

**BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE**

Referencia: NFC049993

DGT: 18-12-2013

N.º CONSULTA VINCULANTE: V3625/2013

**SUMARIO:**

**IS. Base imponible. Gastos deducibles. Pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales.** *Fondo de comercio financiero. Operación de canje de valores encuadrada dentro del régimen de neutralidad fiscal.* Una operación de canje de valores no impide la aplicación del régimen establecido en el art. 12.5 del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), en los mismos términos que se venían aplicando con anterioridad a la operación, teniendo en cuenta que la deducción fiscal del fondo de comercio financiero se debe hacer extensiva a distintos niveles de participación, de manera que el art. 12.5 del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS) resulte aplicable no sólo al referido fondo de comercio existente en una entidad directamente participada, sino también el que se encuentre en segundos o ulteriores niveles de participación. Para ello, será necesario probar, a través del balance consolidado o por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, que existe una parte del precio de adquisición de la entidad holding directamente adquirida que, en el momento de realizarse la misma, inequívocamente se corresponde con un fondo de comercio financiero existente en una entidad indirectamente participada sobre la que se cumplan los requisitos del art. 21 del RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS).

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 12, 15, 21, 83, 87 y 96.

Directiva 2009/133/CE del Consejo (Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro).

**Descripción sucinta de los hechos:**

En noviembre de 2004 la entidad consultante, sociedad anónima residente fiscal en España, cuyas acciones cotizaban en ese momento en mercados de valores, adquirió una entidad A, residente fiscal en Reino Unido, sociedad de las contempladas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE. Esta adquisición se efectuó a través de una operación calificada fiscalmente como de canje de valores tanto en la Directiva 90/434/CEE como en el artículo 83.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Como consecuencia de esta operación se puso de manifiesto en la entidad consultante un fondo de comercio financiero que viene deduciendo en su Impuesto sobre Sociedades desde entonces.

En octubre de 2008 la entidad consultante adquirió en 100% de otra entidad británica B a través de una operación similar a la anterior, también acogida al régimen especial del capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

En diciembre de 2008 la entidad B amplió capital que suscribió la entidad A. Como consecuencia de dicha operación, la entidad A pasó a ser accionista de la entidad B en un 35%. En un momento inmediatamente posterior y con la finalidad de integrar las operaciones que el grupo de la entidad consultante tiene en Reino Unido, la entidad consultante aportó su participación en la sociedad B a su filial la entidad A, también en el marco del régimen fiscal del canje de valores. La aplicación de este régimen fiscal implicó que las acciones que la entidad consultante adquirió de la entidad A como consecuencia de la aportación tuvieran la misma antigüedad y el mismo coste fiscal que las acciones de la entidad B aportadas en el canje. En todo caso, esta operación no tuvo influencia alguna en el fondo de comercio financiero surgido en la adquisición originaria de la entidad A, que la entidad consultante continuó amortizando anualmente.

En agosto de 2010 la entidad A efectuó una ampliación de capital que fue suscrita enteramente en efectivo por una entidad C, sociedad residente en España, del mismo grupo fiscal que la entidad consultante, pasando a tener la entidad C el 23% de la entidad A y la entidad consultante el 77% restante.

En estos momentos, la entidad consultante se plantea reestructurar su negocio en Reino Unido por las siguientes razones:

- Cumplir con las expectativas puestas de manifiesto por el Banco de Inglaterra en virtud de las cuales, desde la perspectiva de los planes de resolución y recate, los bancos británicos deberían ser filiales de una holding británica, no financiera.

- Proporcionar flexibilidad a la entidad A para que pueda implementar la reorganización que, de acuerdo con la "Independent Banking Commission", va a tener que acometer con la finalidad de separar la banca minorista de clientes del resto de sus actividades.

- Permitir una estructura que posibilite, en un futuro, cotizar las acciones del grupo en Reino Unido en un mercado organizado.

El cumplimiento de estos objetivos se pretende conseguir a través de un proyecto con dos fases:

1. En primer lugar, la entidad consultante y la entidad C constituirían una sociedad en Reino Unido en la que cada una de ellas tendrían el mismo porcentaje de participación que ahora ostentan en el capital de la entidad A. Esta sociedad, entidad D, ampliará capital que será desembolsado por sus dos accionistas a través de la aportación de las acciones que tienen en la entidad A. El valor contable al que se emitirán las acciones de la entidad D será equivalente al valor neto patrimonial que en ese momento tenga la entidad A. La entidad D, constituida en Reino Unido tendrá una de las formas incluidas en el anexo de la Directiva 90/434/CEE y estará sujeta al impuesto sobre sociedades vigente en dicho país.

Esta aportación se realizará como una operación de canje de valores tal y como se define en el artículo 83.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

2. En un momento posterior, y una vez que se despejen definitivamente las incertidumbres regulatorias, se produciría una reorganización en la entidad A con la finalidad de cumplir con el mandato de su regulador, separándose la actividad de banca minorista o de clientes del resto. Mercantilmente no está clara la fórmula que se seguirá para hacer esta reorganización, pero en todo caso, se hará en Reino Unido, reorganizando los activos que directa o indirectamente tenga la entidad D.

#### **Cuestión planteada:**

1. Si la operación consistente en la aportación por la entidad consultante y la entidad C de sus participaciones en la entidad A en contraprestación de la ampliación de capital que realice la entidad D, sociedad residente en Reino Unido de nueva constitución, puede acogerse al régimen especial del capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

2. Si en aplicación del citado régimen especial, la conservación del coste y de la antigüedad de los valores supone el mantenimiento del fondo de comercio financiero y de su deducibilidad fiscal en los mismos términos en que se venía haciendo.

#### **Contestación:**

En la presente contestación no se analiza la generación del fondo de comercio financiero consecuencia de la operación realizada por la entidad consultante en noviembre de 2004 en virtud de la cual adquirió la entidad A, ni la deducibilidad del mismo, partiendo de tales supuestos a estos efectos.

El capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, regula el régimen fiscal especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Al respecto, el artículo 83.5 del TRLIS establece que:

“5. Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.”

A su vez, el artículo 87.1 del TRLIS condiciona la aplicación del régimen fiscal del canje de valores al cumplimiento de dos requisitos:

“a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España.

Cuando el socio tenga la consideración de entidad en régimen de atribución de rentas, no se integrará en la base imponible de las personas o entidades que sean socios, herederos, comuneros o partícipes en dicho socio, la renta generada con ocasión del canje de valores, siempre que a la operación le sea de aplicación el régimen fiscal establecido en el presente Capítulo o se realice al amparo de la Directiva 90/434/CEE, y los valores recibidos por el socio conserven la misma valoración fiscal que tenían los canjeados.

b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.”

A la vista de lo expuesto en el escrito de consulta, la operación por la que la entidad consultante y la entidad C aportarán a la entidad D sus participaciones en la entidad A, tiene la consideración de canje de valores y estará comprendida entre las aludidas en el artículo 83.5 del TRLIS, dado que la entidad beneficiaria del canje de valores adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de votos de la misma y, en la medida que concurren las circunstancias del artículo 87 citadas, se podrá aplicar a la operación planteada el régimen especial previsto en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, en las condiciones y con los requisitos establecidos en dicha normativa.

A este respecto, los socios que realizan el canje de valores, la entidad consultante y la entidad C son residentes en territorio español, y la entidad que adquiere los valores, la entidad D, estará comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/133/CE (de acuerdo con la disposición adicional decimotercera del TRLIS, “las referencias normativas efectuadas en esta Ley y en otras disposiciones a la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, se entenderán realizadas a los preceptos correspondientes de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro”), por lo que se cumplen los requisitos señalados anteriormente.

Por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial requiere analizar lo establecido en el artículo 96.2 del TRLIS, según el cual:

“2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo 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 activos, 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 la toma 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 en esas operaciones.

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

En el escrito de consulta se indica que la operación planteada tiene como objetivos cumplir con las expectativas puestas de manifiesto por el Banco de Inglaterra en virtud de las cuales, desde la perspectiva de los planes de resolución y recate, los bancos británicos deberían ser filiales de una holding británica, no financiera; proporcionar flexibilidad a la entidad A para que pueda implementar la reorganización que, de acuerdo con la “Independent Banking Commission”, va a tener que acometer con la finalidad de separar la banca minorista de clientes del resto de sus actividades; y permitir una estructura que posibilite, en un futuro, cotizar las acciones del grupo en Reino Unido en un mercado organizado. Los motivos alegados se pueden considerar económicamente válidos a los efectos del artículo 96.2 del TRLIS.

En la aplicación del régimen fiscal del canje de valores, el artículo 87 del TRLIS establece en su apartado 3 que:

“3. Los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este impuesto o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida.

Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados.”

Teniendo en cuenta que la operación de canje de valores se encuadra dentro del régimen de neutralidad fiscal, cabe indicar que la deducibilidad del fondo de comercio financiero resultará de aplicación en relación con las acciones recibidas con ocasión del canje de valores, siempre que se cumplan el resto de requisitos exigidos en la norma, de manera que los derechos inherentes a las participaciones aportadas deben hacerse extensivo respecto a las participaciones recibidas.

Ello significa que la operación de canje de valores de la entidad A a la entidad D por parte de la consultante no impedirá la aplicación del régimen establecido en el artículo 12.5 del TRLIS, en los mismos términos que se venían aplicando con anterioridad a la operación de canje de valores, teniendo en cuenta que la deducción fiscal del fondo de comercio financiero se debe hacer extensiva a distintos niveles de participación, de manera que el artículo 12.5 del TRLIS resulte aplicable no sólo al referido fondo de comercio existente en una entidad directamente participada, sino también el que se encuentre en segundos o ulteriores niveles de participación. Para ello, será necesario probar, a través del balance consolidado o por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, que existe una parte del precio de adquisición de la entidad holding directamente adquirida que, en el momento de realizarse la misma, inequívocamente se corresponde con un fondo de comercio financiero existente en una entidad indirectamente participada sobre la que se cumplan los requisitos del artículo 21 del TRLIS.

La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por la 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 podrían 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.