

COMENTARIOS A LA LEY 11/2021, DE 9 DE JULIO, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Directores:
PABLO CHICO DE LA CÁMARA
JAVIER GALÁN RUIZ

(...)

Capítulo 2

Modificaciones en el régimen de tributación de las SICAV en el Impuesto sobre Sociedades

JOSÉ MANUEL ORTIZ DE JUAN
Abogado de CUATRECASAS

SUMARIO: I. NUEVAS REGLAS ESPECIALES PARA LA APLICACIÓN POR LAS SICAV DEL TIPO DE GRAVAMEN DEL 1% EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 1. *El tipo de gravamen reducido del 1% de las instituciones de inversión colectiva en el Impuesto sobre Sociedades. Justificación y requisitos* 2. *La problemática fiscal de las SICAV con alta concentración de capital en pocos accionistas como antecedente de las modificaciones introducidas por la Ley 11/2021.* 3. *Nuevas reglas especiales para la aplicación del tipo de gravamen del 1% en el IS.* II. RÉGIMEN TRANSITORIO ESPECIAL DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SICAV.

Una de las novedades más relevantes que se han introducido por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (en lo sucesivo, Ley 11/2021), afecta a la tributación de las sociedades de inversión de capital variable (SICAV).

Las SICAV son instrumentos de inversión colectiva con forma societaria sujetos a legislación especial armonizada en la Unión

Europea y cuyo funcionamiento está sometido a la supervisión y control de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Según las estadísticas más recientes publicadas por la CNMV¹, en el primer trimestre de 2021 en España existían 2.383 SICAV que gestionan un patrimonio financiero de 27.659 millones de euros, cifras que ponen de manifiesto que las modificaciones fiscales aprobadas se proyectan sobre una realidad económica muy relevante.

Las modificaciones fiscales introducidas en el régimen de tributación de las SICAV, que surtirán efectos en los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2022, se contienen en los apartados Dos y Seis del artículo primero de la Ley 11/2021 y consisten, resumidamente, en:

- El establecimiento de nuevas reglas especiales sobre el cómputo del número mínimo de accionistas para que una SICAV pueda aplicar el tipo de gravamen del 1% en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) y la atribución de competencias para el control del cumplimiento de estas reglas especiales a efectos tributarios a la Administración tributaria, y
- La regulación de un régimen fiscal especial de disolución y liquidación de SICAV caracterizado por una ausencia de tributación a condición de que el accionista reinvierta la cuota de liquidación de la SICAV en determinadas instituciones de inversión colectiva.

I. NUEVAS REGLAS ESPECIALES PARA LA APLICACIÓN POR LAS SICAV DEL TIPO DE GRAVAMEN DEL 1% EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Para una mejor comprensión de las modificaciones fiscales aprobadas se hace preciso una exposición previa de las razones jurídicas que justifican la aplicación de un tipo de gravamen del 1% a las instituciones de inversión colectiva en el IS, así como un análisis de la problemática fiscal existente en relación con determinadas SICAV caracterizadas por una alta concentración de capital en pocos inversores.

1. EL TIPO DE GRAVAMEN REDUCIDO DEL 1% DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. JUSTIFICACIÓN Y REQUISITOS

Las instituciones de inversión colectiva (en lo sucesivo, IIC), tanto fondos como sociedades de inversión, tienen la consideración legal

de sujetos pasivos del IS y, como tales, quedan sujetas a tributación en dicho impuesto mediante un régimen especial cuya principal característica es la aplicación de un tipo de gravamen reducido del 1%.

El régimen fiscal especial de tributación de las IIC se fundamenta en el principio de neutralidad, en cuya virtud la rentabilidad derivada de la inversión indirectamente realizada a través de la IIC por parte del inversor, sea éste un pequeño ahorrador persona física o un inversor corporativo, no soporte una mayor carga tributaria que la que le deba corresponder en última instancia en su imposición personal. En la práctica, este esquema de tributación implica un diferimiento en la tributación de las rentas asociadas a la inversión que se canalice a través del vehículo de inversión (la IIC), rentas que tributarán en sede del accionista o partícipe en función de las reglas que resulten de aplicación en su imposición personal.

La aplicación de este principio de neutralidad tributaria se plasma en el establecimiento de un tipo de gravamen del 1% para las IIC en el IS. Se renuncia a gravar –salvo por el citado tipo “de control” del 1%– las rentas generadas en este tipo de entidades por las inversiones que las mismas realicen, y se difiere el pago de impuestos por la obtención de estas rentas al momento en que se materialicen en sede del partícipe o accionista, bien mediante su distribución a este último en forma de dividendo, participación en beneficios o fórmulas equivalentes, bien mediante la transmisión o reembolso de las acciones o participaciones. La renta así obtenida por el partícipe o accionista tributará en su impuesto personal conforme a las reglas que resulten de aplicación.

La aplicación del tipo de gravamen del 1% a las IIC queda sujeta por el art. 29.4 de la LIS al cumplimiento de determinados requisitos que varían según se trate de IIC de naturaleza financiera o inmobiliaria.

Ciñendo la exposición a las SICAV, por ser este tipo de vehículos de inversión colectiva con forma societaria el afectado por las modificaciones introducidas por la Ley 11/2021, para que una SICAV tribute en el IS al tipo de gravamen del 1% deberán cumplirse dos requisitos:

- 1°. Tener la consideración de sociedad de inversión con arreglo a lo previsto por la Ley 35/2003, de 24 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC).

2°. Tener el número mínimo de accionistas que exija la LIIC. Actualmente, el artículo 9.4 de la LIIC exige que las SICAV tengan un número mínimo de 100 accionistas, si bien se prevé la posibilidad, sujeta a desarrollo reglamentario, de establecerse un número distinto atendiendo a los tipos de activos en que la SICAV materialice sus inversiones, la naturaleza de los accionistas, la liquidez de la sociedad u otros requisitos adicionales de distribución del capital entre los accionistas.

En el caso de las SICAV por compartimentos, cada compartimento debe tener un mínimo de 20 accionistas, debiendo en todo caso respetarse el mínimo de 100 accionistas, tal y como establece el artículo 6.4 del Reglamento de desarrollo de la LIIC, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio (RIIC).

Aquellas SICAV que no satisfagan el requisito de tener al menos 100 accionistas incurrirán en causa de revocación de su autorización administrativa, que sólo puede ser acordada por la CNMV. En particular, si la reducción del mínimo de 100 accionistas es un incumplimiento imputable a las circunstancias del mercado o al incumplimiento de la LIIC o de la Ley de Sociedades de Capital, entonces la SICAV dispondrá del plazo de un año para reconstituir el capital y el número mínimo de accionistas de forma permanente, renunciar a la autorización concedida o decidir su disolución. En definitiva, las SICAV que no cumplan con el umbral mínimo de 100 accionistas se exponen a que la CNMV revoque la autorización como institución de inversión colectiva, pasando a tener la consideración de sociedad anónima ordinaria.

Además de la posible pérdida de la condición de SICAV, la reducción del número mínimo de accionistas tiene varios efectos en el ámbito tributario, siendo el más relevante el sometimiento, a partir del período impositivo en que se produzca la revocación, al régimen general de tributación en el IS con aplicación del tipo general de gravamen actualmente fijado en un 25%.

2. LA PROBLEMÁTICA FISCAL DE LAS SICAV CON ALTA CONCENTRACIÓN DE CAPITAL EN POCOS ACCIONISTAS COMO ANTECEDENTE DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 11/2021

El problema que trata de resolver las modificaciones fiscales introducidas por la Ley 11/2021 es el relativo a aquellas SICAV cuyo capital está en su práctica totalidad concentrado en manos de un único accionista o en manos de unos pocos accionistas unidos por vínculos de parentesco. Es decir, SICAV que, aun cumpliendo

formalmente con el requisito de tener al menos 100 accionistas, tienen un capital social que pertenece mayoritariamente a un grupo reducido de personas que controla aproximadamente el 99% – normalmente un grupo familiar– y, por otra, a un grupo mayoritario de accionistas que se reparten el 1% restante –coloquialmente conocidos como “mariachis”–.

Las estructuras de inversión en SICAV que responden a este perfil proliferaron desde el año 1997 como consecuencia de las interpretaciones entonces evacuadas por la CNMV en relación con el requisito de difusión accionarial mínima vinculado a la exigencia legal entonces vigente de que las denominadas SIMCAV tuvieran admitidas las acciones a negociación en Bolsa de Valores.

En su Carta Circular 3/1997, de 31 de marzo, sobre los requisitos exigibles a las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable para la admisión de sus valores a negociación en bolsa de valores, la CNMV interpretó que a las SIMCAV de nueva creación no se les debían exigir en el momento de solicitar la admisión de sus acciones a negociación en bolsa los requisitos de difusión accionarial mínima previstos por el entonces vigente Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio de 30 de junio de 1967. De acuerdo con el artículo 32 del citado Reglamento, a efectos de verificar la distribución mínima de las acciones en bolsa no se permitía computar entre los titulares de las acciones a quienes tuvieran una participación individual, directa o indirecta, igual o superior al 25% del capital social. Sin embargo, según indicó la CNMV en su Circular 3/1997, el régimen de funcionamiento de las SIMCAV garantizaba plenamente el compromiso de atender las ofertas y demandas de sus acciones en régimen de mercado, y por ello se permitió computar a los accionistas con más del 25% del capital social a efectos del cumplimiento del requisito de diversificación mínima de las acciones en el mercado.

Idéntico criterio evacuó la CNMV en su Nota Informativa de 18 de noviembre de 1997 en respuesta a consultas planteadas sobre los requisitos de difusión exigibles a las SIMCAV para la permanencia de sus acciones a negociación en Bolsa de Valores. En su nota informativa, la CNMV consideró que en relación con la exigencia a las SIMCAV de los requisitos de difusión establecidos en el artículo 32.1 del Reglamento de Bolsas Oficiales de Comercio para la admisión y permanencia a negociación en Bolsa, no debían excluirse del cómputo los accionistas con participaciones individuales en el capital social, de forma directa o indirecta, iguales o superiores al 25% y de tener un número mínimo de 100 accionistas con participación individual inferior al 25 por 100 del capital.

Estas interpretaciones del Órgano regulador de los mercados de valores determinó, en la práctica, que bastaba con el cumplimiento del requisito de 100 accionistas sin mayor dispersión del capital y, por tanto, para el cómputo del número mínimo de accionistas de las SIMCAV se podían tener en cuenta tanto los accionistas que tuvieran participaciones inferiores al 25% como los que tuvieran participaciones iguales o superiores al 25%.

Al amparo de estas interpretaciones, durante los años siguientes se constituyeron miles de SICAV con más de 100 accionistas cuya estructura accionarial respondía al mismo patrón: uno o muy pocos accionistas que concentran la mayor parte del capital social y muchos accionistas con inversiones muy minoritarias que agrupan porcentajes ínfimos del capital social.

Las SICAV así configuradas siempre han generado el debate de si respondían a auténticas instituciones de inversión colectiva, precisamente por faltarles el carácter “colectivo”, elemento esencial de estos vehículos de inversión que canalizan el ahorro de una pluralidad de inversores hacia los mercados de capitales.

Es éste, sin duda, un debate complejo porque el carácter “colectivo” de estos vehículos de inversión no aparece definido en 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 (OICVM), que se limita a exigir que tengan carácter abierto y que su objeto exclusivo sea la inversión colectiva de los capitales obtenidos de los inversores, sin concretar en ningún momento bajo qué parámetros se mide la colectividad. En el ámbito interno, el artículo 9.4 de la vigente LIIC exige que el número mínimo de accionistas sea de al menos 100, cifra que parece asociarse con la “colectividad” del vehículo. Ahora bien, dicho artículo es el sucesor natural del anterior artículo 9.2 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, en el que no se definía expresamente qué debía entenderse por colectividad ni en qué baremos se debía cifrar la misma, sino que se remitía a la normativa sobre cotización en Bolsa, en la que se exigía una dispersión mínima del capital en al menos 100 accionistas en los términos anteriormente expuestos.

Sea como fuere, durante los años 2005 y 2007 la inspección de los tributos llegó a cuestionar el carácter colectivo de estos vehículos de inversión mediante numerosas actuaciones de comprobación tributaria sobre SICAV. En dichas actuaciones de comprobación la

inspección de los tributos pretendió, en base al incumplimiento de los requisitos regulatorios aplicables –principalmente, el número mínimo de accionistas– privar a las SICAV de la aplicación del tipo de gravamen del 1% en el IS y regularizar los ejercicios abiertos a comprobación aplicando el diferencial de tipos entre el 1% y el entonces vigente tipo general de gravamen del 35%, si bien en uso de unas competencias que, como puso posteriormente de manifiesto la doctrina reiterada del Tribunal Económico Administrativo Central², correspondían en exclusiva a la CNMV.

En paralelo a la publicación de la doctrina del TEAC, y para dar la debida seguridad jurídica que evitase la elevada litigiosidad entre los contribuyentes y la inspección de los tributos, la Ley 23/2005 de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad zanjó la cuestión regulando los efectos derivados de determinados incumplimientos relativos a las IIC mediante la creación de un procedimiento en el que la competencia para la desautorización de una SICAV se reafirmaba en exclusiva para la CNMV, si bien facultando a la Administración tributaria para que, en aquellos casos en los que se pretendiese excluir la aplicación del régimen especial de tributación de las SICAV, pudiera dirigir a la CNMV una petición razonada de iniciación de un expediente de revocación o suspensión³.

Lo cierto es que desde el año 2005 han proliferado numerosas iniciativas, especialmente impulsadas por los grupos políticos con representación parlamentaria, que abogaban por la aprobación de una legislación específica que atribuyese a la Administración tributaria el control de las SICAV a efectos fiscales y que fijase requisitos específicos relativos al carácter “colectivo” de las IIC para que resultasen acreedoras del tipo de gravamen del 1% en el IS.

En este sentido, puede citarse como antecedente más próximo de las modificaciones aprobadas por la Ley 11/2021 la Proposición no de Ley presentada el 28 de septiembre de 2016 por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso, sobre medidas para la lucha contra el fraude y el delito fiscal en España (Exp. 161/000324) en la que se instaba al Gobierno a que adoptara una serie de medidas fiscales que, en lo relativo a las SICAV, consistían en:

“(…) 3. Devolver a la Agencia Tributaria el control fiscal de las SICAV, haciendo que las que no sean auténticas instituciones de inversiones colectiva no tributen al tipo privilegiado del 1% sino al tipo general del Impuesto de Sociedades.

4. Promover la apertura de las SICAV para que sean verdaderas instituciones de inversión colectiva y no vehículos de inversión privada de grandes fortunas con el

objetivo de tributar menos. En particular, se introducirán modificaciones en el régimen de las SICAV para garantizar que estas sociedades se utilicen como instrumentos de inversión colectiva, finalidad para la que originalmente se crearon. (...)” 4.

3. NUEVAS REGLAS ESPECIALES PARA LA APLICACIÓN DEL TIPO DE GRAVAMEN DEL 1% EN EL IS

Las críticas que se han hecho sobre la utilización de la figura de las SICAV en supuestos de alta concentración del capital en unos pocos inversores han llevado finalmente a que el legislador introduzca en la Ley 11/2021 nuevas reglas que, en principio, reforzarían el carácter colectivo de las SICAV –a efectos fiscales– y cuyo cumplimiento sería objeto de comprobación por la Administración tributaria.

Las razones por las que se establecen nuevos requisitos especiales para que las SICAV puedan aplicar el tipo de gravamen del 1% en el Impuesto sobre Sociedades se describen en la propia exposición de motivos de la Ley 11/2021 en los siguientes términos (el subrayado es nuestro):

“Finalmente, en relación con el Impuesto sobre Sociedades y al margen de la Directiva, se establecen requisitos adicionales para que las sociedades de inversión de capital variable (SICAV) puedan aplicar el tipo de gravamen del 1 por ciento.

Hasta ahora el número de accionistas requerido para la aplicación del tipo del 1 por ciento es, con carácter general, de 100 socios o socias, sin exigirse a cada uno de ellos una inversión mínima. Esta situación ha propiciado que sea habitual que las SICAV concentren porcentajes muy elevados de su accionariado en una o varias personas mientras que el resto del accionariado se reparte entre socios o socias con participaciones económicamente insignificantes, lo cual desvirtúa el carácter colectivo que cabe predicar de las SICAV y que justifica la aplicación del tipo de gravamen reducido.

Con el propósito de reforzar dicho carácter colectivo, se establecen requisitos objetivos que deben cumplir los socios y socias para que sean computables a efectos de la aplicación del tipo de gravamen del 1 por ciento, de forma que se garantice que dichos socios y socias tengan un interés económico en la sociedad. Este interés económico se cuantifica en función de un importe determinado de la inversión”.

Entrando en el detalle de las modificaciones aprobadas, el apartado Dos del Artículo Primero de La Ley 11/2021 ha modificado la redacción el artículo 29.1.a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, Ley del IS) para establecer que la aplicación del tipo reducido de gravamen del 1% en el IS requerirá el cumplimiento de nuevas reglas relativas al cómputo del número mínimo de accionistas. Así:

- 1.^a A efectos de cómputo del número mínimo de 100 accionistas, sólo computarán como accionistas aquellos que sean titulares de acciones por un importe igual o superior a 2.500 euros. Dicho importe se determinará de acuerdo con el valor liquidativo correspondiente a la fecha de adquisición de las acciones. Tratándose de SICAV por compartimentos, dicho importe será igual a 12.500 euros.
- 2.^a El número mínimo de accionistas así determinado deberá concurrir durante el número de días que represente al menos las tres cuartas partes del período impositivo.

Las reglas anteriores de cómputo del número mínimo de accionistas no resultarán aplicables a las siguientes instituciones de inversión colectiva:

- (a) Las Sociedades de Inversión Libre.
- (b) Las sociedades cuyos accionistas sean exclusivamente otras instituciones de inversión colectiva, conocidas como Sociedades Principales/ Subordinadas.
- (c) Las SICAV Índice Cotizadas.

La fijación del umbral de 2.500 euros como importe objetivo de inversión mínima para que cada accionista compute a efectos del tipo reducido de gravamen del 1% (12.500 euros si se trata de SICAV por compartimentos) es considerado por la exposición de motivos de la Ley 11/2021 como una inversión que responde a un “interés económico suficiente” en la entidad que refuerza su carácter colectivo a efectos fiscales. Será entonces, porque así lo ha previsto el legislador, cuando el requisito del número mínimo de 100 accionistas se considere fiscalmente válido a efectos de aplicar el tipo de gravamen del 1% en el IS.

El establecimiento de estos nuevos requisitos “fiscales” para el cómputo del número mínimo de 100 accionistas llevará a partir de ahora a un escenario en el que convivirán dos tipologías de SICAV:

- (i) Por una parte, las SICAV cuyos accionistas sí cumplan con el nuevo requisito de que durante tres cuartas partes del ejercicio el valor de las acciones sea igual o superior a 2.500 euros.
- (ii) Por otra, las SICAV cuyos accionistas no cumplan con el nuevo requisito de que durante tres cuartas partes del ejercicio el valor de las acciones sea igual o superior a 2.500 euros.

En ambos casos se tratará de SICAV válidamente autorizadas y registradas en la CNMV por contarse en ambos casos con un número mínimo de 100 accionistas. No obstante, mientras que las primeras podrán acceder a la aplicación del tipo de gravamen del 1% en el IS, las segundas, aunque sigan siendo instituciones de inversión colectiva a los ojos de la CNMV, fiscalmente no serán merecedoras de aplicar el tipo de gravamen del 1% en el IS, debiendo tributar al tipo general de gravamen, actualmente fijado en un 25%, y perdiendo los accionistas la ventaja de que la rentabilidad asociada a su inversión en la SICAV vea diferido su gravamen hasta el momento en que se produzca una transmisión o reembolso de las acciones.

Por otra parte, se establece que el control del cumplimiento de las nuevas reglas de cómputo del número mínimo de accionistas podrá realizarse a partir de ahora por la Administración tributaria, pero sólo a efectos fiscales.

En este sentido, se introduce un nuevo último párrafo en el artículo 29.4.a) de la LIS con la siguiente redacción:

“El cumplimiento de las reglas establecidas en los párrafos anteriores para determinar el número mínimo de accionistas podrá ser comprobado por la Administración Tributaria, a cuyo efecto la sociedad de inversión deberá mantener y conservar durante el período de prescripción los datos correspondientes a la inversión de los socios en la sociedad”.

Se observa, en una primera aproximación al precepto, que la nueva facultad de comprobación que se atribuye legalmente a la Administración tributaria se circunscribe a “las reglas establecidas en los párrafos anteriores para determinar el número mínimo de accionistas”. Es, por tanto, el requisito adicional de que los accionistas de la SICAV tengan una participación individual igual o superior a 2.500 euros –y sólo ese nuevo requisito– lo que la Administración tributaria podría comprobar, no pudiendo cuestionar el que una SICAV que ya disponga de más de 100 accionistas haya sido válidamente autorizada por la CNMV y esté operando con normalidad. Dicho con otras palabras, lo que la Administración puede comprobar a efectos fiscales no es tanto la cantidad de los accionistas cuanto la buena calidad de éstos a efectos fiscales por tener un valor individual de inversión igual o superior a 2.500 euros.

Asimismo, en este nuevo escenario al que lleva la legislación aprobada, en el que coexistirán SICAV con al menos 100 accionistas cuya inversión individual será igual o superior a 2.500 euros y SICAV con al menos 100 accionistas cuya inversión individual será inferior a 2.500 euros, podría quedar desvirtuado el procedimiento de

suspensión o revocación de SICAV previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad, por el que se faculta a la Administración tributaria a impulsar la incoación de un expediente de revocación mediante el traslado de una petición razonada a la CNMV. Al reconocerse a favor de la AEAT con efectos desde el 1 de enero de 2022 facultades de comprobación del número mínimo de accionistas de SICAV a efectos fiscales, la AEAT tendrá el camino expedito para regularizar fiscalmente las SICAV que incumplan el requisito del número mínimo de 100 accionistas con una inversión mínima individual de al menos 2.500 euros sin necesidad de instar ante la CNMV el inicio de un expediente administrativo tendente a la adopción de un acuerdo de revocación. Entendemos que el citado procedimiento de la Ley 23/2005 se convertirá en una alternativa muy residual para los casos en los que la Administración tributaria pretenda regularizar fiscalmente aquellas SICAV cuyos incumplimientos se deban a la infracción de otros requisitos legales distintos del número mínimo de accionistas.

II. RÉGIMEN TRANSITORIO ESPECIAL DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SICAV

En paralelo al establecimiento de nuevas reglas de cómputo del número mínimo de accionistas de la SICAV, el apartado Seis del artículo Primero de la Ley 11/2021 ha introducido una nueva disposición transitoria cuadragésimo primera en la Ley del IS en la que se establece un régimen fiscal especial ventajoso que permite la disolución y liquidación de las SICAV existentes a condición de reinversión de la cuota de liquidación en determinadas IIC.

Tal y como se indica en la exposición de motivos de la Ley 11/2021, la regulación de este régimen transitorio especial tiene como finalidad permitir que los socios de las SICAV puedan trasladar su inversión a otras IIC que cumplan los requisitos para poder aplicar el tipo de gravamen del 1% en el IS.

Las SICAV que pueden optar por la aplicación de este régimen transitorio especial son aquellas que cumplan los siguientes requisitos:

- (a) Haber aplicado el tipo de gravamen del 1% en el IS en los términos previstos por el artículo 29.4.a) de la Ley del IS en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2021.

- (b) Adoptar válidamente el acuerdo de disolución con liquidación durante el año 2022.
- (c) Realizar, con posterioridad al acuerdo de disolución con liquidación y dentro de los seis meses posteriores a dicho plazo, todos los actos o negocios jurídicos necesarios según la normativa mercantil hasta la cancelación registral de la sociedad en liquidación. Cabe interpretar que “el plazo” al que se refiere este tercer requisito es el plazo para la adopción válida del acuerdo de disolución con liquidación, que es el año 2022. Por tanto, la cancelación registral de la sociedad en liquidación debería producirse no más tarde del 30 de junio de 2023.

No podrán optar por la aplicación del régimen transitorio especial las sociedades de inversión libre y las SICAV índice cotizadas que adopten acuerdos de disolución con liquidación.

El tratamiento fiscal previsto por la disposición transitoria para estos supuestos de disolución con liquidación es el siguiente:

- (a) La operación de disolución estará exenta de la modalidad de gravamen Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- (b) La SICAV seguirá tributando en el IS al tipo de gravamen del 1% –en los términos previstos por el artículo 29.4.a) de la Ley del IS en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2021– en los períodos impositivos que concluyan hasta la cancelación registral de la sociedad en liquidación.
- (c) Los socios de la sociedad en liquidación que sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) no integrarán en la base imponible las rentas derivadas de la liquidación de la SICAV, a condición de que la totalidad del dinero o bienes recibidos en concepto de cuota de liquidación se reinvierta en la adquisición o suscripción de acciones o participaciones en una o varias IIC de las previstas en las letras a) y b) del artículo 29.4 de la Ley del IS, en cuyo caso las acciones y participaciones adquiridas o suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones de la sociedad objeto de liquidación (la SICAV disuelta y liquidada). Las rentas no integradas en la base imponible en los términos descritos no quedarán sujetas a la obligación de retención a cuenta. La reinversión deberá realizarse antes de que transcurran siete

meses desde la finalización del plazo previsto para la adopción del acuerdo de disolución con liquidación, es decir, la reinversión deberá producirse no más tarde del 31 de julio de 2023.

- (d) Las adquisiciones de valores que se realicen como consecuencia de la aplicación de este régimen transitorio especial estarán exentas del Impuesto sobre las Transacciones Financieras.

Este tratamiento fiscal plantea algunas cuestiones dudosas:

En primer lugar, nada dice la regulación aprobada en relación con la posibilidad de que, una vez materializada la reinversión de la cuota de liquidación de la SICAV en IIC, el contribuyente del IRPF realice posteriormente un traspaso de las acciones o participaciones de las IIC objeto de reinversión en nuevas acciones o participaciones de IIC y pueda aplicar sobre la ganancia patrimonial, en su caso obtenida, el diferimiento por traspasos en los términos del 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 (en adelante, Ley del IRPF).

Cabe interpretar que el posterior traspaso que se realice cumpliendo los requisitos legalmente previstos debería poderse beneficiar del régimen de diferimiento fiscal por traspasos, resultando que toda la ganancia patrimonial que se hubiera acumulado desde la fecha de inversión inicial en la SICAV disuelta y liquidada vea diferida su tributación en el ámbito de la inversión colectiva en tanto que no se produzca una transmisión o reembolso definitivo. Y ello porque el precepto que regula el régimen de diferimiento por traspasos (artículo 94 de la Ley del IRPF) es una norma técnica independiente de la nueva disposición transitoria cuadragésima primera por la que se regula, de forma extraordinaria y con carácter temporal, el régimen especial de disolución y liquidación de SICAV. Aunque ambos preceptos responden a distintas finalidades –el primero fomenta la movilización de inversiones en la inversión colectiva bajo el principio de neutralidad fiscal y el segundo impulsa la disolución y liquidación de determinadas SICAV con determinadas ventajas fiscales–, lo cierto es que tienen en común el incorporar reglas técnicas de diferimiento fiscal de rentas en el ámbito de las inversiones en instituciones de inversión colectiva y, por ello, no deberían ser incompatibles, sino compatibles.

En segundo lugar, la disposición transitoria establece que la reinversión de la cuota de liquidación debe materializarse en “(...)

alguna de las instituciones de inversión colectiva previstas en las letras a) o b) del apartado 4 del artículo 29 (...)". Dichas IIC a las que se refiere el precepto son las SICAV y los fondos de inversión de carácter financiero regulados en la Ley de IIC, lo que necesariamente exige que se trate de IIC españolas. Por tanto, no cabe la posibilidad de materializar, atendiendo al tenor literal de la norma, la reinversión de la cuota de liquidación de la SICAV en IIC extranjeras.

La imposibilidad de extender el régimen fiscal de la disposición transitoria cuadragésima primera a las reinversiones en IIC extranjeras podría tener una difícil justificación a la luz del Derecho comunitario, especialmente por la posible vulneración del principio de libre circulación de capitales previsto por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en la medida en que la disposición transitoria cuadragésima primera no permitiría mantener el valor y la fecha de adquisición de adquisición si la reinversión se realizase en IIC extranjeras. Dicho de otro modo, mientras que la reinversión en IIC españolas no dará lugar a la tributación de las ganancias patrimoniales latentes en la fecha de disolución y liquidación de la SICAV, la reinversión en IIC extranjeras dará lugar a la tributación inmediata de las ganancias patrimoniales latentes en la SICAV disuelta y liquidada.

Puede advertirse en el precepto un cierto afán proteccionista de la industria española de gestión de IIC y de prevención de una posible fuga de capitales al extranjero, si bien se trataría de justificaciones difícilmente encajables en los supuestos tasados del artículo 65 del TFUE para establecer restricciones al principio de libre circulación de capitales, restricciones que, por otra parte, son normalmente objeto de interpretación muy restrictiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵.

En relación con esta cuestión cabría plantearse, para el caso de los contribuyentes del IRPF, la posibilidad de efectuar la reinversión inicial de la cuota de liquidación de la SICAV en IIC españolas y, posteriormente, transcurrido un periodo razonable de tiempo, realizar un traspaso desde las IIC españolas objeto de reinversión con destino a IIC extranjeras en los términos legalmente previstos por el artículo 94.2.a) de la Ley del IRPF, es decir, con destino a IIC extranjeras adaptadas a la Directiva UCIT, constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea e inscritas en el registro especial de la CNMV a efectos de su comercialización por entidades residentes en España. De este modo se lograría indirectamente conseguir una reinversión en IIC extranjeras sin coste fiscal, si bien se trata de un planteamiento sobre cuya validez sería deseable una

aclaración por parte de la Dirección General de Tributos que otorgue seguridad jurídica a los contribuyentes que mantengan posiciones en SICAV que opten por aplicar el régimen especial de disolución y liquidación.

En tercer lugar, puede apuntarse que, dado los términos en que está redactada la disposición transitoria, sería posible adoptar el acuerdo de disolución con liquidación de la SICAV con la ventaja de la exención fiscal en la modalidad Operaciones Societarias del ITPyAJD y, sin embargo, todos o algunos de los accionistas opten por no reinvertir su cuota de liquidación en otras IIC españolas y la destinen, por ejemplo, a suscribir acciones o participaciones de IIC extranjeras. Este planteamiento podría tener sentido en aquellos casos en los que el accionista de la SICAV obtenga una pérdida patrimonial como consecuencia del cobro de la cuota de liquidación de la SICAV y tenga intención de reinvertir en IIC extranjeras, evitándose así el problema de la literalidad de la disposición transitoria que exige una reinversión en IIC españolas.

En cuarto lugar, en relación con la posibilidad de que se materialice la entrega de la cuota de liquidación en especie (por ejemplo, mediante una entrega de valores) debe tenerse presente que la SICAV integrará en la base imponible del IS la diferencia entre el valor de mercado de los bienes entregados y su valor fiscal, tal y como prevé el artículo 17.5 de la Ley del IS.

Por último, en quinto y último lugar, debe tenerse presente que el régimen fiscal de la disposición transitoria cuadragésima primera de la Ley del IS no resultaría aplicable a los socios de SICAV que sean residentes fiscales en el País Vasco y Navarra. Aunque a la fecha de redacción de este capítulo no hay prevista ninguna medida legislativa en los territorios forales, cabe esperar una próxima modificación legislativa en los territorios forales que otorgue una solución a los numerosos contribuyentes residentes en País Vasco y Navarra que son titulares de acciones de SICAV domiciliadas en territorio común.

Para realizar la reinversión de la cuota de liquidación en acciones o participaciones de IIC la disposición transitoria prevé la realización de los siguientes trámites:

- 1.º El accionista que decida realizar la reinversión de su cuota de liquidación deberá realizar dos comunicaciones:
 - (i) Primero, deberá comunicar a la SICAV en liquidación su intención de reinvertir la cuota de liquidación, teniendo en

cuenta que la reinversión deberá tener por objeto la totalidad del dinero o bienes que integren la cuota de liquidación del socio, sin que sea posible reinversión parcial, pudiendo realizarse la reinversión en una o varias IIC. La SICAV en liquidación se abstendrá de realizar cualquier pago al socio en dinero o en bienes.

Asimismo, el accionista deberá también aportar a la SICAV en liquidación documentación acreditativa de la fecha y valor de adquisición de las acciones de la SICAV si dicha información no la tuviera ya la citada sociedad.

- (ii) Segundo, el accionista de la SICAV en liquidación deberá comunicar sus propios datos identificativos a la IIC en la que vaya a efectuar la reinversión, así como los datos correspondientes de la SICAV en liquidación y de sus entidades gestora y depositaria, así como la cantidad de dinero o los bienes integrantes de la cuota de liquidación a reinvertir.

A estos efectos, el accionista cumplimentará la correspondiente orden de suscripción o adquisición, autorizando a dicha IIC a tramitarla ante la SICAV en liquidación.

- 2.º La IIC en la que se vaya a efectuar la reinversión trasladará la orden de suscripción recibida del socio a la SICAV en liquidación.
- 3.º La SICAV en liquidación ordenará a su entidad depositaria la transferencia del dinero de sus cuentas a las cuentas de la IIC en la que se vaya a efectuar la reinversión, incluyendo la fecha y valor de adquisición de las acciones de la SICAV en liquidación a las que corresponda la reinversión.

El derecho a la aplicación del régimen fiscal previsto por la disposición transitoria se acreditará mediante la orden de suscripción o adquisición que dirija el socio a la SICAV en liquidación y, de forma provisional hasta la aportación de dicha orden, mediante los acuerdos de disolución de la SICAV y de división entre los socios del activo resultante, así como mediante la comunicación del socio a la sociedad en liquidación de su intención de acogerse a la reinversión de su cuota de liquidación.

El régimen transitorio no puede aplicarse por las sociedades de inversión libre.

1. Comisión Nacional del Mercado de Valores (2021). Estadísticas IIC 2021 1T. Disponibles en el siguiente sitio: https://www.cnmv.es/DocPortal/Estadisticas/IIC/Estadisticas_IIC_2021_1T.pdf.
2. Plasmada, entre otras, en las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de noviembre de 2007 (RG 2278/2007) y de 20 de diciembre de 2007 (RG 3305/2005).
3. Ver la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad.
4. La citada Proposición no de Ley, pese a no tener fuerza normativa ni carácter vinculante para el Gobierno, fue aprobada por 17 votos a favor, 18 abstenciones y ningún voto en contra, lo que sin duda reflejó el parecer generalizado de la Cámara sobre la conveniencia de modificar el régimen de tributación de las SICAV.
5. El artículo 65 del TFUE permite a los Estados miembros adoptar medidas restrictivas del principio de libre circulación de capitales: (i) cuando estén basadas en la distinción entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital; (ii) para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal o (iii) por razones de orden público o de seguridad pública.