

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFC049982

DGT: 16-12-2013

N.º CONSULTA VINCULANTE: V3614/2013

SUMARIO:**IS. Regímenes especiales. Otros regímenes especiales. Otros supuestos. Fondos de activos bancarios (FAB).**

-La exposición del FROB a los FAB debe entenderse, en este caso concreto, como una participación de la SAREB en estos Fondos, en al menos el 5 por ciento de las aportaciones que constituyen los instrumentos que configuren la emisión inicial de los FAB, o bien otros de análogo carácter a los correspondientes a dicha emisión.

-El régimen fiscal establecido en la disp. adicional séptima de la Ley 9/2012 (Reestructuración y resolución de entidades de crédito) resultará de aplicación a los FAB que se creen en base a lo dispuesto en dicha Ley, con independencia de la calificación contable que reciban las aportaciones de los partícipes.

-El art. 16.3 del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS) considera personas o entidades vinculadas, entre otros supuestos, a una entidad y sus socios o partícipes, siempre que el porcentaje de participación sea igual o superior al 5 por ciento ó 1 por ciento si se trata de una entidad cotizada en un mercado regulado. Por tanto, en la medida en que la SAREB se encuentre, en relación con el FAB en esa situación, ambas entidades tendrán la condición de entidades vinculadas. Dicha vinculación se producirá desde el mismo momento de la constitución. En este sentido, las rentas negativas que se produzcan en la SAREB como consecuencia de la transmisión de activos al FAB, o con anterioridad a la misma, estarán sujetas a la condición de reversión en los términos señalados en el art. 19.6 del citado Texto Refundido.

-Los compartimentos de los FAB carecen de la independencia que se atribuye a los propios FAB puesto que no tienen autonomía plena en todos los ámbitos, no siendo, por tanto, sujetos pasivos del IS. De lo que se deduce que la base imponible de un FAB se determinará de manera unitaria, incluyendo todos los compartimentos que lo integren.

-La aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TR Ley IS se producirá respecto de aquellas operaciones que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, en concreto, en el ámbito objetivo, cualquiera de las operaciones a que se refieren los arts. 83 ó 94 del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS). Entre dichas operaciones no se encuadra la compraventa, por lo que la aportación de los activos a un FAB a través de una compraventa no podrá aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TR Ley IS. En relación con las operaciones de aportación no dineraria, en la medida en que la entidad SAREB no cuenta con medios materiales y personales necesarios para la gestión diferenciada de los activos aportados, las mismas no tendrán la consideración de aportaciones no dineraria de rama de actividad. Si bien, en la medida en que la operación planteada de aportación de elementos aislados a otra sociedad cumpla lo establecido en el art. 94 del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), la misma podrá acogerse al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TR Ley IS. La aplicación del régimen fiscal especial determinará, entre otros efectos, la subrogación del FAB en los derechos y obligaciones tributarias inherentes a los elementos patrimoniales aportados. En concreto, de existir activos en la SAREB que tuvieran derecho a la aplicación de lo dispuesto en la disp. adicional decimosexta del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), este derecho se transmitiría al FAB.

-En la medida en que la SAREB mantenga una exposición al FAB, aun cuando sea de manera indirecta, el FAB de segundo nivel podrá aplicar el régimen fiscal especial previsto en la disp. adicional decimoséptima de la Ley 9/2012 (Reestructuración y resolución de entidades de crédito). Dicha participación podría ostentarse, igualmente, a través de la participación en una sociedad mercantil o en otro FAB. Ello conllevará la aplicación, a los partícipes del FAB de segundo nivel, del régimen fiscal previsto en el apartado 2 de la citada disposición adicional. En concreto, las rentas obtenidas por los partícipes no residentes contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente estarán exentas del referido Impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el art. 14 del RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR).

-El carácter de partícipe a efectos de la aplicación del régimen fiscal especial establecido en la disp. adicional decimoséptima de la Ley 9/2012 (Reestructuración y resolución de entidades de crédito) debe entenderse como el referido a la participación en los valores emitidos en el momento de constitución del FAB o bien otros de análogo carácter. Dicho carácter resulta igualmente atribuible a los partícipes no residentes contribuyentes del IRNR.

-La letra k) del art. 59 del RD 1777/2004 (Rgto IS) exceptúa de la obligación de retención a los rendimientos de participaciones hipotecarias, préstamos u otros derechos de crédito que constituyan

ingreso de los fondos de titulización. No obstante, los FAB no tienen la calificación de fondos de titulización, ni se les aplica el mismo régimen fiscal, por lo que no resulta aplicable a los primeros la excepción a la obligación de retención establecida en el citado art. 59.k).

-Tal y como señala la disp. adicional decimoséptima.1 de la Ley 9/2012 (Reestructuración y resolución de entidades de crédito), a los FAB les resultará de aplicación el régimen fiscal previsto para las Instituciones de Inversión Colectiva establecido en el capítulo V del título VII del TR Ley IS. Dicho régimen fiscal establece, en el art. 59 del TR Ley IS, que se integrará en la base imponible el importe de las rentas contabilizadas o que deban contabilizarse por el sujeto pasivo derivadas de las acciones o participaciones de las instituciones de inversión colectiva. Dicha regla resultará de aplicación a los partícipes de los FAB.

IVA. Sujeto pasivo y responsables. Entregas de bienes y prestaciones de servicios. Entidades sin personalidad jurídica. Los FAB son patrimonios separados susceptibles de imposición que realizan operaciones sujetas al impuesto, y por consiguiente, serán sujetos pasivos del IVA. **Hecho imponible. Entregas de bienes y prestaciones de servicios. Operaciones no sujetas. Transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional.** Los activos y pasivos que la SAREB aporta a los FAB tendrán la consideración de una universalidad de bienes capaz de desarrollar de manera autónoma una actividad empresarial en la medida en que dicha transmisión se realice junto con los medios materiales y/o humanos necesarios. En relación con las transmisiones de activos y pasivos, en este caso, resulta que la gestión material de dichos activos se desarrolla por las entidades transmitentes de los activos a la SAREB, en tanto ésta última desarrolle sus propios medios de gestión adecuados. Por tanto, en la medida en que la posterior transmisión de activos supone una escisión de la aportación inicial y dicha escisión no va acompañada de los medios materiales ni personales, la misma no puede calificarse como unidad económica autónoma en los términos previstos en el art. 7.1º de la Ley 37/1992 (Ley IVA). **Exenciones en operaciones interiores. Operaciones financieras.** Estarán exentos, por aplicación del art. 20.Uno.18º.n) de la Ley 37/1992 (Ley IVA), los servicios de gestión de los FAB prestados por las sociedades gestoras de los mismos.

ITP y AJD. Beneficios fiscales. Operaciones societarias. La constitución de los FAB no está expresamente exonerada de la modalidad de operaciones societarias, toda vez que existe una exención general para las constituciones de sociedades y demás entidades equiparadas a las mismas, así como para las ampliaciones de capital o de patrimonio de las mismas, incluso si no estuvieran sujetas, no les sería exigible tal tributo.

PRECEPTOS:

Ley 9/2012 (Reestructuración y resolución de entidades de crédito), disps. adicional décima y decimoséptima.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 16.

RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR), art. 14.

RD 1777/2004 (Rgto IS), art. 59.

Ley 37/1992 (Ley IVA), arts. 7 y 84.

Ley 24/1988 (Mercado de Valores), art. 108.

Descripción sucinta de los hechos:

La entidad consultante va a constituir un Fondo de Activos Bancarios (FAB), al objeto de facilitar la comercialización o venta de activos.

Se plantean diversas cuestiones respecto a la constitución de los FAB y su régimen tributario.

Cuestión planteada:

Se describen en el cuerpo de la contestación.

Contestación:

Se plantean las siguientes cuestiones en relación con el régimen tributario aplicable a los Fondos de Activos Bancarios (FAB).

Impuesto sobre Sociedades.

1. El régimen fiscal regulado en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, así como las modificaciones introducidas en

el artículo 45.I.B), apartado 24 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y en el apartado 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 6 de marzo por aquel texto legal, limitan la aplicación del régimen fiscal establecido en los mismos al período de tiempo de mantenimiento de la exposición del FROB a los FAB. Se plantea qué debe entenderse por “mantenimiento de la exposición del FROB a los FAB”.

La disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012, en su apartado 3, establece que el régimen fiscal previsto en los apartados anteriores resultará de aplicación durante el período de tiempo de mantenimiento de la exposición del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a estos Fondos, previsto en el apartado 10 de la disposición adicional décima del mismo texto legal.

En este sentido, el apartado 10 de la disposición adicional décima de la referida Ley dispone que:

“10. El FROB no podrá mantener exposición a los patrimonios separados a los que se refiere esta Disposición adicional décima una vez transcurrido el período de tiempo previsto en el tercer apartado de la Disposición adicional séptima de esta Ley.”.

Por su parte, la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, por la que se crea la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria establece la constitución de esta entidad por un tiempo limitado, y la posibilidad de atribuir al FROB la determinación del importe inicial de capital social y la prima de emisión.

La razón de ser del régimen fiscal especial establecido para los Fondos de Activos Bancarios en la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, ha sido mantener un régimen fiscal especial para estos Fondos mientras se mantenga la exposición del FROB a los FAB. Dicho mantenimiento de exposición debe equipararse, desde el punto de vista fiscal, a la existencia de una participación significativa, por parte de la SAREB, respecto de los Fondos que constituya. En este sentido, el porcentaje de participación significativa aplicable a lo largo del Impuesto sobre Sociedades viene fijado en el 5%, de manera que aquellas participaciones que alcanzan dicho porcentaje y un período mínimo de mantenimiento tienen un tratamiento específico.

Por tanto, a los efectos que aquí nos ocupan, la exposición del FROB a los FAB, debe entenderse, en este caso concreto, como una participación de la SAREB en estos Fondos, en al menos el 5% de las aportaciones que constituyen los instrumentos que configuren la emisión inicial de los FAB, o bien otros de análogo carácter a los correspondientes a dicha emisión.

2. Si el régimen fiscal establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, se aplicará a los FAB que emitan exclusivamente instrumentos de deuda, que emitan exclusivamente instrumentos de capital o que emitan ambos.

El régimen fiscal establecido en la referida disposición adicional séptima de la Ley 9/2012 resultará de aplicación a los FAB que se creen en base a lo dispuesto en dicha Ley, con independencia de la calificación contable que reciban las aportaciones de los partícipes.

3. Si la SAREB y el FAB tendrán la consideración de entidades vinculadas.

El artículo 16.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, considera personas o entidades vinculadas, entre otros supuestos, a una entidad y sus socios o partícipes, siempre que el porcentaje de participación sea igual o superior al 5% ó 1% si se trata de una entidad cotizada en un mercado regulado.

Por tanto, en la medida en que la SAREB se encuentre, en relación con el FAB en esa situación, ambas entidades tendrán la condición de entidades vinculadas.

Dicha vinculación se producirá desde el mismo momento de la constitución. En este sentido, las rentas negativas que se produzcan en la SAREB como consecuencia de la transmisión de activos al FAB, o con anterioridad a la misma, estarán sujetas a la condición de reversión en los términos señalados en el artículo 19.6 del TRLIS.

4. Dado que se prevé que el FAB se articule patrimonialmente como compartimentos, se plantea si cada compartimento es un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, debiendo cuantificar la base imponible de forma separada.

El apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012 considera que los FAB tributarán, en el Impuesto sobre Sociedades, al tipo de gravamen del 1 por ciento y les resultará de aplicación el régimen fiscal previsto para las Instituciones de Inversión Colectiva en el capítulo V del título VII del TRLIS. Por tanto, los FAB tienen la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, ya que el legislador fiscal ha configurado tales fondos como sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, constituye un patrimonio separado susceptible de imposición, si bien están sometidos al régimen fiscal especial, regulado en el capítulo V del título VII del TRLIS.

Sin embargo, los compartimentos de los FAB carecen de la citada independencia que se atribuye a los propios FAB puesto que no tienen autonomía plena en todos los ámbitos, no siendo sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

De lo que se deduce que la base imponible de un FAB se determinará de manera unitaria, incluyendo todos los compartimentos que lo integren.

5. Se plantea la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS cuando la transmisión de los activos a la SAREB se realice a través de una compraventa o de una aportación no dineraria, recibiendo en contraprestación valores emitidos por el FAB.

La aplicación del régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS se producirá respecto de aquellas operaciones que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, en concreto, en el ámbito objetivo, cualquiera de las operaciones a que se refieren los artículos 83 o 94 del TRLIS. Entre dichas operaciones no se encuadra la compraventa, por lo que la aportación de los activos a un FAB a través de una compraventa no podrá aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

En relación con las operaciones de aportación no dineraria a que se refiere en el escrito de consulta, sólo aquellas operaciones en las que la contraprestación consista en la participación en fondos propios (equiparable al capital social de una entidad mercantil) del FAB podrían tener derecho a la aplicación del régimen fiscal especial, siempre que se cumplieran el resto de requisitos exigidos en la norma. No resultará, por tanto, de aplicación, dicho régimen fiscal si los valores emitidos por el FAB en contraprestación a la aportación no dineraria no tienen la consideración de fondos propios del propio FAB.

Una vez tenido en cuenta lo anterior, el artículo 83.3 del TRLIS considera como aportación no dineraria de rama de actividad “la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente.

A tal efecto, el artículo 83.4 del TRLIS establece que

“4. Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. ...”

Así pues, sólo aquellas operaciones de aportación no dineraria de rama de actividad en las que el patrimonio aportado constituya una unidad económica y permita por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la adquirente podrán disfrutar del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Ahora bien, tal concepto fiscal no excluye la exigencia, implícita en el concepto de “rama de actividad” de que la actividad económica que la adquirente desarrollará de manera autónoma exista también previamente en sede de la transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma.

En consecuencia, en la medida en que el patrimonio transmitido determine la existencia de una explotación económica en sede de la sociedad transmitente, que se segrega y transmite a la entidad adquirente, de tal manera que ésta podrá seguir realizando la misma actividad en condiciones análogas, la operación de aportación de rama de actividad a que se refiere en la consulta cumpliría los requisitos formales del artículo 83.3 del TRLIS para acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS.

Esta circunstancia no se cumple en el caso consultado, en la medida en que la entidad SAREB no cuenta con medios materiales y personales necesarios para la gestión diferenciada de los activos aportados, por lo que la referida operación no tendrá la consideración de aportación no dineraria de rama de actividad.

Por su parte, el artículo 94 del TRLIS establece que:

“1. El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del sujeto pasivo de este impuesto o del contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las aportaciones no dinerarias en las que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en este por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados.

b) Que una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo aportante de este impuesto o el contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el cinco por ciento.

(...)

3. Los elementos patrimoniales aportados no podrán ser valorados, a efectos fiscales, por un valor superior a su valor normal de mercado.”

En los supuestos del artículo 94 del TRLIS, la aplicación del régimen especial exige que, una vez realizada la aportación, la entidad aportante participe en los fondos propios de la entidad que la recibe en, al menos, un 5%,

siempre que ésta última sea residente en territorio español o realice en el mismo actividades por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados.

Por tanto, en la medida en que la operación planteada de aportación de elementos aislados a otra sociedad cumpla lo establecido en el artículo 94 del TRLIS, podrá acogerse al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS.

Adicionalmente, el artículo 96.2 del TRLIS dispone la no aplicación del régimen fiscal especial regulado en el capítulo VIII del título VII del TRLIS "cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal."

Este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activo, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro, que justifica que a las mismas les sea aplicable dicho régimen en lugar del régimen general establecido para esas mismas operaciones en el artículo 15 del TRLIS. El fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral.

Por el contrario, cuando la causa que impulsa la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial.

En la medida en que la operación proyectada no tenga como finalidad principal el fraude o la evasión fiscal, se considerará económicamente válida a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRLIS.

La aplicación del régimen fiscal especial determinará, entre otros efectos, la subrogación del FAB en los derechos y obligaciones tributarias inherentes a los elementos patrimoniales aportados. En concreto, de existir activos en la SAREB que tuvieran derecho a la aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta del TRLIS, este derecho se transmitiría al FAB.

6. Se plantea la posibilidad de que la SAREB participe en un FAB de forma indirecta (FAB de segundo nivel) a través de su participación al 100% en otra entidad. De producirse dicha circunstancia, el FAB podría aplicar el régimen fiscal especial previsto en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012.

En la medida en que la SAREB mantenga una exposición al FAB en los términos señalados en el apartado 1 de la presente contestación, aun cuando sea de manera indirecta, el FAB de segundo nivel podrá aplicar el régimen fiscal especial previsto en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012. Dicha participación podría ostentarse, igualmente, a través de la participación en una sociedad mercantil o en otro FAB.

Ello conllevará la aplicación, a los partícipes del FAB de segundo nivel, del régimen fiscal previsto en el apartado 2 de la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012. En concreto, las rentas obtenidas por los partícipes no residentes contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente, estarán exentas del referido Impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

7 y 8. Se plantea por parte de la consultante qué debe entenderse por partícipe en los FAB, a efectos de lo dispuesto en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012, si es partícipe en fondos propios o en instrumentos de deuda, o en ambos.

El carácter de partícipe a efectos de la aplicación del régimen fiscal especial establecido en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012 debe entenderse como el referido a la participación en los valores emitidos en el momento de constitución del FAB o bien otros de análogo carácter.

Dicho carácter resulta igualmente atribuible a los partícipes no residentes contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

9. Se plantea la excepción a la obligación de practicar retención o ingreso a cuenta del Impuesto sobre Sociedades respecto de los rendimientos de los préstamos u otros derechos de crédito que supongan ingreso de los FAB.

La letra k) del artículo 59 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, exceptúa de la obligación de retención a los rendimientos de participaciones hipotecarias, préstamos u otros derechos de crédito que constituyan ingreso de los fondos de titulización.

No obstante, los FAB no tienen la calificación de fondos de titulización, ni se les aplica el mismo régimen fiscal, por lo que no resulta aplicable a los primeros la excepción a la obligación de retención establecida en el artículo 59.k) del RIS.

10. Por último, se plantea la aplicación en los FAB de lo dispuesto en el artículo 59 del TRLIS.

Tal y como señala el apartado 1 de la disposición adicional decimoséptima, a los FAB les resultará de aplicación el régimen fiscal previsto para las Instituciones de Inversión Colectiva establecido en el capítulo V del

título VII del TRLIS. Dicho régimen fiscal establece en el artículo 59 del TRLIS, que se integrará en la base imponible el importe de las rentas contabilizadas o que deban contabilizarse por el sujeto pasivo derivadas de las acciones o participaciones de las instituciones de inversión colectiva. Dicha regla resultará de aplicación a los partícipes de los FAB.

Impuesto sobre el Valor Añadido.

1. La Disposición Adicional décima de la Ley 9/2012 define los Fondos de Activos Bancarios (FAB en adelante) como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, constituidos por agrupaciones de activos o pasivos de la SAREB.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 84, apartado uno, número 1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre), serán sujetos pasivos de dicho tributo "las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto".

En cuanto a la consideración de sujeto pasivo del impuesto de una entidad carente de personalidad jurídica como los fondos de activos bancarios objeto de este informe, el apartado tres del artículo 84 de la Ley 37/1992 dispone:

"Tienen la consideración de sujetos pasivos las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto".

Por aplicación de dichos preceptos, los Fondos de Activos Bancarios son patrimonios separados susceptibles de imposición que realizan operaciones sujetas al impuesto, y por consiguiente, serán sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos previstos por la Ley 37/1992.

2. El artículo 7, número 1º, de la Ley 37/1992 establece un supuesto de no sujeción al Impuesto en los siguientes términos:

"No estarán sujetas al Impuesto:

1º. La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley.

Quedarán excluidas de la no sujeción a que se refiere el párrafo anterior las siguientes transmisiones:

a) (suprimida).

b) Las realizadas por quienes tengan la condición de empresario o profesional exclusivamente conforme a lo dispuesto por el artículo 5, apartado uno, letra c) de esta Ley, cuando dichas transmisiones tengan por objeto la mera cesión de bienes.

A estos efectos, se considerará como mera cesión de bienes la transmisión de bienes arrendados cuando no se acompañe de una estructura organizativa de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, que permita considerar a la misma constitutiva de una unidad económica autónoma.

c) Las efectuadas por quienes tengan la condición de empresario o profesional exclusivamente por la realización ocasional de las operaciones a que se refiere el artículo 5, apartado uno, letra d) de esta Ley.

A los efectos de lo dispuesto en este número, resultará irrelevante que el adquirente desarrolle la misma actividad a la que estaban afectos los elementos adquiridos u otra diferente, siempre que se acredite por el adquirente la intención de mantener dicha afectación al desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

En caso de que los bienes y derechos transmitidos, o parte de ellos, se desafecten posteriormente de las actividades empresariales o profesionales que determinan la no sujeción prevista en este número, la referida desafectación quedará sujeta al Impuesto en la forma establecida para cada caso en esta Ley.

Los adquirentes de los bienes y derechos comprendidos en las transmisiones que se beneficien de la no sujeción establecida en este número se subrogarán, respecto de dichos bienes y derechos, en la posición del transmitente en cuanto a la aplicación de las normas contenidas en el artículo 20, apartado uno, número 22.º y en los artículos 92 a 114 de esta Ley."

La nueva redacción del número 1º del artículo 7 de la citada Ley supone la actualización de los supuestos de no sujeción de las transmisiones globales de patrimonio para adecuar la Ley 37/1992 a la jurisprudencia europea establecida, entre otras, por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de noviembre

de 2003, recaída en el Asunto C-497/01, Zita Modes Sarl y la sentencia de 10 de noviembre de 2011, recaída en el Asunto C-444/10, Christel Schriever.

En este sentido, el Tribunal señaló en el apartado 40 de la referida sentencia de 27 de noviembre de 2003 que “el concepto de «transmisión, a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes» debe entenderse en el sentido que comprende la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa, con elementos corporales y, en su caso, incorporeales que, conjuntamente, constituyen una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma, pero que no comprende la mera cesión de bienes, como la venta de existencias.”.

Debe tenerse en cuenta que el criterio establecido por el Tribunal ya había sido reiteradamente aplicado por este Centro directivo en contestación a consultas tributarias; criterio claramente confirmado por la nueva redacción del artículo 7.1º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por tanto, siempre que los elementos transmitidos constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, su transmisión no se sujetará al Impuesto.

Los activos y pasivos que la SAREB aporta a los FAB tendrán la consideración de una universalidad de bienes capaz de desarrollar de manera autónoma una actividad empresarial en la medida en que dicha transmisión se realice junto con los medios materiales y/o humanos necesarios.

En relación con las transmisiones de activos y pasivos objeto de este informe, resulta que la gestión material de dichos activos se desarrolla por las entidades transmitentes de los activos a la SAREB, en tanto ésta última desarrolle sus propios medios de gestión adecuados. Por tanto, en la medida en que la posterior transmisión de activos supone una escisión de la aportación inicial y dicha escisión no va acompañada de los medios materiales ni personales, la misma no puede calificarse como unidad económica autónoma en los términos previstos en el artículo 7.1 de la Ley 37/1992.

3. El Régimen especial del grupo de entidades se regula en los artículos 163 quinquies a 163 nonies de la Ley 37/1992 estando recogido su desarrollo reglamentario en el Capítulo VII del Título VIII del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre (BOE del 31).

Dicha normativa tiene su correlato en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

El artículo 163 quinquies de la Ley 37/1992, establece los requisitos subjetivos del régimen.

En este sentido, el apartado primero de dicho precepto establece lo siguiente: “podrán aplicar el régimen especial del grupo de entidades los empresarios o profesionales que formen parte de un grupo de entidades. Se considerará como grupo de entidades el formado por una entidad dominante y sus entidades dependientes, siempre que las sedes de actividad económica o establecimientos permanentes de todas y cada una de ellas radiquen en el territorio de aplicación del Impuesto. Ningún empresario o profesional podrá formar parte simultáneamente de más de un grupo de entidades.”.

Con dicho planteamiento general, los apartados dos y tres del mismo precepto legal definen específicamente qué se considera como entidad dominante y como dependiente, respectivamente, señalando a tales efectos los siguientes requisitos:

“Dos. Se considerará como entidad dominante aquella que cumpla los requisitos siguientes:

a) Que tenga personalidad jurídica propia. No obstante, los establecimientos permanentes ubicados en el territorio de aplicación del Impuesto podrán tener la condición de entidad dominante respecto de las entidades cuyas participaciones estén afectas a dichos establecimientos, siempre que se cumplan el resto de requisitos establecidos en este apartado.

b) Que tenga una participación, directa o indirecta, de al menos el 50 por ciento del capital de otra u otras entidades.

c) Que dicha participación se mantenga durante todo el año natural.

d) Que no sea dependiente de ninguna otra entidad establecida en el territorio de aplicación del Impuesto que reúna los requisitos para ser considerada como dominante.

Tres. Se considerará como entidad dependiente aquella que, constituyendo un empresario o profesional distinto de la entidad dominante, se encuentre establecida en el territorio de aplicación del Impuesto y en la que la entidad dominante posea una participación que reúna los requisitos contenidos en las letras b) y c) del apartado anterior. En ningún caso un establecimiento permanente ubicado en el territorio de aplicación del Impuesto podrá constituir por sí mismo una entidad dependiente.”.

Del apartado primero de esta contestación resulta que los FAB actúan como empresarios o profesionales y son sujetos pasivos del Impuesto. En consecuencia, en la medida en que la SAREB tenga participaciones, directa

o indirectas, de al menos el 50 por ciento de dichos fondos, dichas entidades podrán aplicar el régimen especial de grupos de entidades en donde la SAREB actuaría como entidad dominante del mismo.

4. El apartado 4 de la Disposición Adicional Décima de la Ley 9/2012 dispone en relación con la gestión de los FAB lo siguiente:

“4. La gestión y representación de los FAB estarán necesariamente encomendadas, con carácter reservado, a sociedades gestoras de fondos de titulación de activos que adapten su régimen jurídico a las especialidades que se determinan en esta Ley y en su normativa de desarrollo.”

La Ley 37/1992 regula en su artículo 20.Uno.18º la exención de determinadas operaciones financieras. En lo que al informe interesa, la letra n) de dicho apartado establece la exención de las siguientes operaciones:

“n) La gestión y depósito de las Instituciones de Inversión Colectiva, de las Entidades de Capital-Riesgo gestionadas por sociedades gestoras autorizadas y registradas en los Registros especiales administrativos, de los Fondos de Pensiones, de Regulación del Mercado Hipotecario, de Titulación de Activos y Colectivos de Jubilación, constituidos de acuerdo con su legislación específica.”

Por tanto, estarán exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido por aplicación del artículo 20, apartado uno, número 18º, letra n) de la Ley 37/1992, los servicios de gestión de los FAB prestados por las sociedades gestoras de los mismos.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

En relación con el mantenimiento de la exposición del FROB a los FAB, resulta plenamente válido lo dispuesto en el apartado 1 de la contestación establecida para el Impuesto sobre Sociedades.

Por otra parte, en lo que respecta a las cuestiones planteadas respecto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), la constitución de los FAB no está expresamente exonerada de la modalidad de operaciones societarias, toda vez que existe una exención general para las constituciones de sociedades y demás entidades equiparadas a las mismas, así como para las ampliaciones de capital o de patrimonio de las mismas, incluso si no estuvieran sujetas, no les sería exigible tal tributo.

En lo que respecta a la posible aplicación de la excepción a la exención, establecida en el artículo 108.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, las participaciones de los FAB que se transmitan, suponiendo su cualidad de valores, no darían lugar a la exigencia de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre el Valor Añadido o del ITP y AJD, en su caso, por no darse las condiciones establecidas en dicho precepto.

La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas, que pudieran tener relevancia en la determinación del propósito principal de la operación proyectada, de tal modo que podría alterar el juicio de la misma, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la operación realizada.

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.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.