



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentadas el 12 de diciembre de 2013¹

Asunto C-464/12

**ATP PensionService A/S
contra
Skatteministeriet**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret (Dinamarca)]

«Impuesto sobre el valor añadido — Artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo — Exención de la gestión de fondos comunes de inversión — Concepto de “fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros” — Régimen de jubilación profesional — Planes de pensiones definidas»

1. La cuestión relativa a la exención del IVA por la gestión de fondos comunes de inversión prevista en el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva² ha sido abordada por el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones.³ El presente asunto da la posibilidad al Tribunal de Justicia de precisar su jurisprudencia en relación con la expresión «fondos comunes de inversión», concretamente en el contexto de los fondos de pensiones profesionales. El asunto suscita asimismo algunas cuestiones acerca de lo que constituye la «gestión» de fondos comunes de inversión y acerca de la exención fiscal para las transacciones relativas a depósitos y cuentas corrientes, pagos y transferencias referidos en el artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva.

2. Las cuestiones se suscitan en un litigio entre ATP PensionService A/S (en lo sucesivo, «ATP») y el Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda danés), con respecto al tratamiento dispensado a los servicios de ATP a efectos del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA»). ATP presta servicios a fondos de pensiones profesionales.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión Europea

3. Con arreglo al artículo 2 de la Sexta Directiva, están sujetas al IVA las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal.

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, en su versión modificada (en lo sucesivo, «Sexta Directiva») (DO 1977, L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54).

3 — Sentencias de 4 de mayo de 2006, Abbey National (C-169/04, Rec. p. I-4027); de 28 de junio de 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust y The Association of Investment Trust Companies («JP Morgan») (C-363/05, Rec. p. I-5517); de 19 de julio de 2012, Deutsche Bank (C-44/11); sentencia de 7 de marzo de 2013, GfBk (C-275/11); de 7 de marzo de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees y otros, «Wheels» (C-424/11); conclusiones presentadas por la Abogado General Sharpston en el asunto PPG Holdings (sentencia de 18 de julio de 2013, C-26/12).

4. El artículo 13 de la Sexta Directiva establece algunas excepciones del IVA. Dos de éstas son pertinentes en el caso de autos, a saber, el artículo 13, parte B, letra d), números 3 y 6. Estas excepciones son del siguiente tenor literal:

«Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas a continuación y de evitar todo posible fraude, evasión o abuso:

[...]

d) las operaciones siguientes: [...]

3. las operaciones, incluidas las negociaciones, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos;

[...]

6. la gestión de fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros».

5. Teniendo en cuenta el momento de los hechos del asunto objeto de examen resulta de aplicación la Sexta Directiva. No obstante, conviene señalar que las disposiciones citadas se han reproducido sin cambio alguno relevante para el presente procedimiento en los artículos 2, apartado 1, letra c), y 135, apartado 1, letras d) y g), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo.⁴

B. *Derecho nacional*

6. La adaptación del ordenamiento jurídico interno a las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas se lleva a cabo mediante el artículo 13, apartado 1, número 11, letras c) y f), de la *momsløven* (Ley del IVA danesa). El apartado pertinente dispone:

«Los siguientes bienes y servicios estarán exentos del impuesto: [...]

11. Las siguientes actividades financieras: [...]

- c) Las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, transferencias, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos;

[...]

- f) La gestión de fondos comunes de inversión.»

7. Como señala el órgano jurisdiccional remitente, algunos de dichos términos se han interpretado en circulares administrativas («juridiske vejledning»)⁵.

4 — Directiva de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DO L 347, p. 1), en su versión modificada.

5 — La excepción de IVA para transacciones relativas a depósitos de fondos o cuentas corrientes se interpreta en D.A.5.11.6. Los fondos comunes de inversión se explican en D.A.5.11.9.2. Su gestión es objeto de D.A.5.11.9.3.

II. Hechos y procedimiento principal

8. ATP presta servicios a fondos de pensiones. Su cliente más importante, PensionDanmark, es un fondo de pensiones profesionales que administra planes de pensiones con arreglo a convenios colectivos y acuerdos de empresa.

9. Los planes de pensiones profesionales son un elemento esencial del sistema danés de pensiones. Dicho sistema se basa en tres pilares: un plan de pensiones público financiado mediante impuestos, un plan de pensiones profesionales y planes de pensiones personales.⁶

10. Los planes de pensiones profesionales que, debido a la actividad de ATP, constituyen el nudo gordiano del presente asunto, son generalmente planes de «cotizaciones definidas», establecidos en un contexto de carácter ocupacional. Los empresarios pagan una cotización determinada al organismo que ofrece el plan de pensiones (normalmente un fondo de pensiones) para cada uno de sus trabajadores,⁷ quienes pueden voluntariamente efectuar contribuciones adicionales.⁸ Las cotizaciones a tales planes son fiscalmente deducibles dentro de determinados límites con arreglo a la Ley danesa del impuesto sobre la renta. La pensión que se pagará depende de la cantidad de dinero ingresada en el plan y del éxito de la inversión realizada por el fondo de pensiones (tras deducción de los costes). Normalmente se paga mediante una combinación de tres tipos de pagos (imponibles) una vez que el beneficiario causa derecho al pago: una renta vitalicia, pagos periódicos durante un cierto tiempo y pago de una cantidad a tanto alzado. Los pormenores de un plan de pensiones profesionales se determinan en virtud de un convenio colectivo entre las organizaciones de empresarios y los sindicatos que representan a los empresarios individuales y a los trabajadores.⁹

11. Mientras que ATP no toma parte en la inversión de las cotizaciones (son los propios fondos de pensiones quienes realizan esta tarea), presta tres tipos de servicios a los fondos de pensiones. En primer lugar, ATP presta servicios relacionados con el desarrollo y mantenimiento del sistema, es decir, el desarrollo y mantenimiento de la plataforma sobre la cual se prestan los servicios de ATP. En segundo lugar, ATP lleva a cabo tareas administrativas, como facilitar información y asesoramiento tanto a los empresarios como a los trabajadores en relación con los planes de pensiones. En tercer lugar, ATP presta servicios relativos a los pagos a los planes de pensiones y los desembolsos que éstos realizan.

12. En resumen, los servicios mencionados en último lugar pueden describirse del siguiente modo. El empresario ingresa periódicamente las cotizaciones que debe con arreglo al régimen profesional de jubilación respecto a todos sus trabajadores conjuntamente de manera colectiva en la cuenta bancaria del fondo de pensiones. ATP abre cuentas de titularidad individual¹⁰ para los distintos beneficiarios sobre la base de la información que recibe del empresario. Distribuye la cantidad total que paga el empresario entre las referidas cuentas de acuerdo con lo dispuesto en el convenio colectivo o en el acuerdo de empresa. Los beneficiarios pueden acceder a las cuentas, que ATP actualiza regularmente, a través de Internet. Una vez que los pagos son exigibles, ATP inicia las transferencias de cantidades dando instrucciones a la institución financiera de que pague la cantidad adeudada al beneficiario.

6 — Un resumen de los planes comunes de pensiones pueden verse en OCDE, *Pensions at a Glance*, 2005; puesto al día en OCDE, *Pensions at a Glance*, 2011.

7 — Las personas no cubiertas en méritos de su situación laboral, como autónomos, empresarios y directivos, pueden optar por pagar a un fondo de pensiones profesionales si se ha llegado a un acuerdo sobre tal fondo con respecto a los trabajadores de la empresa de que se trate.

8 — En la práctica éstas constituyen una parte considerablemente más pequeña de los fondos, como ha observado ATP en el acto de la vista.

9 — Los planes de pensiones personales siguen en gran medida un modelo similar, pero, en tal caso, los propios beneficiarios contratan para gozar de tal plan y pagan directamente.

10 — Estas cuentas son cuentas de pensiones y no cuentas bancarias separadas.

13. Hasta el 30 de junio de 2002 ATP cobraba IVA por sus servicios. Sin embargo, a la luz de la sentencia SDC,¹¹ ATP cambió su forma de proceder y manifestó que sus servicios relativos a abonos en los fondos de pensiones y a desembolsos con cargo a tales fondos debían estar exentos de IVA, con arreglo al artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva. El 26 de junio de 2002 informó de su criterio a la Administración tributaria danesa (SKAT). La SKAT decidió que los servicios de ATP relacionados con desembolsos de pensiones estaban ciertamente exentos de IVA, pero se pronunció en contra de la aplicación de la exención a la mayoría de los servicios relacionados con ingresos, a saber: registro de empresarios que deben abonar las cotizaciones de las pensiones, apertura de cuentas individuales, puesta a disposición de instalaciones para tramitar los pagos de los empresarios, de forma que todas las contribuciones puedan ingresarse en la cuenta del fondo de pensiones utilizando un servicio en línea o una carta de pago, recibo y registro de informes de los empleados sobre la asignación de la cantidad total a trabajadores individuales, ingreso de cotizaciones en cuentas individuales y actualización de las cuentas, anotación de pagos pendientes, información a los beneficiarios sobre las cotizaciones pagadas y envío de extractos de cuenta. Mediante resolución de 13 de mayo de 2009 la suprema autoridad fiscal administrativa danesa, el Landsskatteretten (tribunal nacional competente en materia fiscal) confirmó la referida decisión.

14. ATP recurrió contra la resolución ante el Retten i Hillerød (Tribunal de Hillerød), el cual, a su vez, por tratarse de un asunto de importancia general, lo remitió al Østre Landsret (Tribunal regional del Este). ATP alega que los servicios que se consideraron sujetos a IVA están exentos ya que consisten en «gestión de fondos comunes de inversión», con arreglo al artículo 13, apartado 1, número 11, letra f), de la momslov, que ejecuta el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva y/o en «operaciones [...] relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, [...]», con arreglo al artículo 13, apartado 1, número 11, letra c), de la momslov, que ejecuta el artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva. El Skatteministeriet se opone a la pretensión de exención del IVA de los servicios de ATP.

III. Cuestiones planteadas para que sean resueltas con carácter prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

15. Tras consultar a las partes y previa deliberación el Østre Landsret acordó, mediante resolución de 8 de octubre de 2012, plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo al artículo 267 TFUE:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la 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, en el sentido de que la expresión “fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros” incluye los fondos de pensiones como aquellos a los que se hace referencia en el procedimiento principal, que tengan las siguientes características, en el supuesto de que el Estado miembro reconozca como fondos comunes de inversión las instituciones descritas en el apartado 2 de la presente resolución de remisión:
- a) el reembolso al trabajador (beneficiario) depende de la ganancia obtenida por las inversiones del fondo de pensiones;
 - b) el empresario no está obligado a hacer pagos adicionales para asegurar un determinado reembolso a favor del beneficiario;

¹¹ — Sentencia de 5 de junio de 1997 (C-2/95, Rec. p. I-3017).

- c) el fondo de pensiones invierte colectivamente el dinero acumulado aplicando el principio de dispersión del riesgo;
 - d) el volumen de los pagos al fondo de pensiones se basa en convenios colectivos entre las organizaciones del mercado laboral que representan a los trabajadores y empresarios individuales, y no en la decisión personal del trabajador individual;
 - e) el trabajador individual puede optar personalmente por hacer aportaciones adicionales al fondo de pensiones;
 - f) los autónomos, empresarios y directivos pueden optar por pagar cotizaciones para la contingencia de jubilación al fondo de pensiones;
 - g) una parte predeterminada de los ahorros para pensiones, pactada colectivamente para los trabajadores, se destina a la adquisición de una renta vitalicia;
 - h) los beneficiarios asumen los costes del fondo de pensiones;
 - i) los pagos al fondo de pensiones son deducibles a efectos del impuesto nacional sobre la renta, hasta ciertos límites cuantitativos;
 - j) los pagos a un plan de pensiones personal, incluido un fondo de pensiones constituido en una institución financiera en la que las contribuciones puedan ser invertidas en un fondo común de inversión, son deducibles a efectos del impuesto nacional sobre la renta en la misma medida que en la letra i);
 - k) la contrapartida al derecho de deducción a efectos fiscales de la contribuciones mencionadas en la letra i) es que los reembolsos tributan, y
 - l) los fondos acumulados en principio se han de reembolsar después de que el beneficiario alcanza la edad de jubilación?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva en el sentido de que el término «gestión» incluye un servicio como el controvertido en el procedimiento principal (véase el apartado 1.2 de la resolución de remisión)?
- 3) ¿Debe considerarse que un servicio como el controvertido en el procedimiento principal relativo a pagos de las pensiones (véase el apartado 1.2 de la resolución de remisión) es un servicio único o diversos servicios separados que se han de valorar independientemente, con arreglo al artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva?
- 4) ¿Debe interpretarse el artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva en el sentido de que la exención del IVA establecida en dicha disposición para las operaciones relativas a pagos o giros se aplica a un servicio como el controvertido en el procedimiento principal en relación con los pagos de pensiones (véase el apartado 1.2 de la resolución de remisión)?
- 5) En caso de respuesta negativa a la cuarta cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva en el sentido de que la exención del IVA establecida en dicha disposición para las operaciones relativas a depósitos de fondos y cuentas corrientes se aplica a un servicio como el controvertido en el procedimiento principal en relación con los pagos de pensiones (véase el apartado 1.2 de la resolución de remisión)?»

16. ATP, el Reino de Dinamarca y la Comisión han presentado observaciones escritas.

17. Estas tres partes y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte formularon observaciones en la vista celebrada el 2 de octubre de 2013.

IV. Análisis

A. Consideraciones preliminares

18. Las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente abarcan tres capítulos distintos: el significado de «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros» en el contexto de planes de pensiones profesionales (primera cuestión), el concepto de «gestión» de tales fondos (segunda cuestión), y la aplicación del artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva a servicios como los que presta ATP (cuestiones tercera a quinta).

19. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre estos tres problemas es ya bastante extensa.¹² Considero que, a la luz de esta jurisprudencia, el Tribunal de Justicia dispone de suficientes elementos para examinar los problemas segundo y tercero. Por lo tanto, centraré mi análisis en el primer problema, es decir, el significado de «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados», la cuestión de si (y cuándo) un fondo de pensiones profesionales, como aquel al que ATP presta servicios, debe considerarse un fondo común de inversión. La cuestión se ha planteado dos veces recientemente, en los asuntos antes citados *Wheels* y *PPG Holding BV*,¹³ pero cualquiera de dichos asuntos difiere considerablemente del que es objeto de examen.

20. La cuestión está comprendida en el extremadamente complejo y controvertido ámbito de la consideración de los servicios financieros a efectos del IVA (incluidos los servicios relativos a las pensiones). Tales servicios han experimentado una importante diversificación,¹⁴ que no tiene en cuenta la actual Directiva del IVA, en particular, las exenciones en el ámbito de los servicios financieros. Como consecuencia de ello existe una falta de seguridad jurídica para los operadores en dicho campo, así como aplicaciones divergentes de las exenciones de que se trata por parte de los Estados miembros.¹⁵

21. La Comisión ha propuesto una directiva para modificar la Directiva 2006/112 en relación con el trato dispensado a los servicios de seguros y financieros¹⁶ y un reglamento por el que se establecen medidas de aplicación con respecto al trato dispensado a los servicios de seguros y financieros, que contienen definiciones del ámbito de los servicios exentos.¹⁷ Ambos fueron objeto de profundos trabajos preparatorios,¹⁸ durante los cuales igualmente se discutió acerca de los fondos de pensiones y

12 — En cuanto a los dos primeros problemas, véase la jurisprudencia citada en la nota 3. En cuanto al tercer problema, véanse las sentencias SDC, citada en la nota 11, y de 26 de junio de 2003, *MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring* (C-305/01, Rec. p. I-6729); el auto de 14 de mayo de 2008, *Tiercé Ladbroke* (C-231/07 y C-232/07); las sentencias de 22 de octubre de 2009, *Swiss Re Germany Holding* (C-242/08, Rec. p. I-10099); de 28 de octubre de 2010, *Axa UK* (C-175/09, Rec. p. I-10701); de 28 de julio de 2011, *Nordea Pankki Suomi* (C-350/10, Rec. p. I-7359), y las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Granton Advertising BV*, C-461/12, pendiente ante este Tribunal. Analizo la segunda cuestión en mis conclusiones presentadas en el asunto *GfBk*, citado en la nota 3.

13 — Conclusiones de la Abogado General Sharpston.

14 — La Comisión sostiene el criterio de que el número de productos de seguros y financieros disponible en el mercado excede de 5.000. Dirección General «Fiscalidad y Unión aduanera», *Armonización de los impuestos sobre el volumen de negocios*, 5 de marzo de 2008, TAXUD/2414/08, P. 3.

15 — La diferencia en el trato dispensado a los servicios financieros se aprecia claramente en un informe preparado por PricewaterhouseCoopers para la Comisión Europea: *Study to Increase the Understanding of the Economic Effects of the VAT Exemption for Financial and Insurance Services*, 2 de noviembre de 2006. Puede encontrarse un resumen relativo a la ejecución de las exenciones en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros en el anexo de IBFD, *VAT Survey Financial Services*, 2006. Véase asimismo el comentario de Wessels, J.: *Highlights & Insights on European Taxation 2012*, n° 4, p. 62.

16 — COM(2007) 747 final/2, de 20 de febrero de 2008.

17 — COM(2007) 746 final/2, de 20 de febrero de 2008.

18 — Véase Dirección General «Fiscalidad y unión aduanera» en la nota 14 *supra*.

su consideración a efectos del IVA.¹⁹ Sin embargo, no se ha llegado a ningún acuerdo sobre la reforma.²⁰ De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en la vista, tampoco podemos esperar que se llegue a tal acuerdo en un futuro próximo. Cualquiera que sea la situación con respecto a un cambio en el Derecho aplicable, el Tribunal de Justicia debe resolver sobre la base del Derecho vigente en el momento de los hechos de que se trata.

22. Empezaré mi análisis con una síntesis de las alegaciones formuladas por las partes en el presente procedimiento. Acto seguido me referiré a la interpretación que de la expresión «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros» ha realizado hasta la fecha la jurisprudencia. Por último, analizaré las consecuencias de la jurisprudencia con respecto a los fondos de pensiones profesionales.

B. *Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia*

23. Dinamarca considera que es competencia de los Estados miembros definir la expresión «fondos comunes de inversión» que figura en el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva y excluir de su definición los fondos de pensiones con las características que describe el órgano jurisdiccional remitente.

24. Según Dinamarca, los Estados miembros deben facilitar la inversión en fondos comunes de inversión y observar el principio de neutralidad con respecto al IVA al que están sujetos los fondos que compiten con fondos comunes de inversión. A juicio de dicho Estado, los fondos objeto de examen en el presente asunto difieren tanto de los fondos comunes de inversión que se justifica un trato distinto: el empresario paga las cotizaciones, su objetivo es proporcionar una pensión y no ahorrar dinero, también desarrollan una actividad aseguradora, como el seguro de vida y el seguro por incapacidad laboral,²¹ en caso de defunción del beneficiario las cotizaciones no redundan (o no redundan en su integridad) en beneficio de los herederos del beneficiario, y las cotizaciones se hallan generalmente exentas del impuesto sobre la renta. Dinamarca observa que el empresario que paga las cotizaciones no invierte, sino que paga porque está obligado a hacerlo con arreglo al convenio colectivo que establece el plan de pensiones.

25. ATP considera que los fondos de pensiones con las características a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva y, por lo tanto, están exentos de IVA. ATP alega que, aun cuando los Estados miembros ostenten un cierto margen de discrecionalidad en la definición de los «fondos comunes de inversión», deben respetar los objetivos de la exención y el principio de neutralidad fiscal. El objetivo de la exención del IVA objeto de examen consiste en permitir que los individuos inviertan sus ahorros de manera colectiva, dispersando, por ende, el riesgo, sin tener que tributar por IVA. Según ATP, también persiguen estos objetivos los planes de pensiones de que se trata. El mero hecho de que los planes de pensiones tengan la finalidad concreta de financiar una pensión no justifica una diferencia de trato.

19 — Véase la nota de la Presidencia, *Proposals for a Council Directive and Regulation as regards the VAT treatment of insurance and financial services*, Doc. 13577/10 FISC 92, de 16 de septiembre de 2010, p. 20. ATP se ha referido al documento para apoyar su criterio de que debe considerarse que los fondos de pensiones están incardinados en la expresión fondo común de inversión.

20 — De los documentos publicados resulta patente que el desacuerdo también continúa en relación con la cuestión del tratamiento de los fondos de pensiones. *Item Note* de la Secretaría General, *Proposals for a Council Directive and Regulation as regards the VAT treatment of insurance and financial services*, Doc. 18650/11 FISC 170, de 14 de diciembre de 2011, p. 5. Destaca la necesidad de finalizar la reforma Dahm, J. & Hamacher, R., *Vermögensverwaltung und Umsatzsteuer*, UR 2012, 817.

21 — En la vista Dinamarca manifestó que dispensa a los fondos como el que es objeto de estudio un trato semejante de aquel de que son objeto las compañías de seguro.

26. ATP estima que este criterio se sustenta en el principio de neutralidad, ya que otros fondos comunes de inversión compiten con los fondos de pensiones. En el supuesto de que las cotizaciones, deducidas del salario normal del trabajador, no se destinaran al fondo, el trabajador tendría que ahorrar dinero de otra manera. La relación de competencia resulta especialmente evidente por lo que respecta a las cotizaciones adicionales o cotizaciones por individuos que originariamente no están cubiertos por regímenes profesionales de jubilación. A juicio de ATP, el hecho de que una parte del rendimiento de un fondo de pensiones se pague como una renta vitalicia²² es irrelevante, por cuanto una renta vitalicia puede sencillamente adquirirse por una cantidad a tanto alzado. Igualmente irrelevantes son, a juicio de ATP, los hechos de que las cotizaciones a los fondos de pensiones sean fiscalmente deducibles y de que los fondos de pensiones lleven normalmente consigo un elemento de seguro. Por lo demás, ATP alega que es irrelevante la circunstancia de que se establezcan los fondos de pensiones mediante convenios colectivos, ya que los trabajadores, representados por los sindicatos, adoptan las decisiones pertinentes.

27. En la vista ATP señaló que los fondos de pensiones controvertidos en el presente asunto difieren considerablemente de los que fueron objeto de los asuntos *Wheels* y *PPG Holdings*, antes citados. Aquellos asuntos versaban sobre regímenes de prestaciones definidas, en los que el empresario al pagar la pensión cumplía una obligación legal. Sólo los trabajadores podían participar en el régimen. Por el contrario, el presente asunto tiene por objeto un plan con cotizaciones predefinidas, en el que los beneficiarios e inversores asumen el riesgo. El empresario únicamente tiene que pagar las cotizaciones. Puede participar en los planes de pensiones un público más amplio, a saber, todos aquellos que guardan relación con el mercado laboral.

28. El Reino Unido alegó en la vista que los fondos de pensiones con cotizaciones predefinidas, como aquel al que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, no pueden compararse con los fondos comunes de inversión suficientemente hasta el punto de que compitan con éstos y, por lo tanto, no pueden gozar de la exención del IVA controvertida por cinco motivos: los fondos de pensiones profesionales no pueden ser vendidos libremente, no otorgan ningún derecho a los fondos invertidos antes de que el beneficiario alcance la edad de jubilación y se pierden en caso de fallecimiento, se acuerdan mediante convenio colectivo y los paga el empresario en lugar de constituir inversiones realizadas por el trabajador, sólo los trabajadores pueden disponer de ellos y no el público en general y, por último, no están comprendidos en el régimen de la Directiva 85/611/CEE (en lo sucesivo, «Directiva OICVM»).

29. La Comisión sostiene que los fondos de pensiones controvertidos se incardinan en el concepto de «fondos comunes de inversión». Distingue entre las cotizaciones predefinidas y los regímenes de prestaciones definidas, señalando que en relación con las primeras los trabajadores se benefician de su inversión y, por lo tanto, se hallan en una situación semejante a la de los pequeños inversores con respecto a los fondos comunes de inversión.

22 — El Skatteministeriet consideró que se trataba de una diferencia importante entre los fondos de pensiones y los fondos comunes de inversión.

23 — Directiva del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DO L 375, p. 3; EE 06/03, p. 38), en su versión modificada. La Directiva OICVM fue sustituida por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DO L 302, p. 32), el 1 de julio de 2011.

24 — La Comisión considera que las características a), b), c) y h) de la primera cuestión son especialmente importantes respecto a la comparación con los fondos comunes de inversión.

C. Jurisprudencia sobre los «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros»

30. La jurisprudencia sobre el artículo 13 de la Sexta Directiva contiene declaraciones significativas de carácter general en cuanto a la interpretación de las exenciones e importantes consideraciones relativas a la interpretación de la expresión «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros». Me referiré a estas dos cuestiones de forma consecutiva y acto seguido haré constar mis propias consideraciones sobre el planteamiento del Tribunal de Justicia al analizar el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva.

1. Consideraciones generales sobre la interpretación de las exenciones del IVA

31. Al interpretar las exenciones establecidas por el artículo 13 de la Sexta Directiva el Tribunal de Justicia ha sostenido reiteradamente que, por regla general, los términos de dichas exenciones están revestidos de su propio significado autónomo en el Derecho de la Unión, ya que «tienen por objeto evitar que se produzcan divergencias de un Estado miembro a otro».²⁵ Sin embargo, no es así en relación con los términos de las definiciones que el Derecho de la Unión encomienda expresamente a los Estados miembros.²⁶ En tales casos los Estados miembros deben definir el concepto de que se trate en su ordenamiento jurídico interno.²⁷ No obstante, al definir tales conceptos, deben «respetar los objetivos y los principios generales de la Sexta Directiva, en particular el principio de neutralidad fiscal».²⁸

32. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que las exenciones establecidas en el artículo 13 de la Sexta Directiva deben interpretarse en sentido restrictivo, ya que en principio el IVA debe gravar todos los servicios prestados a título oneroso por un sujeto pasivo.²⁹

2. La expresión «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros»

33. Como indica el texto de la expresión, el Derecho de la Unión confía la definición de los «fondos comunes de inversión» a los Estados miembros. En primer lugar, examinaré el significado de esta facultad discrecional de los Estados miembros, y posteriormente sintetizaré la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con respecto a tres límites de dicha facultad: el texto de la disposición y la Directiva OICVM, el objetivo de la exención y el principio de neutralidad fiscal.

25 — Sentencias JP Morgan, antes citada, apartado 19; Wheels, antes citada, apartado 16; Abbey National, antes citada, apartado 38; de 26 de mayo de 2005, Kingscrest Associates and Montecello (C-498/03, Rec. p. I-4427), apartado 22; de 3 de marzo de 2005, Fonden Marselisborg Lystbådehavn (C-428/02, Rec. p. I-1527), apartado 2, y de 12 de septiembre de 2000, Comisión/Irlanda (C-358/97, Rec. p. I-6301), apartado 51.

26 — Sentencias JP Morgan, antes citada, apartado 20; Abbey National, antes citada, apartado 39; Wheels, antes citada, apartado 16, y de 28 de marzo de 1996, Gemeente Emmen (C-468/93, Rec. p. I-1721), apartado 25.

27 — Sentencias JP Morgan, antes citada, apartado 21; de 27 de abril de 2006, Solleveld y van den Hout-van Eijnsbergen (C-443/04 y C-444/04, Rec. p. I-3617), apartado 29.

28 — Sentencia JP Morgan, antes citada, apartado 22. Véanse asimismo las sentencias Gemeente Emmen, antes citada, apartado 25, y de 12 de enero de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Rec. p. I-589), apartado 31.

29 — Sentencias Abbey National, apartado 60; de 1 de diciembre de 2005, Ygeia (C-394/04 y C-395/04, Rec. p. I-10373), apartado 15; de 6 de noviembre de 2003, Dornier (C-45/01, Rec. p. I-12911), apartado 42, y de 15 de julio de 1989, Stichting Uitvoering Financiële Acties (348/87, Rec. p. 1737), apartado 13.

a) Facultad discrecional de los Estados miembros

34. Como ya he señalado, el principio de que los términos de las exenciones con arreglo al artículo 13 de la Sexta Directiva deben interpretarse de manera autónoma queda limitado en el caso de que se reserve expresamente la definición a los Estados miembros. El Tribunal de Justicia ha declarado que es así con respecto a la expresión «fondos comunes de inversión». ³⁰ Sin embargo, difícilmente pueden los Estados definir libremente cualquier cosa como «fondos comunes de inversión». Tal facultad discrecional ilimitada implicaría la posibilidad de que se cometieran abusos, confundiría las distintas exenciones e iría en contra del principio de que en general las exenciones deben interpretarse en sentido restrictivo. Por lo tanto, debe existir algún significado de la expresión «fondos comunes de inversión» en el Derecho de la Unión a pesar de que el texto de la exención reserve la definición a los Estados miembros.

35. La tensión que supone el Derecho de la Unión en el hecho de que se confíe la definición de una expresión a los Estados miembros y que sin embargo se impongan límites a tal definición ³¹ es evidente en la siguiente declaración del Tribunal de Justicia: «la tarea de determinar el contenido del concepto de “fondos comunes de inversión” no autoriza de ningún modo a los Estados miembros a seleccionar determinados fondos sometidos a su jurisdicción para concederles la exención y excluir otros fondos de dicha exención. [...] Los términos “fondos comunes de inversión” deben constituir el punto de partida de la facultad de apreciación conferida a los Estados miembros.» ³² Lo que el Tribunal de Justicia quiso decir es que, lógicamente, el Derecho de la Unión tiene que establecer tanto el marco interno como el marco externo del concepto «fondos comunes de inversión» dentro de los cuales los Estados miembros pueden elegir libremente su definición de la expresión. Por consiguiente, la discrecionalidad de los Estados miembros para determinar el contenido del concepto es limitada. El Tribunal de Justicia deduce estos límites del texto de la disposición (y de su ulterior desarrollo legislativo), de su objetivo y de los principios generales que subyacen a la Directiva, tales como el principio de neutralidad. ³³

36. En la práctica, la aplicación de dichos límites ha reducido considerablemente la facultad de los Estados miembros para acuñar una definición. Esta evolución puede ser objeto de crítica, pero la seguridad jurídica, que es esencial en relación con el tratamiento a efectos del IVA de los productos financieros, exige que se respete la continuidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

b) Texto de la disposición y Directiva OICVM

37. El texto del artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva no es muy ilustrativo en términos comparativos en lo que al contenido de la expresión «fondos comunes de inversión» se refiere, en particular, si se consideran las diversas expresiones utilizadas en lenguas distintas. En consecuencia, donde la versión inglesa de la Sexta Directiva se refiere a «special investment funds», la francesa se refiere a «fonds communs de placement», la española a «fondos comunes de inversión», ³⁴ la alemana a «Sondervermögen» y la neerlandesa a «gemeenschappelijke beleggingsfondsen».

38. No obstante, desarrollos posteriores han concretado dicha expresión. En 1985 entró en vigor la Directiva OICVM para coordinar las normativas nacionales sobre organismos de inversión colectiva. La exacta relación que existe entre dicha Directiva y el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva no resulta evidente a simple vista. Como señaló el Tribunal de Justicia, en las versiones

30 — Sentencia Abbey National, antes citada, apartado 41.

31 — Rossi, P., *L'Avvocato generale della Corte UE – Chiarita la portata dell'esenzione Iva per le operazioni di gestione dei fondi comuni di investimento*, il fisco n. 38/2005, 14422.

32 — Sentencia JP Morgan, antes citada, apartado 41.

33 — Sentencias JP Morgan, antes citada, apartados 45 y 46, y Wheels, antes citada, apartado 18, y conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto JP Morgan, antes citado, puntos 15 y 17.

34 — De manera similar, las versiones italiana y portuguesa se refieren a «fondi comuni d'investimento» y «fondos comuns de investimento».

española, francesa, italiana y portuguesa del texto de la Directiva respecto a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) que revisten forma contractual se encuentra la misma expresión que la que figura en la exención, pero ello no es así en otras versiones lingüísticas como las versiones inglesa, alemana y neerlandesa.³⁵

39. En consecuencia, el Tribunal de Justicia y sus Abogados Generales se han esforzado en definir la relación que existe entre la Directiva OICVM y el artículo 13, parte B, letra d), número 6.³⁶ No obstante, en la sentencia *Wheels* el Tribunal de Justicia sostuvo que «los fondos que constituyen organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios en el sentido de la Directiva OICVM son fondos comunes de inversión».³⁷ Por lo tanto, suponen un contenido mínimo de la expresión «fondos comunes de inversión».

c) El objetivo de la exención

40. Como observó la Abogado General Kokott en las conclusiones que presentó en el asunto *Abbey National*, el objetivo de la exención es «facilitar a los pequeños inversores colocar su capital en fondos de inversión».³⁸ Corresponde a tales fondos poner en común el dinero de algunos inversores,³⁹ para permitirles dispersar el riesgo sobre una gama de valores. La exención del IVA hace posible que dichos inversores realicen tales inversiones sin incurrir en costes adicionales en concepto de IVA.⁴⁰ El Tribunal de Justicia ha confirmado el mencionado objetivo.⁴¹

41. En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha sostenido que la exención abarca los fondos comunes de inversión «con independencia de su forma jurídica».⁴² El hecho de que tales fondos se hayan constituido según contrato, en forma de trust o en virtud de la ley es irrelevante en cuanto a que con los mismos se pretende alcanzar el objetivo aludido. El Tribunal de Justicia señaló que una interpretación distinta iría en contra del principio de neutralidad fiscal, que se opone a que los operadores económicos que efectúan las mismas operaciones sean tratados de modo diferente.⁴³

42. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia declaró que es irrelevante la manera como opera el fondo: el hecho de que el fondo sea de «tipo abierto» (por ejemplo, un fondo de capital variable que está obligado a recomprar sus participaciones de los inversores que deseen venderlas) o de «tipo cerrado» (por ejemplo, de capital fijo, cuyas acciones sólo pueden venderse en un mercado secundario) en nada afecta a la clasificación del fondo en lo que atañe a la exención del IVA con arreglo al artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva. Por lo demás, esta tesis igualmente puede basarse en el principio de neutralidad fiscal.⁴⁴

35 — Sentencias, antes citadas, JP Morgan, apartado 33, y *Abbey National*, apartado 55.

36 — Sentencia *Abbey National*, antes citada, apartados 55, 61, 64 y 65; conclusiones presentadas en el asunto *Abbey National*, puntos 38, 41 a 43, 50 y 73 a 83; sentencia JP Morgan, antes citada, apartados 31 a 34; conclusiones presentadas en el asunto JP Morgan, puntos 32 y 33; sentencia *Deutsche Bank*, antes citada, apartado 32; conclusiones presentadas en el asunto *Deutsche Bank*, apartado 74.

37 — Sentencia *Wheels*, antes citada, apartado 23.

38 — Conclusiones presentadas en el asunto *Abbey National*, antes citado, punto 68.

39 — La referencia a *pequeños* inversores, que figura en la sentencia *Abbey National*, antes citada, fue omitida posteriormente en la sentencia JP Morgan, antes citada, apartado 45, como señala la Abogado General Sharpston en las conclusiones que presentó en el asunto *Deutsche Bank*, antes citado, punto 21.

40 — Conclusiones presentadas en el asunto *Abbey National*, antes citado, puntos 27 a 29. El Tribunal de Justicia se refiere a esta última consideración nuevamente como «neutralidad fiscal». Sentencias, antes citadas, *Abbey National*, apartado 62, y *Wheels*, apartado 19.

41 — Sentencias, antes citadas, *Abbey National*, apartado 62; JP Morgan, apartado 45, y *Deutsche Bank*, apartado 33. Véase la sentencia *Wheels*, antes citada, apartado 23.

42 — Sentencias, antes citadas, *Abbey National*, apartado 53, y JP Morgan, apartado 26.

43 — *Ibidem*, apartado 56.

44 — Sentencia JP Morgan, antes citada, apartados 28 a 30 y 35.

d) El principio de neutralidad fiscal

43. Según el Tribunal de Justicia, el principio de neutralidad fiscal «se opone a que los operadores económicos que efectúan las mismas operaciones sean tratados de modo diferente en cuanto a la percepción del IVA». Los productos y servicios que compiten entre sí debido a su similitud no pueden recibir un trato distinto a efectos del IVA.⁴⁵

44. El criterio de una relación de competitividad no es diáfano. En las conclusiones que presentó en el asunto Deutsche Bank, la Abogado General Sharpston comentó sus peligros, destacando que siempre todas las actividades se solapan de alguna manera entre sí, y que si cada actividad «que compite parcialmente con otra hubiera de recibir el mismo trato a efectos del IVA [...] el resultado final sería» la eliminación de cualquier diferencia de trato a efectos del IVA.⁴⁶

45. El peligro percibido por la Abogado General Sharpston puede eliminarse si se aplica la correcta metodología de comparación. En primer lugar, debe demostrarse que el elemento objeto de comparación se incardina en el concepto de «fondo común de inversión». El fondo de que se trate sólo deberá compararse a ese elemento. De acuerdo con lo que he afirmado anteriormente, los fondos que consisten en organismos de inversión colectiva en el sentido de la Directiva OICVM están comprendidos en el concepto de «fondo común de inversión» y, por lo tanto, pueden constituir un elemento objeto de comparación.⁴⁷

46. La circunstancia de si el fondo analizado debe también incluirse en el concepto de «fondo común de inversión» o no es una cuestión que se basa en si ese fondo y el elemento objeto de comparación son suficientemente comparables hasta el punto de que compitan entre sí.⁴⁸ Los criterios de los fondos que deben ser objeto de comparación con el fin de determinar la suficiente semejanza para que se dé una competencia no pueden elegirse al azar. Tampoco se trata de un análisis puramente económico. Antes bien, tiene que basarse en el objetivo de la exención. Por consiguiente, son criterios pertinentes, por ejemplo, si el fondo sirve para dispersar el riesgo, si los inversores se aprovechan de los beneficios de la inversión, etc.

3. Consideraciones sobre el planteamiento del Tribunal de Justicia

47. Por consiguiente, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la facultad discrecional de los Estados miembros para determinar la expresión «fondos comunes de inversión» queda limitada por el objetivo de la exención, la Directiva OICVM y el principio de neutralidad. Una más detenida lectura revela que, probablemente, el Tribunal de Justicia ha aplicado dichos límites (que se pueden aplicar acumulativamente)⁴⁹ de tal manera que constituyen dos criterios alternativos.

45 — Sentencias, antes citadas, *Wheels*, apartados 20 y 21, y *JP Morgan*, apartado 46; de 8 de junio de 2006, L.u.P. (C-106/05, Rec. p. I-5123), apartado 32; de 17 de febrero de 2005, *Linneweber y Akritidis* (C-453/02 y C-462/02, Rec. p. I-1131), apartado 24; de 16 de septiembre de 2004, *Cimber Air* (C-382/02, Rec. p. I-8379), apartado 24, y de 23 de octubre de 2003, *Comisión/Alemania* (C-109/02, Rec. p. I-12691), apartado 20.

46 — Conclusiones presentadas en el asunto *Deutsche Bank*, antes citado, punto 60.

47 — Sentencia *Wheels*, antes citada, apartado 24.

48 — Véase la sentencia *JP Morgan*, antes citada, apartados 50 y 51.

49 — *Jaster, E. & Murchner, I., Die umsatzsteuerliche Behandlung von Vermögensverwaltungsleistungen (Teil 2)*, UStB 2013, 54 observa que el criterio expuesto en la sentencia *JP Morgan* y los de la Directiva OICVM son similares.

48. En algunas ocasiones el Tribunal de Justicia se refiere a los objetivos de la exención, deduciendo lo que equivale a una definición de la expresión «fondos comunes de inversión», fundándose en el principio de neutralidad para confirmar el resultado al que llega.⁵⁰ En otras ocasiones el Tribunal de Justicia ha considerado que los OICVM son el núcleo de los «fondos comunes de inversión» y entonces ha aplicado el principio de neutralidad.⁵¹

49. Propongo que se adopte (y se mejore) el segundo de dichos planteamientos. Por lo tanto, un fondo debe considerarse un «fondo especial de pensiones» si está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva OICVM o si puede compararse con los OICVM hasta tal punto que compitan entre sí. Las características relevantes para la comparación son las características pertinentes para los objetivos de la exención analizada, es decir, permitir que varios inversores pongan en común sus fondos y, por consiguiente, dispersen el riesgo sobre una gama de valores.

D. Fondos de pensiones profesionales como fondos comunes de inversión

50. Una vez realizadas las anteriores consideraciones paso a aplicar los principios referidos al caso de autos. La cuestión que se plantea en el presente asunto es en qué medida los fondos de pensiones profesionales deben considerarse fondos comunes de inversión. En el Derecho de la Unión se encuentran algunas normas sobre dichos fondos, pero aquél no determina su armonización.⁵² De acuerdo con lo que he manifestado anteriormente debo analizar si los fondos de que se trata son OICVM y, de no ser así, en qué medida el principio de neutralidad fiscal exige que estén incursos en la exención.

1. Directiva OICVM

51. Los fondos de pensiones profesionales como los controvertidos en el presente asunto no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva OICVM.⁵³ Como ha señalado Dinamarca, las participaciones de los fondos de que se trata en el presente asunto no pueden volverse a comprar ni reembolsarse, a solicitud de los titulares, como en el caso de los OICVM, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva OICVM.

2. Principio de neutralidad fiscal

52. En un momento posterior debe aplicarse el principio de neutralidad fiscal. Se trata de dilucidar si los fondos controvertidos son comparables a los OICVM hasta el punto de que compitan entre sí.⁵⁴ En el asunto *Wheels*, antes citado, el Tribunal de Justicia tuvo que examinar la cuestión respecto a otros tipos de fondos de pensiones profesionales. Declaró que tales fondos no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva. Dichos fondos ponían en común los activos de un régimen de pensiones de jubilación y no estaban abiertos al público, sino que simplemente deparaban beneficios relacionados con el empleo. Importa señalar que no eran del tipo de «prestaciones definidas», es decir, los miembros del régimen no corrían el riesgo derivado de la gestión del fondo, ya que la cuantía de su pensión era fija y, por lo tanto, no dependía del éxito de la inversión. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, el fondo tampoco era un fondo común de inversión desde el punto de vista del empresario, ya que para éste las cotizaciones eran un

50 — Ésta es mi interpretación de las sentencias, antes citadas, *Abbey National* y *JP Morgan*.

51 — La más clara aplicación de este enfoque puede encontrarse en la sentencia *Wheels*, antes citada. Puede considerarse que la primera vez que se aplicó fue en la sentencia *Deutsche Bank*.

52 — El 23 de septiembre de 2003 entró en vigor la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO L 235, p. 10).

53 — Lo mismo se declaró en la sentencia *Wheels*, antes citada, apartado 25. Obsérvese que la Directiva 2003/41 no es de aplicación a los OICVM con arreglo a su artículo 2, apartado 2, letra b).

54 — Sentencia *Wheels*, antes citada, apartados 24 y 26.

medio a través del cual cumplía con sus obligaciones legales. La Abogado General Sharpston siguió este razonamiento en el asunto PPG Holdings, poniendo de relieve tres criterios pertinentes: si el régimen pone en común los activos de un régimen de pensiones de jubilación, si los miembros del régimen de pensiones asumen el riesgo derivado de la gestión del fondo y si el empresario paga las cotizaciones para cumplir sus obligaciones legales frente a sus trabajadores.⁵⁵

53. Sin poner en entredicho lo resuelto en los referidos asuntos, propongo afinar el análisis con respecto al caso de autos. Según el Derecho de la Unión, algunos criterios son relevantes y otros son irrelevantes para comparar los fondos con los OICVM con el fin de determinar si pueden compararse hasta el punto de que compitan entre sí. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales analizar los hechos pertinentes, aplicar dichos criterios y decidir si el fondo de pensiones controvertido en el presente asunto debe considerarse un «fondo común de inversión».

a) Punto de vista de la comparación

54. Antes de que enumere los criterios irrelevantes y relevantes debo poner de relieve el hecho de que los planes de pensiones pueden considerarse instrumentos de agrupación de activos de empresarios o de trabajadores. La determinación de cuál de estos dos paradigmas es de aplicación dependerá de si los trabajadores o los empresarios se benefician de la inversión. Con arreglo a la exposición del órgano jurisdiccional remitente, el fondo de que se trata en el caso de autos beneficia a los trabajadores.

b) Criterios irrelevantes

55. Toda vez que el análisis del carácter comparable de los fondos controvertidos con los OICVM debe llevarse a cabo con el objetivo de la exención considerada, algunos elementos que se han examinado en el presente asunto son irrelevantes con miras a la comparación.

56. Contrariamente a lo alegado por Dinamarca, es así en relación con el objetivo de la inversión. El hecho de que el inversor ahorre para prestaciones de jubilación o para otros fines no afecta de un modo relevante a la relación de competencia. Por lo tanto, el hecho de que los fondos de que se trata sean fondos de pensiones no impide que constituyan «fondos comunes de inversión». En consecuencia, contrariamente a lo declarado en la sentencia *Wheels*, antes citado, considero que procede descartar la relevancia de la obligación legal del empresario con respecto al pago de prestaciones de jubilación por ser un «objetivo» irrelevante de la inversión.

57. Es irrelevante el hecho de que los fondos de pensiones profesionales no sean objeto de acuerdos de carácter individual sino que se acuerden colectivamente. En primer lugar, los representantes de los trabajadores negocian las características de los fondos con los representantes de los empresarios. Aun cuando un convenio colectivo pueda significar que existe muy poca competencia económica entre los fondos y los OICVM al margen de los pagos voluntarios adicionales por parte de los trabajadores, ello no es relevante respecto al objetivo de la exención. Al respecto, el Tribunal de Justicia ya ha establecido que la exención se aplica a los fondos independientemente de su forma legal. En esta medida, la posibilidad de realizar pagos adicionales o la adhesión voluntaria de algunas personas a los fondos profesionales es igualmente irrelevante.

55 — Conclusiones presentadas en el asunto PPG Holdings BV, antes citado, puntos 16 y 17.

58. La misma consideración es aplicable a la cuestión de si las cotizaciones a un fondo son deducibles o no a efectos del impuesto sobre la renta. Un tratamiento favorable a efectos de dicho impuesto respecto a cotizaciones a algunos fondos sobre otros podría repercutir considerablemente en la relación de competencia económica, pero carece de importancia con respecto a los objetivos de la exención y, por ende, no debe ser tenido en cuenta.

59. Del mismo modo, el sistema de pagos con cargo al fondo de pensiones (renta vitalicia o cantidad a tanto alzado) carece de significado con respecto a la calificación del fondo, por cuanto son posibles las transferencias entre las diversas opciones mediante una mera operación financiera.

60. En el supuesto de que los fondos de pensiones profesionales estén vinculados con un elemento de seguro y ambos elementos no puedan separarse, como en el presente asunto, los tribunales nacionales deben determinar qué elemento es prioritario.

c) Criterios relevantes

61. Como ya he señalado anteriormente, los criterios relevantes para la comparación deben deducirse del objetivo de la exención, consistente en permitir la puesta en común de fondos de algunos inversores y en dispersar el riesgo sobre una gama de valores.

62. De acuerdo con esta premisa, sólo es esencial un número limitado de elementos para comparar los fondos de pensiones profesionales con los OICVM a efectos de la neutralidad fiscal según la exención examinada. Ante todo, varios beneficiarios deben poner en común sus fondos para dispersar el riesgo sobre una gama de valores. El fondo puede considerarse agrupación de los fondos de los beneficiarios únicamente en el supuesto de que éstos ostenten un derecho incondicional con respecto a su inversión. Es posible que no puedan realizar sus derechos libremente (es decir, vender su participación) y pueden recibir los beneficios de su inversión únicamente al pasar a la situación de jubilados. Sin embargo, en el supuesto de que en caso de fallecimiento se pierda la inversión y no recaiga en los herederos del beneficiario, difícilmente puede hablarse de una puesta en común de fondos «de los beneficiarios».

63. Por último, los beneficiarios tienen que asumir el coste del fondo y los riesgos de la inversión, aun cuando las cotizaciones pueda pagarlas su empresario como parte de su retribución. Será así, en general, con respecto a la aportación definida, pero no con respecto a los regímenes de prestaciones definidas. Como ya he señalado, corresponde a los tribunales nacionales la aplicación de estos criterios.

64. Por consiguiente, debo proponer que se declare que el artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la expresión «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros» debe incluir los fondos de pensiones profesionales en el supuesto de que en tales fondos se pongan en común los activos de varios beneficiarios y permitan la dispersión del riesgo sobre una gama de valores. Sólo es así cuando los beneficiarios asumen el riesgo de la inversión. El hecho de que sus empresarios abonen las cotizaciones en favor de aquéllos con arreglo a un convenio colectivo entre organizaciones que representan a los trabajadores y a los empresarios y que los pagos con cargo al fondo sólo se realicen al pasar a la situación de jubilación es irrelevante siempre que el beneficiario se encuentre en una posición jurídica segura en relación con sus activos. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si un fondo cumple dichos requisitos.

V. Conclusión

65. A la luz de todo lo expuesto, propongo que el Tribunal de Justicia responda a la primera cuestión planteada por el Østre Landsret del siguiente modo:

«El artículo 13, parte B, letra d), número 6, de la 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, en su versión modificada, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros» debe incluir los fondos de pensiones profesionales en el supuesto de que en tales fondos se pongan en común los activos de varios beneficiarios y permitan la dispersión del riesgo sobre una gama de valores. Sólo es así cuando los beneficiarios asumen el riesgo de la inversión. El hecho de que sus empresarios abonen las cotizaciones en favor de aquéllos con arreglo a un convenio colectivo entre organizaciones que representan a los trabajadores y a los empresarios y que los pagos con cargo al fondo sólo se realicen al pasar a la situación de jubilación es irrelevante, siempre que el beneficiario se encuentre en una posición jurídica segura en relación con sus activos. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si un fondo cumple dichos requisitos.»