base y aplicación era fundamental regular homogéneamente para que la aportación de cada país fuera equitativa).

Este proceso de integración europeo concedía así un *papel decisivo al IVA comunitario*, puesto que de su aceptación e implantación dependía la formación sin distorsiones del mercado común y la financiación adecuada de la Comunidad Económica Europea.

La Directiva 91/680/CEE, con vistas a la abolición de las fronteras y a la libre circulación de bienes a partir de 1 de enero de 1993, estableció un régimen transitorio de tributación de los intercambios entre los estados miembros consistente, con carácter general, en la exención de las entregas intracomunitarias y en el gravamen de las adquisiciones intracomunitarias, que estaría en vigor hasta el

31 de diciembre de 1996. A partir de entonces, entraría en vigor el régimen definitivo basado en el principio de gravamen en el estado miembro de origen de los bienes entregados y de los servicios prestados.

Sin embargo, este régimen transitorio, que se basa en el principio de imposición en el país de destino, continúa actualmente en vigor, siendo previsible que se convierta en el régimen definitivo. A este respecto, las directivas 2008/8 y 2008/9, que resultan de aplicación a partir del 1 de enero de 2010 en todos los estados miembros, establecen, como regla general de localización de las prestaciones de servicios, el lugar en el que radique la sede o el establecimiento del destinatario, cuando tal destinatario sea empresario o profesional, manteniendo la regla hasta ahora vigente del lugar en que radique la se-

CUADRO N.º 1

RECAUDACIÓN IVA EN LA UNIÓN EUROPEA (AÑO 2007)

Países	Importe (millones euros)	Porcentaje de recaudación impuestos (excepto seguridad social)	Porcentaje sobre PIB
Bélgica.....	23.908	23,5	7,1
Bulgaria.....	3.503	46,6	12,1
República Checa.....	8.366	32,0	6,6
Dinamarca.....	23.642	21,8	10,4
Alemania.....	170.080	28,9	7,0
Estonia.....	1.423	42,3	9,3
Irlanda.....	14.414	28,8	7,6
Grecia.....	16.513	35,4	7,2
España.....	64.434	24,1	6,1
Francia.....	135.666	26,3	7,2
Italia.....	95.682	20,6	6,2
Chipre.....	1.774	33,3	11,3
Letonia.....	1.733	37,7	8,2
Lituania.....	2.330	38,4	8,2
Luxemburgo.....	2.112	21,9	5,8
Hungría.....	8.010	30,2	7,9
Malta.....	420	26,8	7,7
Noruega.....	42.873	29,8	7,6
Austria.....	20.970	27,7	7,7
Polonia.....	25.923	36,2	8,3
Portugal.....	14.339	35,1	8,8
Rumania.....	10.086	41,7	8,1
Eslovenia.....	2.942	34,8	8,5
Eslovaquia.....	3.784	38,6	6,9
Finlandia.....	15.000	26,9	8,3
Suecia.....	30.516	25,6	9,2
Reino Unido.....	134.436	22,1	6,6

Fuente: Eurostat. *Statistics in focus*, 43/2009.

de o el establecimiento del prestador únicamente para los servicios prestados a consumidores finales. Es decir, se reafirma para las prestaciones de servicios el principio de imposición en el país de destino.

En los momentos actuales, el IVA comunitario es un tributo destacado en los sistemas fiscales de los países de la Unión Europea, con una importante capacidad recaudatoria, ya que, en conjunto, los ingresos por este impuesto ascendieron en 2007 a 874.880 millones de euros, representando el 25,8 por 100 del total de los ingresos fiscales (exceptuando los de la seguridad social) y el 7,1 por 100 del PIB. Los datos correspondientes a cada país se recogen en el cuadro n.º 1.

3. LA CONFIGURACIÓN DEL IVA COMUNITARIO

Como acaba de exponerse, la elección de un IVA por la CEE se fundamentó en sólidas razones económicas. Sin embargo, los encargados de trasladar esta idea a rango normativo configuraron un impuesto con estas características:

a) El impuesto elegido fue un IVA tipo consumo que se aplicaría mediante el sistema de crédito de impuesto. Sin embargo, en lugar de establecer un gravamen sobre las ventas e ingresos de las empresas, del que se deduciría el gravamen soportado por las compras y gastos, se configuró un gravamen sobre operaciones (entregas de bienes y servicios) realizadas a terceros, del que se deduciría el gravamen soportado por las operaciones recibidas. Es decir, se prescindió del enfoque económico y contable para configurar un IVA tipo consumo, y se optó por regular un impuesto cuyo objeto son las operaciones que se realizan o reciben por las empresas. De esta forma, las operaciones se convierten en el elemento configurador del IVA comunitario.

b) Con tal configuración, la contabilidad de las empresas, que es el soporte registral en que se basa el Impuesto sobre Sociedades, no servía para el IVA comunitario. Por ello, hu-

bo que establecer un sistema alternativo: la factura como soporte documental de las operaciones sujetas y unos libros especiales para registrar las facturas correspondientes a las operaciones realizadas y recibidas. De esta forma, el IVA comunitario se integra en el sistema fiscal de los estados miembros como una figura independiente, sin ninguna conexión con el Impuesto sobre Sociedades.

c) La tercera característica del IVA comunitario que quiero destacar aquí es el establecimiento de un elevado número de exenciones. Ahora bien, al tratarse de un impuesto sobre operaciones, era necesario describir cuáles de ellas están exentas, tarea muy complicada que ha producido enorme conflictividad, como se expondrá más adelante. Pero, además, es un tema muy conocido en el ámbito de la Hacienda pública que las exenciones en el IVA —en concreto, las de carácter limitado, que son aquellas que no dan derecho a deducir el IVA soportado— producen el efecto, cuando se localizan en una fase inicial o intermedia del proceso productivo, de que en la empresa que realiza la operación exenta se origina un coste por el IVA que no han podido deducir, coste que intentará trasladar vía precios, mientras que la empresa que recibe la operación exenta, al no soportar IVA, no podrá deducir ninguna cantidad por este concepto, dando lugar a lo que se denomina «efecto recuperación». Debido a este efecto, el IVA que no ha podido deducir la primera empresa, y que le supone un coste que intentará trasladar, se recupera en la siguiente fase, resultando beneficiada la Hacienda del Estado. En definitiva, la neutralidad del IVA comunitario, que es tan necesaria para el funcionamiento eficiente de un mercado común, queda distorsionada por los efectos que genera la existencia de numerosas exenciones en su configuración.

Como resumen de lo expuesto, puede indicarse que el IVA comunitario adolece de serios problemas en su configuración: es un impuesto sobre operaciones, con una costosa y compleja administración y no neutral por sus numerosas exenciones. Pues bien,

estos problemas se agudizan en determinados sectores, entre los que destaca el financiero, por lo que a continuación se expone su situación.

4. EL IVA COMUNITARIO Y EL SISTEMA FINANCIERO

Los problemas que acaban de reseñarse, derivados de la configuración del IVA comunitario, se agudizan muchísimo en el ámbito financiero.

En efecto, si el IVA comunitario es, como ya se ha indicado, un impuesto sobre operaciones, resulta preciso determinar cuáles son las operaciones financieras que están sujetas al impuesto. Y este tema no es nada fácil si se tiene en cuenta que la actividad financiera es una materia compleja, en buena parte no regulada (la mayoría de los contratos que se utilizan son atípicos y muy pocos están normalizados a nivel europeo), y además en constante evolución. Este escenario se complica por el peculiar sistema de tarificación que utilizan las entidades financieras, pues frecuentemente, por política comercial, se facturan a la clientela retribuciones diversas en relación con una única operación financiera, y esta forma de actuar ha inducido a las administraciones tributarias de los estados miembros al error de considerar que cada retribución que se factura se corresponde con una operación financiera independiente, sujeta al IVA comunitario. Es decir, realizar un inventario de las operaciones financieras que deberían estar sujetas al IVA comunitario es una tarea sumamente complicada. Por eso todavía no se ha hecho, y pienso que nunca se hará. Pero, si no existe tal inventario, ¿cómo puede configurarse un impuesto cuyo objeto es precisamente sujetar todas las operaciones empresariales?

Este complejo panorama del IVA comunitario en el sistema financiero se complica mucho más cuando se tienen en cuenta las exenciones. La verdad es que la Directiva del IVA establece una amplia relación de operaciones financieras exentas. Quizá lo primero que habría que preguntarse

es por qué se establecieron cuando se configuró el IVA comunitario tantas exenciones en el ámbito financiero. A esta pregunta parece responder la sentencia del TJCE, Asunto C-235/00, CSC Financial Services Ltd., que, en sus apartados 18 y 21, señala lo siguiente:

18. El Gobierno del Reino Unido sostiene que las exenciones establecidas en el artículo 13, parte B, letra d), de la Sexta Directiva fueron acordadas para los servicios financieros y los servicios prestados por intermediarios correspondientes porque dichos servicios no podían quedar sujetos al IVA, sobre todo debido a la dificultad, en numerosos casos, de distinguir la contrapartida del servicio de cambio de moneda o de documentos de valor que el servicio engloba.

21. La Comisión considera que el artículo 13, parte B, letra d), de la Sexta Directiva tiene por objeto excluir la aplicación del IVA a determinadas operaciones financieras, en concreto las que se refieren directamente a instrumentos financieros, debido a las dificultades prácticas que implica la tributación de semejantes operaciones, así como a las posibles repercusiones de tal tributación sobre el coste del crédito.

Parece ser, por tanto, que las dificultades prácticas para determinar la tributación de determinadas operaciones financieras fue un motivo para declarar tantas operaciones exentas. En cualquier caso, la existencia en el IVA comunitario de numerosas exenciones de operaciones financieras plantea dos graves problemas.

El primero de ellos es que una parte muy elevada del IVA que soportan las entidades financieras no puede ser objeto de deducción, por lo que se convierte en un coste significativo para estas entidades. Y una parte importante de este coste, al localizarse muchas operaciones financieras exentas en una fase intermedia del proceso productivo, revierte en una mayor recaudación en las haciendas de los estados miembros por el denominado «efecto recuperación» al que antes se aludió.

El segundo problema se refiere a las dificultades para delimitar con claridad las operaciones financieras que se encuentran exentas, pues lógicamente la Administración tributaria intenta, en sus actuaciones inspectoras, comprobar exhaustivamente las operaciones que la entidad financiera ha considerado exentas. Este tema es sumamente complejo, ya que, por la primacía del Derecho comunitario, es decir, las normas comunitarias y la jurisprudencia del TJCE dictada en su aplicación, se produce que, de vez en cuando, un estado miembro se vea obligado a modificar normas vigentes, e incluso que tal Derecho comunitario haya de aplicarse junto a las normas internas, sea con preferencia sobre ellas, sea en su interpretación. Además, no hay prevalencia entre las distintas *versiones lingüísticas* de las normas comunitarias, de manera que, en caso de conflicto entre ellas, hay que proceder a una interpretación para determinar su auténtico significado, lo que complica aún más, si cabe, la determinación del régimen aplicable a cualquier realidad en la que incida el Derecho comunitario.

En definitiva, como acaba de exponerse, el hecho cierto es que en todos los estados miembros y, lógicamente, también en España, son cada vez más las operaciones financieras que se cuestionan su tratamiento en el IVA comunitario.

Por tal motivo, la Comisión Europea se vio obligada a adoptar una solución, presentando al Consejo, a finales del año 2007, una propuesta de Directiva, sobre el tratamiento en el IVA de los servicios financieros y de seguros. A este respecto, en diferentes párrafos de su exposición de motivos, que se reproducen a continuación, se describe de forma detallada la situación actual en la Unión Europea de la aplicación del IVA a los servicios financieros y de seguros:

Las definiciones de los servicios financieros y de seguros exentos han quedado desfasadas y han dado lugar a disparidades en la interpretación y aplicación de esas exenciones por los Estados miembros. Los interesados tienen que hacer frente a una complejidad

jurídica considerable derivada de las diferentes prácticas administrativas, lo que genera inseguridad jurídica para los operadores económicos y las autoridades fiscales. Esa inseguridad jurídica ha provocado un aumento del número de acciones interpuestas ante los tribunales e incrementado la carga administrativa que impone a los operadores y las Administraciones la aplicación de dichas exenciones.

El segundo problema es el del IVA oculto en la estructura de costes de los servicios financieros y de seguros. En el sector de los servicios financieros y de seguros, todos los operadores económicos se esfuerzan por incrementar su competitividad, debido a la competencia cada vez más intensa a la que se ven expuestos, tanto entre ellos mismos, por la tendencia hacia un único mercado paneuropeo, como frente a los operadores económicos establecidos fuera de la UE. La consolidación dentro del sector ha venido impulsada, en gran medida, por la necesidad de mejorar la eficiencia, pero las estrategias de reducción de costes se manifiestan de distintas maneras. Estos cambios se ven acelerados por la emergencia de un marco regulador más amplio con vistas a un mercado europeo integrado de servicios financieros, según lo previsto en el Plan de Acción sobre Servicios Financieros. Ese marco regulador intensifica la competencia entre proveedores de servicios financieros y de seguros, a través del firme proceso de implantación de condiciones iguales para todos. En este entorno, los operadores económicos han desarrollado distintas técnicas para aumentar su propia competitividad, si bien entre las técnicas básicas más comunes cabe citar las siguientes: externalización de actividades, puesta en común de actividades y subcontratación.

Estas técnicas suponen que a nivel interno se genere menos valor y éste sea aportado en forma de servicios por terceros independientes a los proveedores de productos financieros y de seguros. Se plantea entonces el problema de que esos servicios no puedan ya acogerse a la exención prevista para los servicios financieros y de seguros, por lo que debe facturarse el IVA sobre los mismos. Con fre-

cuencia, ese IVA no es deducible para el cliente, puesto que, al prestar él mismo servicios financieros y de seguros exentos, no tiene derecho a deducción, y pasa así a convertirse en parte de los costes.

Los anteriores párrafos de la exposición de motivos constituyen una sorprendente y sincera autocrítica sobre los problemas que plantea la aplicación del IVA comunitario a los servicios financieros y de seguros. Reconocer oficialmente que las definiciones de los servicios financieros y de seguros exentos del IVA se encuentran desfasadas, que esto ha dado lugar a disparidades en la interpretación y aplicación de esas exenciones, y que todo ello genera una inseguridad jurídica para los operadores económicos y las autoridades fiscales, merece una valoración muy positiva.

También es de agradecer que se manifieste, aunque se haya producido este reconocimiento con un retraso de más de treinta años, que las exenciones de carácter limitado en el IVA dan lugar a que los operadores económicos no puedan deducir el IVA soportado, incorporándose a los costes de las empresas. Es el «IVA oculto en la estructura de costes» a que se refiere la exposición de motivos. Sin embargo, se omiten dos aspectos a tener en cuenta sobre este «IVA oculto». El primero es que los operadores económicos intentarán repercutir vía precios este impuesto que se ha integrado en sus costes. Y el segundo es que una parte importante de este «IVA oculto», en concreto la que se corresponde con exenciones establecidas en fases intermedias del proceso productivo, ha ido a parar a las arcas públicas de cada estado miembro, por el denominado «efecto recuperación» mencionado anteriormente.

La propuesta de Directiva tiene dos objetivos:

— Ofrecer una mayor seguridad jurídica a los operadores económicos y a las administraciones fiscales nacionales, reduciendo las obligaciones administrativas que deben cumplir de cara a una correcta aplicación de las

normas sobre la exención del IVA de los servicios financieros y de seguros.

— Reducir la incidencia del IVA oculto en los costes de los proveedores de servicios financieros y de seguros.

Estos objetivos se consiguen a través, fundamentalmente, de dos medidas previstas en la propuesta de Directiva:

— Clarificación de las normas que regulan la exención del IVA aplicable a los servicios financieros y de seguros.

— Ampliación de la opción de tributación existente mediante la transferencia a los operadores económicos del derecho a optar de los estados miembros.

Con la primera medida enunciada, esto es, la clarificación de las normas que regulan la exención del IVA aplicable a los servicios financieros y de seguros, la propuesta de Directiva persigue el propósito de lograr una aplicación más uniforme de dicha exención, ofreciendo a los operadores económicos una mayor seguridad jurídica y reduciendo la carga administrativa que supone para éstos el cumplimiento de tales normas. La clarificación que pretende la propuesta de Directiva consiste fundamentalmente en lo siguiente:

— Las condiciones para aplicar la exención del IVA se basan en criterios económicos objetivos que evitan que aquéllas dependan de una interpretación fundamentada en conceptos de Derecho privado nacional, que constituye una de las principales causas de que la interpretación y la aplicación difieran en los Estados miembros (por ejemplo, un seguro debe cubrir un riesgo y prever una indemnización o una prestación); estos criterios económicos objetivos garantizan que la exención del IVA se aplique también a los nuevos servicios que se desarrollen en el futuro, si se ajustan a dichos criterios.

— Las nuevas normas introducen la idea de que la exención debe abarcar la entrega de cualquier elemento

integrante de un servicio financiero o de seguro que forme un conjunto diferenciado y tenga el carácter específico y esencial del servicio exento de que se trate.

Esta primera medida de la propuesta de Directiva tiene como aspectos positivos, por una parte, que se señale que las condiciones para aplicar la exención del IVA deben basarse en criterios económicos objetivos y, por otra, que se reconozca que una de las principales causas de los problemas es debida a las interpretaciones fundamentadas en conceptos de Derecho privado nacional. Sin embargo, hay que añadir a continuación que esta medida es de dudosa efectividad. De entrada, está alargando excesivamente la tramitación de la propuesta de Directiva, pues las discusiones en el Grupo del IVA que se ha constituido en el seno de la Comisión Europea son muy intensas, se avanza lentamente en los trabajos, e incluso podría ocurrir que finalmente no se llegue a un acuerdo en la definición de los servicios financieros y de seguros exentos del IVA, por exigencia de la regla de la unanimidad para adoptar medidas fiscales. Pero, sobre todo, la principal crítica que merece es que, con la «clarificación» que se pretende, en realidad se produciría una prórroga de la complicada situación actual, pues, una vez establecida la nueva relación de servicios financieros y de seguros exentos, y a pesar de la incorporación de criterios económicos objetivos, comenzarían las discrepancias en la interpretación y aplicación de las exenciones, nuevas sentencias del TJCE y vuelta a empezar.

Con la segunda medida que se contiene en la propuesta de Directiva, al ser la nueva opción de tributación más amplia que la vigente, será el operador económico quien decida si desea estar plenamente sujeto a tributación; si ejerce este derecho, podrá deducir el IVA soportado en sus inversiones como cualquier otro operador económico. De esta forma, como se señala expresamente en la propuesta de Directiva, el sector financiero podrá desarrollar su actividad en condiciones equitativas, condiciones que

hasta ahora no habían podido lograrse, puesto que muy pocos estados miembros ofrecían a las empresas el derecho a optar, y las exigencias variaban entre unos y otros.

Esta segunda medida sí merece una evaluación positiva. En efecto, la Directiva vigente faculta a los estados miembros para que puedan adoptar la medida de posibilitar a sus contribuyentes la renuncia a la exención de las operaciones financieras. Pues bien, únicamente el Reino Unido, Francia y Alemania ya han hecho uso, con criterios diferentes, de esta opción. En cambio, en la propuesta de Directiva esta medida se transforma en obligatoria, pues se establece que los estados miembros concederán a los sujetos pasivos el derecho a optar por la tributación de los servicios financieros y de seguros.

Si finalmente se aprueba esta medida y los operadores económicos del sector financiero utilizan la opción por la tributación, podrían eliminarse, total o parcialmente, las restricciones en el derecho a la deducción del IVA soportado que van en contra del correcto funcionamiento del impuesto, especialmente si las exenciones se aplican a servicios en los que el destinatario es empresario o profesional y tiene derecho a la deducción del impuesto, que es cuando se produce el denominado «efecto recuperación» ya reseñado. Es decir, se lograría una mejora sustancial en la neutralidad del impuesto.

5. EL IVA COMUNITARIO Y LAS FUNDACIONES

En los apartados anteriores se han expuesto los problemas que plantea el IVA al aplicarse al sector financiero. Sin embargo, en una situación similar se encuentran otros sectores económicos. Así, el tratamiento de la actividad inmobiliaria en el IVA presenta múltiples problemas, que se han visto agravados en las actuales circunstancias económicas y cuyo análisis desbordaría el tiempo y la extensión de esta comunicación. Por ello me referiré, y con brevedad, a los problemas que plantea el IVA en el denominado tercer sector, es decir, en las fundaciones.

En la normativa española sobre el IVA, de conformidad con la Directiva comunitaria, se establecen exenciones a determinados servicios de asistencia social cuando son prestados por entidades de carácter social, como son las fundaciones. En concreto, se encuentran exentos los siguientes servicios: protección de la infancia y de la juventud; asistencia a la tercera edad; educación especial y asistencia a personas con minusvalía; asistencia a minorías étnicas; asistencia a refugiados y asilados; asistencia a transeúntes; asistencia a personas con cargas familiares no compartidas; acción social comunitaria y familiar; asistencia a ex-reclusos; reinserción social y prevención de la delincuencia; asistencia a alcohólicos y toxicómanos, y cooperación para el desarrollo.

Ahora bien, para que estas exenciones puedan aplicarse es necesario que las entidades privadas de carácter social, pues así se establece en la normativa española, tengan que solicitar el reconocimiento de dicha condición a la Administración tributaria, de tal manera que, si no se realiza este trámite formal, no serían efectivas las referidas exenciones.

Pues bien, la Administración tributaria española ha intentado recientemente modificar la normativa del IVA para restar validez al trámite del reconocimiento porque, aunque en su propuesta no llegaba a suprimirlo, su intención era que las exenciones correspondientes a los servicios prestados por entidades de carácter social se aplicaran siempre que se cumplieran los requisitos que establecía la normativa, con independencia de que se hubiese producido el reconocimiento por parte de la Administración.

Este proyecto de cambio normativo se trataba de justificar, por parte de la Administración tributaria española, con fundamento en la jurisprudencia comunitaria en materia de exenciones. La citada jurisprudencia, en sentencias tales como la de 10 de septiembre de 2002, recaída en el Asunto C-141/00, o la de 26 de mayo de 2005, correspondiente al Asunto C-498/03, ha señalado que las exenciones que se apli-

can a ciertos servicios de asistencia social, corporativos, culturales o deportivos no se pueden condicionar a un acto administrativo previo de concesión ni son tales que admitan renuncia una vez se ha reconocido su procedencia.

Sin embargo, de haberse llevado a cabo tal cambio normativo, se habrían producido graves perjuicios para las fundaciones, por lo que se hicieron gestiones ante diversas instancias para poner de manifiesto la improcedencia del mismo, con fundamento en los argumentos siguientes:

Puesto que las exenciones que se atribuyen a las operaciones de las entidades que tengan reconocido carácter social son limitadas, su aplicación obligatoria implica la pérdida del derecho a recuperar los IVA soportados (generalmente, al tipo impositivo del 16 por 100) en las adquisiciones de bienes y servicios que realizan para la prestación de los servicios exentos. Por ello el IVA no deducible deberá ser asumido por la entidad como un mayor coste o, en su caso, recuperado mediante el aumento del precio de sus servicios o el establecimiento de contraprestación, si venía realizándolos con carácter gratuito.

En cambio, los mismos servicios prestados por una entidad que no reúna los requisitos para ser considerada como entidad de carácter social o no solicite su reconocimiento como tal, tributarían al tipo reducido del 7 por 100, pudiendo recuperar todo el IVA soportado al 16 por 100.

Por tanto el régimen de exención no supone un beneficio fiscal para estas entidades ni constituye un incentivo económico para la prestación de sus servicios sino que, en muchas ocasiones, redundaría en un perjuicio evidente que recaerá, en última instancia, sobre los destinatarios de estos servicios que tienen carácter social. Además, en este caso se produciría una falta de neutralidad en la aplicación del IVA pues los usuarios de unos mismos servicios soportarían una carga por IVA diferente, dependiendo de que el prestador de tales servicios sea una entidad a la que la Administración tri-

butaria considere como entidad de carácter social o no.

Precisamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 26 de mayo de 2005 (Asunto C-498/03) que constituye el argumento doctrinal en el que se fundamenta la Administración tributaria para justificar el cambio normativo, señala que el objetivo perseguido con las exenciones que se aplican a estos servicios es el de garantizar un trato más favorable en materia de IVA tratando «...de reducir el coste de estos servicios y de hacerlos más accesibles a los particulares que puedan beneficiarse de las referidas exenciones».

Como ya se ha puesto de manifiesto, el efecto que se conseguiría con la modificación normativa que se pretende sería precisamente el contrario al que persigue la normativa comunitaria: que resulten directamente perjudicados los particulares destinatarios de los servicios sociales.

Ante la evidencia de que el régimen de exención no constituye «per se» un beneficio para la entidad que presta servicios de carácter social y puede perjudicar directamente a los beneficiarios de los mismos, parece necesario el mantenimiento del régimen opcional que se desprende de la vigente normativa del IVA, permitiendo a las entidades afectadas que soliciten el reconocimiento de entidad de carácter social y apliquen las exenciones consecuentes en sus operaciones con los beneficiarios, o bien, que renuncien a su solicitud y, en ese caso, puedan aplicar los tipos impositivos reducidos previstos para las actividades de carácter social que realicen.

La contundencia de los argumentos reseñados ha conseguido, al menos hasta ahora, que el referido cambio normativo no se haya llevado a cabo, aunque la jurisprudencia comunitaria que no da validez a los actos administrativos previos de concesión de las exenciones sigue vigente. Además, la situación que acaba de describirse sobre los problemas que plantea la aplicación del IVA a las fundaciones no se limita al caso español. Recientemente, el Centro Europeo de

Fundaciones ha enviado un informe al Presidente de la Comisión Europea poniendo de manifiesto los problemas que el sistema actual del IVA plantea a las fundaciones en Europa. En este informe se señala que las fundaciones son tratadas en el IVA como un consumidor final, sin posibilidad de recuperar los pagos realizados por IVA soportado, mientras que las entidades mercantiles (con ánimo de lucro) pueden deducir el IVA soportado del IVA repercutido cuando venden sus productos o servicios. Estiman que el IVA irrecuperable correspondiente a 35 fundaciones europeas asciende a 45 millones de euros al año.

El presidente Barroso, en su contestación al Centro Europeo de Fundaciones, ha prometido que la Comisión llevará a cabo un estudio a finales de este año 2009 «para evaluar una posible actualización legislativa de las reglas de la Directiva del IVA».

6. LOS RETOS DEL IVA COMUNITARIO

En los apartados anteriores he tratado de exponer, de forma resumida, la experiencia española sobre los problemas que plantea la aplicación del IVA comunitario, dejando al margen todos los problemas que se derivan de posibles actuaciones fraudulentas de determinados operadores económicos, a los que la Comisión Europea trata de hacer frente mediante la cooperación entre las administraciones tributarias de los estados miembros, habiendo tomado diversas decisiones al respecto, como las adoptadas recientemente, el 18 de agosto de 2009. Pues bien, *la conclusión es que, aunque todos los impuestos, en cualquier país, plantean problemas en su aplicación a la realidad, la conflictividad y la inseguridad jurídica que se han alcanzado con el IVA comunitario superan con creces el nivel de lo que pudiera considerarse razonablemente admisible.*

Tales problemas de aplicación, en mi opinión, se derivan fundamentalmente de una incorrecta configuración del IVA comunitario, al diseñarse un impuesto sobre operaciones

que contiene numerosas exenciones. En estas últimas se concentran los supuestos de mayor conflictividad en la interpretación de la normativa, situación que se ve agravada por la prevalencia del Derecho comunitario y las sentencias, poco inteligibles en muchos casos, del TJCE. Además, las exenciones generan IVA oculto, cuya cuantía repercute en los costes de los operadores económicos distorsionando la neutralidad sobre la que se fundamenta el IVA. En definitiva, los problemas del IVA comunitario se concentran en tres aspectos:

— Falta de neutralidad por la existencia de IVA oculto en determinados sectores como consecuencia de las exenciones limitadas, que, en muchos casos, se localizan en fases intermedias del proceso productivo.

— Inseguridad jurídica de los operadores económicos en la interpretación de la normativa aplicable, motivada, al menos en parte, por la primacía del Derecho comunitario y las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

— Excesiva carga administrativa para poder cumplir las obligaciones formales derivadas del soporte documental del IVA comunitario, es decir, las facturas y sus libros registros.

Encontrar las soluciones que permitan superar la situación descrita constituye el reto al que se enfrenta el IVA comunitario. A este respecto, se describen a continuación algunas posibles medidas que, en mi opinión, podrían ser válidas a este respecto.

En primer lugar, ante los graves problemas que plantea la aplicación del IVA comunitario, constituye una fuerte tentación proponer su sustitución por un impuesto alternativo de carácter neutral, como sería un impuesto monofásico minorista, es decir, un impuesto que se aplicaría sobre las ventas e ingresos en la fase previa al consumidor final. Ahora bien, aunque esta idea pueda resultar atractiva y contar con adhesiones y defensores, considero que, con independencia de la complejidad que conllevaría la aplicación del

nuevo impuesto al tratarse de un cambio tan radical, sería impensable que pudiese llevarse a efecto teniendo en cuenta las dificultades para adoptar medidas fiscales en la Unión Europea.

En segundo lugar, y aun manteniendo la opción de un IVA, podría sugerirse un cambio de configuración, sustituyendo el impuesto sobre operaciones actual por un IVA con contenido económico y vinculación con el Impuesto sobre Sociedades. A este respecto, la adopción por la Unión Europea de las Normas Internacionales de Información Financiera podría justificar, al menos, la razonabilidad de esta propuesta. Sin embargo, considero también inviable que pueda prosperar, pues la figura del impuesto sobre operaciones se encuentra muy arraigada en la Unión Europea, y estrechamente vinculado a esta configuración del IVA comunitario se encuentra el soporte documental que le sirve de base, es decir, la factura y sus libros registros. Prueba de ello es que la Directiva 2001/115/CE, del Consejo, introdujo en la Unión Europea normas comunes sobre la facturación del IVA, las cuales se consideraban imprescindibles para el correcto funcionamiento del mercado interior, y en estos momentos existe una propuesta de Directiva para simplificar estas obligaciones formales con la finalidad de reducir las cargas administrativas de las empresas, siendo su medida más destacada la de potenciar el uso de la factura electrónica.

En tercer lugar, podría considerarse, dado que uno de los problemas más graves del IVA comunitario es el IVA oculto que genera las exenciones limitadas, la sustitución de tales exenciones por la aplicación del tipo cero —o convertirlas en exenciones plenas—, de forma que se permita deducir la totalidad del IVA soportado. Pues bien, tampoco pienso que esta propuesta pueda ser aceptada, pues encontraría el rechazo de los estados miembros, ya que les supondría una merma recaudatoria al desaparecer el «efecto recuperación», producido por las exenciones limitadas, que tanto les beneficia.

Por último, cabe plantear como estrategia posibilista una aplicación más flexible del IVA comunitario, a través, fundamentalmente, de dos medidas.

La primera consistiría en ampliar a determinados operadores económicos —aquellos sobre los que inciden especialmente los problemas de las exenciones del IVA comunitario— la facultad de optar por la tributación para reducir los efectos económicos negativos de tales exenciones limitadas. Se trataría de extender la medida que ya se encuentra, como ya se ha indicado anteriormente, en la propuesta de Directiva sobre el tratamiento en el IVA de los servicios financieros y de seguros.

La segunda medida supondría realizar una revisión del nivel actual de armonización que tiene el IVA comunitario, pues una parte significativa de

los problemas que plantea su aplicación deriva de la complejidad de una regulación que, en muchos aspectos, pretende ser única o uniforme. Habría que plantearse si el nivel de armonización actual del IVA comunitario responde a sólidas razones económicas para preservar el buen funcionamiento del mercado interior o realmente fueron criterios políticos sobre la conveniencia de que existiese un impuesto europeo, e incluso también la vinculación de este impuesto con la financiación de la Unión Europea, los que obligaron a establecer tal nivel. A este respecto, hay que indicar que algunas medidas que previsiblemente se adoptarán por la Comisión Europea —por ejemplo la Propuesta de Directiva de los servicios financieros y de seguros— suponen, de hecho, una reducción del nivel de armonización. Por todo ello, sería preciso reflexionar sobre la conveniencia de dar más margen de libertad a los estados miembros no sólo en la configuración del IVA comunitario, sino también en la interpretación de la normativa por los tribunales nacionales, de modo que se limite la primacía del Derecho comunitario y se reconsidere el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Estas dos medidas son las que, en mi opinión, podrían definir la evolución previsible del IVA comunitario. De cualquier modo, se trataría de un proceso lento y complejo, pues la regla de la unanimidad ralentiza y complica seriamente la adopción de decisiones fiscales en la Unión Europea.