

BASE DE DATOS [NORMACEF](#)

Referencia: NFC059566

DGT: 18-05-2016

N.º CONSULTA VINCULANTE: V2142/2016

SUMARIO:**IRPF. Regímenes especiales. Instituciones de inversión colectiva. 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. Comercialización en España de acciones y participaciones en IIC extranjeras armonizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE por parte de la sucursal en España de una entidad de crédito extranjera que a su vez forma parte de un grupo bancario cuya matriz reside en otro Estado de la UE.

De acuerdo con lo señalado en la consulta de 29-04-2014, n.º V1186/2014 (NFC050631), para entender que las operaciones se efectúan « a través » de entidades comercializadoras inscritas en la CNMV se exige 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.

Pues bien, en el caso en cuestión, las participaciones o acciones de las IIC figuran registradas en la entidad distribuidora principal en una cuenta *omnibus* a nombre de la entidad bancaria extranjera matriz, y en esta última a nombre de los clientes propietarios de dichas participaciones o acciones, de forma que la entidad comercializadora establecida en España no participa de una manera directa en la cadena de tenencia de los valores. No obstante, se abre una subcuenta dependiente de esa cuenta de depósito de valores personal que el cliente mantiene en la entidad bancaria extranjera matriz, destinada a efectuar el depósito de los valores de las IIC comercializadas en España por la entidad establecida que adquiera el cliente, a los que pueda ser aplicable el régimen de diferimiento por reinversión previsto en el art. 94 Ley 35/2006 (Ley IRPF), en cuyo contrato el cliente nombra a la comercializadora como su intermediario principal, necesario y exclusivo para la prestación de los servicios relacionados con las operaciones relativas a las acciones y participaciones que estén registradas en la subcuenta en cada momento. Así las cosas, se entendería cumplido el requisito establecido en el art.94.2.a).1º Ley 35/2006 (Ley IRPF) a efectos de la aplicación del régimen de diferimiento por reinversión.

PRECEPTOS:

Ley 35/2006 (NFL010131) (Ley IRPF), art. 94.

Descripción sucinta de los hechos:

La consultante es la sucursal en España de una entidad de crédito domiciliada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la cual forma parte de un grupo bancario cuya sociedad matriz radica en otro estado europeo. Entre las actividades que realiza la consultante en territorio español se encuentra la comercialización de instituciones de inversión colectiva extranjeras armonizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, estando inscrita como comercializadora de tales instituciones en el registro especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Algunos clientes del grupo al que pertenece la consultante, contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, mantienen el depósito y administración de sus inversiones financieras, incluidas las participaciones o acciones de las referidas instituciones, en cuenta personal de valores abierta a nombre del cliente en la entidad de crédito matriz, realizándose las operaciones sobre dichos valores conforme a una estructura contractual y operativa que se describe en el cuerpo de la contestación.

Cuestión planteada:

Aplicación del régimen de diferimiento por reinversión entre participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva previsto en el artículo 94 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Contestación:

En primer lugar, debe precisarse que la consulta se plantea respecto de instituciones de inversión colectiva extranjeras (IIC) de las previstas en el artículo 94.2.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), es decir, 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, constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea, que no tenga la consideración de paraíso fiscal, para las cuales la entidad consultante figura inscrita como comercializadora en España en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

La consultante comercializa dichas IIC en España como subdistribuidor, en virtud de concierto con otra entidad distribuidora principal, que no pertenece al grupo de la consultante.

Algunos clientes del grupo de la consultante, contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, han encargado el depósito, administración y, en su caso, la gestión discrecional de sus inversiones financieras, entre las que se encuentran las IIC comercializadas por la consultante, a la entidad bancaria extranjera matriz del grupo al que pertenece la consultante.

En este caso, el cliente suscribe con dicha entidad bancaria extranjera un contrato de cuenta personal, en virtud del cual le encomienda la custodia y administración de sus inversiones.

La intervención de la consultante, como comercializadora de IIC en España, en las operaciones sobre dichas IIC que efectúen los clientes o, en el caso de gestión discrecional de cartera, la entidad bancaria matriz, se apoya en la asunción por aquélla de las funciones propias de la prestación de un servicio de recepción, ejecución y transmisión de órdenes.

Para ello, el cliente abre una "subcuenta", dependiente de su cuenta de depósito personal, en la que se depositan los valores que adquiere de las IIC comercializadas en España por la sucursal consultante, que pueden ser susceptibles de aplicación del régimen de diferimiento por reinversión regulado en el artículo 94 de la Ley 35/2006.

En el contrato por el que se rige dicha subcuenta, que se firma por el cliente, la entidad matriz extranjera depositaria y la sucursal comercializadora consultante, se designa a esta última, en su condición de comercializadora de las IIC en España, como única intermediaria en la realización de las operaciones sobre dichas IIC que sean objeto de registro en la subcuenta en cada momento.

Por lo que se refiere a la operativa, las órdenes sobre los valores de las referidas IIC dadas por los clientes, o por la entidad bancaria extranjera si tiene encomendada por el cliente la gestión discrecional de cartera, son canalizadas a través del sistema informático del grupo al que pertenece la entidad comercializadora consultante y remitidas a ésta última para que, previas las comprobaciones y verificaciones oportunas, autorice su transmisión a la entidad distribuidora principal, la cual, una vez ejecutada, originará la correspondiente anotación en la cuenta "ómnibus" de valores que la entidad bancaria extranjera matriz tiene abierta en nombre propio por cuenta de clientes en dicha entidad distribuidora, siendo transferido el efectivo, en las operaciones de traspaso, desde la cuenta de la IIC de origen a la cuenta de la IIC de destino.

La entidad comercializadora consultante en virtud de su necesaria intervención en las operaciones que se realicen en la subcuenta del cliente, dispondrá de todos los datos precisos para efectuar la retención que, en su caso, proceda y el cumplimiento de las obligaciones de información tributaria que le corresponden como comercializador.

A efectos de la cuestión planteada, esto es, la posibilidad de aplicar el régimen de diferimiento por reinversión entre participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva regulado en el artículo 94 de la Ley 35/2006 en relación con el sistema descrito, debe tenerse en cuenta lo manifestado por este Centro Directivo en su contestación V1186-14, de 29 de abril de 2014, de la que se destaca lo siguiente:

«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 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 (...) 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.

(...)

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 conformará 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.»

En el sistema planteado en la presente consulta, las participaciones o acciones de las IIC figuran registradas en la entidad distribuidora principal en cuenta “ómnibus” a nombre de la entidad bancaria extranjera matriz, y en esta última a nombre de los clientes propietarios de dichas participaciones o acciones, de forma que la entidad comercializadora consultante no participa de una manera directa en la cadena de tenencia de los valores.

Atendiendo a esta concreta situación, para considerar que las operaciones se efectúan “a través” de la entidad comercializadora, a efectos del artículo 94.2.a) 1º de la Ley 35/2006, en la citada contestación V1186-14 se señala que: “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.”

Asimismo, se añade en dicha contestación que: «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 de 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.»

En el presente caso, de acuerdo con la documentación facilitada, se abre una subcuenta, dependiente de la cuenta de depósito de valores personal que el cliente mantiene en la entidad bancaria extranjera matriz, destinada a efectuar el depósito de los valores de las IIC comercializadas en España por la entidad consultante que adquiera el cliente, a los que pueda ser aplicable el régimen de diferimiento por reinversión previsto en el artículo 94 de la Ley 35/2006. En el contrato de apertura de la subcuenta aportado, suscrito por el cliente, por la entidad matriz extranjera depositaria y por la entidad comercializadora consultante, el cliente nombra a esta última “en su condición de comercializador en España de las IIC, como su intermediario principal, necesario y exclusivo para la prestación de servicios de y relacionados con la recepción, transmisión y ejecución de órdenes adquisición / suscripción, transmisión / reembolso y traspaso de las acciones / participaciones que estén registradas en la Subcuenta en cada momento”.

Complementariamente, se recogen en dicho contrato la manifestación de que las mencionadas operaciones no podrán llevarse a cabo en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, sea ordinaria o extraordinaria, sin la intervención o intermediación de la entidad comercializadora consultante, así como la obligación del cliente de abstenerse de dirigir las órdenes directamente al depositario y la de este último, aun cuando actúe como gestor discrecional de la cartera del cliente y como agente fiduciario, de dirigir cualquier orden a la entidad distribuidora principal a menos que sea con la intervención o intermediación de la entidad consultante.

Asimismo, en el contrato de la subcuenta se establece que su finalización por el cliente requerirá como condición necesaria y precedente la subrogación, con plenos efectos desde la fecha de finalización del acuerdo, en la posición de la entidad consultante, de otro intermediario financiero establecido en España habilitado para comercializar las acciones o participaciones de las IIC depositadas en la subcuenta y para intermediar en las operaciones sobre dichos valores, en términos equivalentes a los recogidos en el contrato de subcuenta, para lo cual el cliente deberá entregar a la entidad depositaria y a la entidad comercializadora consultante una comunicación en este sentido suscrita por un representante de la nueva entidad comercializadora.

En el caso de que el cliente no entregue dicha comunicación, o en cualquier otro supuesto de terminación del contrato, se estipula en este último que su finalización vendrá siempre precedida de la realización por la

entidad consultante del reembolso o transmisión de las participaciones o acciones del cliente depositadas en la subcuenta.

A la vista de la configuración precedente del contrato de subcuenta, cabría concluir que en el ámbito jurídico-financiero todas las operaciones que puedan originar cualquier movimiento en la subcuenta del cliente destinada al depósito de las participaciones o acciones de las IIC comercializadas en España por la entidad consultante han de ser necesariamente intermediadas por esta última, ya que su mediación exclusiva es condición expresamente incluida en el contrato de la subcuenta, rubricado por la consultante.

Partiendo del presupuesto del cumplimiento de dicha condición en toda la operativa reflejada en la subcuenta, incluso en los casos de finalización del contrato, podrá considerarse que las operaciones se efectúan a través de la entidad comercializadora de las IIC en España, a efectos de lo previsto en el artículo 94.2.a). 1º de la Ley 35/2006, que dispone:

“1º. 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”.

En consecuencia en el supuesto objeto de consulta se entendería cumplido el requisito establecido en el apartado 2.a) 1º del artículo 94 de la Ley 35/2006 a efectos de la aplicación del régimen de diferimiento por reinversión entre instituciones de inversión colectiva regulado en dicho artículo.

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.