



FUSIONES DE SICAVS Y FONDOS. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONSULTA V2932-16, DE 23 DE JUNIO

En los últimos meses se han publicado numerosas consultas de la Dirección General de Tributos (“DGT”) sobre las implicaciones fiscales de la absorción por un fondo de inversión de una o varias SICAV/S en una operación de fusión. En todas ellas, se venía a decir que los motivos aducidos por los consultantes eran motivos económicos válidos para la realización de la operación de fusión.

Nadie había planteado a la DGT si, tras la operación de fusión, los partícipes del fondo absorbente podían aplicar el régimen de traspaso entre fondos sin tributación previsto en el artículo 94 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (“LIRPF”), probablemente porque se daba por hecho.

En el escenario descrito, la consulta V2932-16, de 23 de junio, recientemente publicada, ha resultado especialmente llamativa. En ella, la DGT se refiere a una fusión en la que un fondo de inversión absorbe a una SICAV aplicando el régimen especial de fusiones previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”). Dicho régimen permite a los accionistas de la SICAV diferir la tributación de la plusvalía generada con ocasión de la fusión. La aplicación del régimen está condicionada a la existencia de motivos económicos válidos distintos de la mera obtención de una ventaja fiscal. En caso de que el principal objetivo sea la obtención de una ventaja fiscal, la Inspección podrá denegar la aplicación de la misma.

La DGT señala en la citada consulta que cabe la aplicación del régimen, pero que al producirse el posterior traspaso de las participaciones del fondo (adquiridas en virtud de la fusión), la renta diferida con ocasión de la fusión correspondiente a las participaciones transmitidas tributará, sin aplicar a dicha renta el régimen de traspasos entre fondos sin coste fiscal, previsto en el artículo 94 de la LIRPF. Por otro lado, considera que si el propósito de la fusión fuese aplicar el régimen de traspasos, el mismo no se podría considerar como un motivo económico válido.

El objeto de la presente Newsletter es, por un lado, analizar el planteamiento de la DGT desde un punto de vista técnico y, por otro lado, ver cómo puede afectar la consulta V2932-16 a personas o entidades que hayan realizado o vayan a realizar operaciones de fusión, similares a la planteada en la consulta.

Aplicación del régimen de traspasos entre fondos

De acuerdo con el artículo 81 LIS, el diferimiento previsto para las operaciones de fusión se produce en sede de los socios de la entidad absorbida porque “Los valores recibidos en virtud de las operaciones de fusión y escisión, se valoran, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, 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”. Es decir, como consecuencia de que las participaciones del fondo mantienen el valor de las acciones de la SICAV, cuando los partícipes deban integrar en su base imponible plusvalías derivadas de la venta de las participaciones recibidas en la fusión, tributarán por la plusvalía de los títulos de la SICAV diferida en la fusión, pero la LIS no prevé que esto ocurra en un momento anterior, como parece afirmar la consulta V2932-16.

El artículo 94 de la Ley del IRPF establece que, cumpliéndose determinados requisitos, cuando el importe obtenido como consecuencia del reembolso o transmisión de participaciones en fondos de inversión se destine a la adquisición de otras participaciones en fondos, **no procederá computar la ganancia o pérdida patrimonial y las nuevas participaciones conservarán el valor y la fecha de adquisición de las anteriores.**

En definitiva, si integramos ambas normas, con ocasión del traspaso entre fondos de inversión posterior a la fusión no se produce ninguna ganancia o pérdida patrimonial (por lo que no procede integrar renta alguna en la base imponible del IRPF) y, además, las nuevas participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las transmitidas o

reembolsadas, esto es, el que tuviesen las acciones de la SICAV fusionada (por imperativo de la normativa del Impuesto sobre Sociedades). La normativa del IRPF no habla de integrar la renta diferida en la fusión.

Lo anterior no admite duda y, además ha sido reconocido ya por la propia DGT, por ejemplo, en la escisión de una empresa familiar bajo el régimen de fusiones y posterior donación a un hijo por el padre mayor de 65 años, de acciones de una de las sociedades beneficiarias (supuesto en el que, según el artículo 33.3.c de la Ley del IRPF, se estima que no existe ganancia patrimonial). De acuerdo con el criterio de la consulta objeto de esta nota, la donación exigiría tributar por la renta diferida en la fusión. Sin embargo, en la consulta V0853-11, de 1 de abril, la DGT se pronunció en sentido contrario, considerando que en la donación posterior a la escisión no existía ganancia patrimonial y, consecuentemente, no procedía integrar renta alguna en la base imponible.

Podemos pensar en un ejemplo aún más evidente: la desaparecida plusvalía del muerto. De acuerdo con el artículo 33.3 LIRPF, *“se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente”*. Pues bien, de acuerdo con el novedoso criterio de la DGT, con ocasión de la muerte del contribuyente deberían integrarse en la base imponible del muerto las rentas diferidas con ocasión de la fusión. No es algo previsto en la normativa y, además, obligaría a revisar todas las declaraciones de IRPF de fallecidos en ejercicios no prescritos en cuya herencia estuviesen incluidas acciones o participaciones procedentes de operaciones de reestructuración acogidas al régimen especial de fusiones.

En definitiva, no creemos que el criterio de la DGT sea técnicamente sostenible, pues no tiene soporte legal y podrá ser discutido en vía administrativa y judicial. Otra cosa es que dicho criterio esté anticipando una modificación normativa, pero, en ese caso, la eventual modificación sólo aplicaría desde su entrada en vigor. No obstante, dicho criterio llevará probablemente a que las gestoras practiquen retención sobre la renta diferida en la fusión y, también, a que los partícipes impugnen el acto de retención en vía económico-administrativa para intentar defender que la retención no es ajustada a Derecho por no existir ganancia patrimonial. **En definitiva, la DGT va a obligar a las gestoras, por un lado, a hacer un cálculo complicado para calcular la retención y, por otro, a tener una carga de trabajo administrativo para atender a los requerimientos de los tribunales económico-administrativos en dichas reclamaciones.**

Motivos económicos válidos

El artículo 89.2 LIS señala que *“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”*.

Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”.

La consulta V2932-16 señala que *“al resultar más beneficioso el régimen de diferimiento previsto en el IRPF en el caso de transmisión de participaciones en fondos de inversión, en relación con la tributación que hubiera correspondido de transmitirse las participaciones en las sociedades de inversión de capital variable, cabría plantearse cuál es la finalidad preponderante de la operación, si son las anteriormente esgrimidas, o si por el contrario la ventaja fiscal señalada resultaría ser la finalidad principal de esta operación de fusión. De resultar esta última, se consideraría que la operación tiene como finalidad principal el fraude o la evasión fiscal, no resultando, por tanto, económicamente válida, a los efectos de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS”*.

En nuestra opinión el planteamiento es incongruente con los párrafos anteriores de la consulta. Si, según la propia consulta, al traspasar fondos se integra la renta diferida en la fusión, parece difícil que la fusión se haga con el fin de aplicar el régimen de traspasos. Veámoslo con un ejemplo. Imaginemos una SICAV con un patrimonio de 10 millones de euros en la que los socios tienen plusvalías latentes por 6 millones de euros. Si esa SICAV se fusiona con un fondo y, al cabo de un año, cuando la rentabilidad del fondo desde la fusión ha sido de un 3% (300.000 euros), se traspasan la totalidad de las participaciones del fondo, los antiguos accionistas de la SICAV deberían integrar en su base imponible 6 millones de euros y diferirían por aplicación del régimen de traspasos 300.000 euros. En ese escenario, no parece razonable pensar que aplicar el régimen de traspasos fuese el objetivo de la fusión, cuando la propia DGT está limitando enormemente la aplicación del mismo.

Por otro lado, lo que no dice la DGT es qué ocurre si se entiende que el motivo de la fusión es aplicar el régimen de traspasos. En nuestra opinión, de acuerdo

con la redacción de la cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones introducida por la LIS, el efecto se limitaría a no permitir aplicar el régimen de traspasos (en el ejemplo anterior los 300.000 euros), pues la norma establece claramente que *“las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”*

Consideraciones respecto a las conclusiones de la consulta de la DGT en relación con operaciones planteadas/ejecutadas

En primer lugar, la consulta no deniega la posibilidad de aplicar el régimen de fusiones y, por lo expuesto en la propia consulta, no parece que la aplicación del régimen de traspasos pueda configurarse como el motivo para realizar la fusión.

En cualquier caso, si la aplicación del régimen de traspasos se considerase como la ventaja fiscal, la denegación del régimen de traspasos al partícipe que traspase no sería muy material (en el ejemplo anterior

se incluirían 300.000 euros más en la base imponible, cuando la plusvalía gravable serían 6.300.000).

En segundo lugar, lo realmente importante de cara a la fusión, es que resulte de aplicación el régimen especial de fusiones y que no hagan a los accionistas de la SICAV tributar por las plusvalías latentes, cosa que la Consulta V2932-16 no parece poner en cuestión, por lo que no debería afectar a consultas emitidas con anterioridad.

Por último, a pesar de que la DGT se pronuncia sobre el régimen aplicable a los traspasos, debe tenerse en cuenta que la tributación dependerá de la normativa aplicable en el momento de hacer el traspaso y, además, en ese momento, cabría formular una nueva consulta a la DGT referida exclusivamente al régimen fiscal del traspaso. Esa consulta, previsiblemente, sería resuelta por la Subdirección de Tributación de Operaciones Financieras o, en su caso, por la de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por lo que, llegado el momento, habría que ver su postura, ya que la contestación sería vinculante para la Administración.

Contactos del Departamento Fiscal:

Madrid

Alejandro Fernández-Zugazabeitia
afernandez@ramoncajal.com

Andrés Jiménez
ajimenez@ramoncajal.com

Gonzalo Molina
gmolina@ramoncajal.com

Vicente Peralta
vperalta@ramoncajal.com

Luis Rodríguez-Ramos
lrodriguez-ramos@ramoncajal.com

Guillermo Salvo
gsalvo@ramoncajal.com

Pablo Vidal
pvidal@ramoncajal.com

Barcelona

Mar Alcaraz
mmalcaraz@ramoncajal.com

Alberto Heras
aheras@ramoncajal.com

Sergi Rovira
srovira@ramoncajal.com

© 2016 Ramón y Cajal Abogados, S.L.P.

La información contenida en esta Newsletter es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.