



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 14 de marzo de 2024¹

Asuntos acumulados C-639/22 a C-644/22

**X (C-639/22),
Stichting BPL Pensioen (C-643/22),
Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf (BPFL) (C-644/22)
contra
Inspecteur van de Belastingdienst Utrecht (C-639/22, C-643/22 y C-644/22)
y
Fiscale Eenheid Achmea BV (C-640/22),
Y (C-641/22)
contra
Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-640/22 y C-641/22)
y
Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten
contra
Inspecteur van de Belastingdienst Maastricht (C-642/22)**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Gelderland, Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva sobre el IVA — Exenciones — Gestión de fondos de inversión — Concepto — Equiparabilidad a un OICVM — Fondos de pensiones — Riesgo de inversión de los inversores»

I. Introducción

1. En varias peticiones de decisión prejudicial procedentes de los Países Bajos se plantea la cuestión de si y con sujeción a qué requisitos determinados fondos de pensiones han de tener la consideración de fondos comunes de inversión en el sentido del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «Directiva sobre el IVA»).² De conformidad con esta disposición, los Estados miembros

¹ Lengua original: alemán.

² Directiva del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 (DO 2006, L 347, p. 1), en la versión aplicable al ejercicio en cuestión (2009), modificada por última vez por la Directiva (UE) 2022/890 del Consejo, de 3 de junio de 2022, por la que se modifica la Directiva 2006/112 en lo que respecta a la prórroga del período de aplicación del mecanismo opcional de inversión del sujeto pasivo en relación con determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios susceptibles de fraude, y del mecanismo de reacción rápida contra el fraude en el ámbito del IVA (DO 2022, L 155, p. 1).

definirán el concepto de «fondos comunes de inversión». Hasta la fecha, los Países Bajos no han definido los fondos de pensiones de que se trata como fondos comunes de inversión, por lo que consideran que los servicios de gestión prestados a estos últimos están sujetos al IVA.

2. En el Derecho de la Unión, la Directiva OICVM prevalece parcialmente sobre la facultad de definir el concepto de «fondo común de inversión» que corresponde a los Estados miembros. Por ello, el Tribunal de Justicia ya ha abordado en el pasado la cuestión de si la gestión de fondos de pensiones está exenta del IVA en la medida en que son equiparables a un OICVM.³ Ahora se presenta la oportunidad de precisar esta jurisprudencia.

3. Además, ha de elucidarse en qué condiciones los sujetos pasivos pueden invocar directamente la exención contenida en el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA. En particular, se suscita la cuestión de la medida en que el principio de neutralidad limita el margen discrecional de los Estados miembros a la hora de definir el «fondo común de inversión». Más concretamente, ha de examinarse si la exención del IVA concedida a determinados fondos de pensiones (pertenecientes al tercer pilar del régimen nacional de pensiones) debe extenderse también a otros fondos de pensiones (en el caso de autos, los comprendidos en el segundo pilar).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva sobre el IVA

4. El artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA dispone:

«1. Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes:

[...]

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

³ Sentencias de 13 de marzo de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), y de 7 de marzo de 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees y otros (C-424/11, EU:C:2013:144).

2. Directiva OICVM

5. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (en lo sucesivo, «Directiva OICVM»),⁴ dispone:

«2. Para los fines de la presente Directiva y sin perjuicio del artículo 3, se entenderá por “OICVM” los organismos:

- a) cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos a que se refiere el artículo 50, apartado 1, de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos, y
- b) cuyas participaciones sean, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos. Se asimilará a tales recompras o reembolsos el hecho de que un OICVM actúe para que el valor de sus participaciones en bolsa no se separe sensiblemente de su valor de inventario neto.

Los Estados miembros podrán permitir que los OICVM se compongan de distintos compartimentos de inversión.»

B. Derecho neerlandés

6. El artículo 11, apartado 1, letra i), punto 3, de la Wet op de omzetbelasting 1968 (Ley del Impuesto sobre el Volumen de Negocio de 1968) dispone:

«1. Estarán exentos del impuesto en las condiciones que deberán fijarse mediante una disposición general de la Administración:

i. las siguientes [...] prestaciones de servicios:

3º. la gestión del capital aportado con fines de inversión colectiva por fondos y sociedades de inversión».

III. Hechos de las seis peticiones de decisión prejudicial

7. Todas las peticiones de decisión prejudicial versan sobre fondos de pensiones sectoriales. En los asuntos C-639/22 (X), C-641/22 (Y), C-642/22 (Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten), C-643/22 (Stichting BPL Pensioen) y C-644/22 (Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf — BPFL), los propios fondos son los demandantes. Utilizaron los servicios de gestores establecidos en el extranjero por los que adeudaban el IVA en su condición de destinatarios de la prestación. En el asunto C-640/22 (Fiscale Eenheid Achmea BV), era la propia demandante, establecida en el territorio nacional, quien prestaba los servicios de gestión a un fondo de pensiones, por los que aquella debía pagar el IVA.

⁴ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 (DO 2009, L 302, p. 32), en la versión aplicable al ejercicio en cuestión, modificada a este respecto por última vez por la Directiva (UE) 2021/2261 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2021, por la que se modifica la Directiva 2009/65 en lo que respecta a la utilización de los documentos de datos fundamentales por las sociedades de gestión de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DO 2021, L 455, p. 15).

8. Cada uno de los fondos de pensiones de que se trata sostiene que es un «fondo común de inversión» en el sentido del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA. En tal caso, los servicios de gestión estarían exentos del IVA. La Administración tributaria neerlandesa negó la posibilidad de tal exención debido a la estructura del régimen neerlandés de pensiones de vejez y a la concreta configuración de estos fondos de pensiones.

9. El asunto C-644/22 sirve de ejemplo para exponer la estructura de los fondos de pensiones sobre los que versan, en concreto, los procedimientos principales. En el citado asunto, la demandante es un fondo de pensiones del sector alimentario. Los trabajadores están obligados por ley a constituirse en partícipes del fondo de pensiones.

10. El reglamento del fondo de pensiones de la demandante se basa en un acuerdo sobre la prestación de la pensión en el sentido de la Ley de Pensiones neerlandesa y establece, en particular, una pensión de jubilación vitalicia o temporal. La base de la pensión es el salario que otorga derecho a pensión menos una franquicia fijada con carácter anual. A tal respecto, la cuantía de los derechos de pensión y de las prestaciones dependerá primordialmente de la cuantía de las rentas del trabajo y de los años de antigüedad.

11. Las pensiones de jubilación se financian mediante capitalización. Además, de conformidad con la normativa neerlandesa, deben satisfacerse determinados requisitos en lo tocante al nivel medio de cobertura de los fondos de pensiones, esto es, la *ratio* entre el valor actual de las inversiones del fondo (activo) y el valor efectivo de los compromisos por pensiones (pasivo). El cumplimiento de estos requisitos se garantiza mediante su sujeción a supervisión estatal.

12. Los trabajadores partícipes adquieren derechos de pensión, que se ajustan anualmente con arreglo al índice de precios al consumo (la denominada indexación). Un aumento de los derechos de pensión (los denominados complementos) se basará únicamente en el rendimiento de las inversiones. Además, no podrán concederse complementos si el nivel de cobertura ha caído por debajo de un determinado nivel. En el pasado, únicamente se ha concedido un complemento en 2009.

13. Al revés, en un caso extremo, el fondo de pensiones podrá estar obligado a reducir las prestaciones y sus derechos de pensión. De resultas del bajo nivel de cobertura registrado a 31 de diciembre de 2020, la demandante presentó un plan de saneamiento al Nederlandsche Bank (Banco Nacional de los Países Bajos). El plan de saneamiento prevé una reducción del 0,85 % de las pensiones acumuladas a 31 de diciembre de 2021.

14. Cada una de las demás peticiones de decisión prejudicial (C-639/22, C-640/22, C-641/22, C-642/22 y C-643/22) versa sobre hechos similares.

15. Únicamente en el asunto C-641/22 se daba la particularidad adicional de que los empresarios habían constituido una garantía por importe de 250 000 000 euros para el período comprendido entre 2014 y 2020 para acumular los derechos de pensión previstos.

16. En el asunto C-640/22, el fondo de pensiones no acumulaba de forma activa derechos de pensión desde el 1 de enero de 2018. Además, debido al bajo nivel medio de cobertura, el fondo de pensiones estaba obligado a transferir la totalidad de su patrimonio a una aseguradora o a otro fondo de pensiones.

IV. Procedimientos prejudiciales

17. Las demandantes impugnan la liquidación del IVA ante el rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Gelderland, Países Bajos). Este órgano jurisdiccional suspendió los procedimientos y planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al procedimiento prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, la siguiente primera cuestión prejudicial en todos los procedimientos, y una segunda cuestión prejudicial en el procedimiento C-644/22:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA en el sentido de que puede considerarse que los partícipes de un fondo de pensiones como el controvertido en el asunto principal soportan un riesgo de inversión, e implica ello que el fondo de pensiones es un “fondo común de inversión” a efectos de dicha disposición? ¿Reviste a este respecto alguna importancia:
- que los partícipes soporten un riesgo de inversión individual, o bien basta con que los partícipes en su conjunto, y ninguna otra persona, soporten las consecuencias de los resultados de las inversiones;
 - cuál sea el alcance del riesgo colectivo o individual;
 - la medida en que el importe de la prestación de jubilación dependa también de otros factores, tales como el número de años de acumulación de la pensión, la cuantía del salario y el tipo de interés actuarial?

En el procedimiento C-641/22 se añade:

- que el empresario haya constituido una garantía de hasta 250 000 000 euros para el período comprendido entre 2014 y 2020 a efectos de acumular los derechos de pensión previstos?

En el procedimiento C-640/22, en lugar de lo anterior, se añade lo siguiente:

- que desde el 1 de enero de 2018 el fondo de pensiones no haya acumulado de forma activa derechos de pensión y se vea obligado a transferir la totalidad de su patrimonio a una aseguradora o a otro fondo de pensiones debido al bajo nivel medio de cobertura de los últimos doce meses?
- 2) ¿Implica el principio de neutralidad fiscal que, para la aplicación del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, en el caso de fondos que no sean OICVM, no debe apreciarse únicamente si aquellos son equiparables a un OICVM, sino también si, desde el punto de vista del consumidor medio, son equiparables a otros fondos que no son OICVM pero que sí tienen la consideración de fondos comunes de inversión en el Estado miembro?»

18. De conformidad con el artículo 54 del Reglamento de Procedimiento, se han acumulado las seis peticiones de decisión prejudicial a efectos de la fase escrita u oral del procedimiento y de la sentencia que ponga fin al proceso.

19. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia presentaron observaciones escritas las seis demandantes (X, Y, Stichting BPL Pensioen, Stichting Bedrijfstakpensioensfonds voor het levensmiddelenbedrijf, Fiscale Eenheid Achmea BV y Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten), el Reino de los Países Bajos, el Reino de Dinamarca, la Comisión Europea y todas las partes participaron en la vista de 5 de octubre de 2023.

V. **Apreciación jurídica**

20. Las demandantes invocan el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, con arreglo al cual los Estados miembros eximirán del IVA «la gestión de fondos comunes de inversión definidos como tales por los Estados miembros».

21. La primera cuestión prejudicial versa sobre el concepto de «fondo común de inversión», en la medida en que el Derecho de la Unión prevalece sobre la facultad de definición del mismo⁵ (véase la sección A). En cambio, la segunda cuestión prejudicial trata de la facultad que concede a los Estados miembros el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA para definir los «fondos comunes de inversión» y de las limitaciones a que están sujetos a tal respecto los Estados miembros conforme al Derecho de la Unión (véase la sección B).

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

22. Mediante la primera cuestión prejudicial se pretende elucidar qué características debe reunir un fondo de pensiones y, en particular, qué riesgo de inversión deben soportar sus partícipes para que pueda ser calificado de «fondo común de inversión» (véase el punto 1). Además, se plantea — cuando menos, con carácter subsidiario— la cuestión de si la citada disposición puede aplicarse directamente en beneficio de los sujetos pasivos (véase el punto 2).

1. *Sobre el concepto de fondo común de inversión*

23. La exención contemplada en el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA persigue el objetivo de dispensar un mismo trato, a efectos del IVA, a las inversiones directas en valores y a las realizadas a través de un fondo común de inversión gestionado por terceros. Para el inversor privado, la inversión en un fondo común de inversión no debe ser más desfavorable, a efectos del IVA, que en el supuesto de inversión directa.⁶ En este último caso, no se da un servicio de gestión gravado con el IVA que reduzca el rendimiento de la inversión. Se trata, pues, de garantizar la neutralidad del sistema del IVA respecto a las diversas formas de inversión.

24. A la vista del tenor del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, incumbe a los Estados miembros determinar los fondos comunes de inversión que pueden beneficiarse de la exención de los servicios de gestión. Ahora bien, una vez que la Unión hubo comenzado a armonizar la supervisión de los fondos de la Unión mediante la Directiva OICVM, el Tribunal de Justicia restringió la facultad de definición de los Estados miembros. Estos debían ahora incluir

⁵ Sobre la disposición anterior, contenida en el artículo 13, parte B, letra d), punto 6, de la Directiva 77/388/CE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios — Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO 1977, L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54), cuyo tenor era en esencia idéntico al del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, véase la sentencia de 9 de diciembre de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 46.

⁶ En este sentido, véase la sentencia de 9 de diciembre de 2015, Fiscale Eenheid X (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 34 y jurisprudencia citada.

obligatoriamente en el concepto de fondo común de inversión los fondos regulados por la Directiva OICVM, en su versión antigua.⁷ Por lo tanto, la armonización de la legislación en materia de supervisión pasó a prevalecer parcialmente sobre la facultad de definición que la legislación del IVA atribuye a los Estados miembros.⁸

25. Por consiguiente, habría de calificar de «fondos comunes de inversión» en el sentido del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA a los fondos de pensiones de que se trata si estos fueran OICVM. Sin embargo, todas las partes convienen en que los fondos de pensiones no son OICVM.⁹

26. Ahora bien, por razones de una competencia en pie de igualdad, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, han de tener forzosamente la condición de fondos comunes de inversión los fondos que, sin constituir OICVM, tengan características idénticas a estos y efectúen, por tanto, las mismas operaciones o, al menos, tengan rasgos tan similares a dichos organismos que compitan con ellos.¹⁰

27. De la anterior jurisprudencia no cabe todavía deducir de forma inequívoca cuáles son tales características en concreto. Ciertamente, en los asuntos *Wheels Common Investment Fund Trustees* (en lo sucesivo, «*Wheels*»)¹¹ y *ATP PensionService* (en lo sucesivo, «*ATP*»),¹² el Tribunal de Justicia ya ha abordado la calificación de los fondos de pensiones como fondos comunes de inversión. Ahora bien, estas dos sentencias se basan en las particularidades del respectivo asunto. Por tanto, no dan una respuesta a la cuestión de cómo ha de calificarse a los fondos de pensiones de que se trata en los presentes asuntos.

28. Por consiguiente, también deberá examinarse aquí si los fondos de pensiones de que se trata son equiparables a los OICVM sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 1, apartado 2, primera frase, de la Directiva OICVM.

a) *Captación de capital entre el público*

29. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, primera frase, letra a), de la Directiva OICVM, los capitales deberán obtenerse forzosamente del público. Por tanto, el fondo debe estar abierto a un número ilimitado de inversores.

30. Los fondos de pensiones de que se trata no están, precisamente, abiertos al público, sino únicamente a un círculo limitado de inversores, a saber, los trabajadores del respectivo sector, el grupo profesional o empresa. Ello, por sí solo, excluye *prima facie* la equiparabilidad de los fondos de pensiones con los OICVM.

⁷ Sentencias de 13 de marzo de 2014, *ATP PensionService* (C-464/12, EU:C:2014:139), apartado 46, y de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees* y otros (C-424/11, EU:C:2013:144), apartado 23.

⁸ Sentencia de 9 de diciembre de 2015, *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 46; véanse también mis conclusiones presentadas en los asuntos *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:327), punto 23, *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust* y *The Association of Investment Trust* (C-363/05, EU:C:2007:125), punto 32, y *Abbey National* (C-169/04, EU:C:2005:523), punto 38.

⁹ Así se afirma en relación con otros fondos de pensiones en las sentencias de 13 de marzo de 2014, *ATP PensionService* (C-464/12, EU:C:2014:139), apartado 48, y de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees* y otros (C-424/11, EU:C:2013:144), apartado 25; esto se debe principalmente a que los fondos de pensiones están abiertos únicamente a los trabajadores de los respectivos sectores, a grupos profesionales o a empresas.

¹⁰ Sentencias de 13 de marzo de 2014, *ATP PensionService* (C-464/12, EU:C:2014:139), apartado 47, y de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees* y otros (C-424/11, EU:C:2013:144), apartado 24; véase también la sentencia de 28 de junio de 2007, *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust* y *The Association of Investment Trust* (C-363/05, EU:C:2007:391), apartados 48 y ss.

¹¹ Sentencia de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees* y otros (C-424/11, EU:C:2013:144).

¹² Sentencia de 13 de marzo de 2014, *ATP PensionService* (C-464/12, EU:C:2014:139).

31. Así lo confirma el hecho de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, solo son equiparables a los OICVM los fondos que «compitan» con ellos.¹³ Tal competencia solo puede existir, en principio, entre fondos de inversión que se dirijan a un mismo círculo de inversores.¹⁴ Tal no es el caso de los fondos de pensiones y los OICVM por las razones expuestas en el punto 30 de las presentes conclusiones. Y ello será aún más cierto cuando la participación en un fondo de pensiones sea obligatoria por ley. La participación obligatoria excluye, por principio, la competencia por la captación de inversores.

b) Inversión conforme al principio de diversificación de riesgos

32. Otra característica esencial de un OICVM en que los capitales obtenidos del público deben invertirse, según el principio de reparto de riesgos, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos a que se refiere el artículo 50, apartado 1, de la Directiva OICVM [artículo 1, apartado 2, primera frase, letra a) de la Directiva OICVM].

33. Todas las partes convienen en que en los fondos se da tal diversificación de los riesgos. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si este criterio se cumple efectivamente.

c) Obligación de recompra o de reembolso

34. Además, el artículo 1, apartado 2, primera frase, letra b), de la Directiva OICVM dispone que las participaciones serán, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos. En consecuencia, la exención fiscal presupone la existencia de una obligación de recompra o de reembolso equiparable.

35. De igual modo, a este respecto, es probable que los fondos de pensiones de que se trata en los procedimientos principales no sean equiparables a un OICVM en cuanto instrumento de inversión puesto que, por cuanto expone el órgano jurisdiccional remitente, el rescate solo cabe en situaciones excepcionales. *A fortiori*, es igualmente de suponer que, en cuanto que la participación es obligatoria, los partícipes no tengan derecho de recompra o de reembolso frente al fondo de pensiones.

d) Supervisión estatal específica

36. De forma similar a cuanto ocurre con los OICVM de acuerdo con el artículo 12 de la Directiva OICVM, los fondos de pensiones de que se trata en los procedimientos principales deben estar sujetos, además, a una supervisión estatal específica en los Países Bajos.¹⁵

¹³ Sentencias de 9 de diciembre de 2015, *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 37; de 13 de marzo de 2014, *ATP PensionService* (C-464/12, EU:C:2014:139), apartado 48, y de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees y otros* (C-424/11, EU:C:2013:144), apartado 24.

¹⁴ Véanse ya mis conclusiones presentadas en el asunto *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:327), punto 27, y la sentencia de 9 de diciembre de 2015, *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 48.

¹⁵ Véanse ya mis conclusiones presentadas en el asunto *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:327), punto 27, y la sentencia de 9 de diciembre de 2015, *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 48.

37. Todas las partes convienen en afirmar que los fondos de pensiones neerlandeses en cuestión cumplen este requisito. Ello está en consonancia, además, con la Directiva (UE) 2016/2341¹⁶ relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE), según la cual los fondos de pensiones de empleo deben, en principio, estar sometidos a supervisión estatal.¹⁷

e) *El partícipe soporta el riesgo de inversión*

38. La última característica esencial consiste en la existencia de un riesgo de inversión para el inversor. La Directiva OICVM persigue garantizar una protección eficaz y uniforme de los partícipes dentro de la Unión.¹⁸ Ahora bien, solo se necesitará esta protección cuando exista un riesgo de inversión.¹⁹ En esta característica se concentran las observaciones de todas las partes.

39. En consonancia con lo anterior, el Tribunal de Justicia rechazó en el asunto *Wheels* equiparar los fondos de pensiones a un OICVM, porque la pensión «no depende en modo alguno del valor de los activos del régimen y de los resultados de las inversiones realizadas por los gestores del régimen, sino que está predefinida en función de la duración de la relación laboral con el empresario y del importe del salario».²⁰ De igual modo, en el asunto ATP se establecía la condición de que los partícipes asumieran el riesgo de las inversiones.²¹

40. En los presentes asuntos, los modelos de pensiones se caracterizan por el hecho de que la cuantía de las prestaciones y los derechos de pensión se basan, por un lado, en la cuantía de las rentas del trabajo y de los años de antigüedad. Por otro lado, puede depender del rendimiento de las inversiones el hecho de que los derechos y las prestaciones se indexen o, al contrario, se reduzca su cuantía. Así pues, el rendimiento de las inversiones influye indirectamente en la cuantía de las pensiones.

41. Cabe preguntarse si tal es un riesgo de inversión equiparable. Para apreciarlo, habrá de diferenciar en función del tipo de compromiso por pensiones.

42. Si del acuerdo sobre la prestación de la pensión se desprende un compromiso por pensiones garantizado que dependa, en particular, de la antigüedad y de la cuantía de las rentas del trabajo, los beneficiarios no correrán con un riesgo de inversión *equiparable*. No bastará —tal como han alegado también los Países Bajos— para afirmar que existe un riesgo de inversión equiparable el hecho de que la cuantía de la prestación o del derecho a pensión dependa además indirectamente, en una medida limitada, de la rentabilidad de las inversiones. El posible ajuste de la cuantía de la pensión (al alza o a la baja) estará sujeto a la fijación del correspondiente nivel de cobertura, con el fin de garantizar en la mayor medida posible, en interés de todos los beneficiarios, cuando menos la pensión prevista. Por contra, el inversor en un OICVM no recibe una garantía mínima en relación con el reembolso de los activos que ha invertido.

¹⁶ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016 (DO 2016, L 354, p. 37).

¹⁷ Véanse ya mis conclusiones presentadas en el asunto *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:327), punto 28, si bien con referencia a la anterior Directiva 2003/41/CE.

¹⁸ Véase el considerando 3 de la Directiva OICVM.

¹⁹ Véanse también las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2013:840), punto 64.

²⁰ Sentencia de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees y otros* (C-424/11, EU:C:2013:144), apartado 27.

²¹ Sentencia de 13 de marzo de 2014, ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139), apartados 51 y 52.

43. En cambio, si, a la vista del acuerdo sobre la prestación de la pensión, de lo que se trata es de un compromiso por pensiones que dependa primordialmente de la evolución del valor de los activos invertidos, el beneficiario no podrá contar con percibir una pensión de un importe garantizado. Antes bien, participará directamente en las oscilaciones de valor de sus activos. Por consiguiente, al igual que ocurre en un OICVM, soportará el riesgo de inversión.

44. Partiendo de esta distinción, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, examinar si, considerados en su conjunto, los acuerdos sobre la prestación de la pensión celebrados en los procedimientos principales contienen compromisos por pensiones primordialmente garantizados o bien dependen del rendimiento del capital invertido. A tal fin habrá de atenderse a los aspectos esenciales del respectivo acuerdo sobre la prestación de la pensión y, por tanto, a la relación entre los derechos de pensión garantizados y los variables.

45. En casos concretos, también podrá asegurarse un importe garantizado de la pensión cuando el empresario, como ocurre en el asunto C-641/22, haya asumido una garantía para la acumulación de derechos de pensión previstos. Ahora bien, también en tal caso será necesario realizar una evaluación global de todas las circunstancias del caso concreto.

46. Por contra, carece de relevancia si el fondo de pensiones —como en el asunto C-640/22— acumula de forma activa derechos de pensión. Habrá de atenderse únicamente a la configuración de acuerdo subyacente sobre la prestación de la pensión y no a la situación financiera efectiva del fondo de pensiones.

47. Como cabe deducir de las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el órgano jurisdiccional neerlandés, es probable que la mayoría de los modelos sobre los que versan los procedimientos principales se centren primordialmente en compromisos por pensiones garantizados. Los titulares de los derechos de pensión y beneficiarios de las prestaciones no soportan, pues, un riesgo de inversión equiparable al que se da en un OICVM.

f) Conclusión provisional

48. Los fondos de pensiones sobre los que versan los procedimientos principales no son OICVM. Sin embargo, es igualmente probable que deba descartarse la equiparabilidad de estos seguros de pensiones vinculados a fondos de inversión con un OICVM, sin perjuicio del examen que realice el órgano jurisdiccional remitente. En particular, los fondos de pensiones obligatorios en cuestión no están abiertos a un número ilimitado de inversores, de modo que no existe una situación de competencia con un OICVM. Además, tampoco parece que exista una obligación de reembolso como en los OICVM.

49. En cuanto atañe a la característica del riesgo de inversión, habrá de distinguirse en función de si se trata primordialmente de compromisos por pensiones garantizados o bien dependientes del rendimiento de los activos invertidos. Solo en este último caso, el titular del derecho de pensión y beneficiario de las prestaciones soportará un riesgo de inversión equiparable al del inversor en un OICVM.

50. Ahora bien, los Estados miembros también podrán extender la exención del impuesto a un fondo de pensiones como el que es objeto de los procedimientos principales. Con todo, el Derecho de la Unión no establece ninguna obligación al respecto.

2. Con carácter subsidiario: sobre la aplicación directa del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA

51. Solo para el caso de que el Tribunal de Justicia llegue a la conclusión de que los fondos de pensiones en cuestión en los asuntos principales han de calificarse de fondos comunes de inversión, se plantea la cuestión ulterior de si las demandantes pueden invocar la disposición de exención del impuesto contemplada en el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, en la medida en que el Derecho nacional no pueda interpretarse de un modo conforme al Derecho de la Unión.

52. Para ello, las disposiciones de la Directiva deberán ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas.²² No podrá estar supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que los Estados miembros adopten acto alguno.²³

53. En consonancia con lo anterior, el Tribunal de Justicia ha rechazado en recientes sentencias la aplicabilidad directa de las disposiciones de exención contempladas en el artículo 132, apartado 1, de la Directiva sobre el IVA cuando los Estados miembros cuentan con un margen de apreciación a la hora de determinar las características concretas.²⁴

54. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado directamente aplicable el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, a pesar de la facultad de definición con que cuentan los Estados miembros.²⁵ Ello puede explicarse por la prevalencia del concepto de «fondo común de inversión» de Derecho de la Unión. Así, el margen de apreciación que corresponde a los Estados miembros en el marco de su facultad de definición queda reducido «a cero» en cuanto que la Directiva OICVM armoniza el concepto de «fondo común de inversión».

55. Por contra, en la medida en que queda sujeto a la facultad discrecional de los Estados miembros calificar un fondo de inversión como fondo común de inversión en el sentido del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, quedará descartada la aplicabilidad directa. Pues, sin la correspondiente definición del concepto por el Estado miembro, de la Directiva no se desprende qué fondos comunes de inversión distintos del OICVM deben poder disfrutar de la exención del impuesto.

56. De ello resulta, que las demandantes solo podrían invocar directamente el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA en la medida en que los fondos de pensiones en cuestión en los procedimientos principales fueran equiparables a un OICVM (y no fuera posible interpretar el Derecho nacional de un modo conforme con el Derecho de la Unión).

²² Sentencias de 10 de diciembre de 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013), apartado 26, y de 15 de febrero de 2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117), apartado 13 y jurisprudencia citada.

²³ Véanse las sentencias de 10 de diciembre de 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013), apartado 27, y de 16 de julio de 2015, Larentia + Minerva y Marenave Schifffahrt (C-108/14 y C-109/14, EU:C:2015:496), apartado 49 y jurisprudencia citada.

²⁴ Así, sobre el concepto de «prestaciones de servicios culturales» en el sentido del artículo 132, apartado 1, letra n), de la Directiva sobre el IVA, véase la sentencia de 15 de febrero de 2017, British Film Institute (C-592/15, EU:C:2017:117), apartados 14, 16, 23 y ss., y sobre el artículo 132, apartado 1, letra m), de la Directiva sobre el IVA, la sentencia de 10 de diciembre de 2020, Golfclub Schloss Igling (C-488/18, EU:C:2020:1013), apartados 31 y 42.

²⁵ Sentencia de 28 de junio de 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust y The Association of Investment Trust (C-363/05, EU:C:2007:391), apartado 59, relativa a la disposición anterior, casi idéntica, contenida en el artículo 13, parte B, letra d), punto 6, de la Directiva 77/388/CE.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial

57. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el principio de neutralidad fiscal implica que, para la aplicación del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA, ha de examinarse también si los fondos de pensiones en cuestión en los procedimientos principales son equiparables a otros fondos que el Estado miembro califica de fondo común de inversión. En esencia, se trata de elucidar la cuestión de los límites que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros en el marco de la facultad de definición que les ha conferido y de la medida en que estos deben gravar de la misma manera prestaciones similares.

58. Sin embargo, esta cuestión solo será pertinente si ni los fondos de pensiones en cuestión ni los fondos calificados por el Estado miembro de fondos comunes de inversión son equiparables a un OICVM. Además, esa equiparabilidad solo podría beneficiar a las demandantes si el Derecho nacional pudiera interpretarse de un modo conforme con el Derecho de la Unión, puesto que, no cabe aplicar directamente las disposiciones de la Directiva sobre el IVA en el ámbito de la facultad de definición conferida a los Estados miembros (como se ha señalado en el punto 55 de las presentes conclusiones).

59. En el marco de la facultad que se les ha conferido de definir el concepto de «fondo común de inversión», los Estados miembros deberán respetar el principio de neutralidad fiscal.²⁶ Dicho principio se opone a que entregas de bienes o prestaciones de servicios similares, que compiten entre sí, sean tratadas de manera diferente desde el punto de vista del IVA.²⁷

60. Habida cuenta del principio de democracia, que es uno de los valores mencionados en el artículo 2 TUE en los que se fundamenta la Unión, el Tribunal de Justicia solo puede apreciar una violación del principio de neutralidad por parte del legislador nacional, democráticamente legitimado, si este ha excedido manifiestamente su margen de apreciación. Tal cosa solo sucede cuando, desde el punto de vista de un consumidor medio, los servicios sujetos a tributación diferente son casi idénticos, de manera que pueden ser sustituidos sin dificultad.²⁸

61. En los presentes asuntos, la cuestión de la equiparabilidad se plantea únicamente porque el denominado plan de pensiones individual de aportación definida (tercer pilar del régimen de pensiones neerlandés) constituye, según las directrices establecidas por el Staatssecretaris van Financiën (Secretario de Estado de Hacienda, Países Bajos), de 19 de septiembre de 2014, un «fondo común de inversión» cuya gestión está exenta del impuesto.

62. El objetivo del plan de pensiones individual de aportación definida del tercer pilar parece consistir en que los trabajadores puedan complementar voluntariamente las demás prestaciones de pensión. En cambio, la participación obligatoria en un fondo de pensiones persigue proporcionar una cobertura obligatoria a todos los trabajadores [que vaya más allá de la garantía de la pensión básica (primer pilar)]. Ya a la vista de los diversos objetivos que persiguen la participación (obligatoria) en un fondo de pensiones (segundo pilar) y el plan de pensiones individual voluntario (tercer pilar), tengo dudas sobre su equiparabilidad. De igual modo, una competencia entre los diversos pilares solo parece posible de forma limitada.

²⁶ Sentencias de 9 de diciembre de 2015, *Fiscale Eenheid X* (C-595/13, EU:C:2015:801), apartado 33; de 13 de marzo de 2014, *ATP PensionService* (C-464/12, EU:C:2014:139), apartado 42, y de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees* y otros (C-424/11, EU:C:2013:144), apartado 18.

²⁷ Véase únicamente, a título de ejemplo, la sentencia de 5 de octubre de 2023, *Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej* (IVA para bebidas lácteas calientes) (C-146/22, EU:C:2023:739), apartado 46 y jurisprudencia citada.

²⁸ Véanse ya mis conclusiones presentadas en el asunto *HPA — Construções* (C-433/22, EU:C:2023:655), puntos 50 y ss.

63. Además, por cuanto afirma el órgano jurisdiccional remitente, las directrices de la Administración tributaria neerlandesa parten de la premisa de que los partícipes de un plan de pensiones individual de contribución definida soportan un riesgo de inversión. Como ya he señalado, los inversores no soportan tal riesgo de inversión en el seno del segundo pilar cuando se trata primordialmente de compromisos por pensiones garantizados (véase el anterior punto 42). Además, cabe pensar que ello también se opone a la equiparabilidad.

64. Existen, pues, considerables diferencias que apuntan a que no sea posible tal equiparación. Sin embargo, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente apreciar este extremo de forma concluyente sobre la base de los criterios antes expuestos.

65. En conclusión, pues, los Estados miembros deberán respetar el principio de neutralidad fiscal a la hora de definir los «fondos comunes de inversión» en el sentido del artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva sobre el IVA. Ahora bien, no se opone a dicho principio que un Estado miembro establezca una diferenciación entre los pilares de su régimen de pensiones, estructurados de forma diversa, y en particular entre, por un lado, los compromisos por pensiones garantizados y, por otro, los compromisos por pensiones dependientes del rendimiento del capital invertido.

VI. Conclusión

66. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones formuladas por el rechtbank Gelderland (Tribunal de Primera Instancia de Gelderland, Países Bajos) del modo siguiente:

- «1) El artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, debe interpretarse en el sentido de que un fondo de inversión equiparable a un OICVM y, por tanto, un “fondo común de inversión” es aquel que cumple de forma aproximada los criterios mencionados en el artículo 1, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. Ello presupone, en particular, que el fondo de inversión deberá estar abierto al público, que exista una obligación de reembolso similar a la existente en un OICVM y que los inversores soporten un riesgo de inversión equiparable. Esto último dependerá en esencia de si el compromiso por pensiones contempla primordialmente prestaciones garantizadas o bien prestaciones dependientes del rendimiento del capital invertido.
- 2) Al aplicar el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva 2006/112 en el marco de fondos que no son OICVM, no solo habrá de examinarse si estos son equiparables a un OICVM, sino también si son equiparables a otros fondos que el Estado miembro califica de fondos comunes de inversión, a pesar de no ser OICVM. El Estado miembro podrá eximir del pago del impuesto la gestión de estos fondos comunes de inversión, en cuyo caso deberá respetar el principio de neutralidad. Ahora bien, esto no impide que se establezca una diferenciación lógica entre los pilares del respectivo régimen de pensiones, estructurados de forma diversa, y, en particular, entre compromisos por pensiones garantizados, por un lado, y compromisos por pensiones dependientes del rendimiento del capital invertido, por otro.»