

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFC050631

DGT: 29-04-2014

N.º CONSULTA VINCULANTE: V1186/2014

SUMARIO:

IRPF. Base imponible. Ganancias y pérdidas patrimoniales. Normas específicas. Fondos de inversión. Régimen de diferimiento. *Requisitos. Adquisición, suscripción, transmisión y reembolso de acciones y participaciones de IIC a través de entidades comercializadoras inscritas en la CNMV.* Para entender que las operaciones se efectúan «a través» de las entidades comercializadoras inscritas en la CNMV, debe exigirse lo siguiente:

-Que el contribuyente sea quien dirija la orden al comercializador.

-Que la intervención de la entidad comercializadora tenga lugar de una forma directa, como intermediario principal, necesario y exclusivo, lo que implica que las operaciones de disposición no puedan jurídica ni materialmente realizarse sin la intervención del comercializador. Para ello, la entidad comercializadora, en todo caso, debería ser parte en el contrato de cuenta de depósito del que derive la acreditación de la titularidad del cliente sobre los valores, suscrito por éste con la entidad depositaria extranjera, de forma que la cuenta de depósito recoja directa e indubitadamente el carácter de dicha entidad comercializadora como intermediario principal, necesario y exclusivo, sin que, en consecuencia, quepa efectuar ninguna entrada o salida de acciones o participaciones de IIC en dicha cuenta de depósito de valores sin su expresa mediación.

En consecuencia, en el supuesto en que los títulos tengan como entidad comercializadora de dichos valores a una sociedad residente en España, figurando depositados en cuenta de valores abierta por el contribuyente en la entidad matriz de esta, residente en Suiza, no puede afirmarse que las operaciones sobre las participaciones o acciones de IIC puedan entenderse efectuadas «a través» de una entidad comercializadora inscrita en la CNMV, para que resulte aplicable el régimen de diferimiento por reinversión.

Por lo que se refiere a la modalidad en la que la entidad operaría como distribuidor en el marco de un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión suscrito con el inversor, ello no modifica las conclusiones anteriores, ya que el hecho de que la entidad comercializadora desempeñe al mismo tiempo la función de gestor de cartera del cliente obedece a una relación jurídica diferente, la cual está sometida a reglas y acuerdos propios del contrato de gestión de cartera, que no altera ni incide en la posición que debe tener el comercializador a efectos del cumplimiento del requisito.

PRECEPTOS:

Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 94.2.a).1.º.

Descripción sucinta de los hechos:

Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, titulares de acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva extranjeras armonizadas, que tienen como entidad comercializadora de dichos valores a una sociedad residente en España, figurando depositados en cuenta de valores abierta por el contribuyente en la entidad matriz de esta, residente en Suiza.

Cuestión planteada:

Si en el supuesto planteado resulta de aplicación el régimen de diferimiento por reinversión previsto en el artículo 94.2 de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF).

Contestación:

El escrito de consulta plantea la siguiente operativa:

La entidad consultante es una sociedad residente en España que realiza labores de comercialización en territorio español de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva extranjeras (en adelante IIC) constituidas y domiciliadas en Estados miembro de la Unión Europea y amparadas por la Directiva 2009/65/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, a cuyo efecto figura inscrita como comercializadora de dichas IIC en el registro correspondiente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV).

La consultante es filial de una entidad de crédito domiciliada en Suiza sin presencia en territorio español.

Se plantea que clientes del grupo económico al que pertenece la consultante, que son contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF), depositen las acciones o participaciones que adquieran de tales IIC en cuentas individuales de valores abiertas en la entidad matriz suiza, o bien trasladen el depósito de tales valores ya adquiridos, desde la entidad consultante a la matriz.

La entidad de crédito suiza matriz es quien tiene concertados acuerdos globales de distribución con las entidades gestoras de las IIC extranjeras, por lo que la entidad consultante efectuaría las labores de comercialización de las IIC en España como subdistribuidora.

En el esquema planteado las acciones o participaciones de las IIC figurarán en el registro de su sociedad gestora en cuenta global (ómnibus) a nombre de la entidad suiza, y en las cuentas de esta última aparecerán los inversores propietarios de las acciones o participaciones, y no la entidad española consultante como titular por cuenta de terceros.

Se prevé que la operativa que desarrolle la entidad consultante en relación con los clientes residentes en España se documente mediante un contrato trilateral suscrito entre cada cliente, la entidad comercializadora consultante y la entidad de crédito suiza en su condición de custodio.

Con base en dicho contrato, el cliente cursaría sus órdenes de suscripción, reembolso o traspaso a la entidad depositaria suiza, la cual informaría de las instrucciones recibidas del cliente español a la entidad consultante a efectos de permitir el cumplimiento de sus obligaciones como comercializadora.

La entidad consultante introduciría la orden en la plataforma de acceso al mercado, indicando que la misma se tramita a nombre de la entidad depositaria, al ser esta última quien figura en la cuenta de la gestora de la IIC.

La consultante llevaría un desglose individual de la posición correspondiente a cada cliente, incluyendo la llevanza de la antigüedad fiscal de los valores y cumpliría las obligaciones de información de carácter financiero así como las de retención e información de naturaleza tributaria, previstas en la normativa española.

En el referido contrato trilateral la entidad comercializadora consultante y la entidad depositaria suiza se obligarían frente al cliente a operar de la forma señalada y éste último a no canalizar órdenes ni a disponer de las participaciones o acciones de forma distinta a la pactada.

Igualmente se plantea una modalidad operativa en el marco de un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión concluido entre la entidad consultante y el cliente, en el cual la diferencia con el sistema descrito estriba en que el cliente instruye directamente las órdenes de las operaciones a la entidad consultante, la cual origina la correspondiente orden según lo acordado en este contrato.

Como cuestión preliminar, debe señalarse que en la presente consulta el supuesto de hecho planteado es diferente al que fue objeto de contestación por este Centro directivo (V2377-13) de fecha 16 de julio de 2013, ya que esta última se refiere al caso de "traslado" por el contribuyente de participaciones o acciones en IIC extranjeras reguladas por la Directiva 2009/65/CE, adquiridas y depositadas a través de entidades situadas fuera del territorio español, a entidades comercializadoras establecidas en España e inscritas a efectos de la comercialización de dichas instituciones en el registro de la CNMV. Por tanto, los criterios que se recogen en la presente contestación deben ser entendidos sin perjuicio de los expuestos en la citada contestación de 16 de julio de 2013.

La consulta se centra en la interpretación del artículo 94 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF), relativo a la tributación de los socios o partícipes de las IIC, que establece en los párrafos segundo y siguientes de su apartado 1.a) un régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de las IIC reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, en los siguientes términos:

"Cuando el importe obtenido como consecuencia del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva se destine, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva, no procederá computar la ganancia o pérdida patrimonial, y las nuevas acciones o participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones o participaciones transmitidas o reembolsadas, en los siguientes casos:

1.º En los reembolsos de participaciones en instituciones de inversión colectiva que tengan la consideración de fondos de inversión.

2.º En las transmisiones de acciones de instituciones de inversión colectiva con forma societaria, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

Que el número de socios de la institución de inversión colectiva cuyas acciones se transmitan sea superior a 500.

Que el contribuyente no haya participado, en algún momento dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la transmisión, en más del 5 por ciento del capital de la institución de inversión colectiva.

El régimen de diferimiento previsto en el segundo párrafo de este párrafo a) no resultará de aplicación cuando, por cualquier medio, se ponga a disposición del contribuyente el importe derivado del reembolso o transmisión de las acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva.(...)"

Por su parte, el apartado 2 del citado artículo 94 dispone en su letra a) lo siguiente:

"a) El régimen previsto en el apartado 1 de este artículo será de aplicación a los socios o partícipes de instituciones de inversión colectiva, reguladas 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, distintas de las previstas en el artículo 95 de esta Ley, constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea e inscritas en el registro especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a efectos de su comercialización por entidades residentes en España.

Para la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1.a) se exigirán los siguientes requisitos:

1.º La adquisición, suscripción, transmisión y reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva se realizará a través de entidades comercializadoras inscritas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2.º En el caso de que la institución de inversión colectiva se estructure en compartimentos o subfondos, el número de socios y el porcentaje máximo de participación previstos en el apartado 1.a).2.º anterior se entenderá referido a cada compartimento o subfondo comercializado."

El régimen de diferimiento por reinversión entre IIC regulado en el artículo 94 de la LIRPF constituye un beneficio fiscal con evidente dimensión temporal, y cuya aplicación requiere un necesario control de las operaciones, desde el momento en que se realiza la inversión inicial hasta que se produce el reembolso o transmisión definitivos, y en el cual desempeñan un importante papel las entidades intervinientes.

Puede afirmarse que para que el régimen de diferimiento por reinversión resulte de aplicación el legislador ha querido que todas las operaciones sobre las IIC susceptibles de disfrutar del mismo se efectúen en el marco de los distribuidores de IIC situados en España, ya que solo mediante la participación de entidades sujetas al cumplimiento de obligaciones de información a la Administración tributaria y, en su caso, de retención, puede quedar asegurado el control en la correcta aplicación de dicho régimen.

Como primera conclusión, puede señalarse que la letra a) del apartado 2 del artículo 94 de la LIRPF permite la aplicación del régimen de diferimiento establecido en el apartado 1 de dicho artículo, en relación con acciones o participaciones de IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CE, constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea, con exclusión de las constituidas en territorios considerados como paraíso fiscal, cuando estas IIC se encuentren comercializadas en España por entidades residentes en territorio español, y a estos efectos figuren inscritas en el correspondiente registro de la CNMV, con la condición de que las operaciones relativas a dichas IIC se realicen a través de las citadas entidades comercializadoras inscritas en la CNMV.

Respecto de la extensión de este requisito, este Centro directivo en su contestación de 10 de septiembre de 2003, nº 1232-03, manifestó el criterio general, reiterado en la antes aludida contestación de 16 de julio de 2013, nº V2377-13, de que ha de entenderse referido tanto a las operaciones vinculadas con el traspaso de la inversión, como a la adquisición originaria de las acciones o participaciones.

En cuanto a qué se entiende por operaciones realizadas a través de las entidades comercializadoras, como cuestión preliminar debe destacarse el protagonismo que la normativa financiera asigna a la entidad comercializadora en el procedimiento de traspasos. En concreto, el artículo 28 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, designa a la entidad comercializadora como entidad interviniente en el traspaso. Así, el artículo citado señala que el partícipe o accionista deberá dirigirse, según proceda, a la entidad gestora, comercializadora o de inversión, de destino, debiendo ser esta quien comunique la solicitud de traspaso a la sociedad gestora, comercializadora o de inversión, de origen, la cual será quien transmita a la entidad de destino toda la información financiera y fiscal necesaria y ordenará la correspondiente transferencia bancaria desde la cuenta de la IIC de origen a la cuenta de la IIC de destino.

Como segunda conclusión, cabe señalar que ni el artículo 94.2 de la LIRPF, ni el 28 de la Ley 35/2003 aluden al depósito o custodia de las participaciones o acciones de la IIC extranjera, función definida en el artículo

63 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, como un servicio auxiliar al de inversión, mientras que califica como servicios de inversión, entre otros: “a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros.” y “b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes.”

Cuando el depósito o custodia de las participaciones o acciones de las IIC extranjeras comercializadas en España por una entidad situada en territorio español se lleve por otra entidad radicada en el extranjero y el titular del depósito sea el inversor, es preciso determinar si se cumple el requisito establecido en el número 1º del artículo 94.2.a) de la LIRPF, es decir, si las operaciones se efectúan “a través” de las entidades comercializadoras inscritas en la CNMV.

En este esquema de titularidad planteado es relevante que el comercializador en España no es titular por cuenta del inversor en la cuenta del depositario, ni en el registro de la gestora o, en su caso, en las cuentas de un distribuidor mayorista, por lo que en la cadena de tenencia de los valores no participa la entidad comercializadora en España.

Por lo que se refiere al alcance financiero de la actuación del comercializador prevista en el artículo 94.2.a) de la LIRPF, La CNMV, en informe remitido a solicitud de este Centro directivo, indica lo siguiente:

«La norma es clara señalando expresamente el término “a través” para establecer el alcance de la intervención de la entidad. Dicho término indica que su actuación abarca la recepción y transmisión de las órdenes. En este sentido, debe resaltarse que la norma no ha usado términos que pudieran indicar un papel accesorio del comercializador como “con la intervención de”, “con la participación” u otros similares, por lo que solo cabe entender la función del comercializador como intermediario principal y necesario. Las órdenes deben, por tanto, cursarse “a través” de dicha entidad, por lo que la entidad comercializadora debe ser necesariamente receptora de todas las órdenes de disposición (suscripción, traspaso y reembolso). Su labor continúa con el cumplimiento de las obligaciones de registro y se completa con la ejecución de la misma o su remisión a quien corresponda.»

Asimismo, en relación con el precepto de la Ley 35/2003 relativo al traspaso de participaciones y acciones, indica la CNMV en el citado informe que: «en el mismo sentido, el artículo 28 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, señala, en particular para los traspasos, que “para iniciar el traspaso el partícipe o accionista deberá dirigirse, según proceda, a la sociedad gestora, comercializadora o de inversión de destino a la que ordenará las gestiones necesarias...”. La norma no prevé en modo alguno que las órdenes de traspaso puedan ser dadas a personas distintas de las anteriores, y menos aún al depositario o custodio de los valores (...).»

La CNMV señala además que: «el “Modelo de memoria sobre las modalidades previstas de comercialización en territorio español” publicado por la CNMV en su página web señala en el apartado correspondiente al procedimiento de suscripciones y reembolsos que “las órdenes de suscripción, reembolso o canje de acciones/participaciones deben ser recibidas por el comercializador en un día hábil antes de... El comercializador confirmará asimismo a cada inversor las operaciones informando...”. Sin que se permita que tales órdenes puedan ser dirigidas al depositario o custodio, aunque exista conocimiento del comercializador.»

Concluye el citado Organismo supervisor considerando lo siguiente:

“En consecuencia, el comercializador debe actuar como intermediario principal, necesario y exclusivo en todas las operaciones relativas a las IIC, suscripción, reembolso y traspaso, sin que el inversor pueda disponer de sus inversiones a través de ninguna otra entidad.

No basta que su participación se limite a tener conocimiento en una cuenta interna paralela o reflejo de la del depositario, sino que debe cumplir las obligaciones que derivan de la prestación de un servicio de inversión.” En definitiva, para entender que las operaciones se efectúan “a través” de las entidades comercializadoras inscritas en la CNMV, a efectos del artículo 94.2.a)1º de la LIRPF, debe exigirse lo siguiente:

Que el contribuyente sea quien dirija la orden al comercializador.

Que la intervención de la entidad comercializadora tenga lugar de una forma directa, como intermediario principal, necesario y exclusivo. Por lo tanto, la intervención de dicha entidad debe ser necesaria para llevar a cabo las operaciones, lo que implica que las operaciones de disposición no puedan jurídica ni materialmente realizarse sin la intervención del comercializador.

Para ello, la entidad comercializadora, en todo caso, debería ser parte en el contrato de cuenta de depósito del que derive la acreditación de la titularidad del cliente sobre los valores, suscrito por este con la entidad depositaria extranjera, de forma que la cuenta de depósito recoja directa e indubitadamente el carácter de dicha entidad comercializadora como intermediario principal, necesario y exclusivo, sin que, en consecuencia, quepa efectuar ninguna entrada o salida de acciones o participaciones de IIC en dicha cuenta de depósito de valores sin su expresa mediación.

Por otra parte, dada la dimensión temporal del beneficio fiscal que conlleva el régimen de diferimiento por reinversión entre participaciones o acciones de IIC, los mencionados contratos de depósito deberían prever el supuesto del posible cese de la actividad de la entidad comercializadora en España de la IIC, de forma que establezcan la necesaria sustitución en la posición contractual de la entidad comercializadora cesante por otra entidad comercializadora de dicha IIC radicada en España e inscrita en el registro de la CNMV, en la línea de lo señalado por dicho Organismo supervisor en el "Modelo de memoria sobre las modalidades previstas de comercialización en territorio español", de forma que, en tanto dicha sustitución contractual no se produzca, la entidad comercializadora siga asumiendo la intermediación en las órdenes del contribuyente y el consiguiente cumplimiento de las obligaciones tributarias que resultan de la aplicación del régimen de diferimiento por reinversión y de información y retención correspondientes.

A la vista de los criterios señalados, no puede afirmarse que en la operativa planteada por la consultante en su escrito, las operaciones sobre las participaciones o acciones de IIC puedan entenderse efectuadas "a través" de una entidad comercializadora inscrita en la CNMV, como se exige en el apartado 2.a) 1º del artículo 94 de la LIRPF para que resulte aplicable el régimen de diferimiento por reinversión regulado en dicho artículo.

Por lo que se refiere a la modalidad en la que la consultante operaría como distribuidor en el marco de un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión suscrito entre la consultante y el inversor, debe indicarse que esto no modifica las conclusiones anteriores, ya que el hecho de que la entidad comercializadora desempeñe al mismo tiempo la función de gestor de cartera del cliente obedece a una relación jurídica diferente, la cual está sometida a reglas y acuerdos propios del contrato de gestión de cartera, que no altera ni incide en la posición que debe tener el comercializador a efectos del cumplimiento del requisito del artículo 94.2.a) 2º de la LIRPF.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.